

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

Ежегодник

Том XXXI A: 2000 год



Организация Объединенных Наций
Нью-Йорк, 2002 год

ПРИМЕЧАНИЕ

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

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

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

В том XXXI A включены введение, часть первая и главы I—III части второй. Главы IV—IX части второй и часть третья содержатся в томе XXXI B.

A/CN.9/SER.A/2000
(Том XXXI A)

ИЗДАНИЕ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ
НАЦИЙ
В продаже под № R.01.V.3
ISSN 0251-4281

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Страница</i>
ВВЕДЕНИЕ	vi
Часть первая. Доклад Комиссии о ее ежегодной сессии; замечания и решения	
ТРИДЦАТЬ ТРЕТЬЯ СЕССИЯ (2000 год)	3
A. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать третьей сессии (Нью-Йорк, 12 июня–7 июля 2000 года) (A/55/17)	3
B. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД): выдержка из доклада Совета по торговле и развитию (сорок седьмая сессия) (TD/B/47/11(Vol. I))	84
C. Генеральная Ассамблея: доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать третьей сессии: доклад Шестого комитета (A/55/608)	85
D. Резолюция 55/151 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2000 года	85
Часть вторая. Исследования и доклады по конкретным темам	
I. ПРОЕКТЫ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫЕ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ	91
<i>Проекты глав руководства для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/471 и Add.1–9)</i>	91
II. УСТУПКА ПРИ ФИНАНСИРОВАНИИ ПОД ДЕБИТОРСКУЮ ЗАДОЛЖЕННОСТЬ	257
A. Доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее тридцать первой сессии (Вена, 11–22 октября 1999 года) (A/CN.9/466)	257
B. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по международной договорной практике на ее тридцать первой сессии: проект конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность: текст с примечаниями и предложениями: записка Секретариата (A/CN.9/WG.II/ WP.104)	312
C. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по международной договорной практике на ее тридцать первой сессии: комментарий к проекту конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность (часть I): записка Секретариата (A/CN.9/WG.II/ WP.105)	345
D. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по международной договорной практике на ее тридцать первой сессии: комментарий к проекту конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность (часть II): записка Секретариата (A/CN.9/WG.II/ WP.106)	366
E. Аналитический комментарий к проекту конвенции об уступке [при финансировании под дебиторскую задолженность] [дебиторской задолженности] в международной торговле]: записка Секретариата (A/CN.9/470)	393

F.	Проект конвенции об уступке [при финансировании под дебиторскую задолженность] [дебиторской задолженности в международной торговле]: записка Секретариата (A/CN.9/472 и Add.1-4)	474
III.	ЭЛЕКТРОННАЯ ТОРГОВЛЯ	523
A.	Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее тридцать пятой сессии (Вена, 6-17 сентября 1999 года) (A/CN.9/465)	523
B.	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее тридцать пятой сессии: проект единообразных правил об электронных подписях: записка Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.82)	553
C.	Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее тридцать шестой сессии (Нью-Йорк, 14-25 февраля 2000 года) (A/CN.9/467)	586
D.	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее тридцать шестой сессии: проект единообразных правил об электронных подписях: записка Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.84)	615
IV.	МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ	
A.	Доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее тридцать второй сессии (Вена, 20-31 марта 2000 года) (A/CN.9/468)	
B.	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по арбитражу на ее тридцать второй сессии: урегулирование торговых споров: возможные единообразные положения по некоторым вопросам, касающимся урегулирования торговых споров: согласительная процедура, обеспечительные меры, письменная форма арбитражного соглашения: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/WG.II/WP.108 и Add.1)	
V.	ВОЗМОЖНАЯ БУДУЩАЯ РАБОТА	
A.	Доклад Рабочей группы по законодательству о несостоятельности о работе ее двадцать второй сессии (Вена, 6-17 декабря 1999 года) (A/CN.9/469)	
B.	Рабочий документ, представленный Рабочей группе по законодательству о несостоятельности на ее двадцать второй сессии: возможная будущая работа в области законодательства о несостоятельности: записка Секретариата (A/CN.9/WG.V/WP.50)	
C.	Обеспечительные интересы: деятельность, проводимая в настоящее время, и возможная будущая работа: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/475)	
D.	Транспортное право: возможная будущая работа: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/476)	
VI.	КООРДИНАЦИЯ И МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО	
A.	Международная практика резервных аккредитивов (ISP98): доклад Генерального секретаря (A/CN.9/477)	
B.	Унифицированные правила для договорных гарантий (УПДГ): доклад Генерального секретаря (A/CN.9/478)	
C.	Инкогермс МТН 2000: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/479)	
VII.	ПРЕЦЕДЕНТНОЕ ПРАВО ПО ТЕКСТАМ ЮНСИТРАЛ (ППТЮ)	
VIII.	СТАТУС ТЕКСТОВ ЮНСИТРАЛ	
	Статус конвенций и типовых законов: записка Секретариата (A/CN.9/474)	
IX.	ПОДГОТОВКА КАДРОВ И ОКАЗАНИЕ ПОМОЩИ	
	Подготовка кадров и оказание технической помощи: записка Секретариата (A/CN.9/473)	

Часть третья. Приложения

I.	РУКОВОДСТВО ЮНСИТРАЛ ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ	
II.	КРАТКИЕ ОТЧЕТЫ КОМИССИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ О ЗАСЕДАНИЯХ, ПОСВЯЩЕННЫХ ПОДГОТОВКЕ ПРОЕКТА КОНВЕНЦИИ ОБ УСТУПКЕ ДЕБИТОРСКОЙ ЗАДОЛЖЕННОСТИ И РУКОВОДСТВА ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ	
III.	БИБЛИОГРАФИЯ ПОСЛЕДНИХ РАБОТ, КАСАЮЩИХСЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЮНСИТРАЛ: ЗАПИСКА СЕКРЕТАРИАТА (A/CN.9/502 и Corr.1)	
IV.	ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ ЮНСИТРАЛ	
V.	ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ ЮНСИТРАЛ, ВОСПРОИЗВЕДЕННЫХ В ПРЕДЫДУЩИХ ТОМАХ <i>ЕЖЕГОДНИКА</i>	

ВВЕДЕНИЕ

Настоящий том является тридцать первым 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 третьей сессии, состоявшейся в Нью-Йорке 11 июня–17 июля 2000 года, а также решения, принятые по этому докладу Конференцией Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) и Генеральной Ассамблеей.

В части второй воспроизводится большинство документов, рассмотренных на тридцать третьей 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 проект конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, библиография последних работ, касающихся деятельности Комиссии, перечень документов, находившихся на рассмотрении тридцать третьей 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.un.or.at/uncitral>

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

Том	Отвечаемые 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

Часть первая

**ДОКЛАД КОМИССИИ
О ЕЕ ЕЖЕГОДНОЙ СЕССИИ;
ЗАМЕЧАНИЯ И РЕШЕНИЯ**

ТРИДЦАТЬ ТРЕТЬЯ СЕССИЯ (2000 год)

А. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать третьей сессии (Нью-Йорк, 12 июня–7 июля 2000 года) (A/55/17) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

<i>Глава</i>	<i>Пункты</i>
I. ВВЕДЕНИЕ	1–2
II. ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ СЕССИИ	3–11
А. Открытие сессии	3
В. Членский состав и участники	4–8
С. Выборы должностных лиц	9
D. Повестка дня	10
Е. Утверждение доклада	11
III. ПРОЕКТ КОНВЕНЦИИ ОБ УСТУПКЕ ДЕБИТОРСКОЙ ЗАДОЛЖЕННОСТИ ..	12–192
А. Название и преамбула	12
В. Рассмотрение проектов статей	13–178
С. Доклад Редакционной группы	179–185
D. Будущая работа по проекту конвенции	186–192
IV. ПРОЕКТЫ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫЕ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ	193–379
А. Общие замечания	193–194
В. Рассмотрение проектов рекомендаций по законодательным вопросам	195–368
С. Завершение работы над руководством для законодательных органов	369–371
D. Принятие руководства для законодательных органов	372–374
Е. Возможная будущая работа в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников	375–379
V. ЭЛЕКТРОННАЯ ТОРГОВЛЯ	380–388
А. Проект единообразных правил по вопросам подписей в электронной форме ..	380–383
D. Будущая работа в области электронной торговли	384–388
VI. УРЕГУЛИРОВАНИЕ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ	389–399
VII. ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ	400–409
VIII. НАБЛЮДЕНИЕ ЗА ОСУЩЕСТВЛЕНИЕМ НЬЮ-ЙОРКСКОЙ КОНВЕНЦИИ 1958 ГОДА	410–412
IX. ПРЕЦЕДЕНТНОЕ ПРАВО ПО ТЕКСТАМ ЮНСИТРАЛ	413–415
X. ТРАНСПОРТНОЕ ПРАВО	416–427
XI. ПОДДЕРЖКА ТЕКСТОВ ДРУГИХ ОРГАНИЗАЦИЙ: ИНКОТЕРМС 2000, ISPR98 И УПДП	428–434
XII. ПОДГОТОВКА КАДРОВ И ТЕХНИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ	435–442
XIII. СТАТУС И СОДЕЙСТВИЕ ПРИНЯТИЮ ТЕКСТОВ ЮНСИТРАЛ	443–446
XIV. РЕЗОЛЮЦИИ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕИ О РАБОТЕ КОМИССИИ	447–454
XV. КООРДИНАЦИЯ И СОТРУДНИЧЕСТВО: ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ ИНТЕРЕСЫ	455–463

Глава	Пункты
XVI. ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ	464–470
А. Библиография	464–465
В. Учебное международное торговое арбитражное разбирательство памяти Виллема К. Виса	466–467
С. Сроки и место проведения тридцать четвертой сессии Комиссии	468
Д. Сессии рабочих групп	469
Е. Выход в отставку Секретаря Комиссии	470

Приложения

	Страница
I. Проект конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле	80
II. Перечень документов, представленных Комиссии на ее тридцать третьей сессии	84

I. ВВЕДЕНИЕ

1. В настоящем докладе Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли освещается работа тридцать третьей сессии Комиссии, проходившей в Нью-Йорке с 12 июня по 7 июля 2000 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

А. Открытие сессии

3. Тридцать третья сессия Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) начала свою работу 12 июня 2000 года. Сессию открыл заместитель Генерального секретаря по правовым вопросам, Юрисконсульт.

В. Членский состав и участники

4. Комиссия была учреждена резолюцией 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи в составе 29 государств, избираемых Ассамблеей. В своей резолюции 3108 (XXVIII) от 12 декабря 1973 года Генеральная Ассамблея расширила членский состав Комиссии с 29 до 36 государств. В настоящее время членами Комиссии, избранными 28 ноября 1994 года и 24 ноября 1997 года, являются следующие государства, срок полномочий которых истекает в последний день, предшествующий началу ежегодной сессии Комиссии в указанном году¹: Австралия

(2001 год), Австрия (2004 год), Алжир (2001 год), Аргентина (2004 год; поочередно (по году) с Уругваем начиная с 1998 года), Болгария (2001 год), Ботсвана (2001 год), Бразилия (2001 год), Буркина-Фасо (2004 год), Венгрия (2004 год), Германия (2001 год), Гондурас (2004 год), Египет (2001 год), Индия (2004 год), Иран (Исламская Республика) (2004 год), Испания (2004 год), Италия (2004 год), Камерун (2001 год), Кения (2004 год), Китай (2001 год), Колумбия (2004 год), Литва (2004 год), Мексика (2001 год), Нигерия (2001 год), Парагвай (2004 год), Российская Федерация (2001 год), Румыния (2004 год), Сингапур (2001 год), Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии (2001 год), Соединенные Штаты Америки (2004 год), Судан (2004 год), Таиланд (2004 год), Уганда (2004 год), Фиджи (2004 год), Финляндия (2001 год), Франция (2001 год) и Япония (2001 год).

5. На сессии были представлены все члены Комиссии, за исключением Кении и Уганды.

6. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Анголы, Бангладеш, Беларуси, Боливии, Венесуэлы, Израиля, Индонезии, Ирландии, Канады, Коста-Рики, Кот-д'Ивуара, Кубы, Кувейта, Марокко, Мьянмы, Перу, Польши, Португалия, Республики Корея, Саудовской Аравии,

¹ Согласно резолюции 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи члены Комиссии избираются на шестилетний срок. Из нынешнего состава 17 членов были избраны Генераль-

ной Ассамблеей на ее сорок девятой сессии 28 ноября 1994 года (решение 49/315), а 19 — на ее пятьдесят второй сессии 24 ноября 1997 года (решение 52/314). Согласно резолюции 31/99 от 15 декабря 1976 года срок полномочий членов, избранных Ассамблеей на ее сорок девятой сессии, истекает в последний день, предшествующий открытию тридцать четвертой сессии Комиссии в 2001 году, а срок полномочий членов, избранных на пятьдесят второй сессии, — в последний день, предшествующий открытию тридцать седьмой сессии Комиссии в 2004 году.

Святейшего Престола, Филиппин, Хорватии, Чешской Республики, Швейцарии и Швеции.

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

а) система Организации Объединенных Наций: Европейская экономическая комиссия; Всемирный банк; Международный валютный фонд;

б) межправительственные организации: Азиатский банк развития; Азиатский клиринговый союз; Гаагская конференция по международному частному праву; Европейский союз; Межамериканский банк развития; Международный институт по унификации частного права; Секретариат Договора о восточноафриканском сотрудничестве;

в) международные неправительственные организации, приглашенные Комиссией: Арабская ассоциация по международному арбитражу; Арабское общество аудиторов; Ассоциация по финансированию торговли; Ассоциация юристов города Нью-Йорка; Всемирная ассоциация бывших стажеров и стипендиатов Организации Объединенных Наций; Группа 30; Группа юристов, специализирующихся на финансовых рынках; "Европафакторинг"; Европейская банковская федерация; Европейский союз юристов; Каирский региональный центр по международному торговому арбитражу; Латиноамериканская группа адвокатов по праву международной торговли; Лицензированный институт арбитров; Международная ассоциация адвокатов; Международная ассоциация портов и гаваней; Международная ассоциация по свопам и производным; Международная ассоциация юристов; Международная конфедерация женщин-специалистов по вопросам несостоятельности и реструктуризации; Международная торговая палата; Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности "ИНСОЛ Интернэшнл"; Международная федерация учреждений по коммерческому арбитражу; Международный морской комитет; Международный совет по торговому арбитражу; Совет юридического образования; Университет Вест-Индии; "Фэкторс чейн интернэшнл".

8. Комиссия выразила удовлетворение в связи с тем, что международные неправительственные организации, обладающие опытом работы в областях, связанных с основными пунктами повестки дня текущей сессии, откликнулись на приглашение принять участие в заседаниях. Понимая, что участие соответствующих неправительственных организаций в работе сессий Комиссии и ее рабочих групп имеет решающее значение для обеспечения качества разрабатываемых Комиссией текстов, Комиссия просила Секретариат продолжать практику направления таким организациям приглашений принять участие в ее сессиях с учетом конкретных направлений их деятельности.

С. Выборы должностных лиц²

9. Комиссия избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Джефри Чан Вах Тек (Сингапур)

Заместители Председателя: г-н Али Гамледи Авал (Египет)

г-н Хорхе Роберто Марадьяга (Гондурас)

г-жа Виктория Габрилеску (Румыния)

Докладчик: г-н Давид Моран Бовио (Испания)

Д. Повестка дня

10. На своем 676-м заседании 12 июня 2000 года Комиссия утвердила следующую повестку дня:

1. Открытие сессии
2. Выборы должностных лиц
3. Утверждение повестки дня
4. Проект конвенции об уступке дебиторской задолженности
5. Проект руководства для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников
6. Электронная торговля
7. Несостоятельность
8. Урегулирование торговых споров
9. Наблюдение за осуществлением Нью-Йоркской конвенции 1958 года

² Выборы Председателя были проведены на 676-м заседании 12 июня 2000 года, выборы заместителей Председателя — на 694-м и 697-м заседаниях 23 и 26 июня 2000 года, соответственно, а выборы Докладчика — на 687-м заседании 19 июня 2000 года. В соответствии с решением, принятым Комиссией на ее первой сессии, Комиссия избирает трех заместителей Председателя с таким расчетом, чтобы они вместе с Председателем и Докладчиком представляли в президиуме Комиссии каждую из пяти групп государств, перечисленных в пункте I раздела II резолюции 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи (см. доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее первой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, двадцать третья сессия, Дополнение № 16 (A/72/16), пункт 14 (Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, том I: 1968-1970 годы (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.71.V.1), часть вторая, глава I, раздел A).

10. Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ (ЛПТЮ)
11. Транспортное право: доклад о ходе работы по сбору информации
12. Одобрение текстов других организаций: Инкотермс 2000, ISP 98, УПДГ
13. Подготовка кадров и техническая помощь
14. Статус и содействие привитию правовых текстов ЮНСИТРАЛ
15. Резолюции Генеральной Ассамблеи о работе Комиссии
16. Координация и сотрудничество
17. Прочие вопросы
18. Сроки и место проведения будущих совещаний
19. Утверждение доклада Комиссии.

Е. Утверждение доклада

11. На своем 710-м заседании 7 июля 2000 года Комиссия консенсусом утвердила настоящий доклад

III. ПРОЕКТ КОНВЕНЦИИ ОБ УСТУПКЕ ДЕБИТОРСКОЙ ЗАДОЛЖЕННОСТИ

А. Название и преамбула

12. Комиссия постановила отложить обсуждение названия и преамбулы, пока она не рассмотрит сферу применения Конвенции см. пункты 181-183).

В. Рассмотрение проектов статей

ГЛАВА I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ

Статья 1. Сфера применения

13. Комиссия рассмотрела текст проекта статьи 1 следующего содержания:

"1. Настоящая Конвенция применяется:

а) к уступкам международной дебиторской задолженности и международным уступкам дебиторской задолженности, как они определяются в настоящей главе, если в момент заключения договора уступки cedent находится в Договаривающемся государстве;

б) к последующим уступкам дебиторской задолженности при условии, что любая предшествующая уступка регулируется настоящей Конвенцией; и

с) к последующим уступкам, которые регулируются настоящей Конвенцией согласно подпункту (а) настоящего пункта, независимо от того, что какая-либо предшествующая уступка не регулируется настоящей Конвенцией.

2. Настоящая Конвенция не затрагивает прав и обязательств должника, за исключением случаев, когда должник находится в Договаривающемся государстве или когда право, регулирующее дебиторскую задолженность, является правом Договаривающегося государства.

[3. Положения главы V применяются к уступкам международной дебиторской задолженности и к международным уступкам дебиторской задолженности, как они определяются в настоящей главе, независимо от пунктов 1 и 2 настоящей статьи. Однако эти положения не применяются, если государство делает заявление согласно статье 37.]

4. Приложение к настоящей Конвенции применяется в Договаривающемся государстве, которое сделало заявление согласно статье 40".

Пункт 1

14. Было предложено пересмотреть подпункт (b), включив в него требование, аналогичное требованию, содержащемуся в подпункте (a) в отношении исходной уступки, о том, что cedent должен находиться в договаривающемся государстве. Было указано, что если при последующей уступке cedent не будет находиться в договаривающемся государстве, то положения конвенции нельзя будет применять к спору с третьей стороной, возникшему в месте нахождения cedenta, а конвенция может оказаться применимой к уступке даже в том случае, если cedent, cessionary и должник будут находиться в недоговаривающемся государстве. Против этого предложения были высказаны возражения. Было отмечено, что такой подход будет несовместим с принципом *continuation juris*, который отражен в подпункте (a) и согласно которому, если исходная уступка охватывается конвенцией, то им будет охватываться и любая последующая уступка.

15. Хотя были высказаны замечания относительно того, что подпункт (c) может не согласовываться с принципом *continuation juris*, закрепленным в подпункте (b), большинство выразило мнение, что в нем вполне уместно предусматривается, что конвенция применяется к последующей уступке, что соответствует условиям подпункта (a). В этой связи было высказано мнение, что уступка, о которой говорится в подпункте (c), по сути является не третьим видом уступки, как это можно понять из нынешней формулировки, а скорее отрицанием возможного ограничения, которое в противном случае могло бы применяться к уступкам, соответствующим требованиям подпункта (a). В этой связи было предложено сделать подпункт (c) новым пунктом 2 следующего содержания: "Настоящая Конвенция применяется к последующей уступке, о которой говорится в пункте 1(a) настоящей статьи, независимо от того, что настоящая Конвенция не приме-

нялась к любой предшествующей уступке той же дебиторской задолженности". С учетом этого изменения Комиссия приняла текст пункта 1 за основу и передала его редакционной группе.

Пункт 2

16. Было отмечено, что для повышения определенности в отношении применения конвенции в пункте 2 следует уточнить момент, когда нужно, чтобы должник находился в договариваемом государстве или чтобы дебиторская задолженность регулировалась правом договаривающегося государства, для того чтобы могли применяться положения конвенции, регулирующие положение должника. Было отмечено также, что с точки зрения защиты должника лучше было бы указать момент заключения первоначального контракта, поскольку в момент принятия первоначального обязательства должник мог определить, будет ли конвенция затрагивать его правовое положение. В то же время было отмечено, что при таком подходе может случиться так, что цедент, цессионарий и другие третьи стороны в момент уступки будущей дебиторской задолженности окажутся не в состоянии определить, будет ли конвенция применяться к правам и обязательствам должника. Несмотря на эту проблему, которая возникла также в отношении статьи 3, касающейся определения международного характера будущей дебиторской задолженности, Комиссия решила пересмотреть пункт 2, указав, что в момент заключения первоначального контракта должник должен находиться в договариваемом государстве или задолженность должна регулироваться правом договаривающегося государства. Комиссия приняла текст пункта 2 за основу и передала его редакционной группе.

Пункты 3 и 4

17. Комиссия решила отложить рассмотрение пункта 3, который касается сферы применения коллизионных норм, содержащихся в главе V, до рассмотрения главы V. Комиссия решила также, что пункт 4, касающийся применения приложения, следует рассматривать позднее в контексте обсуждения статьи 40 и приложения.

Статья 2. Уступка дебиторской задолженности

18. Комиссия рассмотрела текст проекта статьи 2 следующего содержания:

"Для целей настоящей Конвенции:

а) "уступка" означает передачу по договоренности одним лицом ("цедентом") другому лицу ("цессионарию") договорного права цедента на платеж денежной суммы ("дебиторской задолженности") Создание прав в дебиторской задолженности в качестве обеспечения долга или иного обязательства считается передачей;

б) в случае уступки первоначальным или любым другим цессионарием ("последующая уступка") лицо, совершающее эту уступку, является цедентом, а лицо, в пользу которого совершается эта уступка, является цессионарием".

Недоговорная дебиторская задолженность

19. Было высказано замечание о том, что ввиду указания на договорную дебиторскую задолженность, содержание подпункта (а) становится ограничительным, что неоправданно. Отмечалось, что уступка недоговорной дебиторской задолженности, например прав на платеж по требованию о возмещении налогов, является частью обширной финансовой практики, которую проект конвенции должен охватывать. К тому же более широкое определение дебиторской задолженности могло бы позволить избежать проблем, которые возникают в результате разного толкования термина "договорные права" в различных правовых системах. С этой целью было предложено пересмотреть подпункт (а), указав в нем недоговорную дебиторскую задолженность, или хотя бы предоставить государствам возможность применять конвенцию к уступкам недоговорной дебиторской задолженности. Против этого были высказаны возражения. Было отмечено, что при разработке проекта конвенции имелась в виду договорная дебиторская задолженность и что некоторые его положения (например, положения относительно возражений и прав зачета, а также места нахождения должника) в контексте недоговорной дебиторской задолженности окажутся неуместными. Таким образом, попытка охватить уступку недоговорной дебиторской задолженности потребует тщательного пересмотра и корректировки целого ряда положений проекта конвенции, что, как было отмечено, не пошло бы на пользу делу на столь позднем этапе рассмотрения. После обсуждения Комиссия подтвердила решение Рабочей группы по международной договорной практике ограничить сферу применения конвенции договорной дебиторской задолженностью.

Частичные и неделимые права в дебиторской задолженности

20. Комиссия отметила, что, хотя статья 9 прямо узаконивает частичную уступку, в подпункте (а) частичные уступки прямо не указываются и что в результате этого может возникнуть неопределенность относительно того, применяется ли конвенция в целом к частичным уступкам. В частности, было отмечено, что неопределенность может возникнуть в отношении правового положения должника в случае частичной уступки (например, будет ли должник обязан произвести платеж цессионарию или же цеденту). Ввиду того, что в финансовой практике частичные уступки широко распространены, Комиссия решила прямо отразить этот вопрос в под-

пункте (а) и передать его редакционной группе. В ходе обсуждения было заявлено, что еще один возможный подход к решению этой проблемы может заключаться в ограничении статьи II уступками дебиторской задолженности целиком. Комиссия отложила обсуждение правового положения должника в случае частичной уступки до рассмотрения ею положений проекта конвенции, касающихся должника (см. пункты 173, 180 и 185).

21. Члены Комиссии отметили, что статья 9 устанавливает действительность не только частичных уступок, но и уступок неделимых интересов в дебиторской задолженности. Было высказано общее мнение о том, что в статью 2 также следует включить соответствующее указание на уступку неделимых интересов в дебиторской задолженности, с тем чтобы ясно показать, что конвенция в целом применима и к таким уступкам.

Неденежные права на исполнение

22. Комиссия постановила, что уступка неденежных прав на исполнение, вытекающих из первоначального договора (таких, как право на исполнение, право на объявление договора аннулированным), не должна рассматриваться в конвенции. Было решено, что уступка таких неденежных прав на исполнение на практике встречается нечасто и что поэтому в их включении в сферу применения конвенции нет необходимости. Было также указано, что цель подготовки проекта конвенции заключается прежде всего в регулировании уступки денежных прав и что включение других прав на исполнение может потребовать внесения изменений в различные положения. Кроме того, было высказано мнение, что если передача обеспечительных или производных прав, связанных с дебиторской задолженностью, и должна регулироваться в проекте конвенции (см. статью 12), то другие права, такие, как право на расторжение договора, могут рассматриваться как в высшей степени личные права, которые не должны автоматически передаваться цессионарию вместе с дебиторской задолженностью.

Законная уступка

23. Комиссия отметила, что случаи уступки дебиторской задолженности, которая не может уступаться по закону (за исключением случаев, рассмотренных в статье 9), не должны регулироваться проектом конвенции, и рассмотрела вопрос о том, не следует ли четко отразить это понимание в статье 2. Отметив, что этот вопрос касается действительности уступки, а не сферы применения конвенции, Комиссия постановила рассмотреть его в связи со статьей 9 (см. пункт 131).

Односторонние уступки

24. Комиссия постановила не рассматривать в проекте конвенции односторонние уступки (т.е. ус-

тупки, произведенные, но пока не акцептованные цедентом). Широкую поддержку получило мнение о том, что такие уступки редко встречаются на практике и что поэтому нет необходимости включать их в проект конвенции.

Статья 3. Международный характер

25. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 3:

"Дебиторская задолженность является международной, если в момент заключения первоначального договора цедент и должник находятся в разных государствах. Уступка является международной, если в момент заключения договора уступки цедент и цессионарий находятся в разных государствах".

26. Комиссия приняла текст статьи 3 за основу и передала его редакционной группе.

Статья 4. Исключения

27. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 4:

"1. Настоящая Конвенция не применяется к уступкам:

а) совершаемым для личных, семейных или домашних целей;

б) в той мере, в какой уступка совершается путем вручения оборотного документа с любым необходимым индоссаментом;

с) совершаемым в рамках продажи или изменения собственника или правового положения коммерческого предприятия, из которых возникла уступленная дебиторская задолженность.

[2. Настоящая Конвенция не применяется к уступкам, перечисленным в заявлении, сделанном согласно статье 39 государством, в котором находится цедент, или в отношении положений настоящей Конвенции, касающихся прав и обязанностей должника, — государством, в котором находится должник.]"

Пункт 1 (а)

28. Было отмечено, что цель конвенции заключается в регулировании уступок коммерческой или потребительской дебиторской задолженности, совершаемых для коммерческих целей, а не уступок, совершаемых для потребительских целей (вне зависимости от того, носит ли дебиторская задолженность коммерческий или некоммерческий характер). Исходя из этого понимания, Комиссия приняла текст подпункта (а) за основу и передала его редакционной группе.

Пункт 1 (b)

29. Было отмечено, что цель подпункта (b) заключается в исключении из сферы применения конвенции случаев передачи оборотных документов вне зависимости от того, осуществляется ли такая передача путем простого вручения или путем вручения индоссирования. Было также отмечено, что в тех случаях, когда дебиторская задолженность используется в качестве основания для выписки оборотного документа, после чего передается как оборотный документ, так и требование, передача оборотного документа не регулируется проектом конвенции, тогда как передача дебиторской задолженности посредством уступки должна регулироваться. В этой связи было предложено исключить из подпункта (b) выражение "с любым необходимым индоссаментом", поскольку оно может быть неверно истолковано как означающее, будто передача оборотного документа путем простого вручения не исключается из сферы применения проекта конвенции. Комиссия приняла текст подпункта (b) за основу и передала его редакционной группе.

30. Был задан вопрос, не следует ли предусмотреть в подпункте (b) исключение из сферы применения конвенции также случаев передачи дематериализованных (т.е. электронных) ценных бумаг, находящихся в распоряжении посредника. Комиссия приняла к сведению этот вопрос и постановила обсудить его позднее в ходе обсуждения более общего вопроса о видах сделок, которые должны быть включены в сферу применения конвенции или исключены из нее (см. пункт 72). Кроме того, было указано на возможную необходимость установления особого режима для дематериализованных ценных бумаг в том, что касается права, применимого к коллизии прав (статья 24). Было также отмечено, что этот вопрос, возможно, будет рассматриваться Гаагской конференцией международного частного права и что поэтому может оказаться необходимым обеспечить координацию деятельности и сотрудничество с Гаагской конференцией (см. пункты 177, 178 и 433).

Пункт 1 (c)

31. Комиссия приняла текст подпункта (c) за основу и передала его редакционной группе.

Пункт 2

32. Было обращено внимание на то, что текст пункта 2, который разрешает государствам исключать дополнительные виды уступок, используемые на практике, приводится в квадратных скобках до принятия окончательного решения в отношении сферы применения конвенции. Комиссия отложила рассмотрение пункта 2 до принятия ею окончательного решения в отношении сферы применения конвенции (см. пункты 109 и 152).

Статья 5. Ограничения в отношении [уступки] дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью

33. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 5:

"[Вариант А

1. Статьи 17, 18, 19, 20 и 22 затрагивают права и обязательства должника в отношении дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью, только в той степени, в какой должник дает свое согласие на это.

2. Независимо от статей 11(2) и 12(3) цедент, уступающий дебиторскую задолженность, не являющуюся торговой дебиторской задолженностью, не несет ответственности перед должником за нарушение ограничения на уступку, указанного в статьях 11(1) и 12(2), и такое нарушение не имеет силы".

Вариант В

"Статьи 11 и 12 и раздел II главы IV касаются лишь уступок торговой дебиторской задолженности. Что касается уступок дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью, вопросы, затрагиваемые в этих статьях, должны регулироваться в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права."

34. Хотя вариант А получил определенную поддержку, широкое распространение получило мнение о том, что подход, отраженный в варианте В, является более предпочтительным, поскольку он предусматривает большую по сравнению с вариантом А защиту должника. Отмечалось, что если уступка между цедентом и цессионарием будет действительной, как это предусмотрено в варианте А, то это может негативно сказаться на правовом статусе должника в некоторых правовых системах. Обсуждения были нацелены на предусмотренную версию варианта В следующего содержания (см. A/CN.9/472/Add.1, стр. 11):

"Если должник не дает своего согласия, статьи 11 и 12 касаются лишь уступок торговой дебиторской задолженности. Что касается уступок дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью, вопросы, затрагиваемые в этих статьях, должны регулироваться в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права".

35. Пересмотренная версия варианта В была дополнена следующими определениями (см. A/CN.9/472/Add.1, стр. 11-12):

"торговая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, возникающую в связи с первоначальным договором купли-продажи или аренды товаров или договором о предоставлении услуг, помимо дебиторской задолженности, возникающей в связи с платежными системами и системами расчетов по ценным бумагам, и дебиторской задолженности, возникающей в связи с финансовыми договорами, регулируемые соглашениями о взаимных расчетах или используемыми в качестве обеспечения;

"платежная система или система расчетов по ценным бумагам" означает любое договорное соглашение между тремя или более участниками с общими правилами урегулирования платежных поручений или поручений на передачу ценных бумаг и любого связанного с этим обеспечения между участниками, будь то при участии центрального контрагента, агента по расчетам или расчетной палаты;

"финансовый договор" означает любую сделку—спот, сделку на срок, фьючерсную сделку, опционную сделку или сделку—своп, включающую процентные ставки, товары, ценные бумаги, акции, облигации, индексы или любые другие финансовые инструменты, любую сделку по повторному приобретению или кредитованию ценными бумагами, любую депозитную сделку или любую иную сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок и любое дополнительное или кредитное обеспечение, связанное с любой вышеупомянутой сделкой;

"соглашение о взаимозачете" означает соглашение, которое предусматривает одно или более из следующих действий:

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

б) в случае несостоятельности или иного невыполнения 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, и

в) зачет сумм, рассчитанных в порядке, предусмотренном в предыдущей формулировке (b) по двум или более соглашениям о взаимозачетах".

36. После сопоставления первоначальной и пересмотренной версий варианта В общее предпочтение было отдано пересмотренной версии. Было отме-

чено, что первоначальная версия варианта В является слишком широкой, поскольку он может привести к непредвиденному результату, когда из сферы применения конвенции будет исключена уступка любой дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью. В отличие от первоначальной версии варианта В пересмотренная версия предусматривает более ограниченное изъятие, поскольку она содержит ссылку лишь на статьи 11 и 12, т.е. только на дебиторскую задолженность в рамках платежных систем финансовых соглашений о взаимных расчетах и только в том случае, если должник не дает своего согласия на уступку.

37. Что касается конкретной формулировки пересмотренной версии варианта В, то было высказано несколько точек зрения. Одна из них заключалась в том, что ссылка на согласие должника является беспредметной, поскольку в соглашениях о взаимных расчетах обычно включаются оговорки, запрещающие уступку. Другая точка зрения состояла в том, что ссылка на международное частное право может привести к неопределенности и что ее следует исключить. В ответ указывалось, что, даже если эту ссылку исключить, результат будет таким же. Что касается определения "торговой дебиторской задолженности", то отмечалось, что дебиторская задолженность, связанная с подрядами на строительство, также должна рассматриваться в качестве торговой дебиторской задолженности. Кроме того, отмечалось, что, видимо, было бы целесообразным не давать определения "торговой дебиторской задолженности", поскольку этот термин не везде понимается одинаково (замечания в отношении других определений см. пункты 49-51).

38. Хотя было достигнуто согласие о том, что пересмотренная версия варианта В является более уместной, чем вариант А и первоначальная версия варианта В, было выражено мнение, что даже пересмотренная версия варианта В не идет достаточно далеко в том, что касается защиты прав должников, например, в рамках финансового соглашения о взаимных расчетах, поскольку она основывается на существовании оговорки о запрещении передачи и на действии, которое придается этой оговорке правом, применяемым вне рамок проекта конвенции. Отмечалось, что, если применимое право признает действительность уступки, произведенной в нарушение оговорки о запрещении уступки, уступка будет действительной и может подпадать в сферу охвата конвенции. В результате, например, может быть нарушено функционирование процедур взаимных расчетов (например, поскольку взаимные расчеты могут осуществляться в порядке ином, чем зачет, и, следовательно, статьи 19 может оказаться недостаточно для защиты прав, связанных взаимными расчетами). Если должник будет иметь право на зачет и будет рассматриваться также в качестве кредитора, то в случае конфликта приоритета статьи 24 может применяться и отсылать вопросы

приоритета к праву места нахождения цедента, а не, например, более уместному праву места нахождения счета инвестиционных ценных бумаг. Указывалось, что после консультаций с представителями финансовых кругов был сделан вывод о том, что некоторые виды финансовой практики должны быть исключены из сферы применения конвенции вообще. Вместо статьи 5 было предложено включить следующие формулировки в статьи 6 и 4:

"Статья 6

Определения и правила толкования

х)(i) За исключением случаев, предусмотренных в подпункте (ii), "дебиторская задолженность" представляет собой договорное право на платеж денежной суммы, причитающейся с лица (должника) цеденту в порядке:

а) платежа за проданные или сданные в аренду товары или за оказанные услуги [помимо финансовых услуг];

б) платежа за промышленную или иную интеллектуальную собственность, проданную или переданную в соответствии с лицензионным соглашением;

с) платежа за операцию по кредитной карте;

д) погашения денежного займа, независимо от валюты, в которой он деноминирован; или

е) возмещения за покрытие, в соответствии с гарантией, поручительством [или другим второстепенным обязательством], обязательства должника перед третьей стороной.

х)(ii) "Дебиторской задолженностью" не считаются:

а) права на платеж в связи со сделками на регулируемой фьючерсной бирже;

б) права на платеж в связи с продажей, ссудой или займом золота или других ценных металлов;

с) права на платеж в соответствии с соглашением о взаимных расчетах;

д) права на платеж в рамках банковских депозитных отношений, в том числе в рамках систем межбанковских расчетов;

е) права на платеж от страхователя согласно договору страхования или от перестрахователя согласно договору о перестраховании;

ф) права на платеж за проданные или сданные в аренду товары, если в соответствии с законодательством государства, где находятся товары, они рассматриваются как часть недви-

жимого имущества, на котором они расположены;

г) права заимствования или права на платеж согласно аккредитиву или независимой банковской гарантии;

h) права на платеж в связи с контрактами в отношении иностранной валюты; или

i) права на платеж в связи с продажей или дачей займа инвестиционных ценных бумаг, включая соглашения о повторном приобретении, и права на платеж в связи с системами расчетов по инвестиционным ценным бумагам".

"Статья 4

Исключения и ограничения, связанные с применением некоторых положений

3. В случае дебиторской задолженности, о которой идет речь в подпунктах (d) и (e) статьи 6(х)(i), статьи 11 и 12 не затрагивают прав и обязательств должника [или любого гаранта, поручителя или иного должника, взявшего на себя обязательство первоначального должника], если только должник [или такой гарант, поручитель или второстепенный должник] не дал на это своего согласия".

39. Было разъяснено, что цель этого предложения по существу заключается в более точном определении сферы применения конвенции в целях обеспечения того, чтобы он случайно не нарушил некоторые виды финансовой практики, к которым не все положения конвенции хорошо подходят. Отмечалось, что это предложение основано на различии между тремя категориями дебиторской задолженности: первая категория — это категория, к которой должны применяться все положения конвенции, вторая категория — это категория, к которой должны применяться лишь некоторые положения, и третья категория — это категория, которая должна быть исключена из сферы применения конвенции вообще. Кроме того, было разъяснено, что перечень исключений необходим, поскольку, даже если перечислить охватываемые виды практики, конвенция может случайно затронуть практику, которая нормально регулируется и которая может быть даже нарушена в случае применения к ней конвенции.

40. В Комиссии было достигнуто общее согласие о том, что в отношении некоторых видов практики необходимо установить разные режимы. Вместе с тем были высказаны разные точки зрения относительно того, следует ли эти виды практики исключать из сферы применения конвенции в целом или только из сферы применения статей 11 и 12. Согласно одному мнению, если статьи 11 и 12 не будут применяться, то вопрос о действительности уступок, произведенных вопреки оговоркам о запрещении уступок, будет оставлен на решение в соот-

ветствии с правом, применяемым вне рамок конвенции. В результате этого в большинстве случаев уступка будет недействительной и конвенция применяться не будет. Было также заявлено, что, хотя подход, основанный на использовании перечней, будет давать такой же результат, ему не следует отдавать предпочтение, поскольку в связи с ним возникает ряд проблем. Одна проблема состоит в том, что подход, основанный на использовании перечней, а не на общем правиле, влечет за собой опасность того, что такие перечни будут исполнены или непоследовательными и, следовательно, могут поднимать вопросы толкования. Другая проблема заключается в том, что вскоре любой перечень может устареть, поскольку международная практика развивается стремительно, и со временем могут сложиться новые виды дебиторской задолженности, которые вполне могут не вписываться ни в одну из категорий, перечисленных в предложении. В этом случае возникнет вопрос относительно того, подпадают ли эти новые виды дебиторской задолженности под сферу применения конвенции или нет. Еще одна проблема состоит в том, что любой перечень может непреднамеренно привести к исключению новых видов практики в отношении торговой дебиторской задолженности, что будет негативно сказываться на их дальнейшем развитии. Еще одна проблема состоит в том, что это предложение было представлено очень поздно и у делегатов не было времени для консультаций с представителями соответствующих финансовых кругов, которые необходимы с учетом радикального характера этого предложения.

41. Согласно другому мнению, следует использовать подход, предусматривающий определенные ограничения, такой, как подход, упомянутый выше (см. пункты 38 и 39). Такой подход повысил бы степень определенности в отношении применения проекта конвенции и повысил бы уровень ее приемлемости для государств и соответствующих финансовых кругов. Указывалось, что по причинам, упомянутым выше (см. пункт 38), одного лишь исключения некоторых видов практики из сферы действия статей 11 и 12 будет недостаточно для того, чтобы избежать ненадлежащего вмешательства в хорошо регулируемые и широко применяемые виды практики. Указывалось, что такой результат идет вразрез с главной целью конвенции, заключающейся в расширении доступа к кредитам по низким процентным ставкам. Кроме того, отмечалось, что в связи с этим предложением не возникает никаких новых вопросов, поскольку Рабочая группа оставила открытым вопрос о точной сфере применения конвенции.

42. После обсуждений Комиссия отложила принятие решения относительно предложенного подхода до завершения рассмотрения ею видов практики, перечисленных в предложении (см. пункты 97-100). С тем чтобы учесть некоторые из высказанных замечаний, Комиссия согласилась отложить пока

вопрос об определении "дебиторской задолженности" с помощью перечня видов практики. Комиссия перешла к более подробному рассмотрению видов практики, которые было предложено исключить.

Подпункт (а) (Права на платеж в связи со сделками на регулируемой фьючерсной бирже)

43. Указывалось, что по существу цель ссылки на права на платеж в связи со сделками на регулируемой фьючерсной бирже заключается в том, чтобы охватить операции на биржах производных финансовых инструментов и товарных биржах, которые хорошо регулируются и функционируют в соответствии с национальным правом. Кроме того, отмечалось, что применение конвенции к таким операциям может свести на нет законные надежды сторон и создать серьезные сбои в работе существующих рынков. Было предложено, чтобы по этим же причинам были исключены все операции на биржах. Отмечалось, что такой подход позволил бы устранить необходимость какой-либо конкретной ссылки на биржевые операции, связанные с ценными металлами и иностранной валютой. С тем чтобы учесть замечания, высказанные в ходе обсуждения, это предложение было переформулировано следующим образом: "[права на платеж] [дебиторская задолженность] в связи со сделками на регулируемой бирже". Отмечалось, что формулировки будут заключены в квадратные скобки, пока Комиссия не определит, будет ли использоваться такой предусматривающий исключения подход и, если да, то следует ли включить перечень исключений в статью 2 или в статью 4. В ответ на вопрос было заявлено, что ссылка на "биржу" имела своей целью охватить сделки, осуществляемые в рамках регулируемой биржи (например, фондовой биржи, биржи ценных бумаг и товарной биржи), а не на любом регулируемом рынке.

Подпункт (b) (Права на платеж в связи с продажей, ссудой или займом золота или других ценных металлов или другими контрактами в отношении иностранной валюты)

44. Было разъяснено, что предлагаемые исключения основываются на соображениях, аналогичных соображениям, лежащим в основе предложенного исключения в отношении прав на платеж в связи со сделками на регулируемой фьючерсной бирже. Они необходимы в связи с тем, что нормы, содержащиеся в конвенции (например, статьи 11 и 12), могут быть не в полной мере совместимыми с функционированием регулируемых рынков или даже могут создавать препятствия для их функционирования. Кроме того, было разъяснено, что, хотя сделки с ценными металлами и иностранной валютой осуществляются на биржах, сделки между физическими лицами также представляют собой обычную практику, которую следует исключить, осо-

бенно с учетом необходимости осуществления контроля за переводом таких активов сторонам в оффшорных зонах.

45. Были высказаны различные возражения относительно предлагаемого исключения, которое, как было сочтено, ведет к ненужному и неоправданному ограничению сферы применения конвенции. Было выражено мнение о том, что существенно важный критерий для этого исключения должен заключаться в методе, используемом для расчета, а не в характере активов, являющихся объектом сделки. Было добавлено, что предлагаемое исключение в его нынешней формулировке будет охватывать сделки, связанные с факторингом поступлений от продажи золота и других металлов вне рамок какой-либо регулируемой биржи, например, продажа драгоценностей. После обсуждений было достигнуто предварительное согласие о том, что предлагаемые исключения следует переформулировать и, возможно, объединить со сделками на регулируемой бирже. В результате этого подпункт (b) предлагаемого текста (см. пункт 38) можно было бы исключить, а подпункт (h) касался бы лишь контрактов, связанных с иностранной валютой и заключенных по итогам переговоров вне рамок регулируемой биржи (см. пункты 66-68).

Подпункт (c) (Права на платеж в соответствии с соглашениями о взаимозачете)

46. Комиссия достигла общего согласия о том, что уступка прав на платежи в соответствии с соглашениями о взаимозачете должна быть исключена из сферы применения проекта конвенции или статей 11 и 12. Широкое распространение получило мнение о том, что такая практика широко применяется в рамках широко распространенных стандартных генеральных соглашений (например, генеральные соглашения о взаимных расчетах, разработанные Международной ассоциацией по свопам и производным финансовым инструментам) и в рамках применимого в настоящее время права. Кроме того, было заявлено, что распространение на уступку дебиторской задолженности по финансовым соглашениям о взаимозачетах сферы применения конвенции непроизвольно приведет к сбоям в такой практике в области взаимных финансовых расчетов, поскольку некоторые положения проекта конвенции будут плохо подходить к ней (например, статьи 11, 12, 19 и 24-26). Отмечалось, что такой результат идет вразрез с общей целью конвенции, заключающейся в расширении доступа к кредитам под низкие проценты в целях содействия движению товаров и услуг через национальные границы. Кроме того, указывалось, что одного исключения применения статей 11 и 12 будет недостаточно для защиты сторон финансовых соглашений о взаимозачете, поскольку оно основывается на посылке о неизменном существовании оговорки о запрещении уступки и о том, что действительность этой оговорки будет подкрепляться применимым правом помимо конвенции.

В этой связи указывалось, что, если уступка будет действительной, несмотря на то, что она была произведена в нарушение оговорки о запрещении уступки, уступка может подпадать под действие конвенции. В результате этого может быть негативно затронуто право должника на взаимный зачет (статья 19, касающаяся зачета, может не охватывать все виды взаимных расчетов) и приоритет может быть увязан с правом места нахождения цедента (вместо более уместного права места нахождения счета ценных бумаг).

47. Что касается конкретной формулировки исключения взаимных расчетов по финансовым соглашениям, то был поднят ряд вопросов. Один вопрос заключался в том, должно ли исключение распространяться на права на платеж до и после прекращения соглашения о взаимозачете. В ответ указывалось, что цель заключалась в том, чтобы охватить все такие права на платеж. Другой вопрос заключался в том, следует ли также исключить взаимные расчеты в рамках нефинансовых соглашений (например, в области воздушного транспорта или сельского хозяйства). Хотя исключение таких соглашений о взаимозачете получило определенную поддержку, возобладали мнение о том, что их не следует исключать, поскольку такой подход может непреднамеренно привести к исключению уступки некоторых видов торговой дебиторской задолженности. Вместе с тем была высказана идея о том, что действие статей 11 и 12, касающихся оговорок о запрещении уступок, может быть исключено в отношении таких нефинансовых соглашений о взаимозачете. Это предложение не получило достаточной поддержки (продолжение обсуждений см. пункт 149).

48. Было выражено мнение о том, что права в связи с системами межбанковских расчетов (о которых идет речь в подпункте (d)) и права в связи с продажей или дачей займа инвестиционных ценных бумаг или в рамках систем расчетов по инвестиционным ценным бумагам (о которых идет речь в подпункте (i)) тесно связаны с соглашениями о взаимозачете и их можно было бы перечислить вместе. С тем чтобы учесть выраженные мнения, подпункт (c) предложенного текста (см. пункт 38) был переформулирован следующим образом: "[Права на платеж] [Дебиторская задолженность] в связи с финансовыми договорами, регулируемые соглашениями о взаимозачете, за исключением [дебиторской задолженности] [права на платеж] причитающейся/причитающийся по прекращении всех незавершенных сделок". Было разъяснено, что будут охвачены лишь финансовые соглашения о взаимозачете, в то время как взаимные расчеты между участниками финансового сектора не будут исключены (однако, видимо, для них необходим иной режим в контексте статьи 20, с тем чтобы обеспечить сохранение прав на зачет в связи со сделками, регулируемые соглашениями о взаимозачете;

см., тем не менее, пункт 149)). Кроме того, было заявлено, что цель не заключалась в исключении уступки дебиторской задолженности, выплачиваемой по прекращении соглашения о взаимозачете, поскольку в таком случае нет опасности нарушения взаимности в рамках соглашений о расчетах.

Определения

49. Определение "соглашения о взаимозачете" (см. пункт 35) получило поддержку. В то же время было высказано несколько замечаний. Одно касалось того, что это определение является чересчур широким и может привести к непреднамеренному исключению двусторонних соглашений между маклерами о консолидации кредитов и дебиторской задолженности и урегулировании взаимных обязательств посредством взаимных чистого погашения платежей, и было отмечено, что такой результат является неуместным. В ответ указывалось, что финансовые соглашения о взаимных расчетах, будь то многостороннего или двустороннего характера, должны быть исключены из сферы применения проекта конвенции. Другое замечание заключалось в том, что ссылка на "зачет" может быть неуместной, поскольку универсальное понимание этого понятия отсутствует. Еще одно замечание касалось того, что ситуация, о которой идет речь в подпункте (b) определения "соглашения о взаимозачете", не сопряжена с подлинной процедурой взаимных расчетов и ее следует исключить.

50. Было также поддержано определение "финансового договора" (см. пункт 35). Однако было предложено исключить права на платеж с депозитных счетов, поскольку в предлагаемом перечне исключений содержится прямая ссылка на права на платеж с депозитных счетов (см. пункт 38 и пункт (x)(ii)(d) предлагаемого текста). Кроме того, было предложено исключить ссылку на процедуры, связанные с дополнительным или кредитным обеспечением, поскольку такие процедуры не являются необходимым элементом определения "финансового договора". Указывалось, однако, что процедуры дополнительного и кредитного обеспечения являются важной частью финансовых договоров, которая влияет на общие расходы по выделяемому финансированию, и поэтому их необходимо прямо упомянуть либо в определении "финансового договора", либо в определении "соглашения о взаимных расчетах". В ответ на это указывалось, что, хотя нельзя отрицать важность процедур дополнительного или кредитного обеспечения, они не составляют часть определения ни "соглашения о взаимозачете", ни "финансового договора". Кроме того, указывалось, что ссылка на процедуры дополнительного обеспечения в определениях "финансового договора" или "соглашения о взаимозачете" может непреднамеренно привести к исключению уступки дебиторской задолженности, произведенной компанией в порядке обеспечения банковского займа. Было достигнуто предварительное согласие о том, что ссылку на процедуры дополнительного и кре-

дитного обеспечения в определении "финансового договора" следует исключить (см. также пункт 74).

51. Комиссия также рассмотрела определение "платежная система или система расчетов по ценным бумагам" (см. пункт 35). Было указано, что представляется важным уточнить, что для того, чтобы межбанковский платеж или механизм расчетов по ценным бумагам можно было квалифицировать как "систему" и исключить из сферы применения конвенции, необходимо наличие не менее трех участников. Было выражено мнение, что этот вопрос следует уточнить в комментариях к конвенции. Тем не менее было отмечено, что в некоторых странах такие платежные системы могут создаваться двумя банками-корреспондентами. После обсуждения Комиссия в предварительном порядке постановила, что в определении платежной системы или системы расчетов по ценным бумагам нет необходимости (продолжение обсуждения см. пункт 71).

Подпункт (d) (Права на платеж в рамках банковских депозитных отношений, в том числе в рамках систем межбанковских расчетов)

52. Отмечалось, что в отношении уступки дебиторской задолженности в связи с депозитными счетами и системами межбанковских расчетов конвенция не всегда может дать желаемые результаты и что в любом случае такая дебиторская задолженность регулируется правом и контрактом с учетом конкретных потребностей соответствующих видов практики. Была выражена определенная поддержка в пользу того, чтобы оставить уступку такой дебиторской задолженности в рамках сферы охвата конвенции (точка зрения Рабочей группы), поскольку такие уступки происходят часто и желательно, чтобы на них распространялись блага согласованного режима, предусмотренного в проекте конвенции. Отмечалось, что если необходим какой-либо особый режим для такой дебиторской задолженности (например, с точки зрения приоритета и места нахождения), то этот вопрос следует рассматривать в контексте соответствующих проектов статей. Однако возобладало мнение о том, что эту дебиторскую задолженность следует исключить, поскольку было бы предпочтительным оставить вопрос о возможности ее уступки и последствиях уступки на регулирование вне рамок конвенции. Было заявлено, что вмешательство конвенции в оговорки о запрещении уступки применительно к банковским депозитам может иметь отрицательные последствия для этого сектора и негативно сказаться на приемлемости конвенции.

53. В Комиссии была выражена поддержка в отношении исключения уступки дебиторской задолженности в связи с системами межбанковских расчетов (остался открытым вопрос, следует ли ее исключить из сферы действия проекта конвенции в целом или же лишь из сферы действия статей 11

и 12; см. пункты 97–100). Однако поскольку эти отношения, будь то односторонние или многосторонние, содержат в себе элемент взаимных расчетов, было предложено, чтобы это изъятие было включено и объединено с изъятием в отношении прав на платеж в рамках финансового соглашения о взаимозачете (см. пункты 46–48). С тем чтобы учесть некоторые из высказанных замечаний, вторая часть подпункта (d) предлагаемого исключения (см. пункт 38 и пункт (x)(ii)(d) предлагаемого текста) была переформулирована следующим образом: "[Права на платеж] [Дебиторская задолженность] в связи с системами межбанковских расчетов и системами расчетов по ценным бумагам". В ответ на вопрос о возможной несогласованности с пересмотренным вариантом исключения относительно финансовых соглашений о взаимозачете (см. пункт 48) указывалось, что системы межбанковских расчетов или расчетов по ценным бумагам функционируют как в рамках, так и вне соглашений о взаимозачете. Кроме того, было заявлено, что в случае систем межбанковских расчетов и расчетов по ценным бумагам уступку платежного обязательства, не погашенного по прекращении соглашения о взаимозачете, следует исключить, поскольку рынок, связанный с финансированием таких прав на платеж по прекращении действия, отсутствует.

54. В ходе обсуждения был поднят вопрос о том, не идет ли содействие, предусмотренное в проекте конвенции в отношении уступок финансовых депозитов, вразрез с положениями законов, направленных на предотвращение отмывания денег. В ответ было отмечено, что не идет, поскольку любые уступки дебиторской задолженности согласно конвенции по-прежнему будут регулироваться всеми имеющими обязательную силу положениями, касающимися отмывания денег.

Подпункт (e) (Права на платеж от страхователя согласно договору страхования или от страхователя согласно договору о перестраховании)

55. Указывалось, что рынок страхования очень детально регулируется (договорами и статутными положениями) и что в проекте конвенции содержатся положения, которые могут не дать желаемых результатов или могут даже воспрепятствовать осуществлению контрактных или статутных положений, регулирующих эти контракты. Кроме того, существует много форм страхования, которые зависят от разных стратегических соображений и планов сторон, и обеспечение того, чтобы положения проекта конвенции не оказали нежелательного воздействия на них, сопряжено с трудностями.

56. Против предложения об исключении практики в области страхования было высказано возражение на том основании, что желательно установить определенный и согласованный на международном уровне правовой статус дебиторской задолженности в связи с договорами страхования. Такая дебиторская задолженность (связанная с разными видами

договоров страхования, такими, как страхование от несчастного случая, страхование здоровья, страхование пенсии, страхование кредита или ответственности) часто является объектом уступки, а также часто составляет часть трансграничных финансовых операций, таких, как факторинг. Эти операции находятся в стадии развития, и желательно содействовать им и сократить связанные с ними издержки и риски с помощью конвенции. После обсуждения стало ясно, что предложение об исключении уступки страховой дебиторской задолженности не получило достаточной поддержки, и Комиссия постановила не выделять дебиторскую задолженность в связи с договорами страхования или перестрахования для целей исключения из сферы применения конвенции в целом.

Подпункт (f) (Права на платеж за проданные или сданные в аренду товары, которые стали частью недвижимого имущества)

57. Широкое распространение получило мнение о том, что уступку дебиторской задолженности в связи с продажей или сдачей в аренду товаров не следует исключать, даже если товары временно стали частью недвижимого имущества. Указывалось, что исключение уступки такой торговой дебиторской задолженности из сферы применения конвенции значительно уменьшит ее полезность и подорвет ее шансы на широкое принятие. Кроме того, отмечалось, что такое исключение создаст неопределенность в отношении применения проекта конвенции с учетом различных подходов, используемых в разных правовых системах применительно к условиям, когда движимое имущество может стать частью недвижимого имущества.

58. Обсуждения были нацелены на пересмотренный вариант подпункта (f), который направлен на исключение уступки: "[прав на платеж] [дебиторской задолженности] в связи с продажей или сдачей в аренду недвижимого имущества" получил поддержку измененный вариант подпункта (f), который позволит избежать исключения уступки торговой дебиторской задолженности, не вмешиваясь при этом ненадлежащим образом в национальное законодательство, регулирующее права на недвижимое имущество.

59. Вместе с тем указывалось, что уступку дебиторской задолженности в связи со сдачей в аренду недвижимого имущества исключать не следует. В ответ указывалось, что было бы контрпродуктивным пытаться провести различие между продажей и сдачей в аренду, поскольку сдача в аренду часто имеет признаки продажи (например, долгосрочная аренда с правом выкупа), и во многих правовых системах она рассматривается так же, как и продажа.

60. Вместе с тем отмечалось, что, хотя уступка дебиторской задолженности в связи со сдачей в аренду недвижимого имущества может быть вклю-

чена в сферу применения конвенции, самый важный момент заключается в исключении дебиторской задолженности, обеспеченной ипотечным залогом недвижимого имущества, с тем чтобы избежать вмешательства в национальное законодательство, регулирующее передачу прав по ипотечному залогоу в целом и обеспечение ипотеки в частности. В этой связи указывалось, что полезность конвенции будет значительно сокращена, если уступка торговой задолженности (в связи с продажей товаров, строительством или услугами) будет исключена только на том основании, что она оказалась обеспечена недвижимым имуществом. Отмечалось, что коммерческие, в частности строительные компании, на регулярной основе используют уступки дебиторской задолженности, обеспеченной ипотечным залогом недвижимого имущества или строительных площадок для получения финансирования. Кроме того, было заявлено, что было бы странным, если бы конвенция не охватывала глобальную уступку дебиторской задолженности коммерческим образованием лишь на том основании, что это образование (цедент) или должник или третья сторона предоставили ипотечный залог в качестве дополнительного обеспечения. Отмечалось, что исключение такой глобальной уступки создаст неопределенность относительно применения конвенции и может привести к непоследовательным результатам (например, конфликт, возникающий до того, как был предоставлен ипотечный залог, будет охватываться, а конфликт, возникающий после этого, охватываться не будет).

61. Кроме того, отмечалось, что озабоченность, выраженная в отношении тех последствий, которые уступка дебиторской задолженности может иметь для обеспечительных прав в области недвижимого имущества, может быть учтена с помощью нормы международного частного права, которая отсылала бы в случае коллизии приоритетов между цессионарием по конвенции и обладателем интересов в недвижимом имуществе, имеющим определенное право на уступленную дебиторскую задолженность, к праву места нахождения недвижимого имущества. Была предложена следующая формулировка:

"Если уступленная дебиторская задолженность связана с интересом в земле, проданной или сданной в аренду, или обеспечена таким интересом, права цессионария обуславливаются любыми коллидирующими правами лица, обладающего интересом в земле согласно праву государства места нахождения земли".

Это предложение было поддержано. Было заявлено, что юридический анализ, лежащий в основе этого предложения, является основательным и решает все соответствующие вопросы. В частности, указывалось, что, если не возникает коллизии с держателем права на недвижимую собственность согласно национальному праву, а статутные ограничения на уступку дебиторской задолженности в связи с недвижимым имуществом отсутствуют (вопрос,

который можно было бы в ясно выраженной форме рассмотреть в статье 9; см. пункт 131), проект конвенции не будет негативно сказываться на национальных рынках недвижимости. Кроме того, отмечалось, что в проекте конвенции идет речь об уступке дебиторской задолженности и отсутствуют какие-либо нормы, которые могли бы негативно сказаться на национальных рынках недвижимости. Отмечалось, в частности, что статья 12 является достаточной с точки зрения отсылки к национально-правовым вопросам, таким, как различие между субсидиарным и независимым правом, права должника по отношению к цеденту и форма передачи обеспечительного права, будь то на движимое имущество или на недвижимое имущество.

62. Однако было выражено мнение о том, что предложенный текст может быть недостаточным для целей предотвращения негативного влияния на деятельность национальных рынков недвижимости. В соответствии с таким подходом вопросы, помимо приоритета (и формы, решение которых было оставлено на урегулирование национальным правом в силу пункта 5 статьи 12), могут попадать в сферу применения конвенции. В этой связи была высказана идея о возможной необходимости более широкой нормы международного частного права. Было предложено включить следующую формулировку в статью 25: "Если в результате уступки произойдет передача или возникновение интереса в земле или дебиторской задолженности, связанной с таким интересом, вопросы, о которых идет речь в статье 24, будут решаться в соответствии с правом государства места нахождения земли". После обсуждения это предложение было изменено следующим образом:

"Если дебиторская задолженность возникает в связи с интересом в земле или если уступка дебиторской задолженности или любая связанная с этим сделка приведет к возникновению или передаче интереса в земле, все вопросы, касающиеся этого интереса в земле, будут регулироваться правом государства места нахождения земли для целей настоящей Конвенции".

Предлагаемый текст получил поддержку. Было заявлено, что подход, основанный на специальном режиме, который должен быть предусмотрен в проекте статьи 25, будет лучше учитывать все высказанные замечания. Вместе с тем отмечалось, что реальное различие между этим предложением и предложением, упомянутым выше (см. пункт 61), отсутствует, поскольку согласно последнему предложению право места нахождения цедента будет применяться лишь в том случае, если его применение не приведет к какому-либо вмешательству в право государства, в котором находится недвижимость.

63. В качестве альтернативы вышеупомянутым предложениям для решения вопроса посредством

исключения ограниченного исключения в статью 24 или в статью 25 было предложено, чтобы во избежание вмешательства в деятельность национальных ипотечных рынков прямое исключение в пункте 1 статьи 4 касалось лишь "дебиторской задолженности в связи с продажей или сдачей в аренду недвижимого имущества, обеспеченной ипотекой такого недвижимого имущества". Кроме того, было заявлено, что, если Комиссия не сможет достичь согласия в отношении такого исключения, следует рассмотреть подход, основанный на пункте 2 статьи 4. Вместе с тем была выражена озабоченность, что пункт 2 статьи 4, позволяющий государствам исключать неограниченное число видов практики, не будет способствовать единообразности, на достижение которой направлена конвенция.

64. После обсуждения Комиссия приостановила рассмотрение этого вопроса, чтобы дать время на консультации (продолжение обсуждения см. в пунктах 75-87).

Подпункт (g) (Права заимствования или права на платеж согласно аккредитиву или независимой банковской гарантии)

65. Комиссия достигла согласия о том, что уступка дебиторской задолженности, возникающей в связи с аккредитивами или независимыми гарантиями (либо как права на требование платежа, либо как права на получение платежа после того, как было выдвинуто законное притязание), не должна регулироваться конвенцией. Широкое распространение получило мнение о том, что уступка такой дебиторской задолженности связана с особыми соображениями, которые рассматриваются в специальных законодательных и законодательных текстах, включая Унифицированные правила и обычаи (УПО500), Правила международной практики (ISP98) и Конвенцию Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (резолюция 50/48 Генеральной Ассамблеи, приложение; "Конвенция о гарантиях и резервных аккредитивах").

Подпункт (h) (Права на платеж в связи с контрактами в отношении иностранной валюты)

66. Комиссия напомнила, что контракты в отношении иностранной валюты будут исключены из конвенции, если они заключаются под эгидой регулируемой биржи (см. подпункт (a) и пункт 43) или связаны с соглашениями о взаимных расчетах (см. подпункт (c) и пункты 46-48). Обсуждение было нацелено на контракты в отношении иностранной валюты, которые не будут подпадать под сферу действия подпункта (a) или подпункта (c) предлагаемого перечня исключений.

67. Было выражено мнение о том, что исключений согласно подпунктам (a) и (c) недостаточно, поскольку широко распространена практика, касающаяся контрактов в отношении иностранной ва-

люты, которые заключаются вне рамок регулируемой биржи и не регулируются генеральными соглашениями о взаимных расчетах. Кроме того, было заявлено, что в таких ситуациях финансовые учреждения будут полагаться на статутные права на зачет, защита которых имеет решающее значение для контролирования кредитных рисков и, следовательно, издержек, связанных со сделкой. Было также заявлено, что для финансовых учреждений в равной степени существенно важно иметь возможность использовать запрещающие передачу оговорки против возможных цессионариев поступлений от сделок в отношении иностранной валюты. Таким образом, применение статей 11 и 12 может непреднамеренно расширить степень уязвимости финансовых учреждений по отношению к риску невыполнения их клиентами обязательств, что приведет к увеличению финансовых издержек, связанных с этими сделками. Другой аргумент, выдвинутый в поддержку предложенного исключения, заключался в том, что сделки в отношении иностранной валюты во многих странах регулируются особыми постановлениями национальных финансовых органов и что конвенция не должна негативно сказываться на осуществлении этих регламентационных функций. Финансовые положения иногда включают в себя ограничения в отношении возможности уступки поступлений от сделок в отношении иностранной валюты для целей контролирования трансграничных валютных потоков.

68. Комиссия приняла к сведению эти замечания. Тем не менее она сочла, что отсутствуют убедительные причины для исключения из сферы применения конвенции этих остаточных сделок в отношении иностранной валюты. Финансовые учреждения, которые желают, чтобы к их сделкам в отношении иностранной валюты не применялась конвенция, могут использовать для этих сделок соглашения о взаимозачете, в результате чего они будут иметь право на исключение согласно соответствующему положению. Кроме того, широкое распространение получило мнение о том, что, если статутные положения ограничивают возможность передачи дебиторской задолженности, возникающей в связи с контрактами в отношении иностранной валюты, они по-прежнему не затрагиваются конвенцией в целом и статьями 11 и 12 в частности. Кроме того, по общему мнению, статья 20 является вполне достаточной для сохранения прав должника на зачет. После обсуждения Комиссия постановила исключить подпункт (h).

Подпункт (i) (Права на платеж в связи с продажей или дачей в займы инвестиционных ценных бумаг, включая соглашения о повторном приобретении, и права на платеж в связи с системами расчетов по инвестиционным ценным бумагам)

69. Напоминалось, что права на платеж в связи с системами расчетов по инвестиционным ценным бумагам будут охватываться подпунктом (d) в пере-

смотренном виде (см. пункт 53), в то время как продажа или дача займы инвестиционных ценных бумаг не будет охватываться исключениями в отношении соглашений о взаимных расчетах и операций на регулируемой бирже. Предложение об этом исключении получило поддержку. Отмечалось, что инвестиционные ценные бумаги продаются, даются займы или являются предметом торгового соглашения о повторном приобретении на стабильных и регулируемых рынках и что конвенция (например, нормы о гарантиях, зачете и приоритете) может оказать дестабилизирующее воздействие на эти рынки. В ответ был выдвинут аргумент, что тот факт, что эти операции регулируются национальным правом, недостаточен для оправдания их исключения из сферы действия конвенции, поскольку конвенция не будет затрагивать никаких статутных ограничений в отношении уступки. В этой связи было высказано предложение о том, что, в случае необходимости, государства могут использовать право, признанное в пункте 2 статьи 4, на исключение некоторых видов практики посредством заявления согласно статье 39. В ответ было заявлено, что если какие-либо виды практики должны быть исключены из конвенции, то это должно быть сделано в явно выраженной форме в пункте 1 статьи 4, а не посредством одностороннего заявления государства согласно статьям 4(2) и 39, поскольку такой подход не способствовал бы обеспечению единообразности и может породить неопределенность в отношении применения конвенции. После обсуждений до окончательного решения вопроса о том, должны ли исключения касаться конвенции в целом или только статей 11 и 12, Комиссия приняла предварительное решение о том, что продажу и дачу займы инвестиционных ценных бумаг следует исключить (см. также пункт 72).

Пересмотренный сводный перечень исключений

70. Затем Комиссия рассмотрела результаты обсуждения видов дебиторской задолженности, которые должны быть исключены из сферы применения конвенции. Комиссия сделала это на основе следующего проекта, подготовленного неофициальной специальной группой, для включения в пункт 1 статьи 4:

"[Настоящая Конвенция не применяется по отношению к]:

a) дебиторской задолженности, возникающей в связи с операциями на регулируемой бирже;

b) дебиторской задолженности, возникающей в связи с финансовыми договорами, регулируемые соглашениями о взаимных расчетах, за исключением дебиторской задолженности, причитающейся по прекращении всех незавершенных сделок;

c) дебиторской задолженности, возникающей в связи с банковскими депозитами;

d) дебиторской задолженности, возникающей в связи с системами межбанковских расчетов или системами расчетов по инвестиционным ценным бумагам;

e) дебиторской задолженности, возникающей в связи с аккредитивом или независимой банковской гарантией;

f) дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или дачей займы инвестиционных ценных бумаг".

71. Ссылаясь на проведенное ранее обсуждение определения "платежные системы или системы расчетов по ценным бумагам" (см. пункт 51), Комиссия постановила, что в подпункте (d) следует также упомянуть о межбанковских платежных соглашениях. Многие участники обсуждения полагают, что помимо платежной системы и системы расчетов по ценным бумагам из сферы применения конвенции следует исключить соглашения о платежах между двумя банками-корреспондентами.

72. Было предложено видоизменить формулировку подпункта (f) на предмет включения в него упоминания о держании инвестиционных ценных бумаг. В ответ на заданный вопрос было указано, что прямое или не прямое держание инвестиционных ценных бумаг, будь то в бумажной или электронной форме ("ценные бумаги в неопределенной форме"), может обусловить возникновение дебиторской задолженности, например, в виде остатка на счете ценных бумаг, дивидендов от ценных бумаг или продажной цены ценных бумаг. В целом было достигнуто согласие в отношении того, что уступка такой дебиторской задолженности должна быть исключена из сферы охвата проекта конвенции по тем же причинам, что и уступка дебиторской задолженности, возникающей из продажи или займа инвестиционных ценных бумаг (см. пункт 69).

73. Комиссия также рассмотрела определения "финансового договора" и "соглашения о взаимных расчетах", о которых идет речь в подпункте (b) вышеупомянутого перечня исключений (см. пункт 70) и которые должны быть включены в статью 6. Проекты определений (близкие к тексту, предложенному Европейской банковской федерацией в документе A/CN.9/472/Add.1) были следующими:

"n) "финансовый договор" означает любую сделку спот, сделку на срок, фьючерсную сделку, опционную сделку или сделку-своп, включающую процентные ставки, товары, ценные бумаги, акции, облигации, индексы или любые другие финансовые инструменты, любую сделку по повторному приобретению или кредитованию ценными бумагами или любую иную сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок;

о) "соглашение о взаимозачете" означает соглашение, которое предусматривает одно или более из следующих действий:

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

ii) в случае несостоятельности или иного невыполнения 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, и

iii) зачет сумм, рассчитанных в порядке, предусмотренном в предыдущем подпункте (ii), по двум или более соглашениям о взаимозачете".

74. Было отмечено, что с учетом проведенного Комиссией ранее обсуждения этих определений (см. пункты 49-51) были опущены упоминания о депозитных счетах и системах дополнительного и кредитного обеспечения в определении "финансового договора". Была выражена широкая поддержка этих определений в пересмотренном виде. Было достигнуто согласие относительно того, что упоминание о депозитных счетах исключается на основании подпункта (с) пересмотренного перечня исключений (см. пункт 70). Было предложено опустить упоминание о дебиторской задолженности, возникающей в связи с депозитными счетами, из перечня исключенных видов практики, однако это предложение не получило достаточной поддержки. Комиссия также согласилась с тем, что системы дополнительного и кредитного обеспечения не подпадают под определение "финансового договора". После обсуждения Комиссия приняла вышеупомянутый перечень исключений и определений и передала его редакционной группе.

Дебиторская задолженность в связи с недвижимостью

75. Комиссия возобновила рассмотрение вопроса о дебиторской задолженности в связи с недвижимостью (см. пункты 57-64). Обсуждения были нацелены на предложение следующего содержания:

"Когда дебиторская задолженность связана с интересом в земле, все вопросы, относящиеся к этому интересу, и приоритет права цессионария в отношении коллидирующего права лица, имеющего интерес в этой земле, регулируются правом государства места нахождения".

76. Отмечалось, что предлагаемый текст предназначен для применения во всех случаях, независимо от характера связи дебиторской задолженности с

землей (например, дебиторская задолженность может быть связана с продажей или сдачей в аренду земли или просто быть обеспечена интересом в земле) и для сохранения применения права земли по всем вопросам, связанным с интересом в земле. Кроме того, отмечалось, что цель второй части предлагаемого текста состоит в том, чтобы решить более узкий вопрос, а именно вопрос о праве, применимом к коллизии приоритета между цессионарием по конвенции и лицом, имеющим интерес в земле согласно праву земли. Это предложение было активно поддержано. Отмечалось, что предлагаемый текст учитывает озабоченность, выраженную в отношении статутных ограничений на уступки, которые влияют на интересы в земле, а также любую другую озабоченность в этом отношении, связанную с соображениями публичной политики. С редакционной точки зрения было предложено связать первую и вторую части предлагаемого текста словом "включая". Это предложение натолкнулось на возражения, поскольку во второй части предлагаемого текста содержится ограниченная норма, касающаяся права, применимого к приоритету в отношении дебиторской задолженности, в то время как первая часть касается права, применимого ко всем вопросам, связанным с интересом в земле.

77. В то же время было высказано несколько замечаний. Одно замечание заключалось в том, что предлагаемый текст является слишком широким по охвату и может непреднамеренно исключить из сферы применения конвенции операции, которые предполагалось охватить (например, уступку дебиторской задолженности, зафиксированную в простом векселе и обеспеченную ипотекой, или уступку поступлений от парка развлечений или гольф-клуба). В частности, отмечалось, что слова "связана" и "все вопросы, относящиеся" делают сферу охвата предлагаемого текста слишком широкой и привносят неприемлемую степень неопределенности. Указывалось, что зачастую коммерческие займы обеспечиваются личной собственностью и недвижимостью. Отмечалось, что в таких случаях вопрос о приоритете в отношении связанной с земельной собственностью дебиторской задолженности может решаться с помощью права земли лишь если, согласно этому праву, приоритет зависит от регистрации в публичном регистре и возникает коллизия с лицом, имеющим интерес в этой земле. В этой связи отмечалось, что, если цессионарий не зарегистрировал свой интерес в земле и cedent стал несостоятельным, его приоритет по отношению к управляющему в деле о несостоятельности регулируется правом места нахождения cedent. Кроме того, указывалось, что, даже если cedent уступил эту же дебиторскую задолженность другому цессионарию, который также не произвел регистрацию, приоритет снова будет определяться согласно праву места нахождения cedent. Отмечалось также, что единственным случаем, когда право земли может применяться и cedent

может проиграть дело, является случай, когда последующий цессионарий регистрирует свой интерес согласно праву земли. Цель второй части предлагаемого текста заключается в охвате этой ограниченной коллизионной ситуации.

78. Другая озабоченность состояла в том, что сам факт того, что дебиторская задолженность как-то связана с недвижимостью, независимо от стоимости недвижимости по сравнению с размером дебиторской задолженности, недостаточен для того, чтобы обосновать изменение права, регулирующего приоритет. Было заявлено, что если конвенция будет включать в себя норму права, регулирующую коллизию приоритетов в отношении дебиторской задолженности в связи с недвижимостью, то было бы целесообразным сформулировать эту норму таким образом, чтобы избежать какого-либо неадекватного вмешательства в финансовую практику, связанную с такой дебиторской задолженностью. Были выражены сомнения относительно того, будет ли подходить норма, содержащаяся в предлагаемом тексте, к финансированию в области недвижимости и финансированию на основе дебиторской задолженности, обеспеченной ипотечным залогом. Было заявлено, что в любом случае норма, которая будет предусматривать, что все, кто финансирует дебиторскую задолженность, должны выяснять, обеспечена ли соответствующая дебиторская задолженность ипотечным залогом, с тем чтобы установить, применяется ли проект конвенции, была бы неприемлемой. С тем чтобы учесть высказанные замечания, было предложено, чтобы конвенция касалась лишь коллизии между цессионарием, который приобрел в соответствии со статьей 12 интерес в земле, обеспечив выплату уступленной задолженности, и держателем интереса в земле, который в силу права земли распространяется на дебиторскую задолженность. Такая норма должна предусматривать сохранение применения права земли либо посредством исключения этого вида коллизии из сферы охвата норм о приоритете, содержащихся в конвенции, либо посредством установления приоритета держателя интереса в земле, если такое лицо будет иметь приоритет согласно праву земли.

79. Была предложена следующая формулировка:

"Если дебиторская задолженность связана с землей таким образом, что согласно праву государства места нахождения земли лицо, имеющее интерес в земле, обладает правами в отношении этой дебиторской задолженности, права цессионария в отношении дебиторской задолженности подчиняются правам любого лица, которому в соответствии с правом государства места нахождения земли подчиняются права цессионария".

Было разъяснено, что предлагаемая норма была разработана как норма, имеющая узкую сферу применения, поскольку она требует, чтобы дебиторская задолженность была связана с землей и что, со-

гласно праву земли, лицо, имеющее интерес в земле, приобрело интерес в дебиторской задолженности, связанной с этой землей. Отмечалось, что предлагаемая норма не рассматривает коллизии в отношении интересов в земле, поскольку, как было замечено, статья 12 должна быть достаточной для обеспечения того, чтобы любая коллизия в отношении интересов в земле разрешалась с помощью права земли. Кроме того, было достигнуто понимание, согласно которому предлагаемая норма не применяется, когда цессионарий дебиторской задолженности, обеспеченной ипотечным залогом, выполнил все требования согласно праву земли в отношении приобретения интересов в земле, но в результате невыполнения должником обязательства лишился права пользования землей и продал ее.

80. Вышеупомянутое предложение получило определенную поддержку. Для обеспечения того, чтобы предлагаемый текст охватывал не только арендные платежи, но и дебиторскую задолженность, обеспеченную недвижимостью, было предложено добавить следующее выражение: "Когда дебиторская задолженность обеспечена землей или связана с арендой земли...". В то же время было высказано несколько замечаний. Одно замечание касалось того, что предлагаемый текст не учитывает все ситуации, когда конвенция может негативно сказываться на правах в земле согласно праву земли. В ответ на вопрос относительно того, будет ли статья 9 (особенно в измененном виде; см. пункт 131) учитывать озабоченность, касающуюся статутных ограничений в отношении дебиторской задолженности, связанной с землей, было разъяснено, что статья 9 будет учитывать большинство, но не все соображения публичной политики. В ответ на еще один вопрос относительно того, будет ли статья 25 учитывать эти оставшиеся соображения публичной политики, было заявлено, что эта статья может быть недостаточной в этом отношении.

81. Для того чтобы как-то сблизить два несходных предложения (см. пункты 75 и 79), была предложена следующая формулировка: "Никакое положение настоящей Конвенции не затрагивает применения права, регулирующего недвижимость, когда уступка дебиторской задолженности связана с этой недвижимостью". Хотя это предложение было встречено с интересом, было заявлено, что оно может создать неопределенность в плане применения конвенции. Один лишь факт того, что, например, была установлена ипотека в отношении недорогостоящей недвижимости, может привести к устранению из сферы применения конвенции уступки дебиторской задолженности значительного размера. Отмечалось также, что в данном случае необходимо отразить только один вопрос, а именно коллизию между цессионарием по конвенции и владельцем интереса в земле, связанной с уступленной дебиторской задолженностью. Статутные ограничения в отношении уступки задолженности, связанной с землей, будут в достаточной мере охватываться пересмотренным

вариантом статьи 9 (см. пункт 131), а статья 12 будет в достаточной мере обеспечивать, чтобы любые коллизии в отношении коллидирующих интересов в земле попадали под право, регулирующее интересы в земле, в силу норм международного частного права вне конвенции.

82. Однако было сделано замечание о том, что для обеспечения применения внутреннего права ко всем вопросам, относящимся к интересам в земле, одного лишь урегулирования вопросов приоритета недостаточно. По этой причине было поддержано вышеупомянутое предложение (см. пункт 80) или вариант, разрешающий государствам исключать из сферы применения проекта конвенции уступку связанных с землей дебиторских задолженностей (см. пункт 2 статьи 4 и статью 39). Большинство поддержало мнение о том, что необходимо предпринять усилия для четкого определения сферы применения конвенции, с тем чтобы государствам не нужно было бы делать дополнительных исключений, поскольку такой подход снизил бы определенность в отношении применения конвенции и привел бы к тому, что в разных государствах она имела бы разную сферу применения.

83. В попытке достичь консенсуса была предложена такая формулировка:

"В случае, когда дебиторская задолженность обеспечивается продажей или арендой интереса в недвижимости или возникает из нее, ничто в настоящей Конвенции:

а) не затрагивает прав лица, имеющего приоритет в дебиторской задолженности в соответствии с правом, регулирующим недвижимость, государства места нахождения недвижимости; или

б) не позволяет создавать интерес в недвижимости, который не разрешен этим правом".

84. Было пояснено, что предлагаемый текст предназначен для обеспечения того, чтобы конвенция не затрагивала приоритета владельца интереса в соответствии с внутренним правом, регулирующим недвижимость, и не создавала бы интереса в земле, не разрешаемого этим правом. Хотя это предложение получило поддержку, было высказано замечание в отношении подпункта (а) о том, что ссылка на внутреннее право, регулирующее недвижимость, является недостаточно четкой и чересчур ограничительной, поскольку приоритеты обычно регулируются иными правовыми нормами, в том числе законодательством о несостоятельности. В ответ на это было заявлено, что ссылка на внутреннее право вообще устранила бы из сферы применения конвенции любые коллизии приоритета в отношении задолженностей, связанных с землей, сколь бы отдаленной и искусственной такая связь ни была. Подобный результат снижал бы определенность, на достижение которой направлены статьи 24-27, и

является приемлемым, поскольку серьезные коллизии приоритетов в отношении дебиторской задолженности оказались бы неурегулированными. Был приведен пример коллизии между двумя цессионариями дебиторской задолженности в стране А, обеспеченной ипотекой в стране В.

85. Однако было заявлено, что, если в конвенции будет четко указано, что она не наносит ущерба правам, устанавливаемым правовыми нормами о недвижимости, отпадет нужда в урегулировании конкретного вопроса о приоритете, которому посвящен подпункт (а) предлагаемого текста. В ответ на это было отмечено, что в отсутствие подпункта (а) право места нахождения цедента будет применяться в силу статьи 24 к коллизии между цессионарием по конвенции и владельцем права в земле, которое в соответствии с национальным правом распространяется на дебиторскую задолженность.

86. В отношении подпункта (b) было предложено, чтобы в нем говорилось о "затрагивании" внутреннего права. Это предложение было встречено возражениями в силу того, что термин "затрагивание" может оказаться чрезмерно широким и в любом случае является непонятным. В редакционном плане было предложено, чтобы в подпункте (b) говорилось о разрешении в отношении приобретения права в земле, и это предложение получило широкую поддержку.

87. При условии сохранения приоритета интересов в земле, возникающих из права, регулирующего интересы в земле, Комиссия одобрила текст, содержащийся в пункте 83, и передала его редакционной группе. Комиссия продолжила обсуждение вопроса о дебиторской задолженности, возникающей из сделок с недвижимым имуществом, на основе следующего текста, который должен быть добавлен в статью 4:

"[3.] Настоящая Конвенция:

а) не затрагивает вопроса о том, является ли имущественное право в недвижимости правом в дебиторской задолженности, связанной с этой недвижимостью;

б) не затрагивает приоритета права в недвижимости в отношении права цессионария дебиторской задолженности; или

с) не позволяет приобретать имущественные права в недвижимости, не разрешаемые правом государства места нахождения недвижимости".

Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что подпункт (а) отходит от концепции, одобренной Комиссией (см. пункты 83-87), и представляется невразумительным, поскольку интерес в недвижимости не может быть интересом в связанной с ним дебиторской задолженности. В ответ было указано, что подпункт (а) является логической предпосылкой к описанной в подпункте (b) ситуации воз-

никновения коллизии приоритетов. Что касается вопроса о том, может ли лицо, имеющее интерес в земле, иметь интерес в связанной с этой землей дебиторской задолженности и тем самым оказаться в ситуации коллизии приоритетов с цессионарием этой дебиторской задолженности, то в качестве примера было указано, что во многих правовых системах покупатель строения приобретает интерес в плате за аренду этого строения. В порядке внесения редакционных изменений было предложено заменить в подпункте (а) слово "is" ("является") словом "confers" ("предоставляет"), "contains" ("содержит") или "includes" ("включает"). После обсуждения Комиссия одобрила предлагаемый текст и передала его редакционной группе.

Другие виды практики, подлежащие исключению (уступка дебиторской задолженности, возникающая в связи с продажей или сдачей в аренду авиационного, космического оборудования и железно-дорожного подвижного состава)

88. Было высказано предложение, согласно которому по тем же вышеупомянутым причинам (например, детально регулируемые специальные рынки не должны охватываться конвенцией) уступка дебиторской задолженности в связи с арендой некоторых видов дорогостоящего мобильного оборудования или обеспеченная ими должна быть исключена из сферы применения конвенции. В пользу этого предложения отмечалось, что прямое исключение таких видов практики позволит избежать привнесения норм, которые могут не быть целесообразными (например, статьи 11, 12 или 24). Кроме того, отмечалось, что такой подход позволит избежать коллизии с проектом конвенции, который в настоящее время разрабатывается Международным институтом по унификации частного права (МИУЧП) и другими организациями ("проект конвенции МИУЧП"). В этой связи было разъяснено, что с учетом решения соответствующих органов, занимающихся подготовкой этих текстов, об ограничении сферы охвата их работы авиационным, космическим оборудованием и железнодорожным подвижным составом (вместо любого "уникально идентифицируемого объекта"), прямое исключение будет ограниченным и не будет сопряжено с опасностью чрезмерного ограничения сферы применения проекта конвенции, подготовкой которого занимается ЮНСИТРАЛ. Кроме того, было разъяснено, что проект конвенции МИУЧП и протоколы к ней имеют строго отраслевую направленность и предусматривают средства правовой защиты в случае невыполнения должником обязательства, а также устанавливают режим приоритета на основе международных реестров специального оборудования.

89. В целях учета этого предложения было предложено включить в перечень исключений в проекте пункта 1 статьи 4 следующую формулировку: "Уступка прав [на платеж] в связи со сделками, в которых мобильное оборудование передается в

аренду или является первичным реальным обеспечением в отношении принятых обязательств". Эта формулировка будет дополнена следующим определением: "'Мобильное оборудование' означает корпус летательных аппаратов, авиационные двигатели, вертолеты, железнодорожный подвижной состав и космическое оборудование". В ответ на вопрос было указано, что, хотя определение термина "космическое оборудование" пока отсутствует, термин используется для охвата не только оборудования в космическом пространстве (например, спутников), но и смежных прав (например, любые центры по вопросам телеметрии, слежения и управления; программное обеспечение управления спутниками, а также шифры доступа; и разрешения правительства на использование отведенного места на орбите и соответствующих радиочастот). Отмечалось, что с практической точки зрения право получившего обеспечение кредитора вступить во владение спутником не может быть гарантировано без таких смежных прав. В результате исключение смежных прав из обеспеченного интереса в самом соответствующем спутнике будет снижать коммерческую ценность такого спутника как дополнительного обеспечения и, таким образом, подорвет способность производителей спутников, организаций, оказывающих услуги по обслуживанию запусков, и операторов спутников получать финансирование, предлагая непосредственные обеспечительные интересы в их спутниках. Кроме того, указывалось, что важно избежать каких-либо противоречий между проектом конвенции и проектом космического протокола, который разрабатывается в настоящее время, поскольку этот проект протокола будет первым международным текстом, который будет всеобъемлющим образом рассматривать вопросы обеспечительных интересов в космическом оборудовании (хотя другие международные тексты, такие как Конвенция МИУЧП о международном лизинге 1988 года, могут рассматриваться в качестве применимых по отношению к аренде космического оборудования).

90. Предлагаемое исключение первоначально было активно поддержано. Было заявлено, что, как традиционно считалось, эти виды мобильного оборудования имеют своего рода особый статус, который признан в предлагаемом новом международном режиме, предусмотренном проектами конвенции и протоколов МИУЧП. К тому же узкоспециальный характер способов финансирования такого мобильного оборудования требует того, чтобы уступки дебиторской задолженности, принимаемые в качестве обеспечения, рассматривались в документах, касающихся непосредственно этого оборудования. Более того, предлагаемое исключение необходимо для сохранения концепции неделимости имущества и смежных прав, которая закреплена в статьях 8(1) и 10 проекта конвенции МИУЧП. Эта концепция может пострадать, если позволить должнику уступить дебиторскую задолженность, происходящую из столь дорогостоящего мобильного оборудования,

по какой-то иной системе помимо той, которая применяется к этому мобильному оборудованию. Во избежание такого результата из сферы применения конвенции следует исключить уступку дебиторских задолженностей, возникающих, в частности, из следующих сделок: финансирование продаж продавцами, удерживающими титул до полной уплаты цены; финансирование продаж третьими сторонами, являющимися финансовыми агентами, которые получают обеспечительное право в соответствующем мобильном оборудовании; финансирование аренды, при которой арендные платежи соединены с мобильным оборудованием; и финансирование компаний, владеющих мобильным оборудованием, финансовыми агентами, получающими обеспечительное право в результате предоставления кредитов, обеспеченных прежде всего мобильным оборудованием.

91. Было выражено мнение о том, что коллизия между двумя текстами, разработка которых еще не завершена, не может быть устранена посредством прямого исключения некоторых видов практики. Такой подход привел бы к созданию правового вакуума до завершения разработки и вступления в силу более специализированного текста. Поэтому было предложено, чтобы этот вопрос решался на основе статьи 36 и проекта конвенции и протоколов МИУЧП, которые будут иметь преимущественную силу перед проектом конвенции, разрабатываемым ЮНСИТРАЛ. В ответ указывалось, что главный вопрос состоит не в коллизии между двумя международными текстами, а в необходимости избежания вмешательства в стабильную и очень специализированную практику. Кроме того, вопрос о коллизии между международными текстами носит вторичный характер и связан не только с будущим международным текстом, но и действующими в настоящее время международными конвенциями. В любом случае отмечалось, что с помощью подхода, основанного на статье 36 или на общем договорном праве, невозможно будет обеспечить определенность, необходимую для предоставления кредитов по доступным ставкам. В этой связи было разъяснено, что в целях определения того, какой текст является применимым, стороны должны будут установить место нахождения соответствующих сторон в государстве, которое сделает заявление, а также последствия такого заявления.

92. Было также выражено мнение о том, что прямое исключение может быть нецелесообразным, поскольку в проекте конвенции правильно рассматривается вопрос о финансировании на основе дебиторской задолженности на широкой основе и он имеет иную цель, чем проект конвенции и протоколы МИУЧП о международных интересах в мобильном оборудовании. Кроме того, отмечалось, что предлагаемая формулировка может быть чересчур широкой и может привести к непреднамеренному результату, заключающемуся в исключении уступки того или иного вида дебиторской

задолженности из сферы применения конвенции, даже если владелец мобильного оборудования произвел платеж в порядке обеспечения мобильного оборудования. Указывалось, что такой результат был бы неправильным. Поэтому было выдвинуто предложение о целесообразности предоставления сторонам возможности выбора между проектом конвенции, разрабатываемым ЮНСИТРАЛ, и проектом конвенции и протоколами МИУЧП о международных интересах в мобильном оборудовании. В ответ указывалось, что права, связанные с обеспечительными интересами в дорогостоящем мобильном оборудовании, в рамках некоторых важных видов практики сложным образом связаны с этим оборудованием, и такие сделки не могут регулироваться правовыми нормами, касающимися уступки дебиторской задолженности. Кроме того, было заявлено, что если решение этого вопроса будет оставлено на усмотрение сторон, то это создаст неопределенность относительно применения обеих конвенций.

93. Была выражена озабоченность в связи с тем, что в предлагаемой формулировке остался открытым вопрос о том, будет ли уступка дебиторской задолженности в связи со сделками, в которых виды оборудования, подлежащие исключению, не являются первичным обеспечением, охватываться проектом конвенции ЮНСИТРАЛ или проектом конвенции и протоколами МИУЧП о международных интересах в мобильном оборудовании. Было заявлено, что в таких ситуациях может возникнуть коллизия между соответствующими текстами и что этот вопрос необходимо решить в проекте конвенции ЮНСИТРАЛ. В ответ отмечалось, что в проблемных ситуациях, когда обеспечение в виде мобильного оборудования, предложенного к исключению, является лишь вторичным обеспечением, уступка дебиторской задолженности не будет исключена из сферы применения конвенции.

94. Было также сделано замечание о том, что если четко не определить сферу исключения, то общий финансовый агент получит возможность изменять режим, применимый к уступкам, путем включения в сделку по финансированию под дебиторскую задолженность дебиторскую задолженность в отношении летательного аппарата. Кроме того, исключение уступок дебиторских задолженностей в отношении подвижного железнодорожного состава и космического оборудования на данном этапе невозможно, в частности поскольку сфера применения соответствующих проектов протоколов пока не ясна и в любом случае они еще должны быть рассмотрены и одобрены в межправительственном контексте. Было также указано, что глава IX проекта конвенции МИУЧП (касающаяся уступок международных интересов и "смежных прав", включая дебиторскую задолженность) еще не принята окончательно и что в приложение к этой главе включены альтернативные положения, при том понимании, что этот вопрос будет вновь рассмотрен небольшой группой

экспертов до созыва дипломатической конференции, на которой планируется завершить работу над проектом конвенции. Было также указано, что если идти по пути исключения, то это может привести к изъятию из сферы применения конвенции самой разнообразной практики, независимо от того, является ли страна участником конвенции МИУЧП или же имеет законодательство, регулирующее эти вопросы. Кроме того, даже подход на основе статьи 36 не может быть реализован до тех пор, пока не будет закончена работа над проектами конвенции и протоколов МИУЧП. Кроме того, включение в сферу действия проекта конвенции уступки дебиторских задолженностей в летательных аппаратах и аналогичных дебиторских задолженностей не чревато опасностью нарушения функционирования каких бы то ни было рынков. В этой связи внимание Комиссии было обращено на то обстоятельство, что, как показывают недавние исследования, желаемые исключения создадут специальные режимы в тех областях, где в настоящее время не существует никаких режимов, и могут нежелательно отразиться на важной практике, например касающейся секьюритизации дебиторской задолженности в летательных аппаратах.

95. В ответ на это было отмечено, что, хотя Комиссии было бы полезно продолжить консультации по этому вопросу, крайне важно, по всей видимости, разумно его решить к удовлетворению соответствующей индустрии, с тем чтобы не допустить возражений против проекта конвенции. Было заявлено также, что подход на основе ограниченного исключения дебиторских задолженностей, которые неразрывно связаны с дорогостоящим видом оборудования, и норма о приоритете, отсылающая к государству регистрации, вполне могут решить проблему, по крайней мере для практики финансирования летательных аппаратов. Кроме того, решение на основе статьи 36, касающейся коллизии с другими международными документами, не может в полной мере решить обсуждаемые проблемы. В противовес этому было указано, что статья 36 является достаточной для решения данного вопроса. Отмечалось также, что неразрывная связь дебиторских задолженностей с оборудованием не может служить обоснованием для применения подхода, основанного на исключениях. Ключевой вопрос состоит в том, что согласно проектам конвенции и протоколов МИУЧП финансирующее оборудование учреждения всегда будет иметь приоритет перед учреждением, финансирующим под дебиторскую задолженность.

96. С учетом того, что прозвучали убедительные доводы как в пользу, так и против исключения уступок дебиторских задолженностей, возникающих из сделок, связанных с дорогостоящим высокомобильным имуществом, Комиссия решила отложить принятие решения по этому вопросу, пока работа над проектом конвенции МИУЧП не приблизится к завершению, что позволит правитель-

ствам провести необходимые консультации с соответствующей индустрией.

Место расположения перечня видов дебиторской задолженности, подлежащих исключению

97. Комиссия рассмотрела вопрос о том, следует ли виды дебиторской задолженности, указанные в перечне, исключить из проекта конвенции вообще или следует ли определенные виды дебиторской задолженности рассматривать лишь в рамках специального режима в некоторых положениях. Была выражена определенная поддержка в пользу избирательного подхода, согласно которому каждый вид дебиторской задолженности должен исключаться (или рассматриваться особым образом) лишь в случае необходимости избежания проблем в той или иной конкретной области при сохранении применимости других положений проекта конвенции. Указывалось, что такой подход согласуется с желанием обеспечить максимально широкую сферу применения конвенции и содействовать, по возможности, операциям в области финансирования, связанным с уступкой. Тем не менее широкое распространение получило мнение о предпочтительности полного исключения определенных видов дебиторской задолженности из сферы применения конвенции. Это мнение основывалось на послышке о том, что специальные исключения создадут трудности с толкованием и осложнят применение конвенции. В частности, было заявлено, что вариант В статьи 5 необходимо расширить и составить таким образом, чтобы адаптировать конвенцию к необходимости конкретных видов практики. Указывалось, что такие корректировки могут быть необходимы в отношении, например, вопросов приоритета, прав на зачет, гарантий и значения термина "место нахождения". Кроме того, тотальные исключения уменьшают необходимость в (или делают излишними) пункте 2 статьи 4 и статье 39, которые, позволяя государствам исключать новые виды практики, могут создать трудности с применением конвенции.

98. После приостановления рассмотрения этого вопроса, с тем чтобы предоставить делегатам определенное время для консультаций, Комиссия продолжила рассмотрение вопроса о том, следует ли перечень видов практики, которые должны быть исключены из сферы применения конвенции, поместить в статью 5 и включить в вариант В или поместить в статьи 11 и 12. Предложение о включении перечня в статью 5, вариант В, получило определенную поддержку. Указывалось, что исключение видов практики, упомянутых в этом перечне, лишь из сферы применения статей 11 и 12 будет согласовываться с одобренной Комиссией общей политикой, согласно которой сфера применения конвенции должна быть как можно шире. Кроме того, отмечалось, что такой подход повысит степень предсказуемости в отношении применения конвенции. В то же время было признано, что определение "тор-

говой дебиторской задолженности" в варианте В статьи 5 привносит неприемлемую степень неопределенности и поэтому его следует исключить, включив при этом прямую ссылку на конкретные виды практики. В проект статьи 5 было предложено включить формулировку следующего содержания:

"Статьи 11 и 12 (и раздел II главы V) не применяются к уступкам дебиторской задолженности [перечень видов практики, которые подлежат исключению]. Что касается уступки таких видов дебиторской задолженности, то вопросы, рассматриваемые в этих статьях, должны регулироваться в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права".

99. Однако возобладало мнение о том, что перечень видов практики, которые должны быть исключены, должен быть помещен в статью 4. Указывалось, что, если эти виды практики будут исключены только из сферы применения статей 11 и 12, конвенция может по-прежнему применяться, в зависимости от того, считаются ли действительными оговорки о запрещении уступок в праве, применимом вне рамок конвенции. Указывалось, что в таком случае может возникнуть необходимость в том, чтобы Комиссия адаптировала ряд положений проекта конвенции (например, нормы "о месте нахождения", гарантиях, правах должника на зачет и вопросы приоритета) к конкретным потребностям видов практики, которые предлагается исключить. В ходе обсуждения было высказано предложение о том, что в подпункт (d) предлагаемого перечня исключений (см. пункт 70) можно было бы включить формулировку, предусматривающую, что системы межбанковских расчетов и системы расчетов по ценным бумагам исключаются "независимо от того, регулируются они соглашениями о взаимных расчетах или нет". Кроме того, было предложено четко указать в подпункте (f), что он охватывает соглашения о повторном приобретении.

100. После обсуждения Комиссия постановила, что перечень видов практики, которые подлежат исключению, должен быть включен в статью 4, и передала этот вопрос в редакционную группу (по вопросу о целесообразности сохранения статей 5 и 6, пункт 1, см. пункты 104–108 и 151).

Конкретный перечень видов дебиторской задолженности, подлежащих включению

101. Затем Комиссия вернулась к рассмотрению вопроса о целесообразности включения в проект конвенции перечней видов дебиторской задолженности, уступка которых охватывалась бы конвенцией. В поддержку этого перечня был выдвинут аргумент о том, что он обеспечит немедленную и ясно выраженную гарантию и разъяснения заинтересованным финансовым кругам, которые больше всех выиграли бы от охвата конвенцией этих видов практики. Эти виды практики включают в себя, в

частности, поставку товаров, работы и услуги, продажу или предоставление на условиях лицензионного договора интеллектуальной собственности, операции по кредитным картам, а также дачу денежных ссуд и выплаты по гарантиям или обязательствам поручительства. Указывалось, что такой подход является практичным подходом, который позволит повысить степень приемлемости конвенции и будет облегчать ее толкование. Однако предложение о включении такого перечня видов практики натолкнулось на активную оппозицию. Было высказано мнение о том, что такой перечень будет неадекватным образом ограничивать сферу применения конвенции и, следовательно, идти вразрез с получившей общее одобрение политикой в отношении конвенции, заключающейся в том, чтобы сфера ее применения была как можно шире. Кроме того, сопоставление перечня исключений и перечня включенных видов практики может создать трудности с толкованием в отношении видов практики, в случае которых не совсем понятно, к чему они относятся, или практики, которая может развиваться в будущем. Кроме того, отмечалось, что этот перечень будет излишним, поскольку он будет просто воспроизводить, используя наиболее типичные примеры, операции, которые охватываются конвенцией в силу статьи 2. Указывалось также, что, если перечень видов практики, подлежащих исключению, будет добавлен в пункт 1 статьи 4, необходимость в проекте статьи 5 отпадет и в результате этого различие между финансовой дебиторской задолженностью и торговой дебиторской задолженностью станет излишним, и это может непреднамеренно привести к исключению торговой дебиторской задолженности.

102. Комиссия заняла позицию, согласно которой в конвенцию не следует включать перечень операций, на которые должны распространяться положения конвенции, а разъяснение в этой связи следует включить в комментарий или в преамбулу конвенции.

103. После приостановления рассмотрения, с тем чтобы предоставить делегатам определенное время для консультаций, Комиссия возобновила обсуждение вопроса о перечне видов практики, которые предлагается включить в сферу применения конвенции. Хотя было выражено мнение о том, что этот перечень может играть полезную роль с точки зрения дополнительного уточнения сферы применения конвенции, широкое распространение получило мнение о том, что необходимость в таком перечне отсутствует. Было заявлено, что статья 2, в которой содержится довольно широкое определение "уступки" и "дебиторской задолженности", является достаточной для охвата всех видов практики, включенных в перечень. Кроме того, указывалось, что перечень видов практики, которые необходимо включить в сферу применения конвенции, может непреднамеренно ограничить ее еще более, чем это планировалось. В ходе обсуждения было высказано

предложение о том, что, видимо, было бы целесообразным упомянуть этот перечень видов практики, подлежащих включению, в комментарии или в преамбуле конвенции. После обсуждения Комиссия постановила не включать ссылку на конкретный перечень видов практики для целей определения сферы применения конвенции.

Виды практики, подлежащие исключению из сферы применения статей 11 и 12

104. Затем Комиссия рассмотрела смежный вопрос о том, должны ли некоторые виды практики быть исключены из сферы применения статей 11 и 12 (см. пункт 38). Было предложено сохранить вариант В статьи 5 и дополнить его определением "торговой дебиторской задолженности" следующего содержания:

"торговая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность:

- i) возникающую на основании первоначального договора продажи или аренды товаров или предоставления услуг, помимо финансовых услуг;
- ii) возникающую на основании первоначального договора продажи, аренды или передачи по лицензионному соглашению промышленной или иной интеллектуальной собственности или иной информации;
- iii) представляющую собой обязательство платежа за операцию по кредитной карте".

105. В поддержку этого предложения было указано, что существуют другие виды практики, помимо тех, которые должны быть исключены в статье 4, к которым статьи 11 и 12 не будут подходить. В качестве примера были приведены банковские синдикаты для предоставления крупных займов, а также соглашения о факторинге и соглашения о выставлении фактур-требований, когда обычно признается действительность оговорок о запрещении уступок. Отмечалось, что в случае исключения этих видов практики из сферы применения статей 11 и 12 в силу второй части статьи 8, пункт 2, вопрос о действительности и правовых последствиях оговорок о запрещении уступок будет оставлен на решение в рамках права, применимого вне конвенции. В результате этого, если применимое право признает действительность оговорок о запрещении уступки, уступка не будет действительной и конвенция применяться не будет. Если, с другой стороны, применимое право не признает действительность оговорок о запрещении уступки, то уступка будет действительной и конвенция будет применяться. По этой причине указывалось, что самым важным является сохранение действия положений о защите должника, содержащихся в разделе II главы IV (посредством опущения их исклю-

чения в статье 5, вариант В). В ответ на вопрос было разъяснено, что положения конвенции могут применяться к видам практики, подлежащим исключению из сферы применения статей 11 и 12, без создания угрозы их нарушения.

106. В то же время в связи с этим предложением было высказано несколько замечаний. Одно замечание заключалось в том, что различие между торговой и финансовой дебиторской задолженностью создаст неопределенность. Отмечалось, что указание на финансовые услуги в вышеупомянутом определении (см. пункт 104) оставляет открытым вопрос о том, идет ли речь лишь об услугах банков или же других компаний, оказывающих финансовые услуги. Предложение о том, что они должны касаться лишь банков, натолкнулось на возражение на том основании, что такой подход не учитывает практику, связанную, например, со страховыми компаниями. Другое замечание состояло в том, что в результате предлагаемого исключения может быть непреднамеренно исключена уступка торговой дебиторской задолженности лишь в силу того, что после первоначальной уступки маклером банку она была уступлена этим банком другому банку. В ответ указывалось, что, если дебиторская задолженность является торговой дебиторской задолженностью, она всегда будет торговой дебиторской задолженностью (и в результате этого ее последующая уступка банком не будет исключена из сферы действия предложенного текста). Еще одно замечание заключалось в том, что это различие может привести к непоследовательным результатам (например, уступка дебиторской задолженности, обеспеченной аккредитивом, не будет охватываться, в то время как уступка дебиторской задолженности без какой-либо кредитной гарантии будет подпадать под сферу применения конвенции).

107. С тем чтобы учесть эти замечания, было предложено ограничить сферу применения статей 11 и 12 с помощью конкретного перечня исключений без какого-либо указания на определение "торговой дебиторской задолженности". Вышеупомянутое предложение было дополнено и звучало следующим образом: "Проскты статей 11 и 12 применяются только к уступкам дебиторской задолженности [перечисление (i)–(iii) из пункта 6]". Был задан вопрос относительно значения выражения "финансовые услуги", в частности вопрос о том, включает ли оно услуги, предлагаемые учреждением, не являющимся финансовым учреждением. Комиссия решила отложить рассмотрение этого предложения до тех пор, пока оно не будет переведено на все шесть официальных языков Организации Объединенных Наций (продолжение обсуждения см. пункты 145–151).

108. В ходе обсуждения было предложено исключить дебиторскую задолженность, возникающую в связи с банковскими депозитами, из сферы применения статей 11 и 12, но не из сферы применения конвенции в целом. Хотя это предложение получило

определенную поддержку, широкое распространение получило мнение о том, что его не следует принимать, поскольку, в частности, определение термина "местонахождение" не будет подходить для банков. Отмечалось, что, если применимое право не признает действительность оговорки о запрещении уступки, уступка может быть действительной, конвенция может применяться, и в результате этого вопросы приоритета в случае коллизии с отделением банка будут отнесены к праву государства, в котором находится главная контора банка, и указывалось, что это является неправильным. По этой причине Комиссия постановила сохранить уступку дебиторской задолженности, возникающую в связи с депозитными счетами, в списке видов практики, подлежащих исключению из сферы применения конвенции в целом (см. пункт 70).

Другие исключения, которые могут осуществлять государства посредством заявлений (статья 4, пункт 2, и 39)

109. Отмечалось, что цель статей 4, пункт 2, и 39 заключалась в повышении степени приемлемости проекта конвенции для государств благодаря тому, что им будет разрешаться исключать другие виды практики из сферы применения конвенции в целом. Однако широкое распространение получило мнение о том, что эти положения следует исключить. Указывалось, что подход, отраженный в проектах статей 4, пункт 2, и 39, привнесет неопределенность, поскольку сферу применения конвенции определить будет сложно и в любом случае может сложиться такая ситуация, когда она будет разной для разных государств. До окончательного определения сферы применения статей 11 и 12 Комиссия постановила отложить принятие окончательного решения по проектам статей 4, пункт 2, и 39 на более поздний срок (продолжение обсуждений см. пункт 152; см. также пункт 32).

ГЛАВА II. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 6. Определения и правила толкования

110. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 6:

"Для целей настоящей Конвенции:

a) "первоначальный договор" означает договор между cedentом и должником, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность;

b) "существующая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает в момент заключения договора уступки или до его заключения; "будущая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает после заключения договора уступки;

[c) "финансирование под дебиторскую задолженность" означает любую сделку, в рамках которой имущество, кредит или связанные с ними услуги предоставляются в обмен на имущество в виде дебиторской задолженности. Финансирование под дебиторскую задолженность включает факторинг, форфейтинг, секьюритизацию, проектное финансирование и рефинансирование;]

d) "письменная форма" означает любую форму, в которой информация является доступной для ее последующего использования. В случаях, когда настоящая Конвенция требует, чтобы письменная форма была подписана, это требование считается выполненным, если в этой письменной форме с помощью общепризнанных средств или процедуры, одобренной лицом, подпись которого требуется, идентифицируется это лицо и указывается на согласие этого лица с информацией, содержащейся в письменной форме;

e) "уведомление об уступке" означает сообщение в письменной форме, в котором разумно идентифицируется уступленная дебиторская задолженность и цессионарий;

f) "управляющий в деле о несостоятельности" означает лицо или учреждение – включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, – которое уполномочено в рамках производства по делу о несостоятельности управлять реорганизацией или ликвидацией активов или деловых операций cedента;

g) "производство по делу о несостоятельности" означает коллективное судебное или административное производство, включая временное производство, – в рамках которого активы и деловые операции cedента подлежат контролю или наблюдению со стороны суда или иного компетентного органа в целях реорганизации или ликвидации;

h) "приоритет" означает преимущественное право какой-либо стороны по отношению к другой стороне;

i) лицо, находящееся в государстве, в котором расположено его коммерческое предприятие. Если cedent или цессионарий имеет более чем одно коммерческое предприятие, местом нахождения коммерческого предприятия является то место, в котором осуществляется его центральное управление. Если должник имеет более чем одно коммерческое предприятие, коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором. Если лицо не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание обычное место жительства этого лица;

j) "право" означает право, действующее в каком-либо государстве, иное, чем его нормы международного частного права;

к) "поступления" означают все полученное по уступленной дебиторской задолженности, будь то в форме полной или частичной уплаты или иного погашения дебиторской задолженности. Этот термин охватывает все полученное в отношении поступлений. Термин не включает возвращенные товары;

[l] "торговая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, возникающую в связи с первоначальным договором купли-продажи или аренды товаров или договором о предоставлении услуг, помимо финансовых услуг.]

111. Комиссия постановила отложить обсуждение подпунктов (с), (h) и (j) до тех пор, пока она не сможет рассмотреть название и преамбулу, правила определения преимущественных прав и вопросы, связанные с федеральным государством, в заключительных положениях (ход обсуждения подпункта (l) см. пункты 104-107 и 145-151; в отношении подпункта (с) см. пункт 184).

112. Основное внимание в ходе обсуждения было уделено подпункту (i) (определение "местонахождения"). Было высказано общее мнение, что подпункт (i) является одним из важнейших положений конвенции, поскольку он имеет отношение к определению сферы применения конвенции и правилам определения преимущественных прав. По этому вопросу были высказаны различные точки зрения.

113. Одна из точек зрения заключалась в том, что подпункт (i) в принципе представляет собой надлежащую норму, которая в большинстве случаев будет срабатывать должным образом. Согласно этому мнению, норма, закрепленная в подпункте (i), не будет так хорошо срабатывать в отношении отраслей, где предприятия осуществляют свою деятельность через отделения (в частности, в банковском и страховом секторах). В подтверждение этого мнения было замечено, что было бы неправильно распространять на вопросы определения преимущественных прав в отношении операций компании, совершаемых через ее отделение в одной стране, право другой страны, в которой расположено центральное управление этой компании. Кроме того, было указано, что если этот вопрос не будет решен, то в результате приемлемость конвенции может снизиться. Было высказано несколько предложений, направленных на урегулирование особых случаев, в которых правило определения местонахождения на основе места, в котором осуществляется центральное управление, может не сработать. Одно из предложений заключалось в указании места расположения отделения, в бухгалтерских книгах которого фигурировала дебиторская задолженность непосредственно перед совершением уступки (см. A/CN.9/466, пункты 98 и 99). Против этого

предложения были высказаны возражения на том основании, что такой подход не повысит определенность и транспарентность, поскольку третьи лица не будут знать, в бухгалтерских книгах какого отделения указывается дебиторская задолженность, и в любом случае бухгалтерские книги (в бумажной или электронной форме) могут вестись в государстве, не имеющем отношения к договору уступки. Другое предложение заключалось в том, чтобы сформулировать исключение по типу пункта 3 статьи 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международных кредитных переводах ("отделения и отдельные конторы одного банка в разных государствах являются отдельными банками"). Против этого предложения были выдвинуты возражения на том основании, что подобный подход не решит проблем, возникающих в случае коллизии, вызванной уступкой одной и той же дебиторской задолженности двумя различными отделениями одного и того же банка, но при этом будет чрезвычайно трудно договориться о единообразном определении термина "банк". Эти же возражения были выдвинуты против еще одного предложения, заключающегося в указании на отделение банковской или страховой компании, которое имеет наиболее тесную связь с уступкой.

114. Еще одно мнение заключалось в необходимости обеспечить, чтобы вопрос о местоположении отделений решался одинаково в отношении всех отраслей, в которых предприятия действуют во всем мире через отделения, а не через независимые филиалы. Соответственно, вместо того, чтобы включать в текст узкое исключение, распространяющееся на банки и страховые компании, следует разработать отличную от существующей норму определения местонахождения, которое определяло бы местонахождение cedent, cessionnaire и должника на основе местонахождения коммерческого предприятия, имеющего наиболее тесную связь с соответствующим договором. Были высказаны различные предложения, включая предложение сформулировать подпункт (i) следующим образом:

"Если cedent или должник имеет более чем одно коммерческое предприятие, соответствующим коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором. Если применение настоящего правила указывает на более чем одно коммерческое предприятие cedent или cessionnaire [расположенные в различных государствах], то соответствующим местом нахождения коммерческого предприятия является то место, в котором осуществляется его центральное управление".

Это предложение получило поддержку, особенно ввиду того, что оно позволяет решить проблему определения местонахождения cedent в случае совершения множественных уступок отделениями одного и того же юридического лица.

115. Вместе с тем против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что указание на критерий наиболее тесной связи значительно уменьшит определенность, которую предполагается достичь благодаря разработке конвенции, и отрицательно скажется на стоимости и доступности кредита. Было указано, что в отношении будущей дебиторской задолженности в момент совершения уступки невозможно определить место, имеющее наиболее тесную связь с первоначальным договором, а в случае групповых уступок может существовать несколько мест, имеющих наиболее тесную связь с первоначальным договором, поскольку для каждой из уступок существует несколько первоначальных договоров. Было также отмечено, что на практике во многих случаях соображения, применимые к определению местонахождения цедента (заемщика) и цессионария, обычно отличаются от соответствующих соображений, касающихся определения места нахождения должника. Было также отмечено, что в данном предложении не учтена необходимость увязки места нахождения цедента с договором уступки, который в данном контексте важнее, чем первоначальный договор. С учетом существенных разногласий в этом вопросе было высказано предложение придерживаться подхода коммерческого предприятия при определении местонахождения для целей применения конвенции и применять норму о месте, в котором осуществляется центральное управление, для целей правил определения преимущественных прав в конвенции. Против этого предложения были выдвинуты возражения на том основании, что оно не способствует повышению определенности в отношении применения конвенции и будет иметь противоречивые результаты, не разрешив при этом проблем, возникающих в связи с отчуждениями.

116. В ходе обсуждения был выдвинут еще ряд дополнительных предложений по другим вопросам. Одно из предложений заключалось в том, что в тех случаях, когда местонахождение должника не удается определить, следует указывать на место, в котором осуществляется центральное управление, или место, из которого был произведен платеж. Это предложение не получило достаточной поддержки у членов Комиссии. Согласно еще одному предложению, подпункт (i) следует изменить таким образом, чтобы в нем рассматривались множественные места нахождения коммерческого предприятия лишь в том случае, если они расположены в различных странах. Хотя было отмечено, что эта идея уже косвенно заложена в подпункте (i), члены Комиссии согласились с тем, что данное положение было бы полезно прояснить. Еще одно предложение заключалось в том, чтобы для ясности заменить указание на "обычное" местожительство должника указанием на его "повседневное" местожительство. Это предложение не получило поддержки.

117. Комиссия приняла текст подпункта (i) за основу и передала его редакционной группе при

условии, что она еще вернется к рассмотрению вопроса о более чем одном коммерческом предприятии в разных странах.

118. Что касается подпункта (k), то была выражена озабоченность в связи с тем, что исключение из определения "поступлений" товаров, возвращенных покупателем продавцу (например, из-за того, что они были недоброкачественными или из-за того, что контракт купли-продажи был аннулирован, или из-за того, что покупатель не пожелал оставить их у себя по прошествии испытательного периода), может непреднамеренно негативно сказаться на некоторых видах практики. Было разъяснено, что в рамках таких видов практики цессионарий, произведя платеж цеденту/продавцу, приобретает право собственности на любые товары, возвращенные покупателем цеденту/продавцу. Было предложено исключить последнее предложение из подпункта (k), поскольку в любом случае в соответствии с подпунктом (k) термин "поступления" не будет охватывать "возвращенные товары". Комиссия отметила, что вопрос "о возвращенных товарах" возникает в контексте статей 16 и 24, и отложила рассмотрение этого вопроса до обсуждения этих проектов статей (см. пункт 167).

Статья 7. Автономия сторон

119. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 7:

"Цедент, цессионарий и должник могут по договоренности отходить от положений настоящей Конвенции, касающихся их соответствующих прав и обязательств, или изменять эти положения. Такая договоренность не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной этой договоренности".

120. Комиссия отметила, что проект этой статьи сформулирован по примеру статьи 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год; "Конвенция Организации Объединенных Наций о купле-продаже товаров"). Однако отмечалось также, что в отличие от статьи 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже товаров статья 7 проекта конвенции ЮНСИТРАЛ не позволяет сторонам изменять положения, которые затрагивают юридический статус третьих сторон, отходить от них или исключать применение конвенции в целом. Отмечалось, что причина такого подхода состоит в том, что в Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже товаров речь идет о взаимных правах и обязательствах продавца и покупателя, в то время как проект конвенции ЮНСИТРАЛ касается главным образом последствий уступки с точки зрения права собственности и, следовательно, может влиять на правовой статус должника и других третьих сторон. Комиссия приступила к рассмотрению статьи 7 при том понимании, что договоренности между цессионарием и должником не будут охватываться

конвенцией (см. A/CN.9/470, пункт 150). Предложение об изменении формулировки статьи 7, с тем чтобы позволить сторонам исключать применение конвенции в целом, поддержки не получило. В ходе обсуждения были выражены определенные сомнения относительно того, что в результате выбора сторонами права недоговаривающегося государства применение конвенции всегда будет исключаться.

121. Комиссия постановила добавить в эту статью формулировку для разъяснения того, что эта статья не наделает стороны правом отходить от положений статьи 21, которая ограничивает сферу охвата договоренностей не ссылаясь на возражения, которые могут быть достигнуты между должником и кредитом. Указывалось, что, видимо, необходимо включить аналогичное указание в другие положения проекта конвенции, с тем чтобы не произошло вмешательство в законодательство о защите потребителя (о защите потребителя см. пункты 170-172). Отложив принятие окончательного решения по этому вопросу на более поздний срок и при условии включения в статью 7 ссылки на статью 21, Комиссия одобрила существо статьи 7 и передала ее в редакционную группу.

Статья 8. Принципы толкования

122. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 8:

"1. При толковании настоящей Конвенции надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении и соблюдению добросовестности в международной торговле.

2. Вопросы, относящиеся к предмету регулирования настоящей Конвенции, которые прямо в ней не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а в отсутствие таких принципов — в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права".

123. Было предложено, чтобы в пункт 1 в число элементов, которые должны учитываться при толковании конвенции, было в ясно выраженной форме включено указание на преамбулу конвенции. Была предложена формулировка примерно такого содержания "[надлежит учитывать] ее объект и цель, изложенные в преамбуле" (см. пункт 1 статьи 4 Конвенции МИУЧП о международном факторинге, Оттава, 1998 год; "Оттавская конвенция"). С учетом этого изменения Комиссия одобрила существо пункта 1 и передала его в редакционную группу.

124. Что касается пункта 2, то была высказана идея о том, что его, видимо, необходимо переформулировать для обеспечения того, чтобы право, применимое в силу норм международного частного права, содержащихся в конвенции, применялось бы

первым, а затем, и лишь в случае необходимости, право, применимое в силу норм международного частного права государства суда. Было также выражено общее мнение о том, что возможность применения общих принципов или права, применимого в силу норм международного частного права, распространяется лишь на часть конвенции, содержащую материально-правовые нормы, а не на главу V. Отмечая, что взаимодействие между статьей 7 и главой V будет зависеть от сферы охвата и цели главы V (этот вопрос необходимо будет рассмотреть Комиссии), Комиссия отложила решение этого вопроса до тех пор, пока она не завершит разработку текста главы V.

ГЛАВА III. ПОСЛЕДСТВИЯ УСТУПКИ

Форма уступки

125. Комиссия отметила, что в проекте конвенции не решен вопрос о форме уступки. Было указано, что игнорирование этого вопроса может создать трудности или неопределенность в отношении действительности уступки. Цессионарию в соответствии с конвенцией необходимо будет установить формальную действительность уступки согласно праву, применимому вне рамок конвенции (не имея четких ориентиров в отношении того, какое право может применяться), материальную действительность уступки, частично согласно конвенции и частично согласно другому праву вне рамок конвенции, а также приоритет согласно праву места нахождения должника. Такой результат может негативно повлиять на стоимость кредита. Кроме того, отмечалось, что если в конвенции не будет рассмотрен вопрос о форме, то возникнет неопределенность относительно того, предусматривает ли конвенция, что этот вопрос должен быть отослан к праву, применимому вне рамок конвенции, или решаться на основе принципа, согласно которому необходимость в форме отсутствует (*favor cessionis*), и указывалось, что такой результат не согласуется с политикой, лежащей в основе решения Рабочей группы рассмотреть вопрос о форме. Кроме того, отмечалось, что определение права, применимого к форме уступки, может быть сопряжено с трудностями. В этой связи в качестве примера была приведена статья 9 Конвенции о законе, применимом к договорным обязательствам (Рим, 1980 год), из которой не совсем ясно, предусматривает ли она также решение в отношении формы уступки как передачи (по меньшей мере в тех правовых системах, где проводится четкое различие между договором уступки и самой уступкой).

126. Определенную поддержку получила позиция, согласно которой в проект конвенции не следует включать требование о форме. Отмечалось, что ряд вопросов, касающихся договора уступки, оставлен за пределами проекта конвенции, и что с учетом трудностей, связанных с поиском согласованного

решения относительно требований о форме, было бы предпочтительным не рассматривать этот вопрос вообще. Кроме того, отмечалось, что с учетом отсутствия ясности относительно того, какова форма уступки вне рамок сферы применения конвенции, этот вопрос следует разъяснить в комментарии.

127. Вместе с тем возобладало мнение о том, что во избежание трудностей (указанных в пункте 125 выше) было бы целесообразным решить вопрос о форме (договора уступки и самой уступки). Отмечалось, что достижение консенсуса в отношении требования о единообразной форме или единообразной норме международного частного права, которая определяла бы право, регулирующее требования о форме, возможным не представляется. Однако широкую поддержку получило предложение о правиле по типу правила "безопасной гавани", которое давало бы сторонам уверенность в том, что если они соблюли требование о форме согласно праву места нахождения цедента, то уступка не будет признана недействительной из-за того, что не соблюдены требования о форме согласно праву, применимому в ином случае. Такое правило "безопасной гавани" отсылало бы решение вопроса о форме к единой и легко идентифицируемой юрисдикции, не заставляя при этом стороны выполнять требования о форме согласно одному праву и предоставляя им возможность выбора соблюдать требования о форме согласно либо праву, которое (в силу норм международного частного права) регулирует форму, либо праву, указанному в конвенции.

128. Было предложено дать определение термина "форма". Согласно одному мнению, эта концепция должна толковаться широко и охватывать не только узкий вопрос о том, должна ли уступка фиксироваться в письменной или электронной форме, но и такие вопросы, как вопрос о том, должна ли уступка регистрироваться и должен ли должник уведомлять об уступке и каким образом. Однако возобладало мнение о том, что в проекте конвенции не следует пытаться определить требования, которые касаются понятия формы, и что в любом случае для правила "безопасной гавани" необходимо будет единообразным образом определить понятие формы.

129. Комиссия рассмотрела несколько предложений в отношении формулировки правила "безопасной гавани". Одно предложение гласило следующее: "Уступка является действительной по отношению к третьим сторонам, если она отвечает, по меньшей мере, требованиям в отношении формы, установленным правом государства, в котором находится цедент" (A/CN.9/470, пункт 82). Это предложение не получило достаточной поддержки, поскольку оно может быть неправильно истолковано как содержащее единообразную норму о требованиях о форме. Другое предложение было следующим: "Без ущерба формальной действительности уступки на основе

любого другого применимого права уступка является [действительной] [формально действительной], если она отвечает требованию о форме согласно праву государства, в котором находится цедент". Это предложение не получило поддержки также и потому, что требования, о которых идет речь, могут быть применимыми "с учетом" (т.е. кумулятивно с) соблюдения требований о форме согласно праву, применимому в силу норм международного частного права. Подтвердив свое намерение разработать правило "безопасной гавани" (в котором в максимальной степени должен получить отражение принцип *in favorem negotii*), Комиссия приняла решение о том, что в проект конвенции следует включить правило "безопасной гавани", предусматривающее, что требования о форме регулируются либо правом, применимым в силу норм международного частного права, либо правом места нахождения цедента. Задача формулирования этого правила была поручена редакционной группе.

Статья 9. Действительность групповых уступок, уступок будущей дебиторской задолженности и частичных уступок

130. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 9:

"1. Уступка существующей или будущей, одной или нескольких дебиторских задолженностей и частей или неразделенных интересов в дебиторской задолженности является действительной, независимо от того, определены ли дебиторские задолженности:

а) индивидуально в качестве дебиторских задолженностей, с которыми связана эта уступка; или

б) любым другим способом, при условии, что они могут быть идентифицированы в качестве дебиторских задолженностей, с которыми связана уступка, в момент уступки или — в случае будущих дебиторских задолженностей — в момент заключения первоначального договора.

2. В отсутствие договоренности об ином уступка одной или нескольких будущих дебиторских задолженностей является действительной в момент заключения первоначального договора без необходимости совершения нового акта передачи для уступки каждой дебиторской задолженности".

Пункт 1

131. Отмечалось, что цель статьи 9 не заключается в отмене статутных ограничений, помимо тех, которые указаны в пункте 1. Комиссия достигла согласия о том, что это понимание необходимо в ясно выраженной форме отразить в статье 9. Была предложена формулировка следующего содержания:

"Настоящая Конвенция не затрагивает какие-либо статутные ограничения в отношении уступки, помимо тех ограничений, которые указаны в статье 9" (см. A/CN.9/470, пункт 85). Указывалось, что предлагаемая формулировка должна быть расширена, с тем чтобы охватывать статутные ограничения, придающие силу договорным ограничениям в отношении уступки дебиторской задолженности или прав, обеспечивающих дебиторскую задолженность. Была предложена следующая формулировка:

"На настоящую статью распространяется действие любого применимого закона, иного, чем закон такого типа, какой указан в пункте 4 [текста, предложенного в документе A/CN.9/472/Add.3, стр. 12], который запрещает или ограничивает уступку дебиторской задолженности на ином основании, чем существование договорного запрещения или ограничения такой уступки".

132. Кроме того, указывалось, что статья 9 касается действительности уступки во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием, а также в отношении должника, в то время как вопрос о действительности в отношении третьих сторон, иных, чем должник (т.е. приоритет), регулируется правом, применимым согласно статье 24. Было достигнуто согласие о том, что в статью 9 нужно внести соответствующие поправки, чтобы отразить различие между действительностью и приоритетом, в частности для целей ясности при применении конвенции в тех правовых системах, которые не знают этого различия. Кроме того, было достигнуто согласие о том, что в статье 9 следует четко указать, что ее цель не заключается в отмене норм о приоритете применимого права, или признании допустимости запретов в отношении групповых уступок или уступок будущей дебиторской задолженности косвенным образом в результате применения положений о приоритете, применимых в соответствии со статьями 24–27. С тем чтобы отразить это согласие, было предложено четко указать в тексте пункта 1 на то, что он применяется к действительности во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием, а также в отношении должника. Аналогичным образом было предложено добавить в статью 9 новый пункт следующего содержания: "Передача дебиторской задолженности является действительной во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием в момент передачи" (A/CN.9/472/Add.3, стр. 12). Было достигнуто согласие о том, что в этом тексте следует четко указать, что уступка является действительной также по отношению к должнику.

133. Кроме того, было предложено добавить в проект статьи 9 новый пункт следующего содержания:

"Действительность уступки дебиторской задолженности, указанной в пунктах 1 и 2

настоящей статьи, по отношению к третьим сторонам, иным, чем должник, регулируется нормами права, применимыми согласно статье 24. Однако такая уступка не является недействительной по отношению к таким третьим сторонам лишь на том основании, что право места нахождения цедента не признает ее действительности" (см. A/CN.9/470, пункт 88).

Хотя существовало общее согласие относительно принципа, закрепленного в предложенном тексте, было заявлено, что необходимость в первом предложении, видимо, отсутствует, поскольку оно воспроизводит норму, отраженную в статье 24, в то время как второе предложение может являться слишком далеко идущим, поскольку оно может затрагивать нормы права, регулирующие несостоятельность в отношении действительности уступки дебиторской задолженности, возникшей после начала производства по делу о несостоятельности в отношении активов и состояния дел цедента. Для решения этого вопроса была предложена следующая формулировка:

"Передача дебиторской задолженности не является недействительной по отношению к лицу, указанному в подпункте (а) статьи 24, и не может быть подчинена ему только на том основании, что иное право, чем настоящая Конвенция, в целом не признает уступку, указанную в пункте 1 или 2".

Кроме того, было предложено (см. A/CN.9/472/Add.3, стр. 12) добавить в статью 9 еще один пункт следующего содержания: "Если в настоящей статье не предусматривается иное, то вопрос о том, затрагивает ли передача дебиторской задолженности права лица, указанного в подпункте (а) статьи 24, решается в соответствии с разделом III главы IV".

134. С учетом изменений, указанных в предшествующих пунктах, Комиссия одобрила существо пункта 1 и поручила редакционной группе разработать его формулировку.

Пункт 2

135. Отмечалось, что в результате замены слова "возникает" выражением "в момент заключения первоначального договора", произведенной Рабочей группой на ее тридцать первой сессии, как представляется, пункт 2 решает вопрос о моменте уступки в порядке, который не согласуется со статьей 10. Отмечалось, что цель пункта 2 состоит не в решении этого вопроса, а в рассмотрении вопроса о действительности генеральных соглашений, охватывающих комплекс существующих и будущих дебиторских задолженностей. Поэтому было достигнуто согласие об исключении выражения "в момент заключения первоначального договора". С учетом этого изменения Комиссия одобрила существо пункта 2 и передала его в редакционную группу.

Статья 10. Момент уступки

136. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 10:

"Существующая дебиторская задолженность передается, а будущая дебиторская задолженность считается переданной в момент заключения договора уступки, если только цедент и цессионарий не укажут более поздний момент".

137. Была выражена озабоченность в связи с тем, что статьи 9 и 10 могут быть истолкованы как отменяющие национальные законы о несостоятельности, действующие в правовой системе цедента и касающиеся приоритетов в отношении дебиторской задолженности, возникающей после начала производства по делу о несостоятельности или приобретенной после начала производства по делу о несостоятельности в результате использования необремененных активов в рамках конкурсной массы. Такое толкование может вытекать из того факта, что статья 24 в ясно выраженной форме предусматривает, что она не регулирует вопросы, урегулированные в других частях этой конвенции, и что в статье 10 отсутствует четкая формулировка относительно того, что ее цель заключается в том, чтобы повлиять на права третьих сторон.

138. Было достигнуто общее согласие о том, что вопрос об уступленной дебиторской задолженности, возникшей или приобретенной после начала производства по делу о несостоятельности, должен регулироваться применимым правом о несостоятельности (по этому вопросу см. также пункт 133). С учетом этого изменения Комиссия одобрила существо статьи 10 и поручила редакционной группе разработать его окончательную формулировку.

Статья 11. Договорные ограничения на уступку

139. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 11:

"1. Уступка дебиторской задолженности является действительной независимо от любой договоренности между первоначальным или любым последующим цедентом и должником или любым последующим цессионарием, ограничивающей каким бы то ни было образом право цедента уступать свою дебиторскую задолженность.

2. Ничто в настоящей статье не затрагивает никакого обязательства или ответственности цедента за нарушение такой договоренности. Лицо, не являющееся стороной такой договоренности, не несет ответственности только на том основании, что оно знало о ее существовании".

Общая концепция

140. Было выражено мнение, что статья 11 противоречит принципу автономии сторон, вследствие чего его надлежит опустить или открыть для оговорок государств. Эта точка зрения не нашла достаточной поддержки в Комиссии. Многие участники обсуждения сочли, что основополагающую концепцию статьи 11 следует одобрить, в частности, с учетом того факта, что статья 11 является важным положением, согласованным Рабочей группой после длительных обсуждений. Кроме того, было отмечено, что для всех сторон было бы более выгодным обеспечить облегчение процедуры уступки дебиторской задолженности и сокращение расходов на эту сделку, чем такое положение, при котором должник не был бы обязан производить оплату никакому лицу, помимо первоначального кредитора. Было также указано, что цель проекта конвенции, состоящая в облегчении получения кредитов по более доступным ставкам, не может быть достигнута без внесения в законодательство стран определенных коррективов в целях учета современных методов торговли. После обсуждения Комиссия одобрила общую концепцию, положенную в основу статьи 11, и постановила сохранить его (с изменениями, описанными в пунктах 144 и 151 ниже).

Расторжение договора на единственном основании нарушения договоренности о недопустимости уступки

141. Были выражены различные мнения относительно того, следует ли дать возможность должнику объявить о расторжении им первоначального договора на единственном основании нарушения договоренности, так или иначе ограничивающей уступку дебиторской задолженности ("договоренности о недопустимости уступки"), если должник имеет такое право в соответствии с нормой, применимой вне рамок конвенции. Была высказана точка зрения, согласно которой конвенция не должна ущемлять право должника на расторжение первоначального контракта на основании нарушения любой договоренности о недопустимости уступки. Было указано, что в таком подходе нет необходимости, поскольку расторжение первоначального договора не может повлиять на любые права, приобретенные в соответствии с этим договором. Кроме того, было отмечено, что такой подход произвольно приведет к чрезмерной защите без каких-либо оснований не только цессионария, но и цедента, несмотря на тот факт, что цедент нарушил договор.

142. Тем не менее возобладало мнение, в соответствии с которым, если должник не имеет возможности объявить о расторжении первоначального договора на единственном основании нарушения цедентом договоренности о недопустимости уступки, то статьи 11 и 20, пункт 3, будут лишены

какого-либо смысла (эти положения подтверждают правомерность уступки, сделанной в нарушение договоренности о недопустимости уступки, и не позволяют должнику использовать против цессионария любое право, которое может иметь должник в результате нарушения договоренности о недопустимости уступки). Кроме того, было указано, что если после уведомления должник не имеет возможности принять минимальные меры, а именно видоизменить первоначальный договор без фактического или конструктивного согласия цессионария, то должник не должен иметь право и на максимальную меру, а именно расторжение первоначального договора. Кроме того, было указано, что, если имеется возможность расторжения первоначального договора, то цессионарий может оказаться в таком положении, когда он уже выплатил аванс cedentu, не имея возможности получить платеж с должника.

143. По этой причине предложение исключить права должника на расторжение всех договоров, за исключением долгосрочных договоров и будущих дебиторских задолженностей, или оставить пункт 2 без изменений и включить пояснение этого вопроса в комментарий, не было поддержано. Другое предложение – включить в текст статьи 11 или в комментарий к конвенции разъяснение того, что расторжение первоначального договора не влияет на приобретенные права должника, также не встретило достаточно широкой поддержки. Многие участники обсуждения сочли, что если должник расторг первоначальный договор, то права цессионария не могут не быть затронутыми. Другое предложение – ограничить право должника на расторжение первоначального договора на основании нарушения договоренности о недопустимости уступки только теми случаями, когда имело место существенное нарушение договора, также не нашло достаточной поддержки. Многие сочли, что такой подход привнес бы неопределенность, поскольку не всегда может быть ясно, какие виды поведения представляют собой существенное нарушение договора. В любом случае такой подход был бы недостаточен для защиты цессионария, поскольку нарушение любого типа может быть определено в первоначальном договоре как существенное нарушение. Было в целом согласовано, что любая неопределенность в контексте этого вопроса может произвольно привести к тому, что риск расторжения договора не будет охвачен в проекте конвенции, что в свою очередь может повлечь за собой невозможность той или иной сделки или увеличение стоимости кредита как для cedenta, так и для должника. В то же время с интересом было встречено другое предложение – запретить должнику расторгать первоначальный договор, за исключением тех случаев, когда уступка "существенно уменьшает возможность должника обеспечить выполнение договора". Было предложено включить в пункт 2 соответствующую формулировку в целях учета этого предложения и запретить сторонам определять нарушение положения о

недопустимости уступки как существенное уменьшение возможности должника обеспечить выполнение договора. Было высказано возражение в отношении включения предлагаемого текста в статью 11 на том основании, что он может произвольно создать возможность для такой интерпретации, при которой подразумевалось бы, что конвенция затрагивает неденежные права на исполнение. Тем не менее было достигнуто согласие относительно возможности включения в комментарий к конвенции уточнения, что уступка в соответствии с конвенцией не может затрагивать любые неденежные права должника на исполнение.

144. После обсуждения Комиссия согласилась с необходимостью внесения изменений в пункт 2, с тем чтобы запретить должнику расторгать первоначальный договор на том единственном основании, что cedent произвел уступку в нарушение договоренности о недопустимости уступки. Было также согласовано, что эта же норма должна применяться в отношении договоренностей о недопустимости уступки при самой уступке или последующих уступках. Кроме того, было достигнуто согласие относительно того, что право должника на компенсацию не должно ограничиваться каким-либо образом. С учетом этого изменения Комиссия утвердила существо пункта 2 и передала его редакционной группе.

Сфера применения статей 11 и 12

145. Сославшись на проведенное ею ранее обсуждение сферы применения статей 11 и 12 (см. пункты 104-107), Комиссия рассмотрела предложение об ограничении сферы применения статьи 11 теми видами практики, которые были бы уместными в контексте статей 11 и 12, пункты 2 и 3. Было предложено включить в новый пункт 3 статьи 11 и после пункта 3 статьи 12 примерно следующую формулировку:

"Настоящая статья применяется только в отношении дебиторских задолженностей:

- а) возникающих на основании первоначального договора купли-продажи или аренды товаров или предоставления услуг, помимо финансовых услуг;
- б) возникающих на основании первоначального договора купли-продажи, аренды или лицензирования промышленной или другой интеллектуальной собственности или другой информации; или
- с) представляющих собой обязательство произвести платеж за операцию по кредитной карте".

146. Было указано, что в соответствии с предлагаемым подходом последствия договоренности о недопустимости уступки в отношении видов практики, не упомянутых в предлагаемом перечне, будут определяться нормами, не относящимися к

конвенции. Если в соответствии с этой нормой договоренности о недопустимости уступки признаются действительными, то уступка является недействительной, вследствие чего конвенция применяться не должна. Было отмечено, что такой подход обусловил бы отсутствие необходимости в ограничительном определении термина "дебиторская задолженность" в статье 2, а также отсутствие необходимости в статье 5.

147. Хотя предлагаемое ограничение сферы применения статей 11 и 12, пункты 2 и 3 (и тем самым всей конвенции), получило широкую поддержку в Комиссии, была выражена обеспокоенность в связи с тем, что предлагаемый подход чрезмерно ограничит сферу применения конвенции.

148. Был также задан вопрос о том, включает ли понятие "товары" недвижимую собственность. В ответ было отмечено, что термин "товары" предназначался для обозначения только движимого осязаемого имущества и, таким образом, не должен был включать в себя землю или строения или товары, постоянно закрепленные за земельным участком или строениями. Поэтому было выдвинуто предложение упомянуть в подпункте (а) предлагаемого текста также уступку, возникающую из продажи или аренды недвижимого имущества. В поддержку этого предложения было указано, что нет никаких оснований исключать из сферы применения статей 11 и 12, пункты 2 и 3, уступки под дебиторскую задолженность, возникающую из сделок с недвижимым имуществом. В таком исключении нет необходимости, в частности после добавления в статью 4 положения, нацеленного на защиту интересов, имеющихся в соответствии с законодательством страны местонахождения этого недвижимого имущества. Тем не менее было высказано опасение, что такой подход может отрицательно повлиять на приемлемость конвенции. В ответ было указано, что включение предлагаемого добавления подчеркнет важность этого вопроса и облегчит консультации с соответствующей отраслью. После обсуждения Комиссия одобрила предлагаемое добавление.

149. Ссылаясь на принятое ею ранее решение исключить из сферы действия проекта конвенции в целом соглашения о финансовом взаимозачете (см. пункты 46-48), Комиссия продолжила обсуждение по вопросу о том, следует ли исключить из сферы применения статей 11 и 12 соглашения об отраслевом взаимозачете. Было предложено исключить из сферы применения обеих статей уступку дебиторской задолженности, возникающей из нефинансовых договоров, которые регулируются соглашениями о взаимозачете. В отношении этого предложения были высказаны возражения на том основании, что такой подход может непроизвольно привести к исключению уступки широкого спектра видов дебиторской задолженности лишь на том основании, что cedent и должник включили в свой первоначальный договор положение об оплате

посредством зачета. Было указано, что конвенция не должна санкционировать такие соглашения о зачете, которые регулярно заключаются с целью обмана цессионариев. Было указано, что в таком подходе нет необходимости, поскольку дебиторская задолженность, возникающая из соглашений об отраслевом взаимозачете между торговыми палатами, как правило, не подлежит уступке. Было предложено рассмотреть этот вопрос в контексте статьи 20, посвященной правам на зачет. Тем не менее было указано, что упоминание о соглашениях об отраслевом взаимозачете можно сохранить, с тем чтобы не исключать из сферы применения конвенции важные методы торговли, если сфера применения статей 11 и 12 будет ограничена чистой суммой долга после взаимозачета взаимных долговых обязательств, регулируемого соглашением о взаимозачете, которое содержится в первоначальном договоре. Было отмечено, что чистый остаток долга после урегулирования взаимных обязательств сторонами соглашения о взаимозачете представляет собой новую дебиторскую задолженность, возникающую из цессии прав по обязательству. Было также указано, что соглашение о взаимозачете по определению, принятому Комиссией, следует понимать как соглашение между, как минимум, тремя или более сторонами (см. пункты 73 и 74). Определенные сомнения были выражены относительно того, достаточно ли четко определение "соглашение о взаимозачете" дает понять, что требуется участие не менее трех сторон. Тем не менее многие сочли, что это определение является достаточно четким и не нуждается в изменениях, поскольку, в частности, в некоторых правовых системах соглашения о взаимозачете могут заключаться даже между сторонами. Было предложено включить в статьи 11 и 12 или статью 4 следующую формулировку:

"В случае возникновения дебиторской задолженности из договоров, регулируемых соглашениями о взаимозачете, статьи 11 и 12, пункты 2 и 3, применяются лишь в отношении уступки дебиторской задолженности, причитающейся cedentu после чистого зачета платежей по соглашению о взаимозачете".

Это предложение получило широкую поддержку.

150. Было также предложено, чтобы статьи 11 и 12, пункты 2 и 3, применялись к "другим подобным видам практики". Это предложение встретило возражения на том основании, что оно может породить неопределенность в отношении сферы применения конвенции. Было внесено другое предложение — упомянуть в подпункте (а) предлагаемого текста также строительство, поскольку в некоторых правовых системах термин "услуги" может не охватывать строительство. Это предложение встретило широкую поддержку в Комиссии. Было внесено еще одно предложение — чтобы в комментарии к конвенции разъяснялось, что "финансовые услуги" включают факторинг и дисконтирование счетов-

фактур, даже если эти виды практики включают услуги, не являющиеся финансовыми услугами в строгом смысле этого термина, такие, как страхование, бухгалтерское обслуживание или взыскание долгов. Это предложение также встретило достаточную поддержку.

151. После обсуждения Комиссия одобрила существо предлагаемого добавления к статьям 11 и 12 с внесенными изменениями, предусматривающими упоминание о дебиторской задолженности в контексте недвижимого имущества, отраслевого взаимозачета и строительства (см. пункты 148-150 выше), и передала его редакционной группе. С учетом этого решения Комиссия постановила исключить статьи 5 и 6, подпункт 1.

Дополнительные виды практики, подлежащие исключению

152. После завершения обсуждения сферы применения статей 11 и 12 Комиссия вернулась к вопросу о том, следует ли разрешить государствам исключать дополнительные виды практики из сферы применения конвенции (см. статьи 4, пункт 2, и 39, а также пункты 32 и 109). Была выражена решительная поддержка предложению об исключении из текста статей 4, пункт 2, и 39. Многие сочли, что, поскольку сфера применения конвенции определена подробно и в ограничительном ключе, все озабоченности, касающиеся сферы применения, уже учтены, вследствие чего нет необходимости разрешать дальнейшие исключения. Многие также разделили то мнение, что разрешение вносить дополнительные исключения государствам на индивидуальной основе противоречило бы цели конвенции, состоящей в достижении единообразия и определенности. Тем не менее была выражена обеспокоенность в связи с тем, что изъятие из текста статей 4, пункт 2, и 39 может уменьшить приемлемость конвенции. Было также указано, что было бы преждевременно исключать из текста статьи 4, пункт 2, до принятия Комиссией окончательного решения в отношении всех вопросов, касающихся сферы применения, и заключительных положений в целом. Исходя из этого, Комиссия отложила принятие окончательного решения по проектам статей 4, пункт 2, и 39 до завершения обсуждения проекта конвенции в целом.

Статья 12 Передача обеспечительных прав

153. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 12:

"1. Личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается цессионарному без дополнительного акта передачи, за исключением случая, когда согласно закону, регулируемому такое право, оно может быть передано только с дополнительным актом

передачи. Если такое право согласно регулируемому его закону может быть передано только с дополнительным актом передачи, цедент обязан передать это право и любые поступления цессионарному.

2. Право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается согласно пункту 1 настоящей статьи, независимо от договоренности между цедентом и должником или иным лицом, предоставляющим это право, ограничивающей каким бы то ни было образом право цедента уступать дебиторскую задолженность или право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности.

3. Ничто в настоящей статье не затрагивает никакого обязательства или ответственности цедента за нарушение договоренности, о которой говорится в пункте 2 настоящей статьи. Лицо, не являющееся стороной такой договоренности, не несет ответственности только на том основании, что оно знало о ее существовании.

4. Передача какого-либо посессорного имущественного права согласно пункту 1 настоящей статьи не затрагивает никаких обязательств цедента перед должником или лицом, предоставившим имущественное право в отношении переданного имущества, которые могут существовать согласно закону, регулируемому это имущественное право.

5. Пункт 1 настоящей статьи не затрагивает никакого требования на основании иных норм права, чем положения настоящей Конвенции, касающегося формы или регистрации передачи любых прав, обеспечивающих платеж уступленной дебиторской задолженности".

Пункт 1

154. Комиссия отметила, что вторая часть первого предложения пункта 1 по сути повторяет изложенное во втором предложении пункта 1 и поэтому ее следует исключить. С учетом этого изменения Комиссия приняла пункт 1 и передала его редакционной группе.

Пункты 2 и 3

155. Ссылаясь на свое решение о том, что должник не должен иметь возможности объявлять о расторжении первоначального контракта лишь на том основании, что цедент нарушил положение о недопустимости уступки (см. пункт 144), Комиссия решила, что такое же правило должно применяться в отношении нарушения договоренности об уступке права, обеспечивающего платеж дебиторской задолженности. С учетом этого изменения в пункте 2

Комиссия приняла пункты 2 и 3 за основу и передала их редакционной группе.

156. Комиссия напомнила также о своем решении в отношении сферы применения статьи 11 (см. пункт 151), и решила, что пункты 2 и 3, в которых повторяется формулировка статьи 11, должны иметь ту же сферу применения, что и статья 11. В этой связи было решено включить в качестве пункта 4 статьи 12 новый пункт, касающийся сферы применения пунктов 2 и 3, того же содержания, что и положение о сфере применения в статье 11.

Пункты 4 и 5

157. Комиссия приняла пункты 4 и 5 за основу без изменений. Следует отметить, что пункт 5 совместим и не требует согласования — с новой защитительной нормой относительно формы уступки. В результате совокупного применения новой нормы и статьи 12, пункт 5, форма уступки будет подчинена праву места нахождения cedent (или любому другому применимому праву), а форма передачи права, обеспечивающего платеж уступленной дебиторской задолженности, будет подчинена праву, регулирующему само это право.

ГЛАВА IV. ПРАВА, ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ВОЗРАЖЕНИЯ

Раздел I. Цедент и цессионарий

Статья 13. Права и обязательства цедента и цессионария

158. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 13:

"1. Права и обязательства цедента и цессионария, вытекающие из договоренности между ними, определяются положениями и условиями этой договоренности, включая любые упомянутые в ней правила или общие условия.

2. Цедент и цессионарий связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и, в отсутствие договоренности об ином, любой практикой, которую они установили в своих отношениях.

3. В случае международной уступки считается, что цедент и цессионарий, в отсутствие договоренности об ином, подразумевали применение к уступке обычая, который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается участниками соответствующих операций [финансирования под дебиторскую задолженность]".

159. Было отмечено, что, поскольку автономия сторон широко признана в пункте 1, стороны всегда будут иметь возможность по-своему договариваться в отношении обязательного характера практики,

установленной между ними. В результате этого слова "в отсутствие договоренности об ином" в пункте 2 не нужны. Было отмечено также, что эти слова могут вызывать проблемы при толковании, поскольку аналогичное положение в пункте 1 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже не содержит такой формулировки. Однако Комиссия сочла, что этот вопрос изложен достаточно четко и решила сохранить слова "в отсутствие договоренности об ином", поскольку в противном случае ссылка на практику может создать неопределенность.

160. Было отмечено также, что после ограничения статьи 13 взаимными правами и обязательствами сторон причина для отхода в пункте 5 от формулировки аналогичного положения из Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже (пункт 2 статьи 9) отпала, и поэтому ссылка на то, что стороны знали или должны были знать, не будет создавать проблем для третьих сторон. Однако Комиссия решила, что пункт 5 в его нынешней формулировке является вполне удовлетворительным.

161. После обсуждения Комиссия приняла статью 13 за основу без изменений и передала ее редакционной группе. До окончательного определения названия, содержания пресамбулы и статьи 6(с) Комиссия отложила принятие решения по поводу слов "финансирования под дебиторскую задолженность" в пункте 3 (см. пункт 184).

Статья 14. Гарантии со стороны цедента

162. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 14:

"1. Если цедент и цессионарий не договорились об ином, в момент заключения договора уступки цедент гарантирует, что:

a) цедент обладает правом уступать дебиторскую задолженность;

b) цедент не уступал дебиторскую задолженность ранее другому цессионарию; и

c) должник не имеет и не будет иметь никаких возражений или прав на зачет.

2. Если цедент и цессионарий не договорились об ином, цедент не гарантирует, что должник обладает или будет обладать финансовыми возможностями произвести платеж".

163. Комиссия приняла статью 14 за основу без изменений и передала ее редакционной группе. Широкую поддержку получило мнение о том, что пункт 1(a) в достаточной степени охватывает все гарантии, относящиеся к существованию дебиторской задолженности, поскольку, если бы дебиторской задолженности не существовало или на нее распространялись бы законные ограничения, цедент не имел бы права ее уступать. Большинство согласилось с тем, что нет нужды добавлять гарантии

относительно неизменения первоначального контракта после уведомления без фактического или подразумеваемого согласия cedentа или относительно передачи cedентом цессионарию любого независимого обеспечения или иного подтверждающего права, поскольку эти вопросы в достаточной степени охватываются автономией сторон и проектами статей 12, пункт 1, и 22, пункт 2.

Статья 15. Право на уведомление должника

164. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 15:

"1. Если cedент и цессионарий не договорились об ином, cedент или цессионарий или и тот, и другой могут направить должнику уведомление об уступке и платежную инструкцию, однако после направления уведомления платежную инструкцию может направлять только цессионарий.

2. Уведомление об уступке или платежная инструкция, направленные в нарушение любой договоренности, о которой говорится в пункте 1 настоящей статьи, являются действительными для целей статьи 19, несмотря на такое нарушение. Однако ничто в настоящей статье не затрагивает никакого обязательства или ответственности стороны, нарушившей такую договоренность, за любые убытки, возникшие в результате нарушения".

165. Комиссия приняла статью 15 за основу без изменений и передала ее редакционной группе.

Статья 16. Право на платеж

166. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 16:

"1. Если cedент и цессионарий не договорились об ином и независимо от того, было ли направлено уведомление об уступке:

а) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цессионарию, то цессионарий имеет право удерживать поступления и возвращенные товары по уступленной дебиторской задолженности;

б) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен cedенту, то цессионарий имеет право на выплаченные поступления, а также право на товары, возвращенные cedенту по уступленной дебиторской задолженности;

с) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен другому лицу, по отношению к которому цессионарий имеет приоритет, то цессионарий имеет право на выплаченные поступления, а также право на товары, возвращенные такому лицу по уступленной дебиторской задолженности.

2. Цессионарий не может удерживать больше того, что ему причитается из дебиторской задолженности".

167. Комиссия приняла статью 16 за основу без изменений. Было решено, что проект статьи 16 надлежащим образом охватывает поступления, в том числе возвращенные товары, и что определение поступлений необходимо вновь рассмотреть в контексте статей 24 и 26.

Раздел II. Должник

Статья 17. Принцип защиты должника

168. Комиссия рассмотрела следующий текст проекта статьи 17:

"1. За исключением случаев, когда настоящей Конвенцией предусмотрено иное, уступка, совершенная без согласия должника, не затрагивает прав и обязательств должника, включая условия платежа, содержащиеся в первоначальном договоре.

2. В платежной инструкции может быть изменено лицо, адрес или счет, в отношении которого должник должен произвести платеж, однако не может быть:

а) изменена валюта платежа, указанная в первоначальном договоре; или

б) изменено указанное в первоначальном договоре государство, в котором должен быть произведен платеж, на иное государство, чем то, в котором находится должник".

Изменение страны платежа

169. Комиссия рассмотрела вопрос о том, следует ли требовать согласия должника для какого бы то ни было изменения страны платежа, даже на страну, в которой он сам находится. Было указано, что пункт 2 (б) в достаточной степени охватывает подавляющее большинство случаев, когда приемлемым для должника является платеж в стране, где он находится, а не в стране иностранного cedента. Было также отмечено, что такой подход надлежащим образом отражает позитивную практику, в частности в области договоров международного факторинга, и не следует допускать, чтобы конвенция порождала какие бы то ни было сомнения в отношении этой практики. Кроме того, было отмечено, что конвенция не должна касаться весьма специфических случаев, когда должник предпочитает произвести платеж в иностранном государстве. С другой стороны, было указано, что любое изменение страны платежа должно сопровождаться согласием должника, поскольку у него могут быть веские основания для установления в первоначальном контракте того, что платеж будет произведен в иностранном государстве. Помимо этого было указано, что, если цессионарий и должник получают возмож-

ность изменять по договоренности страну платежа, им также следует предоставить возможность изменять и валюту платежа. Учитывая, что договоренности между цессионариями и должниками выходят за сферу действия конвенции, Комиссия решила, что в пункте 2 ничего менять не нужно.

Защита потребителей

170. Было отмечено, что вытекающий из статьи 17 принцип заключается в том, что конвенция не должна оказывать негативного воздействия на правовое положение потребителей-должников. Было отмечено также, что этот общий принцип также отражен в статьях 1, пункт 2 (которая предусматривает, что конвенции не затрагивает правового положения должника, если только должник не находится в договаривающемся государстве или если право, регулирующее дебиторскую задолженность, не является правом договаривающегося государства), 9 с внесенными изменениями (где четко указано, что конвенция не должна отражаться на ограничениях на уступку, устанавливаемых законом, помимо ограничений, упомянутых в статье 9), 19 (которая разрешает должнику исполнить свое обязательство согласно праву вне рамок конвенции), 20 (которая предохраняет возражения должника и права на зачет, за исключением прав на зачет, которые возникают из не связанных между собой договоров и не могут быть задействованы в момент уведомления), 21 и 23 (где прямо говорится о праве, регулирующем защиту потребителей) и 22 (которая разрешает изменять первоначальный договор, даже после уведомления, при этом согласие цессионария подразумевается).

171. Было высказано мнение, что во избежание всяких сомнений вышеуказанное понимание следует непосредственно отразить в статье 17. Было заявлено, что законодательство о защите потребителей является отражением публичного порядка как на национальном уровне, так и на наднациональном уровне, с которыми конвенция не может и не должна пересекаться. Было указано, что такое законодательство направлено на защиту потребителей-должников в силу того обстоятельства, что они, как правило, не обладают достаточно сильными позициями для защиты собственных интересов, и оно не может быть изменено по договоренности сторон, поскольку оно носит императивный характер. Кроме того, положения, предусматривающие возможность молчаливого согласия потребителя, могут быть истолкованы как неправомерные положения, которые запрещены в соответствии с правовыми нормами, принятыми во исполнение международных соглашений о региональной интеграции. Было предложено добавить в статью 17 следующую формулировку (см. A/CN.9/472, стр. 10). "Настоящая конвенция не наносит ущерба законам государства места нахождения должника, регулирующим защиту должника при сделках, совершаемых в личных, семейных или домашних целях".

172. Против этого предложения были выдвинуты возражения. Было заявлено, что предлагаемая формулировка не нужна, поскольку проект конвенции уже содержит надлежащие положения, обеспечивающие защиту интересов потребителей-должников. Было отмечено также, что предлагаемая формулировка может вызвать вопросы толкования или даже открыть возможность судам признавать недействительными уступки, опираясь на нечеткие или искусственные основания, что может сказаться на наличии и стоимости потребительского кредита. С другой стороны, было отмечено, что различие между вышеприведенными позициями может быть не столь значительным. В этом смысле было предложено четко указать в статье 17, что проект конвенции не будет разрешать потребителю-должнику изменять первоначальный договор или отступать от его положений, если отступление или изменение не допускается законодательством о защите потребителей государства места нахождения должника. Хотя это предложение получило некоторую поддержку, Комиссия одобрила статью 17 без изменений и передала ее редакционной группе при том понимании, что она может вернуться к этому вопросу.

Правовое положение должника в случае частичной уступки

173. Было отмечено, что Комиссия решила отложить обсуждение правового положения должника в случае одного или нескольких уведомлений в отношении частичной уступки до тех пор, пока не будут рассмотрены положения, касающиеся должника (см. пункт 20). Было высказано мнение, что этот вопрос следует урегулировать в статье 17. Однако Комиссии не хватило времени для рассмотрения данного вопроса (см. пункты 180 и 185).

ГЛАВА V. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА

174. Комиссия заслушала заявление от имени Постоянного бюро Гаагской конференции по международному частному праву, смысл которого заключался в налаживании тесного сотрудничества с ЮНСИТРАЛ. Было отмечено, что совместная группа экспертов ЮНСИТРАЛ и Гаагской конференции провела 18–20 мая 1998 года совещание в Гааге и что впоследствии Постоянное бюро Гаагской конференции представило соответствующей Рабочей группе ЮНСИТРАЛ доклад от 10 июля 1998 года, содержащий ряд рекомендаций (A/CN.9/WG.II/WR.99). Было отмечено, что, хотя в статьях 24–27 не в полной мере отражены рекомендации, содержащиеся в докладе Постоянного бюро, в принципе они являются вполне удовлетворительными.

175. В отношении главы V было указано, что, если она будет принята с более широкой сферой применения, чем сфера применения конвенции (своего рода "мини-конвенция"), она может оказаться несов-

местимой с региональными текстами, такими, как Конвенция Европейского союза о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим, 1980 год; "Римская конвенция"). В этой связи было отмечено, что проект статьи 28 отходит от статьи 12 Римской конвенции в двух отношениях: в нем прямо требуется произвести выбор права и создается оспоримая презумпция в пользу права страны места нахождения cedenta как права, наиболее тесно связанного с договором уступки. Было отмечено также, что в принципе было бы неуместно ставить применение главы V в зависимость от понятия международного характера материально-правовой части проекта конвенции. Однако, если Комиссия утвердит этот подход, проект статьи 28, пункт 3 (предназначенный для применения выбранного сторонами иностранного права к внутренней уступке внутренней дебиторской задолженности), может оказаться ненужным, поскольку, если уступка не является международной согласно проекту статьи 3, глава V применяться не будет. Что касается проектов статей 30-32, то были высказаны определенные сомнения в их целесообразности. Было отмечено также, что проект статьи 30, пункт 2, как представляется, повторяет норму, содержащуюся в проекте статьи 32. К тому же вопрос о сфере применения главы V и иерархии между главой V и остальной частью проекта конвенции необходимо будет урегулировать в отдельной статье, как это было предложено секретариатом ЮНСИТРАЛ (см. A/CN.9/470, пункт 22). Кроме того, необходимо будет решить вопрос об обратной отсылке путем включения в главу V соответствующего положения, поскольку, если глава V будет иметь более широкую сферу применения, чем остальная часть проекта конвенции, проект статьи 6(j) (в котором должен быть рассмотрен вопрос об обратной отсылке) применяться не будет.

176. В ответ на это было указано, что глава V может и не стать "мини-конвенцией", а если она таковой станет, то формулировки статей 28 и 29 необходимо будет изменить и в главу V потребуется включить положение об обратной отсылке. Было отмечено также, что, если глава V будет применяться к уступкам с международным элементом, как они определены в статье 3, в статье 28, пункт 3, отпадет необходимость.

177. Комиссия была информирована также о предложении, представленном Специальной комиссией по общим вопросам и политике Конференции на ее совещании, состоявшемся в Гааге 8-12 мая 2000 года: Гаагская конференция должна подготовить проект конвенции о праве, применимом к обеспечительным интересам в инвестиционных ценных бумагах. Было отмечено, что тесное сотрудничество с ЮНСИТРАЛ будет иметь особое значение с учетом работы Комиссии над уступками дебиторских задолженностей и возможной будущей работы ЮНСИТРАЛ в области обеспечения в кредитном праве.

178. Комиссия выразила признательность наблюдателю от Постоянного бюро Гаагской конференции и отложила обсуждения по главе V до завершения работы над материально-правовой частью конвенции. Обсуждения относительно возможной будущей работы в области обеспечения в кредитном праве было решено отложить до рассмотрения Комиссией пункта 16 повестки дня "Координация и сотрудничество" (см. пункты 455-463).

С. Доклад Редакционной группы

179. Комиссия просила Редакционную группу, учрежденную Секретариатом, провести обзор статей 1-17 проекта конвенции в целях обеспечения согласованности между текстами на разных языках.

180. По завершении обсуждения проекта конвенции Комиссия рассмотрела доклад Редакционной группы и приняла статьи 1-17 проекта конвенции с внесенными Редакционной группой изменениями, за исключением текста в квадратных скобках в тех положениях и пункте 5 статьи 1, которые должны быть рассмотрены в контексте обсуждения статьи 40 и приложения к проекту конвенции. Пункт 2 статьи 7 (статья 8 в тексте проекта конвенции, рассмотренном Комиссией) был принят с учетом рассмотрения вопроса его взаимосвязи с главой V. Статья 17 была принята с учетом рассмотрения вопроса о том, следует ли отразить правовое положение должника в случае частичной уступки непосредственно в статье 17, для изучения которой у Комиссии не хватило времени (см. пункты 20, 173 и 185).

181. В контексте обсуждения доклада Редакционной группы Комиссия решила, что конвенция будет называться следующим образом: "Конвенция об уступке дебиторской задолженности в международной торговле". Большинство согласилось с тем, что любая ссылка на "финансирование под дебиторскую задолженность" не будет согласовываться со сферой применения конвенции, которая выходит за пределы сугубо финансовых сделок. В ходе обсуждения было предложено исключить слова "в международной торговле", поскольку они не нужны и могут создать ложное впечатление о том, что речь идет только об уступке торговых дебиторских задолженностей. Была достигнута договоренность о том, что эти слова можно сохранить, а в комментарии к конвенции пояснить, что термин "международная торговля" употребляется в самом широком смысле и что в любом случае имелось в виду, что он охватывает торговлю, финансовые и потребительские сделки.

182. С учетом своего решения исключить из названия конвенции ссылку на "финансирование под дебиторскую задолженность" Комиссия решила исключить все ссылки на финансирование в преамбуле. В отношении второго пункта преамбулы было решено отметить неопределенность, являю-

шуюся препятствием в международной торговле. Что касается третьего пункта преамбулы, то, хотя сохранение примерного перечня практики получило определенную поддержку, было решено, что этот перечень следует исключить, поскольку он неизбежно будет неполным и вскоре устареет. Было решено также выделить в начале комментария к конвенции основные виды практики, охватываемые конвенцией. В отношении четвертого пункта преамбулы было предложено включить ссылку на то, что национальное право не затрагивается, особенно в отношении преференционных прав и прав в недвижимости. Было решено, что ссылка на сохранение прав должника является в этом отношении достаточной и что в комментарии можно более подробно изложить виды прав должника и те правовые нормы, которые не должны затрагиваться. Отмечалось, что подобный подход будет согласовываться с подходом, принятым в преамбуле к Типовому закону ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности. Что касается пятого пункта преамбулы, то было решено сохранить ссылку на "денежные средства и кредит", с тем чтобы уточнить, что конвенция должна охватывать как собственно уступки (результатом которых является получение денежных средств), так и уступки путем обеспечения (результатом которых является предоставление кредита). Было решено сначала отметить возможности получения денежных средств и кредита, а затем международную торговлю.

183. После обсуждения Комиссия решила предложить следующий текст преамбулы:

"Договаривающиеся государства,

вновь подтверждая свою убежденность в том, что международная торговля на основе равенства и взаимной выгоды является важным элементом в деле содействия развитию дружественных отношений между государствами,

учитывая, что проблемы, возникающие ввиду неопределенности в отношении содержания и выбора правового режима, применимого к уступкам дебиторской задолженности, представляют собой препятствие для международной торговли,

стремясь закрепить принципы и принять правила в области уступки дебиторской задолженности, которые позволят добиться определенности и транспарентности и будут содействовать модернизации права в области уступок дебиторской задолженности, обеспечивая при этом защиту существующей практики уступок и способствуя развитию новых видов практики,

стремясь также обеспечить надлежащую защиту интересов должника в случае уступки дебиторской задолженности,

полагая, что принятие единообразных правил, регулирующих уступки дебиторской задолженности, будет способствовать расширению возможностей получения денежных средств и кредита по более доступным ставкам и тем самым способствовать развитию международной торговли,

согласились о следующем".

184. В свете решения исключить из названия и преамбулы к конвенции ссылки на "финансирование под дебиторскую задолженность" Комиссия решила, что подпункт (с) статьи 6, а также ссылка в пункте 3 статьи 13 на "финансирование под дебиторскую задолженность" также должны быть исключены.

185. С учетом того, что согласно статье 2 сфера применения Конвенции ограничивается договорной дебиторской задолженностью, было указано, что вопрос о том, предоставлять ли государствам право применять конвенцию к другим видам практики (например, к уступкам недоговорной дебиторской задолженности), следует вновь рассмотреть в контексте заключительных положений. В отношении пункта 1(b) проекта статьи 4 было решено исключить слова "в той мере, в какой". Что касается пункта 3(a) и (b) проекта статьи 4, то было решено объединить их, отменить коллидирующие права и после подпункта (b) исключить союз "или". В отношении пункта 2(f) проекта статьи 4 было предложено, чтобы во французском тексте речь шла о "valeurs mobilières". В отношении пункта 3(a) проекта статьи 11 и пункта 4(a) проекта статьи 12 было решено поместить слово "товары" в квадратные скобки до решения вопроса о том, охватывает ли это слово неосязаемое движимое имущество. В отношении статьи 17 было решено, что вопрос о правовом положении должника в случае уведомлений, касающихся частичных уступок, необходимо будет рассмотреть в будущем (см. также пункты 20, 173 и 180).

Д. Будущая работа по проекту конвенции

186. Приняв доклад редакционной группы, Комиссия рассмотрела меры по завершению работы над проектом конвенции. Было выдвинуто предложение, поддержанное рядом делегаций, о том, что для этой цели до конца текущего года или в начале 2001 года необходимо созвать возобновленную сессию Комиссии. Это позволит Комиссии своевременно завершить работу, не направляя проект конвенции обратно в Рабочую группу, что было бы чревато риском возобновления обсуждения вопросов, которые уже урегулированы Комиссией. Однако большинство высказалось за то, чтобы направить проект конвенции обратно в Рабочую группу. Было активно поддержано мнение, что такой подход обеспечит оптимальное использование имеющихся у Комиссии ресурсов и позволит ей завершить работу над проектом конвенции в 2001 году, не внося существенных

изменений в расписание заседаний и общую программу работы. Было заявлено, что в связи с внесенными в статьи 1–17 изменениями возникла новая ситуация, которая должна быть изучена Рабочей группой. Было замечено также, что благодаря хорошему знанию текста, опыту и эффективности Рабочая группа сможет продвинуть работу над проектом конвенции в такой степени, что Комиссия получит возможность оперативно принять ее на своей сессии в 2001 году. В этой связи Комиссия вновь заявила о своем доверии Рабочей группе и выразила признательность за проделанную ею интенсивную работу над проектом конвенции в ходе восьми сессий в период с ноября 1995 года по октябрь 1999 года.

187. Что касается круга ведения Рабочей группы, то Комиссия рассмотрела предложение следующего содержания:

"1. Начиная с проекта статьи 18, Рабочая группа должна рассмотреть те части проекта конвенции, которые Комиссия не имела возможности изучить, а также формулировки, оставшиеся в квадратных скобках в проектах статей 1–17.

2. Рабочая группа должна обеспечить согласованность и последовательность текста с учетом изменений, внесенных в проекты статей 1–17.

3. Если в ходе рассмотрения положений от проекта статьи 18 проекта конвенции до проекта статьи 7 приложения Рабочая группа выявит проблемы в проектах статей 1–17, она должна будет довести их до сведения Комиссии с надлежащими пояснениями и, по возможности, рекомендациями.

4. Что касается методов работы, то Рабочая группа должна руководствоваться тем же подходом, что и Комиссия, т.е. вносить только те изменения, которые получают существенную поддержку."

188. Это предложение было активно поддержано. Большинство выразило мнение о том, что предлагаемый круг ведения обеспечит как жесткость мандата Рабочей группы, благодаря чему Рабочая группа не сможет вносить изменения в принципиальные решения, принятые Комиссией, так и его гибкость, что позволит Рабочей группе рассматривать все вопросы, не урегулированные Комиссией, и вносить сугубо редакционные изменения в проекты статей 1–17. Для уточнения того, что Рабочая группа не должна возобновлять обсуждение принципиальных вопросов, урегулированных Комиссией, было предложено включить в начало пунктов 2 и 4 вышеуказанного круга ведения слова "При рассмотрении положений от проекта статьи 18 проекта конвенции до проекта статьи 7 приложения". В то же время было выражено мнение, что в этом изменении нет необходимости, поскольку в

нынешней формулировке достаточно четко обозначено, что Рабочая группа не имеет права вносить какие бы то ни было изменения в принципиальные решения Комиссии. Если Рабочая группа выявит новые принципиальные вопросы в отношении статей 1–17, она может лишь довести их до сведения Комиссии, внося рекомендации по поводу их решения Комиссии. На этой основе Комиссия утвердила вышеуказанный круг ведения и направила проект конвенции Рабочей группе, которая соберется до конца текущего года, с просьбой, чтобы она оперативно провела свою работу, с тем чтобы завершить проект конвенции и представить его для принятия Комиссией на ее следующей сессии в 2001 году.

189. Комиссия рассмотрела процедуру окончательного принятия проекта конвенции и его открытия для подписания государствами. Было выражено мнение, что рассмотрение этого вопроса Комиссией на текущей сессии является преждевременным. Однако большинство заявило, что Комиссии следует информировать Генеральную Ассамблею о возможности окончательного принятия проекта конвенции Генеральной Ассамблеей на ее пятьдесят шестой сессии в 2001 году или дипломатической конференцией, которую следует созвать вскоре после принятия проекта конвенции Комиссией на ее тридцать четвертой сессии. Такая рекомендация позволит Шестому комитету Генеральной Ассамблеи рассмотреть данный вопрос и принять необходимое решение. Она позволит также Пятому комитету проработать вопрос о том, можно ли созвать дипломатическую конференцию в рамках имеющихся ресурсов, а у Комиссии сохранится возможность принять решение на ее тридцать четвертой сессии относительно направления проекта конвенции дипломатической конференции. При этом имелось в виду, что санкция Генеральной Ассамблеи на проведение дипломатической конференции будет зависеть, помимо одобрения со стороны Пятого и Шестого комитетов, от предложения одного из правительств провести у себя конференцию при согласии нести расходы по переносу места проведения конференции из Вены, где находится секретариат ЮНСИТРАЛ, в один из городов в принимающей стране. Комиссия отложила принятие решения по этому вопросу до рассмотрения проекта рекомендации Генеральной Ассамблеи (см. пункт 192).

190. Далее Комиссия перешла к вопросу о том, следует ли подготовить комментарии к конвенции. Было отмечено, что подобные комментарии могли бы быть официальными, и в этом случае Комиссии следовало бы углубленно рассмотреть и утвердить их, или неофициальными, и в этом случае они могли бы быть подготовлены Секретариатом на основе общих указаний Комиссии. Было также отмечено, что вне зависимости от того, будут ли данные комментарии носить официальный или неофициальный характер, Комиссии необходимо будет решить вопрос о том, должна ли задача комментариев

заключаться в содействии законодателям при рассмотрении конвенции для принятия или пользователям конвенции при ее применении и толковании, или же данные комментарии должны служить одновременно руководством для законодательных органов и инструментом толкования. Было высказано общее мнение, что указанные комментарии должны быть подготовлены Секретариатом для содействия законодателям при рассмотрении конвенции для принятия и пользователям конвенции при ее толковании и применении. Было указано, что аналитический комментарий, содержащийся в записке Секретариата от 23 марта 2000 года (A/CN.9/470), мог бы стать прекрасной основой для подготовки таких комментариев, которые, однако, должны быть более четкими и сжатыми. В ответ на вопрос было указано, что было бы более эффективно, если бы пересмотренный вариант комментариев был подготовлен после завершения рассмотрения Рабочей группой проекта конвенции, поскольку в противном случае первую часть комментариев к статьям I-17, вероятно, придется вновь пересматривать после завершения Рабочей группой своей работы. В любом случае, было высказано получившее широкую поддержку мнение, что у Рабочей группы не будет времени для рассмотрения комментариев. Однако было решено, что при необходимости Секретариат мог бы подготовить записку, в которой обратил бы внимание Рабочей группы на любые вопросы, которые ей необходимо рассмотреть.

191. После обсуждения Комиссия обратилась к Секретариату с просьбой подготовить и распространить пересмотренный вариант комментариев к конвенции после завершения Рабочей группой своей работы над проектом конвенции (сроки проведения следующей сессии Рабочей группы по международной договорной практике см. пункт 469). Было решено, что эти комментарии должны быть четко сформулированы и служить неофициальным руководством для законодательных органов и инструментом толкования конвенции. Комиссия также просила Секретариат по завершении работы Рабочей группы распространить для комментариев текст проекта конвенции среди всех государств и заинтересованных международных организаций, включая неправительственные организации, которые обычно приглашаются на заседания Комиссии и ее рабочих групп в качестве наблюдателей, и подготовить аналитическую компиляцию этих комментариев.

192. По завершении обсуждения проекта конвенции Комиссия приняла следующую рекомендацию в адрес Генеральной Ассамблеи:

"Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли,

отмечая, что она намерена принять проект конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле на своей тридцать четвертой сессии в 2001 году,

учитывая, что на этой сессии ей необходимо будет представить Генеральной Ассамблее рекомендацию относительно процедуры завершения работы над проектом конвенции,

признавая важность своевременного завершения работы над проектом конвенции,

1. *рекомендует* Генеральной Ассамблее включить в повестку дня своей пятьдесят шестой сессии в 2001 году пункт, озаглавленный "Завершение работы над проектом конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле", с целью завершения работы над самим проектом конвенции или его передачи на рассмотрение конференции полномочных представителей, которая будет созвана в 2002 году;

2. *рекомендует далее* Генеральной Ассамблее, если Комиссия решит рекомендовать проведение конференции, просить Генерального секретаря распространить проект конвенции как можно скорее после завершения работы над ним Комиссией на ее тридцать четвертой сессии в 2001 году, для комментариев государств и международных организаций, в том числе неправительственных организаций, которые обычно приглашаются на заседания Комиссии в качестве наблюдателей".

IV. ПРОЕКТЫ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫЕ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ

A. Общие замечания

193. Едва приступив к рассмотрению проектов глав руководства для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, Комиссия отметила, что проекты всех глав руководства для законодательных органов уже были рассмотрены Комиссией ранее на ее тридцать второй сессии в 1999 году (A/CN.9/458/Add.1-9). Некоторые из этих глав также рассматривались на тридцатой сессии Комиссии в 1997 году (A/CN.9/438/Add.1-3) и на ее тридцать первой сессии в 1998 году (A/CN.9/444/Add.1-5).

194. Ввиду продвинутого этапа подготовки проектов глав и интенсивного обсуждения, уже проведенного на этих предыдущих сессиях, было решено, что на нынешней сессии Комиссия должна сосредоточить свое внимание на рассмотрении рекомендаций по законодательным вопросам (в том виде, в каком они приводятся в сводном перечне рекомендаций по законодательным вопросам в документе A/CN.9/471/Add.9). Комиссии было предложено обращаться к рассмотрению комментариев к рекомендациям по законодательным вопросам лишь в том случае, когда это необходимо для определения того, насколько точно эти комментарии отражают

ход обсуждения в Комиссии на ее тридцать второй сессии (и изложены в соответствующей части ее доклада о работе сессии)³, или когда в эти комментарии необходимо внести изменения в результате принятых решений по проектам рекомендаций по законодательным вопросам (ход последующего обсуждения в связи с завершением работы над руководством и будущей работой в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, см. пункты 375-379 ниже).

В. Рассмотрение проектов рекомендаций по законодательным вопросам

Предложение добавить общую рекомендацию по законодательным вопросам

195. Было выдвинуто предложение добавить в начале свода рекомендаций по законодательным вопросам или в другом соответствующем месте обращенное к законодателям предостережение от чрезмерно жесткого ограничения свободы сторон самостоятельно определять характер проектного соглашения, поскольку это затруднит проведение переговоров по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, или их реализацию. Хотя было решено, что в основе этого предложения лежат разумные соображения, в целом было указано, что добавлять подобное общее предостережение или рекомендацию не следует. Один из доводов в пользу этого решения заключался в том, что рекомендации по законодательным вопросам в целом должны отражать надлежащий баланс между свободой сторон и ограничениями, необходимыми для защиты публичных интересов. Другой довод заключался в том, что подобная общая рекомендация по своему характеру не является точной и поэтому имеет ограниченную полезность и может даже привести к возникновению проблем или путаницы, если будет использована при толковании рекомендаций по законодательным вопросам, содержащимся в руководстве.

196. Комиссия приняла следующую формулировку вводной части к рекомендациям по законодательным вопросам, расположенную до рекомендации 1:

"Принимающим странам, которые хотели бы стимулировать осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, рекомендуется реализовать в законодательном порядке нижеследующие принципы:"

³ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункты 12-307.

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ РАМКИ

Конституционные и законодательные рамки

197. Комиссия отложила принятие решения по предложению включить в главу I, "Общие законодательные и институциональные рамки", главу VII, "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам" (см. пункт 369).

Рекомендация 1

198. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

199. С тем чтобы отразить охват этой рекомендации и привести ее название в соответствие с содержанием, было решено изменить формулировку названия на "Конституционные, законодательные и институциональные рамки" и заменить начало рекомендации следующим текстом: "Конституционные, законодательные и институциональные рамки". С учетом этих изменений Комиссия приняла рекомендацию 1.

Объем полномочий на выдачу концессий

Рекомендация 2

200. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В законодательстве следует указать публичные органы принимающей страны (включая, если это уместно, общенациональные, региональные и местные органы власти), которые наделены полномочиями заключать соглашения о реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников".

201. Комиссия приняла рекомендацию 2 при условии, что между словами "которые наделены полномочиями" и словами заключать соглашения будут добавлены слова "выдавать концессии и".

Рекомендация 3

202. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

203. Были выдвинуты предложения расширить круг вопросов, охватываемых данной рекомендацией, добавив в нее указания на "право собственности" на объект инфраструктуры и его "финансирование". Эти предложения не получили достаточной поддержки, поскольку было сочтено, что если будет принято решение добавить такие частные моменты, то может возникнуть необходимость в добавлении и других частных моментов. Кроме того, вопрос о том, предусматривает ли концессия право собственности на соответствующий объект инфраструктуры, и если да, то в какой степени, связан с различными вариантами политики, имеющимися в распоряжении принимающей страны, которые рассматриваются в комментариях. Комиссия приняла рекомендацию 3.

Рекомендация 4

204. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В законодательстве следует указать те сектора или виды инфраструктуры, в отношении которых могут быть выданы концессии".

205. Было высказано мнение, что рекомендация предусматривает наличие исчерпывающего перечня секторов или видов инфраструктуры, в отношении которых могут выдаваться концессии. В свете этого было предложено изменить формулировку рекомендации таким образом, чтобы из нее следовало, что законодатель должен устанавливать лишь приоритетный перечень таких секторов или видов инфраструктуры. В поддержку этого предложения было указано, что приоритеты правительства в отношении секторов, в которых могут выдаваться концессии, могут со временем меняться и что наличие исчерпывающего перечня секторов, закрепленного в законодательстве, необоснованно ограничит возможности правительства по содействию развитию инфраструктуры.

206. Комиссия отклонила это предложение и указала, что в пункте 18 соответствующих комментариев отмечается, что существует более чем один возможный способ определения секторов или видов инфраструктуры, в отношении которых могут быть выданы концессии. Комиссия приняла рекомендацию 4.

Рекомендация 5

207. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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 представлением 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".

208. Комиссия приняла рекомендацию 5.

Рекомендация 6

209. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

210. Комиссия приняла рекомендацию 6.

Рекомендация 7

211. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Не следует наделять полномочиями на регулирование услуг в области инфраструктуры тех субъектов, которые прямо или косвенно занимаются предоставлением услуг в области инфраструктуры".

212. Комиссия приняла рекомендацию 7.

Рекомендация 8

213. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Компетенцией по вопросам регулирования следует наделять функциональные независимые органы, обладающие достаточным уровнем автономии для обеспечения того, чтобы их решения принимались без политического вмешательства или неадекватного давления со стороны операторов инфраструктуры и поставщиков общедоступных услуг".

214. Комиссия приняла рекомендацию 8.

Рекомендация 9

215. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

216. Комиссия приняла рекомендацию 9.

Рекомендация 10

217. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В законодательстве следует установить прозрачные процедуры, с помощью которых концессионер может обжаловать в независимый и беспристрастный орган принятые в порядке регулирования решения, и следует предусмотреть основания для возможного обжалования, а также возможные процедуры обжалования в судебном порядке".

218. Комиссия приняла рекомендацию 10 при условии внесения в ее формулировку редакционных изменений.

Рекомендация 11

219. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

220. Комиссия приняла рекомендацию 11.

ГЛАВА II. РИСКИ, СВЯЗАННЫЕ С ПРОЕКТАМИ, И ПРАВИТЕЛЬСТВЕННАЯ ПОДДЕРЖКА

Рекомендация 12

221. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Не следует устанавливать излишних статутных или регулятивных ограничений применительно к способности организации-заказчика согласовывать такое распределение рисков, которое отвечает потребностям проекта".

222. Комиссия приняла рекомендацию 12.

Рекомендация 13

223. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

224. Было высказано предложение добавить после слов "виды поддержки" формулировку "включая публичные займы и гарантии, участие в акционерном капитале, субсидии и суверенные гарантии", с тем чтобы лучше и полнее отразить в рекомендации для законодательных органов круг вопросов, обсуждающихся в комментариях. Кроме того, было указано, что следует более четко указать на возможность предоставления различными государственными органами публичной поддержки данному проекту в области инфраструктуры, финансируемому из частных источников. Комиссия приняла рекомендацию 13 без предложенного добавления, поскольку Комиссия в целом сочла, что оба эти момента достаточно подробно рассмотрены в комментариях (A/CN.9/471/Add.3, пункты 30–60).

ГЛАВА III. ВЫБОР КОНЦЕССИОНЕРА

*Общие соображения**Рекомендация 14*

225. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

226. В порядке общего замечания было указано, что в главе III содержится обширный свод рекомендаций по законодательным вопросам и подробных комментариев к ним. В этой связи был задан вопрос, рекомендуется ли принимающей стране принимать конкретные законы, регулирующие процедуры выбора концессионера.

227. В ответ на это было отмечено, что цель рекомендаций по законодательным вопросам заключается в оказании принимающей стране помощи в разработке норм, специально предназначенных для выбора концессионера. Рекомендации призваны обеспечить удовлетворение особых потребностей проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и во многих отношениях отличаются от общих норм о государст-

венных закупках, таких, как, например, содержащиеся в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг. Вместе с тем цель рекомендаций заключается не в том, чтобы подменять или воспроизводить такие общие нормы о государственных закупках, и каждая принимающая страна должна сама решать, каким образом обеспечить их наиболее эффективную реализацию. Например, государство может решить принять специальные нормы, регулирующие только выбор концессионера, или может включить некоторые из них в общее законодательство по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, добавив при необходимости перекрестные ссылки на другие нормативные акты, регулирующие вопросы, не охватываемые рекомендациями (такими, как административные и практические механизмы проведения процедур отбора).

228. Помимо предложений терминологического характера, принятых Комиссией для обеспечения согласованности текстов рекомендаций на различных языках (например, использование в тексте на французском языке термина "procédure de mise en compétition" вместо термина "procédure ouverte"), никаких дополнительных замечаний высказано не было, и Комиссия приняла рекомендацию 14.

Предварительный отбор участников процедур

Рекомендация 15

229. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Участники процедур должны продемонстрировать, что они удовлетворяют критериям предварительного отбора, которые были сочтены организацией-заказчиком уместными применительно к соответствующему конкретному проекту, включая следующие:

а) 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 техническому обслуживанию;

б) достаточные возможности по управлению финансовыми аспектами проекта и потенциальные возможности для удовлетворения финансовых потребностей инженерно-конструкторского, строительного и эксплуатационного этапов проекта;

с) соответствующие управленческие и организационные возможности, репутация и опыт, включая предшествующий опыт по эксплуатации публичной инфраструктуры".

230. Комиссия приняла рекомендацию 15.

Рекомендация 16

231. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

232. Было предложено указать в рекомендации 16, что участникам процедур следует предоставить возможность создавать консорциумы как для целей представления предложений, так и для осуществления проекта. Однако, отметив, что данное положение регулирует лишь вопросы, связанные с процедурой отбора, Комиссия приняла рекомендацию 16 без предложенного изменения.

Рекомендация 17

233. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Организации-заказчику следует составлять краткий список прошедших предварительный отбор участников процедур, которым впоследствии по завершении этапа предварительного отбора будет предложено представить предложения".

234. Комиссия приняла рекомендацию 17.

Процедура запроса предложений

Рекомендация 18

235. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"По завершении процедур предварительного отбора организации-заказчику следует пригласить прошедших предварительный отбор участников процедур представить окончательные предложения".

236. Комиссия приняла рекомендацию 18 при условии замены слова "пригласить" словом "предложить".

Рекомендация 19

237. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Независимо от вышеизложенного, организация заказчик может использовать двухэтапную процедуру для запроса предложений от прошедших предварительный отбор участников процедур, когда организация заказчик

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:

а) организации-заказчику следует в первую очередь обратиться к прошедшим предварительный отбор участникам процедур с призывом представить предложения, касающиеся спецификации на продукцию проекта и других характеристик проекта, а также предлагаемых условий договора;

б) организации-заказчику следует провести встречу с участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся первоначального запроса предложений;

в) 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".

238. Было предложено указать в рекомендации на обязанность организации-заказчика вести протоколы встреч с участниками процедур. Вместе с тем Комиссия сочла, что этот вопрос целесообразнее рассмотреть в комментариях к рекомендации по законодательным вопросам, и приняла рекомендацию 19 без изменений.

Рекомендация 20

239. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В окончательный запрос предложений следует включать по меньшей мере следующую информацию:

а) общая информация, которая может потребоваться участникам процедур для подготовки и представления их предложений;

б) проектные спецификации и эксплуатационные показатели, если это уместно, включают требования организации-заказчика в отношении стандартов охраны труда и безопасности, а также защиты окружающей среды;

в) предлагаемые организацией-заказчиком условия договора;

г) критерии оценки предложений, относительное значение, придаваемое каждому из этих критериев, и порядок применения критериев при оценке предложений".

240. Комиссия приняла рекомендацию 20.

Рекомендация 21

241. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

242. Комиссия приняла рекомендацию 21.

Рекомендация 22

243. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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:

а) техническая обоснованность;

б) оперативная осуществимость;

в) качество услуг и меры по обеспечению непрерывности их предоставления;

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

244. Рассмотрев различные предложения, высказанные в связи с рекомендацией 23 (см. пункты 248–250), Комиссия приняла рекомендацию 22.

Рекомендация 23

245. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Критерии оценки и сопоставления финансовых и коммерческих предложений могут включать, если это уместно, следующее:

а) приведенная стоимость предлагаемых видов вознаграждения, оплаты и иных сборов в течение периода концессии;

б) приведенная стоимость предлагаемых прямых платежей со стороны организации-заказчика, если таковые предусматриваются;

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

d) объем финансовой поддержки, ожидаемый со стороны правительства, если такая предполагается;

e) обоснованность предлагаемых механизмов финансирования;

f) степень согласия с предлагаемыми условиями договора".

246. Комиссия постановила добавить в пункте (a) перед словами "и иных сборов" слова "удельных цен".

247. В ответ на просьбу пояснить разницу между пунктами (b) и (d) было разъяснено, что пункт (b) касается предполагаемых прямых платежей со стороны организации-заказчика за товары или услуги, фактически поставленные или предоставленные концессионером. В свою очередь, пункт (d) касается вопросов финансовой поддержки, такой, как займы, субсидии или гарантии, предоставляемой правительством, но не обязательно организацией-заказчиком.

248. Комиссия рассмотрела предложения изменить очередность пунктов, перечисленных в рекомендациях. Было указано, что оценка обоснованности предлагаемых механизмов финансирования представляет собой непосредственную цель оценки финансовых предложений, а не критерий оценки, и что поэтому содержание подпункта (e) следует вынести во вводную часть рекомендации. Далее было предложено разграничить критерии, используемые для оценки обоснованности финансирования, применительно к каждому этапу проекта (т.е. строительству и эксплуатации). Наконец, было предложено исключить подпункт (f), поскольку представляется неправильным оценивать предложения с точки зрения их соответствия условиям договора, предлагаемым организацией-заказчиком. Как представляется, предпочтительнее было бы закрепить понятие соответствия условиям договора во вводной части рекомендации 23 и, возможно, во вводной части рекомендации 22, добавив следующую формулировку: "[B] соответствии с предлагаемыми условиями договора".

249. Комиссия заслушала заявления членов, активно поддержавших эти предложения, в особенности предложение исключить подпункт (f), поскольку в некоторых правовых системах согласие на условия договора, распространенные одновременно с запросом предложений, является обязательным требованием. Однако большинство членов Комиссии сочли, что следует сохранить существующий текст рекомендации. Из этого текста с достаточной ясностью следует, что положения подпунктов (a)-(e) должны применяться, в соответствующих случаях, к оценке обоснованности финансовых предложений относительно различных этапов проектов. Что же касается подпункта (f), то было высказано общее мнение, что данное положение является полезным и что его не следует исключать. Ввиду сложности

проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, маловероятно, чтобы организация заказчик и отобранный участник процедур смогли договориться об условиях проекта соглашения по проекту без проведения переговоров и внесения изменений для приведения этих условий в соответствие с конкретными потребностями проекта. Таким образом, представляется целесообразным включить в число критериев оценки финансовых и коммерческих предложений оценку степени согласия участников процедур с предлагаемыми условиями договора.

250. После обсуждения Комиссия приняла рекомендацию 23.

Рекомендация 24

251. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Организация-заказчик может устанавливать минимальные требования в отношении качественных, технических и коммерческих аспектов, которые должны быть отражены в предложениях в соответствии с критериями, изложенными в запросе предложений. Предложения, не обеспечивающие достижение таких минимальных требований, должны рассматриваться в качестве не отвечающих формальным требованиям".

252. Комиссия приняла рекомендацию 24 при условии добавления слова "финансовых" перед словами "и коммерческих" в первом предложении.

Рекомендация 25

253. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Независимо от того, использует ли она процедуры 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, документации для предварительного отбора. В тех случаях, когда процедуры предварительного отбора проводились, должны применяться те же критерии, что и при процедурах предварительного отбора".

254. Комиссия приняла рекомендацию 25.

Рекомендация 26

255. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

256. Был задан вопрос, как должна действовать организация-заказчик, если после оценки предложений наиболее высокую оценку получают два или более предложения или если разница в оценках, полученных двумя или более предложениями, крайне незначительна. В ответ на это было указано, что в таких обстоятельствах организации-заказчику целесообразно пригласить к участию в переговорах всех участников процедур, получивших практически одинаковые оценки. Вместе с тем было высказано общее мнение, что подобное указание целесообразно включить в соответствующие комментарии, а не в текст рекомендаций.

257. Было предложено включить в рекомендацию указание на то, каким образом организации-заказчику следует поступать с просьбами потенциальных кредиторов внести изменения в предлагаемые условия договора. В ответ на это было указано, что этот вопрос, хотя и имеет на практике большое значение, не обязательно должен регулироваться в законодательном порядке и что в любом случае он уже достаточно хорошо рассмотрен в пунктах 56, 70 и 82–83 комментариев в главе III (A/CN.9/471/Add.4).

258. После обсуждения Комиссия приняла рекомендацию 26.

Рекомендация 27

259. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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 пригласить 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".

260. Комиссия приняла рекомендацию 27.

Прямые переговоры

Рекомендация 28

261. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В законодательстве следует оговорить исключительные обстоятельства, при которых организация-заказчик может быть уполномочена высшестоящим органом произвести выбор концессионера с помощью прямых переговоров, например, следующие:

а) случаи, когда существует срочная необходимость в обеспечении непрерывности предоставления соответствующей услуги и проведение процедур конкурентного отбора было бы поэтому практически нецелесообразным;

б) случаи, когда речь идет о краткосрочных проектах и когда объем предполагаемых первоначальных инвестиций не превышает установленной небольшой суммы;

в) причины, связанные с национальной обороной или национальной безопасностью;

г) случаи, когда требуемая услуга может быть получена только из одного источника (например, поскольку для ее предоставления требуется использование запатентованной технологии или уникального ноу-хау);

д) случаи, когда было опубликовано приглашение к участию в процедурах предварительного отбора или когда был опубликован запрос предложений, однако заявок или предложений не было представлено, или когда все предложения не удовлетворяют критериям оценки, изложенным в запросе предложений, и когда, по мнению организации-заказчика, опубликование нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект;

е) другие случаи, когда высшестоящий орган разрешает прибегнуть к такому исключению по веским причинам, связанным с публичными интересами".

262. В порядке общего замечания было указано, что выражение "прямые переговоры", фигурирующее в рекомендациях 28 и 29, а также в соответствующих комментариях, хотя и было принято Комиссией на ее тридцать второй сессии⁴, не отражает должным образом характера процедур, описанных в этих рекомендациях. Было подчеркнуто, что рекомендации 28 и 29 предусматривают применение в исключительных обстоятельствах процедуры, отличной от процедур, описанных в рекомендациях 14–27. Это отличие заключается главным образом в отсутствии организационно оформленной конкуренции между участниками процедур, которую в остальных случаях предлагается обеспечивать согласно рекомендациям 14–27. Однако переговоры с участниками процедур регулируются не только рекомендациями 28 и 29, поскольку рекомен-

⁴ Там же, пункты 127 и 128.

дации 14–27, в частности рекомендации 26 и 27, уже предусматривают определенную возможность проведения переговоров на различных этапах процедуры отбора.

263. После обсуждения Комиссия постановила заменить выражение "прямые переговоры" словами "предоставление концессии без проведения конкурентных процедур" в названии раздела D главы III (см. A/CN.9/471/Add.4) и изменить формулировку вводной части рекомендации 28 следующим образом:

"В законодательстве следует оговорить исключительные обстоятельства, при которых организация-заказчик может быть уполномочена предоставить концессию без проведения конкурентных процедур, например следующие:".

264. Комиссия отметила, что в результате принятия новой формулировки может возникнуть необходимость во внесении ряда обусловленных этим поправок в соответствующие комментарии в главе III (см. A/CN.9/471/Add.4) и, возможно, в другие рекомендации по законодательным вопросам и разделы проекта руководства для законодательных органов. Комиссия просила Секретариат обеспечить внесение необходимых изменений.

265. Комиссия постановила, что рекомендация 28 должна также распространяться на незапрошенные предложения, которые в определенных обстоятельствах могут делать обоснованным предоставление концессии без проведения конкурентных процедур (см. пункты 277 и 279).

Рекомендация 29

266. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Законодательство может предусматривать требование о соблюдении в ходе прямых переговоров следующих процедур:

а) организации-заказчику следует публиковать уведомление о процедурах переговоров и проводить переговоры с настолько широким кругом компаний, которые считаются способными выполнить проект, насколько это позволяют обстоятельства;

б) организации-заказчику следует установить и сообщить участникам процедур квалификационные критерии и критерии для оценки предложений и определить относительное значение, которое будет придаваться каждому такому критерию, и способ их применения при оценке предложений;

с) организации заказчику следует обращаться с предложениями таким образом, чтобы избежать разглашения их содержания конкурирующим участникам процедур;

д) любые такие переговоры между организацией-заказчиком и участниками процедур должны носить конфиденциальный характер, и ни одна из сторон переговоров не должна разглашать какому-либо другому лицу любую техническую, ценовую или иную коммерческую информацию, касающуюся переговоров, без согласия другой стороны;

е) после завершения переговоров организация-заказчик должна обратиться ко всем оставшимся участникам процедур с запросом представить к оговоренной дате их наилучшую и окончательную оферту в отношении всех аспектов их предложений;

ф) предложения должны оцениваться и расставляться в порядке полученных ими оценок в соответствии с критериями оценки предложений, установленными организацией-заказчиком".

267. Было высказано мнение, что в рекомендации 29 необоснованно подробно рассматриваются процедурные вопросы, имеющие ограниченное практическое значение, поскольку в исключительных обстоятельствах, упомянутых в рекомендации 28, организация-заказчик нередко может быть вынуждена проводить переговоры лишь с одной компанией. Для тех же редких возможных случаев, когда у организации-заказчика выбор более широкий, достаточно указать в комментариях меры по обеспечению конкуренции в рамках таких переговоров, как, например, упомянутые в подпунктах (b), (c) и (e), однако сохранять эти пункты в тексте рекомендации в их нынешнем виде нет необходимости. Гораздо важнее этих положений является требование раскрывать причины предоставления концессии без проведения конкурентных процедур – требование, которое должно быть четко изложено в рекомендации 29. Что же касается подпункта (d), который, как было отмечено, имеет значение для заключительных переговоров, публикуемых также рекомендациями 26 и 27, то было предложено выделить его в отдельную рекомендацию, поместив ее перед рекомендацией 36.

268. Эти предложения получили широкую поддержку, так как, согласно общему мнению, они способствуют повышению открытости при предоставлении концессии без проведения конкурентных процедур. Вместе с тем было указано, что при выдвижении требования раскрывать причины предоставления концессии без проведения конкурентных процедур следует учитывать и другие соображения публичного интереса, в частности необходимость обеспечения конфиденциальности при принятии решений по вопросам национальной обороны или безопасности.

269. После обсуждения Комиссия постановила изменить формулировку рекомендации 29 следующим образом:

"Законодательство может предусматривать требование о соблюдении при предоставлении концессии без проведения конкурентных процедур следующих процедур:

а) организации-заказчику следует публиковать уведомление о своем намерении предоставить концессию на осуществление предлагаемого проекта и проводить переговоры с настолько широким кругом компаний, которые считаются способными выполнить проект, насколько это позволяют обстоятельства;

б) оферты должны оцениваться и рассматриваться в порядке полученных ими оценок в соответствии с критериями оценки предложений, установленными организацией-заказчиком;

с) за исключением ситуаций, упомянутой в рекомендации 28(с), организация-заказчик должна обеспечивать публикацию публичного уведомления о предоставлении концессии, в котором раскрывались бы особые обстоятельства и причины предоставления концессии без проведения конкурентных процедур".

270. Комиссия отметила, что в результате принятия нового текста рекомендации 29 может возникнуть необходимость во внесении ряда обусловленных этим поправок в соответствующие комментарии в главе III (A/CN.9/471/Add.4) и, возможно, в другие рекомендации по законодательным вопросам и разделы проекта руководства для законодательных органов. Комиссия просила Секретариат обеспечить внесение необходимых изменений.

Незапрошенные предложения

Рекомендация 30

271. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В порядке исключения из применения процедур отбора, описанных в законодательных 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".

272. Комиссия приняла рекомендацию 30.

Рекомендация 31

273. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"После получения и предварительного изучения незапрошенного предложения организация-заказчик должна 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, организация-заказчик должна 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".

274. Комиссия приняла рекомендацию 31.

Рекомендация 32

275. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

276. Комиссия приняла рекомендацию 32.

Рекомендация 33

277. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Организация-заказчик должна начать процедуры конкурентного отбора в соответствии с рекомендациями 14–27 выше, 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".

278. Комиссия приняла рекомендацию 33.

Рекомендация 34

279. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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, организация заказчик должна попытаться получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением. Для этой цели организация-заказчик должна опубликовать описание основных элементов, касающихся продукции предлагаемого проекта, с приглашением другим заинтересованным сторонам представить альтернативные или сопоставимые предложения в течение определенного разумного срока".

280. Комиссия приняла рекомендацию 34.

Рекомендация 35

281. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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, организация-заказчик должна пригласить все представившие их стороны к переговорам в соответствии с положениями законодательной рекомендации 29(b)-(f)".

282. Комиссия приняла рекомендацию 35 (см., однако, пункты 269-270).

Процедуры обжалования

Рекомендация 36

283. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

284. Комиссия постановила, что рекомендация 36 должна располагаться в конце раздела, посвященного выбору концессионера, и что относящиеся к ней комментарии должны быть перенесены в конец главы III (A/CN.9/471/Add.4). Комиссия приняла рекомендацию 36 при условии внесения указанных изменений.

Уведомление о выдаче подряда на проект

Рекомендация 37

285. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Организация-заказчик должна обеспечить публикацию уведомления о выдаче подряда на проект. В уведомлении должен указываться концессионер и должно приводиться резюме основных условий проектного соглашения".

286. Комиссия приняла рекомендацию 37.

Отчет о процедурах отбора и принятии решения о выдаче подряда

Рекомендация 38

287. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Организация-заказчик должна вести надлежащую отчетность, в которую включается ключевая информация, касающаяся процедур отбора и принятия решения о выдаче подряда. В законодательстве должны устанавливаться требования об обеспечении публичного доступа к такой отчетности".

288. Комиссия приняла рекомендацию 38 при условии добавления в текст рекомендации на французском языке второго предложения, которое в нем отсутствует.

ГЛАВА IV. СООРУЖЕНИЕ И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИНФРАСТРУКТУРЫ

289. Комиссия просила Секретариат пересмотреть название этой главы, с тем чтобы более четко отразить обсуждаемые в ней вопросы, которые главным образом касаются содержания проектного соглашения и его связи с сооружением и эксплуатацией инфраструктуры. Впоследствии Секретариат предложил следующее название, которое было утверждено Комиссией: "Сооружение и эксплуатация: законодательные рамки и проектное соглашение".

Общие положения проектного соглашения

Рекомендация 39

290. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В законодательстве могут быть определены ключевые условия для включения в проектное соглашение, в число которых могут входить условия, упомянутые в рекомендациях 39-65 ниже".

291. С учетом изменения перекрестной ссылки на рекомендации по законодательным вопросам 40–67 Комиссия приняла рекомендацию 39.

Рекомендация 40

292. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Если не предусмотрено иное, проектное соглашение регулируется законодательством принимающей страны".

293. В ответ на вопрос относительно значения первой фразы рекомендации было отмечено, что вопрос о праве, регулирующем проектное соглашение, широко обсуждался на тридцать второй сессии Комиссии. В конечном итоге Комиссия приняла гибкую формулировку, которая должна учитывать то обстоятельство, что в одних правовых системах положения, допускающие применение права, помимо права принимающей страны, могут проистекать только из статутного права, в то время как в других правовых системах организация-заказчик может быть полномочна договариваться относительно применимого права. Комиссия приняла рекомендацию 40.

Организационное устройство концессионера

Рекомендация 41

294. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В распоряжение организации-заказчика должна быть предоставлена возможность потребовать, чтобы выбранные участники процедур учредили самостоятельное юридическое лицо с местонахождением в стране".

295. Комиссия приняла рекомендацию 41.

Рекомендация 42

296. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В проектом соглашении должны оговариваться минимальный капитал проектной компании и процедуры для получения согласия организации-заказчика с устными документами и иными принимаемыми на их основе нормативными актами проектной компании, а также внесением существенных изменений в эти документы".

297. Комиссия приняла рекомендацию 42.

Строительная площадка и сервитуты

Рекомендация 43

298. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В проектом 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 проектом соглашении следует далее указать те активы, которые концессионер должен передать организации-заказчику или новому концессионеру по истечении срока действия 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 срока действия или прекращении проектного соглашения".

299. Комиссия приняла рекомендацию 43 с учетом изменения названия на следующее: "Строительная площадка, активы и сервитуты".

Рекомендация 44

300. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Организация-заказчик должна оказывать концессионеру помощь в приобретении тех сервитутов, 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 и эксплуатации объекта".

301. Было высказано мнение, что упоминание в первом предложении рекомендации помощи, которую организация-заказчик оказывает в связи с приобретением сервитутов, является нечетким и, по всей видимости, противоречит второму предложению этой рекомендации. Было предложено расширить первое предложение рекомендации, с тем чтобы отразить мысль о том, что организация-заказчик должна оказывать помощь в получении земли и иного имущества, необходимого концессионеру для выполнения проекта. Это предложение получило в Комиссии активную поддержку. Было отмечено, что на практике значительные проблемы в осуществлении инфраструктурных проектов могут быть обусловлены задержкой в приобретении земли для строительной площадки. Эта проблема отражена в пунктах 20–22 главы IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры" (см. A/CN.9/471/Add.5), однако обсуждение этих замечаний не нашло своего отражения ни в одной рекомендации по законодательным вопросам. Было отмечено, что руководство для законодательных органов должно играть важную роль в плане напоминания организациям-заказчикам путем рекомендаций по законода-

тельным вопросам об ответственности за оказание концессионеру помощи, необходимой для получения надлежащей строительной площадки для проекта.

302. Противоположное мнение, которое также получило активную поддержку, заключалось в том, что вопросы, относящиеся к приобретению земли и праву собственности на нее, являются посторонними для рекомендации 44, посвященной только сервитутам, которые могут потребоваться концессионеру в связи с сооружением, эксплуатацией и содержанием объекта инфраструктуры. Отсутствие четкости в этом предложении обусловлено употреблением фразы "приобретение сервитутов", которая создает проблемы при толковании в некоторых правовых системах. Если Комиссия считает, что первое предложение рекомендации является нечетким, то лучше бы было исключить его, а не расширять, как это было предложено.

303. Комиссия рассмотрела целый ряд предложений с учетом высказанных замечаний. Было отмечено, что в пунктах 30–32 главы IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры" (см. A/CN.9/471/Add.5) определены два альтернативных способа получения концессионером необходимых ему сервитутов: либо путем заключения надлежащих договоренностей между концессионером и собственниками соответствующего имущества, либо с помощью законодательства, уполномочивающего концессионера вступать на территорию, находящуюся в собственности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения. В этой связи было предложено уточнить связь между двумя предложениями рекомендации, добавив в начале второго предложения следующие слова: "Другое решение могло бы заключаться в том, чтобы закон уполномочивал". В ответ на это было заявлено, что данное предложение действительно может быть полезным в плане уточнения того, каким образом рекомендация по законодательным вопросам отражает обсуждение связанных с сервитутами правовых проблем в комментариях. Однако, поскольку предложение касается только сервитутов, оно не даст надлежащего ответа на относящиеся к самой проектной площадке вопросы, которые были определены в комментариях к рекомендациям по законодательным вопросам.

304. После обсуждения высказанных в Комиссии разных мнений и предложений возобладало мнение о том, чтобы изменить формулировку первого предложения рекомендации по законодательным вопросам на следующую: "Организация-заказчик должна оказывать концессионеру помощь в приобретении таких относящихся к проектной площадке прав, которые необходимы для эксплуатации, сооружения и материально-технического обслуживания объекта". С учетом этого изменения и добавления во втором предложении слов "материально-технического обслуживания" Комиссия приняла рекоменда-

цию 44. Комиссия просила Секретариат произвести необходимые изменения в комментариях, с тем чтобы они соответствовали новому тексту рекомендации. По общему мнению, эта рекомендация не затрагивает режима собственности в принимающей стране.

Финансовые положения

Рекомендация 45

305. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В законодательстве следует предусмотреть полномочия концессионера на взимание тарифов или сборов с пользователей за использование объекта или предоставляемых им услуг. В проектном соглашении должны предусматриваться методы и формулы корректировки таких тарифов или сборов с пользователей".

306. Комиссия приняла рекомендацию 45.

Рекомендация 46

307. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В тех случаях, когда тарифы или сборы, взимаемые концессионером, подлежат внешнему контролю со стороны какого-либо регулирующего учреждения, в законодательстве должны устанавливаться механизмы для периодических и внеочередных пересмотров формул корректировки тарифов".

308. Комиссия приняла рекомендацию 46.

Рекомендация 47

309. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

310. Комиссия приняла рекомендацию 47.

Обеспечительные интересы

Рекомендация 48

311. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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, находящейся во владении концессионера".

312. С учетом исключения слов "находящейся во владении концессионера" Комиссия приняла рекомендацию 48.

Уступка концессии

Рекомендация 49

313. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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. Уступка концессии третьим сторонам без согласия организации-заказчика допускаться не должна".

314. Было высказано мнение, что второе предложение рекомендации является чересчур ограничительным и может сдерживать возможности организации-заказчика непосредственно заключать соглашение с кредиторами относительно замены концессионера другим субъектом, выбранным по согласованию с кредиторами в случае неисполнения обязательств концессионером. В ответ на это было указано, что инфраструктурные концессии, как они в общем понимаются Комиссией, предоставляются с учетом технических и финансовых возможностей концессионера и как таковые не являются свободно передаваемыми, что и закреплено во втором предложении. Предоставляемая кредиторам возможность назначить субъекта взамен концессионера по согласованию с организацией-заказчиком (что охватывается первым предложением рекомендации) представляет собой исключение, принятое Комиссией к общему правилу, закрепленному во втором предложении.

315. С учетом изменения порядка следования двух предложений в целях уточнения того, как они соотносятся друг с другом, Комиссия приняла рекомендацию 49.

Передача контрольного пакета акций проектной компании

Рекомендация 50

316. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Может быть установлено требование согласия организации-заказчика на передачу контрольного пакета акций компании концессионера".

317. Было высказано мнение, что эта рекомендация является чересчур ограничительной, поскольку могут возникнуть обстоятельства, когда ограничение на передачу контрольного пакета акций в компании концессионера может оказаться неразумным. В ответ на это было замечено, что в основе рекомендации 50 лежит та же идея, что и в основе рекомендации 49. Тем не менее было решено добавить в конце этой рекомендации слова "если не предусмотрено иное", с тем чтобы уточнить, что у этого правила могут быть исключения.

318. С учетом этого изменения и исключения слов "the capital of", которые были сочтены ненужными, Комиссия приняла рекомендацию 50.

Строительные работы

Рекомендация 51

319. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

320. Комиссия приняла рекомендацию 51.

Эксплуатация инфраструктуры

Рекомендация 52

321. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В проектном соглашении, если это уместно, должна устанавливаться степень ответственности концессионера за обеспечение следующего:

а) приспособление услуги для удовлетворения фактического спроса на нее;

- b) непрерывность предоставления услуги;
- c) предоставление услуги всем пользователям на практически одних и тех же условиях;
- d) недискриминационный доступ, если это уместно, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером".

322. Было предложено заменить в подпункте (a) слова "фактического спроса" словами "меняющегося спроса", с тем чтобы более четко отразить идею, что концессионер обязан обеспечивать модификацию услуги с учетом как количественных, так и качественных изменений спроса. Было также предложено указать в подпункте (c) на обязанность концессионера "обеспечивать равный доступ" пользователей к услуге. Наконец, было предложено указать в подпункте (d) на необходимость обеспечения взаимосвязи между сетями инфраструктуры на объективных, открытых и недискриминационных условиях.

323. Отметив, что вопросы, рассматриваемые в рекомендации, активно обсуждались на предыдущих сессиях, Комиссия приняла рекомендацию 52 без предложенных поправок⁵.

Рекомендация 53

324. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В проектном соглашении должно быть указано следующее:

- a) степень ответственности концессионера за представление организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчетов и другой информации о своих операциях;
- b) процедуры для контроля за деятельностью концессионера и принятия таких мер, которые, по мнению организации-заказчика или регулирующего учреждения, будут являться уместными для обеспечения надлежащей эксплуатации объекта инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с применимыми юридическими и договорными требованиями".

325. Комиссия приняла рекомендацию 53.

Рекомендация 54

326. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Концессионер должен обладать правом вводить, по согласованию с организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение".

327. Комиссия приняла рекомендацию 54.

Общие договорные механизмы

Рекомендация 55

328. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Организация заказчик может зарезервировать за собой право пересматривать 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".

329. Комиссия приняла рекомендацию 55.

Рекомендация 56

330. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Концессионер и его кредиторы, страховщики и другие договорные партнеры должны иметь возможность свободно выбрать применимое право для регулирования своих договорных отношений, за исключением случаев, когда такой выбор будет нарушать публичный порядок принимающей страны".

331. Комиссия приняла рекомендацию 56.

Рекомендация 57

332. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В проектном соглашении должно устанавливаться следующее:

- a) форма, продолжительность и объем гарантий исполнения, предоставление которых может быть потребовано от концессионера в связи с сооружением и эксплуатацией объектов;

⁵ Там же, *пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17)*, пункты 96-114, и там же, *пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17)*, пункты 185-187.

b) страховые полисы, приобретение которых может быть потребовано от концессионера;

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;

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;

e) средства правовой защиты, имеющейся в распоряжении организации-заказчика и концессионера в случае неисполнения обязательств другой стороной".

333. Комиссия приняла рекомендацию 57.

Рекомендация 58

334. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

335. Комиссия приняла рекомендацию 58.

Рекомендация 59

336. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

337. Комиссия приняла рекомендацию 59.

ГЛАВА V. СРОК ДЕЙСТВИЯ, ПРОДЛЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ПРОЕКТНОГО СОГЛАШЕНИЯ

Срок действия и продление проектного соглашения

Рекомендация 60

338. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В проектном соглашении должна быть оговорена продолжительность концессии".

339. Комиссия приняла рекомендацию 60.

Рекомендация 61

340. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Срок действия концессии не должен продлеваться, кроме как в оговоренных в законе обстоятельствах, таких, как:

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

b) приостановление проекта в результате действия 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".

341. Было предложено заменить в подпункте (a) понятие "событий вне разумного контроля любой из сторон" выражением "форс-мажорных обстоятельств" (и использовать аналогичное выражение в текстах на других языках). Это предложение было сделано потому, что предлагаемый термин широко известен и понятен в контексте различных национальных законов. Однако Комиссия предпочла сохранить нынешний текст, поскольку в нем употребляется выражение, передающее желаемое значение и вместе с тем дающее меньше оснований для возможных различных толкований и смыслов в национальных правовых системах, чем термин "форс-мажор". Было отмечено, что текущая формулировка была заимствована из статьи 79 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже товаров, которая использовалась в качестве образца и в других международных документах, таких, как Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов (глава XXI "Оговорки об освобождении от ответственности", пункт 6). С тем

чтобы не отступать от этих образцов, Комиссия не приняла также предложение исключить в подпункте (а) слово "разумного".

342. Комиссия приняла рекомендацию 61.

Прекращение проектного соглашения

Рекомендация 62

343. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Организация-заказчик должна иметь право прекратить проектное соглашение:

а) 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;

б) в силу публичных интересов при условии выплаты компенсации концессионеру".

344. Было предложено заменить в подпункте (а) слова "он не может более разумно ожидать, что концессионер будет способен" словами "концессионер не способен". Это предложение не было принято, поскольку предлагаемая формулировка предполагала бы, что прекращение возможно только после того, как будет доказано, что концессионер не способен выполнить свои обязательства. А между тем лежащий в основе этого подпункта принцип заключается в том, чтобы разрешать прекращение уже тогда, когда имеется разумная уверенность в том, что концессионер не сможет выполнить свои обязательства. Важно сохранить нынешнюю формулировку, с тем чтобы организация-заказчик имела возможность прекращать концессию достаточно заблаговременно, с тем чтобы можно было вести поиск альтернативных путей предоставления публичных услуг.

345. Комиссия приняла рекомендацию 62.

Рекомендация 63

346. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Концессионер должен иметь право прекратить проектное соглашение в случае оговоренных в законе исключительных обстоятельств, таких, как:

а) серьезное нарушение со стороны организации-заказчика или другого публичного органа в связи с исполнением ими своих обязательств по проектному соглашению;

б) появление существенного затруднения для исполнения концессионером его обязательств в результате распоряжения орга-

низации-заказчика о внесении изменений или других ее действий или вследствие непредвиденных изменений в условиях или действий других публичных органов и неспособность сторон договориться о соответствующем пересмотре проектного соглашения".

347. Было предложено изменить формулировку этой рекомендации, с тем чтобы отразить мысль о том, что по крайней мере в некоторых правовых системах право концессионера прекратить проектное соглашение покоится на иных основаниях, нежели право организации-заказчика прекратить концессию, которые носят более ограниченный характер. Комиссия не приняла это предложение, поскольку сочла, что объем права концессионера прекратить проектное соглашение (по сравнению с аналогичным правом организации-заказчика) надлежащим образом пояснен в комментариях к рекомендациям по законодательным вопросам (A/CN.9/471/Add.6, пункт 28).

348. Комиссия приняла рекомендацию 63.

Рекомендация 64

349. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Каждая сторона должна иметь право прекратить проектное соглашение в случае, когда исполнение ею своих обязательств становится невозможным в силу возникновения обстоятельств вне разумного контроля любой из сторон. Стороны должны также иметь право прекратить проектное соглашение по обоюдному согласию".

350. Комиссия приняла рекомендацию 64.

Последствия истечения или прекращения проектного соглашения

Рекомендация 65

351. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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".

352. Комиссия приняла рекомендацию 65.

Рекомендация 66

353. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"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 упущенную выгоду".

354. Комиссия приняла рекомендацию 66.

Рекомендация 67

355. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"В проектном соглашении следует установить, где это уместно, права и обязательства сторон в отношении следующего:

а) передачи технологии, необходимой для эксплуатации объекта;

б) подготовки персонала организации-заказчика или концессионера-преемника для эксплуатации и технического обслуживания объекта;

в) 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".

356. Комиссия приняла рекомендацию 67.

ГЛАВА VI. УРЕГУЛИРОВАНИЕ СПОРОВ

Споры между организацией-заказчиком и концессионером

Рекомендация 68

357. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Организация-заказчик должна иметь право свободно договариваться о таких механизмах урегулирования споров, которые, по мнению сторон, отвечают потребностям проекта, в том числе об арбитраже".

358. Было предложено исключить слова "в том числе об арбитраже", поскольку арбитраж является одним из способов урегулирования споров и в рекомендации его не следует особо выделять по отношению к другим способам. Это предложение и аргументы в его пользу получили значительную поддержку. Однако активно было поддержано также и предложение сохранить эти слова в рекомендации, поскольку арбитраж, который имеет принципиально важное значение для урегулирования международных споров, является единст-

венным обязательным внесудебным способом, на включении которого обычно настаивают инвесторы международных проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Эта рекомендация была также сочтена необходимой ввиду того обстоятельства, что целый ряд стран вносит изменения в свои законодательства, с тем чтобы допустить использование арбитража в отношении проектов инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Еще одно предложение заключалось в уточнении того, что право свободно договариваться относительно арбитража включает право свободно договариваться об арбитраже вне принимающей страны.

359. После взвешивания различных аргументов Комиссия, пытаясь представить сбалансированный текст, отражающий различные точки зрения, с учетом также пояснений, приведенных в комментариях (A/CN.9/471/Add.7, пункты 30–38), постановила исключить слова "в том числе об арбитраже". Тем не менее, с тем чтобы отразить важность арбитража применительно к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, она решила изменить формулировку третьего предложения пункта 30 комментариев следующим образом: "Частные инвесторы и кредиторы отдают предпочтение арбитражу, а во многих случаях настаивают на нем причем зачастую вне принимающей страны". Комиссия также заменила в рекомендации выражение "который, по мнению сторон, отвечает" выражением: "который, по мнению сторон, оптимальным образом отвечает".

360. Комиссия решила также добавить в пункт 27 комментариев (A/CN.9/471/Add.7) после слов "в добровольном порядке соглашались с этими рекомендациями и отказывались от тяжб" слова "в суде или арбитраже" и после слов "Помимо стремления избежать потенциальных затрат времени на проведение длительных судебных тяжб" слова "в суде или арбитраже".

361. С учетом этих изменений Комиссия приняла рекомендацию 68.

Рекомендация 68 бис

362. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"[В законодательстве следует указать, может ли – и в какой степени – организация-заказчик ссылаться на иммунитет государств как в качестве препятствия для возбуждения арбитражного или судебного разбирательства, так и в качестве возражения против приведения в исполнение арбитражного или судебного решения.]"

363. Большинство высказалось за исключение этой рекомендации. Было отмечено, что данная рекомендация затрагивает спорные вопросы, которые еще не урегулированы в международном праве; что эта

рекомендация не касается и не может касаться вопроса о том, является ли иммунитет государств проблемой, требующей общего отражения в законодательстве, или же ее решение следует оставить на усмотрение исполнительной власти; и что иммунитет государств в настоящее время должен рассматриваться Шестым комитетом Генеральной Ассамблеи и результат этого рассмотрения пока неизвестен. В отношении этого предложения были высказаны также возражения на том основании, что данная рекомендация и сопровождающий ее комментарий не требуют применения единообразного или согласованного законодательного подхода к этому вопросу и не предлагают какого-либо конкретного решения. Рекомендация лишь призывает государства уточнить то, может ли организация-заказчик – и в каком объеме – ссылаться на иммунитет государств. Тем не менее большинство выступило за то, чтобы исключить рекомендацию 68 бис.

364. Затем Комиссия обратилась к комментарию, сопровождающему эту рекомендацию, и приняла предложение заменить в пункте 36 слова "не могут ссылаться на суверенный иммунитет" словами "могут или не могут ссылаться на иммунитет государств" и поставить измененный пункт 36 перед пунктом 33. Комиссия не приняла предложения исключить последнее предложение пункта 33.

Споры между концессионером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками

Рекомендация 69

365. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации:

"Концессионер должен 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".

366. Комиссия приняла рекомендацию 69 с учетом добавления после слова "концессионер" слов "и учредители проекта".

Споры между концессионером и его клиентами

Рекомендация 70

367. Был рассмотрен следующий текст проекта рекомендации.

"От концессионера может быть потребовано предусмотреть упрощенные и эффективные механизмы для рассмотрения претензий, представленных его клиентами или пользователями объекта инфраструктуры".

368. Комиссия приняла рекомендацию 70. Что касается сопровождающего ее комментария (A/CN.9/

471/Add.7, пункт 43; в частности, второе и третье предложения), то было отмечено, что, хотя кредиторы часто предпочитают использовать арбитраж для урегулирования споров в связи с проектным соглашением, а также все чаще споров между различными кредиторами, однако предпочтительным способом урегулирования споров в связи с кредитными соглашениями между кредиторами и концессионером все же является судебное разбирательство. Комиссия просила Секретариат изменить формулировку этого пункта, с тем чтобы отразить данное обстоятельство.

С. Завершение работы над руководством для законодательных органов

369. Комиссия заслушала выступления активных сторонников предложений реорганизовать главы руководства для законодательных органов, в частности предложения объединить главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам" (A/CN.9/471/Add.8) с главой I "Общие законодательные и институциональные рамки" (A/CN.9/471/Add.2). Тем не менее Комиссия постановила сохранить нынешнюю структуру руководства.

370. Комиссия постановила, что все рекомендации по законодательным вопросам должны быть сведены воедино и помещены перед комментариями, а не в начале глав, к которым относится каждый блок рекомендаций.

371. Комиссия просила Секретариат вновь рассмотреть и отредактировать, при необходимости, текст комментариев к рекомендациям по законодательным вопросам, с тем чтобы обеспечить его соответствие рекомендациям, принятым Комиссией, а также добиться терминологической точности и последовательности в переводах на различные языки. Комиссия предложила своим членам и наблюдателям, участвующим в работе нынешней сессии, представлять свои замечания или предложения по лингвистическим вопросам непосредственно Секретариату.

Д. Принятие Руководства для законодательных органов

372. На своем 703-м заседании 29 июня 2000 года Комиссия приняла Руководство для законодательных органов, включающее рекомендации по законодательным вопросам (A/CN.9/471/Add.9), с поправками, внесенными Комиссией на ее нынешней сессии (см. пункты 195-368 выше), и комментарии к рекомендациям по законодательным вопросам (A/CN.9/471/Add.1-8), которые Секретариат уполномочен доработать в свете обсуждения в Комиссии. Комиссия приняла решение опубликовать руководство под названием "Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов

по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников" и просила Секретариат распространить текст Руководства среди правительств и других заинтересованных органов. Комиссия также рекомендовала всем государствам положительно учитывать текст Руководства для законодательных органов при пересмотре или принятии законов, касающихся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Она далее просила Секретариат обеспечить возможно более широкое распространение Руководства.

373. После принятия Руководства для законодательных органов Комиссия заслушала заявление представителя Европейской экономической комиссии (ЕЭК), поздравившего Комиссию с завершением работы над Руководством, которое, как ожидается, должно оказаться полезным инструментом для национальных законодателей и руководителей, ответственных за разработку политики. Хотя в начале 90-х годов во внутренней политике в области инфраструктуры предпочтение отдавалось разовым решениям договорного характера, сейчас ширится понимание важности адекватных законодательных и нормативных рамок, регулирующих проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. ЕЭК накопила значительный опыт в различных областях, связанных с этими проектами, и в частности в экономических, финансовых и договорных аспектах, и в настоящее время готовит руководящие принципы для оказания помощи национальным государственным органам в проведении переговоров по проектным соглашениям. ЕЭК готова оказывать секретариату Комиссии помощь в распространении Руководства для законодательных органов и сотрудничать в других областях, представляющих взаимный интерес.

374. Комиссия с признательностью приняла к сведению заявление представителя Европейской экономической комиссии и выразила ЕЭК благодарность за проявленный интерес к сотрудничеству с секретариатом ЮНСИТРАЛ.

Е. Возможная будущая работа в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников

375. Было высказано мнение, что Руководство для законодательных органов в его нынешнем виде может оказаться полезным справочным документом для национальных законодателей при разработке правовых рамок, благоприятствующих частным инвестициям в государственную инфраструктуру. Вместе с тем было бы желательно, чтобы Комиссия разработала более конкретное руководство в форме типовых законодательных положений или даже в форме типового закона, регулирующего конкретные вопросы. Такое предложение впервые было внесено

на рассмотрение еще на ранних стадиях подготовки Руководства для законодательных органов и впоследствии выдвигалось еще несколько раз. Предпочтение, отдаваемое Комиссией подготовке Руководства для законодательных органов, объясняется в основном отсутствием консенсуса в вопросе о том, какие из разнообразных проблем, рассматриваемых в Руководстве, можно было бы урегулировать в рамках типовых законодательных положений. Однако в ходе этой работы у членов Комиссии сложилось более четкое понимание связанных с этим вопросов и имеющихся в их распоряжении вариантов. Рекомендации по законодательным вопросам, принятые Комиссией на нынешней сессии, отражают это достигнутое общее понимание и представляют собой превосходную основу для будущей работы, направленной на подготовку более конкретного руководства, в котором остро нуждаются многие страны, в частности страны с переходной экономикой и развивающиеся страны.

376. Вышеупомянутые предложения получили значительную поддержку. Было указано, что конкретное правовое руководство в форме типового закона или типовых законодательных положений оказалось бы особенно полезным для законодателей и руководителей, отвечающих за разработку политики, в странах, не располагающих квалифицированными кадрами или людскими ресурсами, необходимыми для углубленного анализа различных вопросов, обсуждаемых в Руководстве для законодательных органов. Указывалось также, что в своем нынешнем виде Руководство является достаточно объемным документом и что некоторые из рекомендаций по законодательным вопросам нелегко переложить на язык закона. Что же касается сроков, в которые надлежит начать эту будущую работу, то мнения в Комиссии разделились: одни считали, что Комиссии следует принять решение на нынешней сессии, а другие — что ей следует положить завершение других текущих проектов.

377. Были высказаны решительные возражения против вышеупомянутых предложений. Принципиальное возражение против этих предложений заключалось в потенциальной сложности и нежелательности разработки типовых законодательных положений о проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, с учетом самых разных национальных правовых традиций и административных методов. Кроме того, с этими проектами, как правило, связаны крайне сложные правовые вопросы, некоторые из которых затрагивают аспекты публичной политики. При подготовке рекомендаций по законодательным вопросам Комиссия старалась учесть это разнообразие. Эти рекомендации получили самый широкий консенсус, какого только можно было достичь по рассматриваемым в них вопросам. Комиссии было напомнено об ее общей загруженности и об ограниченности ресурсов, имеющихся в распоряжении ее секретариата, и было настоятельно предложено не присту-

пять к потенциально трудоемкой работе сомнительной полезности.

378. Другие ораторы, хотя и не ставили под сомнение в принципе желательность или целесообразность подготовки типового закона или типовых законодательных положений, возражали против этих предложений на том основании, что необходимо дать возможность сначала на практике проверить полезность Руководства для законодательных органов, прежде чем приступать к будущей работе в этой же области. Высказывалась обеспокоенность, что немедленное принятие решения о подготовке типового закона или типовых законодательных положений может быть истолковано как свидетельство неусдовстворенности Комиссией только что предложенной работой. Комиссии следует в течение достаточно долгого времени понаблюдать за тем, как Руководство для законодательных органов используется национальными законодателями и руководителями, ответственными за разработку политики, которым адресовано это руководство, с тем чтобы получить возможность принять более взвешенное решение относительно желательности подготовки нового инструмента.

379. После обсуждения различных высказанных мнений было решено, что вопрос желательности и целесообразности 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 2001 году. Было признано целесообразным, чтобы Секретариат в сотрудничестве с другими заинтересованными международными организациями и международными финансовыми учреждениями организовал colloquium для распространения информации о Руководстве для законодательных органов, что способствовало бы принятию Комиссией взвешенного решения по этому вопросу. Следует предложить участникам colloquium, в состав которых должны входить, насколько это возможно, эксперты, представляющие различные правовые традиции и экономические системы, представленные в Комиссии, разработать рекомендации относительно желательности и особенно целесообразности подготовки типового закона или типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, для рассмотрения Комиссией на ее тридцать четвертой сессии. Если же будет признано, что проведение colloquium нецелесообразно, то Секретариату предлагается запросить мнения по этому вопросу внешних экспертов, представляющих возможно более широкий круг правовых традиций и экономических систем, представленных в Комиссии, и подготовить доклад с изложением выводов, сделанных по итогам его консультаций с экспертами, для рассмотрения Комиссией на ее тридцать четвертой сессии.

V. ЭЛЕКТРОННАЯ ТОРГОВЛЯ

A. Проект единообразных правил по вопросам подписей в электронной форме

380. Было отмечено, что на своей тридцатой сессии в 1997 году Комиссия одобрила выводы, сделанные Рабочей группой по электронной торговле на ее тридцать первой сессии в отношении желательности и практической возможности подготовки единообразных правил по вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов и, возможно, по смежным вопросам (см. A/CN.9/437, пункты 156 и 157). Комиссия поручила Рабочей группе подготовить единообразные правила по юридическим вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов⁶. На своей тридцать второй сессии (январь 1998 года) Рабочая группа приступила к подготовке единообразных правил по вопросам подписей в электронной форме на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/ WP.73). На своей тридцать первой сессии в 1998 году Комиссии был представлен доклад Рабочей группы (A/CN.9/446). Комиссия отметила, что Рабочая группа в ходе своих тридцать первой и тридцать второй сессий испытывала серьезные трудности в достижении общего понимания новых юридических вопросов, возникающих в результате все более широкого применения подписей в цифровой и другой электронной форме. Однако общее мнение заключалось в том, что достигнутый до настоящего времени прогресс свидетельствует о том, что проект единообразных правил по вопросам подписей в электронной форме постепенно приобретает все более реальные очертания. Комиссия подтвердила принятие на ее тридцать первой сессии решение в отношении возможности подготовки таких единообразных правил и с удовлетворением отметила, что Рабочая группа получила всеобщее признание в качестве особо важного международного форума для обмена мнениями в отношении юридических вопросов электронной торговли и для подготовки решений по этим темам⁷.

381. На своей тридцать третьей (июль 1998 года) и тридцать четвертой (февраль 1999 года) сессиях Рабочая группа продолжила работу на основе записок, подготовленных Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/ WP.76, 79 и 80). На тридцать второй сессии в 1999 году Комиссии были представлены доклады Рабочей группы о работе этих двух сессий (A/CN.9/454 и A/CN.9/457, соответственно). Хотя Комиссия в целом согласилась с тем, что на этих сессиях был достигнут значительный прогресс в понимании правовых вопросов электронных под-

⁶ Там же, *пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17* (A/52/17), пункты 249-251.

⁷ Там же, *пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17* (A/53/17), пункты 207-211.

писей, было также отмечено, что Рабочая группа сталкивалась с трудностями в достижении общего согласия в отношении законодательного принципа, на котором должны основываться единообразные правила. После обсуждения Комиссия вновь подтвердила свое прежнее решение относительно возможности разработки таких единообразных правил и выразила уверенность в том, что на предстоящих сессиях Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса. Хотя Комиссия и не установила никаких конкретных сроков для завершения Рабочей группой своего мандата, она вместе с тем настоятельно призвала Рабочую группу оперативно работать над завершением проекта единообразных правил. Комиссия обратилась ко всем делегациям с призывом подтвердить свою готовность активно участвовать в достижении консенсуса относительно сферы применения и содержания проекта единообразных правил⁸.

382. Рабочая группа продолжила эту работу на своей тридцать пятой (сентябрь 1999 года) и тридцать шестой (февраль 2000 года) сессиях на основе записок, подготовленных Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WR.82 и 84). На текущей сессии Комиссии были представлены доклады Рабочей группы о работе этих двух сессий (A/CN.9/465 и 467, соответственно). Было отмечено, что Рабочая группа на своей тридцать шестой сессии приняла текст статей 1 и 3 12 единообразных правил. В то же время некоторые вопросы по-прежнему нуждаются в разъяснении, поскольку Рабочая группа приняла решение исключить из проекта единообразных правил понятие электронной подписи с высокой степенью защиты. Было сделано замечание о том, что в зависимости от решений, которые Рабочая группа примет в отношении статей 2 и 13, остальные проекты статей, возможно, придется еще раз рассмотреть во избежание создания ситуаций, когда установленный в единообразных правилах стандарт будет одинаково применяться и к электронным подписям, обеспечивающим высокий уровень надежности, и к незначительным сертификатам, которые могли бы использоваться в контексте электронных сообщений, которые не должны порождать существенных правовых последствий.

383. После обсуждения Комиссия выразила признательность Рабочей группе за ее усилия и прогресс, достигнутый в разработке проекта единообразных правил по вопросам электронных подписей. Рабочей группе было настоятельно предложено завершить работу над проектами единообразных правил на ее тридцать седьмой сессии и провести обзор проекта руководства по принятию, который подготовит Секретариат.

В. Будущая работа в области электронной торговли

384. Комиссия провела предварительный обмен мнениями относительно будущей работы в области электронной торговли. В качестве возможных областей, в которых работа Комиссии была бы желательна и реально осуществима, были названы три темы. Первая тема касалась электронных договоров, рассматриваемых через призму Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже товаров, которая, по общему мнению, представляет собой весьма приемлемые рамки для электронных договоров купли-продажи товаров. Было отмечено, что, например, могут потребоваться дополнительные исследования для определения того, в каком объеме единообразные нормы могут быть заимствованы из Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже для регулирования сделок, содержанием которых являются услуги, или "виртуальные товары", т.е. предметы (например, компьютерные программы), которые могут быть приобретены и доставлены электронным способом. Большинство выразило мнение, что, проводя такие исследования, необходимо в полной мере учитывать работу других международных организаций, таких, как Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) и Всемирная торговая организация.

385. Вторая тема касалась урегулирования споров. Было отмечено, что Рабочая группа по арбитражу уже приступила к обсуждению того, каким образом необходимо изменить или истолковать существующие правовые документы законодательного характера, с тем чтобы санкционировать использование электронной документации и, в частности, устранить существующие требования в отношении письменной формы арбитражных соглашений. Было выражено общее мнение, что можно было бы продолжить работу для определения того, есть ли необходимость в конкретных нормах для содействия расширению использования механизмов урегулирования споров электронным способом. В этом контексте было предложено уделить особое внимание тому, каким образом обеспечить доступность методов урегулирования споров, таких, как арбитраж и примирение, как для коммерсантов, так и для потребителей. Было широко поддержано мнение о том, что расширение использования электронной торговли ведет к размыванию разграничения между потребителями и коммерсантами. Однако, как было отмечено, в ряде стран использование арбитража для урегулирования потребительских споров ограничивается основаниями, связанными с соображениями публичного порядка, и международным организациям было бы непросто осуществить согласование норм в этой области. Было также выражено мнение, что необходимо учитывать работу, осуществляемую в этой области другими организациями, такими, как Международная торговая палата (МТП), Гаагская конференция международного частного

⁸ Там же, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункты 308-314.

права и ВОИС, которые активно участвуют в урегулировании споров в отношении названий доменов в Интернете.

386. Третья тема касалась дематериализации титульных документов, особенно в области транспорта. Как было отмечено, можно было бы предпринять усилия для оценки целесообразности и возможности установления единообразных законодательных рамок в поддержку расширения договорных схем, которые в настоящее время формируются, с тем чтобы заменить традиционные коносаменты электронными сообщениями. Большинство выразило мнение, что такая работа не должна ограничиваться морскими коносаменентами, а должна охватывать и другие виды перевозок. Кроме того, помимо сферы транспортного права такое исследование могло бы также касаться вопросов бестелесных ценных бумаг. Было отмечено, что по этим темам необходимо отслеживать работу других международных организаций.

387. После обсуждения Комиссия одобрила предложение провести исследования по этим трем темам. Хотя решение в отношении объема будущей работы не может быть принято до последующего обсуждения в Рабочей группе по электронной торговле, Комиссия в целом согласилась с тем, что по завершении ее нынешней задачи, а именно подготовки проекта единообразных правил по вопросам электронных подписей, Рабочая группа должна будет в контексте ее общей консультативной функции по вопросам электронной торговли рассмотреть на своем первом совещании в 2001 году некоторые или все из вышеперечисленных тем, а также любые дополнительные темы, с тем чтобы разработать более конкретное предложение для будущей работы Комиссии. Было решено, что будущая работа Рабочей группы могла бы включать параллельное рассмотрение нескольких тем и предварительное обсуждение содержания возможных единообразных норм по некоторым аспектам вышеперечисленных тем.

388. Особое внимание Комиссия уделила необходимости обеспечить координацию работы между различными соответствующими международными организациями. Развитие электронной торговли идет быстрыми темпами, и в настоящее время планируется или осуществляется значительное число проектов, которые могут оказать влияние на эту сферу. Секретариату было предложено вести надлежащее наблюдение и сообщать Комиссии о том, каким образом выполняется координационная функция для недопущения дублирования в работе и обеспечения согласования в разработке различных проектов. Сфера электронной торговли считается одной из тех областей, в которых мандат в отношении координации деятельности, предоставленный ЮНСИТРАЛ Генеральной Ассамблеей, можно было бы реализовать с особой пользой для мирового сообщества, и эта сфера заслуживает соот-

ветствующего внимания Рабочей группы и Секретариата.

VI. УРЕГУЛИРОВАНИЕ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ

389. В ходе своей тридцать первой сессии Комиссия провела 10 июня 1998 года специальное торжественное заседание, посвященное Дню Нью-Йоркской конвенции, в ознаменование сороковой годовщины Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года). Помимо представителей государств – членов Комиссии и наблюдателей в этом мероприятии принимали участие около 300 приглашенных. Со вступительным заявлением выступил Генеральный секретарь. Помимо выступлений участников дипломатической конференции, на которой была принята Конвенция, на заседании были заслушаны доклады ведущих экспертов в области арбитража по таким вопросам, как пропаганда Конвенции, ее вступление в силу и применение. Некоторые доклады касались проблем, выходящих за рамки самой Конвенции, в частности взаимосвязи между Конвенцией и другими международно-правовыми текстами по международному коммерческому арбитражу, а также проблем, встречающихся на практике, но не нашедших отражения в действующих законодательных или незаконодательных текстах по арбитражу⁹.

390. В докладах, представленных на этом торжественном совещании, были выдвинуты различные предложения в целях информирования Комиссии о некоторых проблемах, с которыми пришлось столкнуться на практике, с тем чтобы она могла рассмотреть вопрос о желательности и целесообразности проведения Комиссией по ним какой-либо работы. На своей тридцать первой сессии в 1998 году Комиссия с учетом обсуждений в ходе заседания, посвященного Дню Нью-Йоркской конвенции, сочла целесообразным обсудить вопрос о возможной будущей работе в области арбитража на своей тридцать второй сессии в 1999 году и обратилась к Секретариату с просьбой подготовить записку, которую можно было бы использовать в качестве основы для проведения обсуждений в Комиссии¹⁰.

391. На тридцать второй сессии в 1999 году Комиссии была представлена запрошенная ею записка, озаглавленная "Возможная будущая работа в области международного коммерческого арбитража"

⁹ *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects* (United Nations publication, Sales No. E.99.V.2).

¹⁰ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункт 235.*

(документ A/CN.9/460)¹¹. Приветствуя возможность обсудить желательность и целесообразность дальнейшего развития права в области международного коммерческого арбитража, Комиссия пришла в целом к выводу о том, 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 практики¹².

392. При обсуждении этой темы Комиссия не конкретизировала окончательной формы, в которой может проводиться ее будущая работа. Была достигнута договоренность о том, что решения по этому вопросу должны быть приняты позднее, после того как проявятся существенные аспекты предлагаемых решений. Так, например, единообразные положения могут быть разработаны в форме законодательного текста (например, типовых законодательных положений или договора) или же в форме незаконодательного текста (например, типовых договорных положений или практического руководства). Было подчеркнуто, что, даже если будет рассматриваться вариант международного договора, такой договор не будет направлен на изменение Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год)¹³.

393. Комиссия поручила эту работу одной из своих трех рабочих групп, которую она назвала Рабочая группа по арбитражу, и постановила, что приоритетными пунктами для Рабочей группы являются следующие: согласительная процедура¹⁴, требование в отношении письменной формы арбитражного соглашения¹⁵, возможность приведения в испол-

нение обеспечительных мер¹⁶ и возможность приведения в исполнение арбитражного решения, отмененного в государстве, где оно вынесено¹⁷.

394. На нынешней сессии Комиссии был представлен доклад Рабочей группы по арбитражу, которая провела 20–31 марта 2000 года в Вене свою тридцать вторую сессию (A/CN.9/468).

395. Комиссия с удовлетворением приняла к сведению этот доклад и выразила признательность за проделанную работу. Были высказаны различные замечания относительно того, что работа по пунктам повестки дня Рабочей группы проводилась своевременно и была необходима для того, чтобы содействовать обеспечению правовой определенности и предсказуемости при использовании арбитража и согласительной процедуры в международной торговле. Рабочая группа помимо тем, переданных ей в приоритетном порядке, выделила ряд других тем с различными уровнями приоритетности, которые были предложены в качестве возможных тем для будущей работы (A/CN.9/468, пункты 107–109). Комиссия подтвердила мандат Рабочей группы в отношении принятия решения о времени и способе рассмотрения этих тем.

396. 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 вопросам, когда в результате решений суда правовые аспекты ситуации остаются неясными или неудовлетворительными. К числу тем, упоминавшихся в Комиссии как потенциально заслуживающих рассмотрения, помимо тех, 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 1958 года (A/CN.9/468, пункт 109(k)); выдвижение требований в ходе арбитражного разбирательства в целях зачета и юрисдикция третейского суда в отношении таких требований (пункт 107(g)); свобода сторон принимать решение о том, что в ходе арбитражного разбирательства их будут представлять лица по их выбору (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 (пункт 109(i)); и полномочия третейского суда по присуждению процентов (пункт 107(j)). С одобрением было отмечено, что в вопросе об арбитражных разбирательствах в режиме "он-лайн" (т.е. таких арбитражных разбирательствах, когда значительная часть арбитражных процедур или даже все такие процедуры осуществляются с использованием электронных средств

¹¹ Записка была подготовлена на основе идей, предложений и соображений, высказанных на различных форумах, например в ходе празднования Дня Нью-Йоркской конвенции (*Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention*, *цит. выше*) на Конгрессе Международного совета по торговому арбитражу, Париж, 3–6 мая 1998 года (*Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, *International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 9*, Kluwer Law International, 1999); и в рамках других международных конференций и форумов, например в ходе Фрейсфидской лекции в 1998 году (Gerold Perlmann, "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?" *Arbitration International*, vol. 15 (1999), No. 3, p. 211).

¹² Там же, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункт 337.

¹³ Там же, пункты 337–376 и 380.

¹⁴ Там же, пункты 340–343.

¹⁵ Там же, пункты 344–350.

¹⁶ Там же, пункты 371–373.

¹⁷ Там же, пункты 374 и 375.

передачи сообщений) (пункт 113) Рабочая группа по арбитражу будет взаимодействовать с Рабочей группой по электронной торговле. Что касается возможности приведения в исполнение арбитражного решения, отмененного в государстве, где оно вынесено (пункт 107(м)), то было высказано мнение, согласно которому этот вопрос, как ожидается, не вызовет много проблем и что не следует считать, что прецедентное право, в результате которого возник этот вопрос, даст начало какой-либо тенденции.

397. Комиссия заслушала заявления наблюдателей, сделанные от имени Института дипломированных арбитров и Международного союза адвокатов. Помимо выражения признательности Комиссии за ее работу в области арбитража и согласительной процедуры и высказывания замечаний по различным пунктам, рассматривавшимся Рабочей группой, они предложили свою помощь в этой работе. Комиссия с признательностью приняла эти заявления к сведению.

398. Комиссия приняла к сведению пункт 115 доклада Рабочей группы, касающийся соображений Консультативной группы ЕЭК по Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже. Консультативная группа пришла, в частности, к заключению о том, что Европейская конвенция (Женева, 1961 год) а) по-прежнему является полезной; б) обеспечивает средства, которые не предусмотрены в других действующих конвенциях (в частности, в качестве единого свода минимальных стандартов, подлежащих соблюдению при международном арбитраже); и с) может быть сделана еще более полезной как для существующих, так и для потенциальных новых договаривающихся государств, если она будет обновлена. Комиссия отметила также рекомендацию Консультативной группы пересмотреть статью IV Конвенции и Соглашение, касающиеся применения Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, и то обстоятельство, что консенсуса по вопросу о том, следует ли внести в Конвенцию какие-либо другие изменения достигнуто не было.

399. Комиссия призвала к координации усилий Рабочей группы по арбитражу и Консультативной группы ЕЭК. По ее мнению, работа ЕЭК не должна дублировать усилия, предпринимаемые на глобальном уровне Комиссией. Она высказала также точку зрения, согласно которой охватываемые Европейской конвенцией вопросы, помимо тех, которые освещаются в статье IV, представляют собой всеобщий интерес и в том случае, если будет решено, что они требуют усилий на международном уровне, Комиссия в силу своей универсальной репрезентативности и традиций работы в области международного коммерческого арбитража, может стать надлежащим форумом для проведения такой работы в сотрудничестве с ЕЭК. Комиссия призвала государства-члены Комиссии и государства-наблюдатели координировать работу своих делегатов в

этих двух организациях, занимающихся рассмотрением вопроса о международном коммерческом арбитраже, с правительствами своих стран.

VII. ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

400. На тридцать второй сессии в 1999 году Комиссии было представлено предложение Австралии (A/CN.9/462/Add.1) о возможной будущей работе в области законодательства о несостоятельности. В предложении отмечался ряд последних региональных и глобальных финансовых кризисов, а также работа, проделанная на международных форумах в качестве реакции на эти кризисы. В докладах этих форумов подчеркивалась необходимость укрепления международной финансовой системы в трех областях: транспарентность, подотчетность и управление международными финансовыми кризисами с помощью национальных правовых систем. В этих докладах отмечалось, что установление четких режимов несостоятельности и отношений между должником и кредитором являются важным средством предупреждения или ограничения последствий финансовых кризисов, а также содействия быстрой и упорядоченной реструктуризации в случае чрезмерной задолженности. В представленном Комиссии предложении содержалась рекомендация о том, что Комиссия ввиду универсальности ее членства, предшествующей успешной работе 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, в повестку которого могла бы быть включена тема разработки законодательства о несостоятельности. В этом предложении содержался настоятельный призыв к Комиссии проработать вопрос о том, чтобы поручить одной из рабочих групп разработку типового закона о несостоятельности юридических лиц, с тем чтобы укрепить и стимулировать установление эффективных национальных режимов несостоятельности юридических лиц.

401. Комиссия выразила признательность за это предложение. Она отметила, что разработкой стандартов и принципов режимов несостоятельности занимались и другие международные организации, такие, как Международный валютный фонд (МВФ), Всемирный банк и Международная ассоциация адвокатов. Она отметила, что общая цель этих организаций, несмотря на существующие различия в сфере охвата и методах работы, обусловленные их соответствующими мандатами и членским составом, состоит в том, чтобы модернизировать практику и законодательство о несостоятельности. Предпринятые этими организациями инициативы свидетельствуют о необходимости оказания государствам помощи в переоценке их законодательства и практики в области несостоятельности. Однако эти

различные инициативы также нуждаются в соответствующих случаях в усилении координации, с тем чтобы не допускать неэффективного дублирования усилий и добиться согласованных результатов.

402. 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 стал ключевым фактором определения международного кредитного рейтинга этой страны. Вместе с тем была высказана обеспокоенность относительно проблем, связанных с работой на международном уровне в области законодательства о несостоятельности, в ходе которой приходится сталкиваться со сложными и потенциально несогласующимися социально-политическими реалиями. С учетом этих трудностей было высказано опасение о том, что эта работа может не увенчаться успехом. Разработать универсально приемлемый типовый закон, по всей видимости, не удастся, и 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 относительно того, будет ли она заниматься учреждением рабочей группы для разработки типового закона или иного текста, не изучив предварительно работу, уже проделанную другими организациями, и не проведя рассмотрения соответствующих вопросов.

403. Для содействия дальнейшему изучению этого вопроса Комиссия решила провести одну сессию рабочей группы, с тем чтобы выяснить, с учетом текущих усилий, в какой форме должен быть подготовлен конечный документ (например в виде типового закона, типовых положений, свода принципов или иного текста), и определить те вопросы, которые необходимо включить в этот конечный документ. Было отмечено, что важность и настоятельная необходимость проведения работы по законодательству о несостоятельности была продемонстрирована рядом международных организаций, и существует широкое согласие в отношении того, что необходимо продолжить работу в целях разработки и принятия эффективных национальных режимов несостоятельности юридических лиц¹⁸. С учетом этого решения Рабочая группа по законодательству о несостоятельности провела 6-17 декабря 1999 года в Вене одну сессию для изучения этого вопроса.

404. На тридцать третьей сессии Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее двадцать второй сессии (A/CN.9/469).

405. Было отмечено, что Рабочая группа рассмотрела ключевые цели режима несостоятельности, а также ряд принципиальных моментов национального режима несостоятельности. После этого она провела обзор различных возможных форм документов, которые Комиссия может пожелать подготовить, например сравнительное исследование, руководство, в котором бы излагалась практика и принципиальные подходы, руководство по законодательным вопросам, в котором бы был принят подход по аналогии с руководством по законодательным вопросам по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, или же типовые законодательные положения. Было отмечено также, что Рабочая группа договорилась о том, что достижение универсального единого решения на все случаи жизни невозможно и нецелесообразно. Вместе с тем в Рабочей группе было достигнуто согласие о том, что за основу должен быть принят законодательный подход (A/CN.9/469, пункты 125-134).

406. Комиссия приветствовала доклад Рабочей группы по законодательству о несостоятельности. В Комиссии было выражено общее согласие относительно того, что разработка единого типового закона о несостоятельности не возможна, и не нужна. Невозможна она в силу того, что в национальных законах приняты разные подходы и предусмотрены разные принципы в области законодательства о несостоятельности; поэтому было бы нереально рассчитывать на достижение согласия по какому-то одному универсальному типовому закону. Единый типовый закон также не нужен в силу того, что для облегчения международной торговли важнее иметь согласованные и предсказуемо применяемые режимы несостоятельности, нежели какой-то единый образный режим.

407. Комиссия приняла к сведению обсуждение в Рабочей группе относительно возможной необходимости разработки законодательного текста, регулирующего неофициальные процедуры несостоятельности, включая внесудебную реструктуризацию, которая будет предусматривать также возможность обязывать несогласных кредиторов (A/CN.9/469, пункты 105-121). В Комиссии прозвучали оговорки относительно предложения разработать такой режим. Было заявлено, что неофициальный характер и гибкость являются важными характеристиками чертами переговоров, направленных на внесудебную реструктуризацию, и что установление над таким неофициальным процессом контроля со стороны суда или иного органа может нежелательным образом нарушить этот процесс. Было также отмечено, что оптимальным способом укрепления процедуры внесудебной реструктуризации является разработка эффективно функционирующего режима, регулирующего официальное разбирательство по несостоятельности под наблюдением суда. В этой связи было предложено, чтобы любая работа по внесудебной реструктуризации

¹⁸ Там же, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункты 381-385.

рассматривалась в широком контексте работы по составлению современного национального режима несостоятельности и совместно с ней.

408. Несколько раз было отмечено то обстоятельство, что в настоящее время целый ряд международных организаций прорабатывает возможность (с различных точек зрения и не обязательно имея в виду одни и те же проблемы) модернизации национальных режимов несостоятельности. К числу этих организаций, в частности, относится Всемирный банк, МВФ, Азиатский банк развития, Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности (Международная федерация ИНСОЛ) и Комитет J Международной ассоциации адвокатов. Если Рабочей группе будет поручено продолжить работу, мнения и результаты работы этих организаций должны быть учтены при подготовке документации для Рабочей группы. В этой связи было предложено провести colloquium (аналогичный проведенному в Вене в 1994 году colloquium ЮНСИТРАЛ/ИНСОЛ, который предшествовал работе, приведшей к последующему принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (см. A/CN.9/398)). От имени Международной федерации ИНСОЛ и Комитета J Международной ассоциации адвокатов прозвучало предложение о сотрудничестве с Секретариатом в организации такого colloquium до проведения следующей сессии Рабочей группы в целях содействия ее деятельности.

409. Комиссия приняла к сведению рекомендацию Рабочей группы, содержащуюся в ее докладе (A/CN.9/398, пункт 140), и в полной мере одобрила ее, предоставив Рабочей группе мандат на подготовку: всеобъемлющего свода ключевых целей и основных характеристик четкого режима несостоятельности, отражающего отношения между кредиторами и должниками, включая рассмотрение внесудебной реструктуризации, а также руководства по законодательным вопросам, содержащего гибкие подходы к реализации таких целей и характеристик, включая обсуждение возможных альтернативных подходов, а также их предполагаемых преимуществ и недостатков. Руководство по законодательным вопросам по аналогии с тем, которое принято Комиссией для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, было бы полезным документом и могло бы содержать, в соответствующих случаях, типовые законодательные положения. Было решено, что при выполнении своей задачи Рабочая группа должна учитывать работу, которая ведется или была проведена другими организациями, в том числе МВФ, Всемирным банком, Азиатским банком развития, Международной федерацией ИНСОЛ и Международной ассоциацией адвокатов. Было отмечено, что для выяснения мнений и использования специального опыта этих организаций Секретариат до начала следующей сессии Рабочей группы организует colloquium в сотрудничестве с Международной ассо-

циацией ИНСОЛ и Международной ассоциацией адвокатов, как это было предложено этими организациями.

VIII. НАБЛЮДЕНИЕ ЗА ОСУЩЕСТВЛЕНИЕМ НЬЮ-ЙОРКСКОЙ КОНВЕНЦИИ 1958 ГОДА

410. Было отмечено, что на своей двадцать восьмой сессии в 1995 году Комиссия одобрила проект, цель которого состоит в наблюдении за законодательным осуществлением Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) и который осуществляется в сотрудничестве с Комитетом D Международной ассоциации адвокатов¹⁹. Было подчеркнуто, что задача этого утвержденного Комиссией проекта ограничивается именно данной целью и, в частности, она не заключается в наблюдении за отдельными судебными решениями, связанными с применением Конвенции. С тем чтобы подготовить доклад по этой теме, Секретариат направил государствам — участникам Конвенции вопросник относительно действующего в этих государствах правового режима признания и исполнения иностранных арбитражных решений.

411. По состоянию на начало тридцать третьей сессии Комиссии Секретариат получил ответы на вопросник от 59 (из 121 существующих в настоящее время) государств участников.

412. Комиссия вновь повторила свой призыв к государствам — участникам Конвенции, которые еще не ответили на вопросник, сделать это как можно скорее или в необходимом объеме информировать Секретариат о любых новых событиях, произошедших после направления ими предшествующих ответов на вопросник. Секретариату было предложено подготовить для будущей сессии Комиссии записку с изложением выводов на основе анализа собранной информации.

IX. ПРЕЦЕДЕНТНОЕ ПРАВО ПО ТЕКСТАМ ЮНСИТРАЛ

413. Комиссия с удовлетворением отметила продолжающуюся работу по этой системе, которая была создана для сбора и распространения прецедентного права по текстам ЮНСИТРАЛ (ППТЮ). Было отмечено, что ППТЮ является одним из самых важных средств содействия единообразному толкованию и применению текстов ЮНСИТРАЛ, которое позволяет заинтересованным лицам, таким, как судьи, арбитры, адвокаты и стороны коммерческих сделок учитывать судебные и арбитражные решения других

¹⁹ Там же, *пятидесятая сессия, Дополнение № 17 (A/50/17)*, пункты 401-404, и там же, *пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17)*, пункты 238-243.

государств при вынесении своих собственных решений или заключений или же при корректировке своих решений с учетом преобладающего толкования этих текстов.

414. Комиссия выразила признательность национальным корреспондентам за их ценную работу по сбору соответствующих судебных и арбитражных решений и подготовку ими выдержек из дел. Она также выразила признательность Секретариату за сбор, редактирование, выпуск и распространение выдержек из судебных решений. Было отмечено, что 62 государства назначили национальных корреспондентов, однако еще 26 государств пока этого не сделали. Эти государства будут иметь возможность произвести такое назначение либо в силу того, что они являются участником какой-либо действующей в настоящее время Конвенции ЮНСИТРАЛ, либо путем принятия законодательства на основе какого-либо типового закона ЮНСИТРАЛ. Отмечая важность получения сообщений от всех государств, Комиссия настоятельно призвала государства, которые еще не сделали этого, назначить национальных корреспондентов. Она также настоятельно призвала правительства оказывать своим национальным корреспондентам необходимую помощь в их работе.

415. Было также отмечено, что значительно возросло число государств, присоединившихся к конвенциям или принявшим законодательство на основе типовых законов, разработанных Комиссией. Было сделано замечание о том, что ввиду значительного увеличения числа дел продолжение работы над ППТЮ без существенного увеличения людских и финансовых ресурсов, имеющихся у Секретариата Комиссии, может оказаться под вопросом.

Х. ТРАНСПОРТНОЕ ПРАВО

416. Было напомнено о том, что Комиссия на своей двадцать девятой сессии в 1996 году просила Секретариат выступать в качестве координационного пункта для сбора информации, соображений и мнений по проблемам, возникающим на практике, и возможным решениям этих проблем. Такой сбор информации должен проводиться на широкой основе и охватывать, помимо правительств, международные организации, представляющие коммерческие сектора, участвующие в морской перевозке грузов, такие, как Международный морской комитет (ММК), МТП, Международный союз морского страхования, Международная федерация транспортно-экспедиторских ассоциаций, Международная палата судоходства и Международная ассоциация портов и гаваней²⁰.

417. На своей тридцать первой сессии в 1998 году Комиссия заслушала сделанное от имени ММК заяв-

ление о том, что он с признательностью принимает приглашение сотрудничать с Секретариатом в изучении мнений секторов, участвующих в международной перевозке грузов, и в подготовке анализа этой информации. Этот анализ позволит Комиссии принять обоснованное решение в отношении желательного направления деятельности²¹. На этой сессии была выражена решительная поддержка работе по сбору информации, проводимой ММК и секретариатом Комиссии. Комиссия выразила ММК признательность за его готовность приступить к осуществлению этого важного проекта, имеющего далеко идущие последствия, аналогичных которому на международном уровне не проводилось или почти не проводилось; Комиссия выразила надежду на то, что она будет получать информацию о ходе работы и сможет рассмотреть мнения и предложения, подготовленные по ее результатам²².

418. На тридцать второй сессии Комиссии в 1999 году от имени ММК было сообщено, что Ассамблея и Исполнительный совет ММК приветствовали инициативу по сбору данных по относящимся к международному транспортному праву вопросам, которые до настоящего времени не были согласованы на международном уровне, и что рабочей группе ММК было поручено подготовить исследование по широкому кругу вопросов международного транспортного права в целях определения тех областей, в которых соответствующим секторам требуется унификация или согласование. При проведении этого исследования было установлено, что соответствующие сектора проявляют активный интерес к продолжению осуществления этого проекта и предложили воспользоваться их техническим и юридическим опытом для содействия проведению этой деятельности. Судя по этой благоприятной реакции и предварительным выводам рабочей группы ММК, дальнейшее согласование в области транспортного права принесет значительную пользу международной торговле. Рабочая группа выявила ряд вопросов, не охваченных действующими инструментами по унификации. Некоторые из этих вопросов регулируются национальными законами, которые, однако, не согласованы на международном уровне. Если рассматривать эту проблему в контексте электронной торговли, то такая несогласованность становится еще более значительной. Было также сообщено о том, что рабочая группа выявила многочисленные элементы взаимосвязи между различными видами контрактов, применяемых в международной торговле и перевозке грузов (например, контрактами купли-продажи, контрактами на перевозки, страховыми контрактами, аккредитивами, контрактами на экспедиторскую обработку грузов, а также рядом других вспомогательных контрактов). Рабочая группа намерена внести ясность в характер и функции этих

²⁰ Там же, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункты 210-215.

²¹ Там же, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункт 264.

²² Там же, пункт 266.

элементов взаимосвязи и осуществлять сбор и анализ информации о нормах, регулирующих эти элементы в настоящее время. На более позднем этапе эта работа будет включать проведение новой оценки принципов ответственности в целях установления их сопоставимости с более широкой областью норм, регулирующих перевозку грузов.

419. На той же сессии Комиссия выразила благодарность ММК за принятие мер в ответ на ее просьбу о сотрудничестве и просила Секретариат продолжить сотрудничество с ММК в работе по сбору и анализу информации. Комиссия выразила надежду на то, что на одной из будущих сессий ей будет представлен доклад с изложением результатов исследования и предложений относительно будущей работы²³.

420. На нынешней сессии на рассмотрение Комиссии был представлен доклад Генерального секретаря о возможной будущей работе в области транспортного права (A/CN.9/476), содержащий описание хода работы, проводимой ММК в сотрудничестве с секретариатом Комиссии. Комиссия также заслушала устный доклад, представленный от имени ММК. Рабочая группа ММК в сотрудничестве с секретариатом Комиссии приступила к сбору информации, разослав вопросник организациям членам ММК, представляющим различные правовые системы. Одновременно с этим был проведен ряд совещаний "за круглым столом" для обсуждения элементов будущей работы с международными организациями, представляющими различные сектора. На этих совещаниях была продемонстрирована неуклонная поддержка и заинтересованность указанных секторов в этом проекте.

421. После получения ответов на вопросник ММК учредил международный подкомитет для анализа информации и определения основы будущей работы по согласованию права в области международных перевозок грузов. Было указано, что энтузиазм, проявляемый этим сектором, и предварительные выводы в отношении областей права, в которых необходимо добиваться дальнейшего согласования, позволяют надеяться на то, что данный проект в конечном итоге выльется в общеприемлемый инструмент по согласованию.

422. В ходе обсуждения в подкомитете ММК было отмечено, что, хотя коносаменты используются до сих пор, особенно в тех случаях, когда требуется наличие оборотного документа, на деле морская перевозка грузов нередко представляет собой лишь один из элементов международной перевозки грузов. В случае контейнерных перевозок даже наличие коносамента на доставку грузов из одного порта в другой предполагает приемку и доставку грузов в пунктах, непосредственно не связанных с пунктами погрузки на борт судна или выгрузки.

Кроме того, в большинстве случаев невозможно осуществить приемку доставленного груза у борта судна. В случае же смешанных перевозок, когда используются различные виды транспорта, нередко возникают ситуации, не охватываемые обязательными режимами, регулирующими перевозки различными видами транспорта. В этой связи было предложено в процессе разработки согласованного на международном уровне режима, регулирующего отношения между сторонами договора перевозки в течение всего периода распоряжения перевозчиком соответствующим грузом, учитывать также вопросы, возникающие в связи с такими операциями, которые являются неотъемлемыми компонентами перевозки, согласованными сторонами, и которые производятся до погрузки и после разгрузки, а также вопросы, возникающие в случае, когда предусмотрены перевозки с использованием более одного вида транспорта. Кроме того, хотя в ходе такой работы основное внимание, как первоначально представлялось, должно было уделяться изучению тех областей права, регулирующих перевозку грузов, которые ранее не были охвачены международными соглашениями, все чаще высказывается мнение, что рамки настоящего проекта, имеющего широкую базу, следует расширить, с тем чтобы охватить им обновленный режим ответственности, который дополнял бы положения предлагаемого инструмента по согласованию.

423. Комиссия с удовлетворением приняла к сведению доклад Генерального секретаря (A/CN.9/476) и с удовольствием заслушала представленный от имени ММК устный доклад о проделанной на сегодняшний день предварительной работе.

424. В Комиссии было сделано несколько заявлений о том, что пришло время активно добиваться согласования в области морской перевозки грузов, что усиливающаяся несогласованность в области международной перевозки грузов вызывает беспокойство и что необходимо разработать определенную правовую основу для современной договорной практики и практики в области перевозок. Морская перевозка грузов все чаще является частью перевозки со склада на склад и что этот фактор следует учитывать при выработке будущих решений. Была одобрена концепция работы, которая выходит за рамки вопросов ответственности и предусматривает регулирование договора перевозки таким образом, чтобы облегчить экспортно-импортные операции, включая отношения между продавцом и покупателем (и возможными последующими покупателями) и отношения между сторонами коммерческой операции и поставщиками финансовых средств. Было признано, что такой широкий подход предполагает определенный пересмотр норм, регулирующих ответственность за утрату или повреждение грузов.

425. Было отмечено, что некоторые региональные организации, такие, как Организация американских государств и ЕЭК, в настоящее время занимаются

²³ Там же, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункт 418.

рассмотрением вопросов транспортного права. Было решено, что было бы целесообразно использовать документы, уже подготовленные этими организациями, в работе Комиссии и что подготовка Комиссией универсально применимых текстов облегчила бы деятельность этих организаций. Было отмечено, что ЕЭК в настоящее время рассматривает возможность подготовки единообразных норм, регулирующих смешанные перевозки грузов. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что проведение такой работы организацией, в которой представлены не все регионы мира, может помешать усилиям по разработке универсально применимого режима. Была выражена надежда на то, что соответствующие организации будут координировать свою работу во избежание дублирования деятельности и что государства при руководстве работой своих делегатов в этих организациях будут учитывать необходимость координации.

426. Комиссия приняла к сведению тот факт, что Секретариат в сотрудничестве с ММК организует в рамках нынешней сессии Комиссии коллоквиум по транспортному праву, который должен состояться 6 июля 2000 года. Цель коллоквиума заключается в сборе соображений и мнений экспертов по проблемам, возникающим в связи с международной перевозкой грузов, в частности с морской перевозкой грузов, и во включении этой информации в доклад, который должен быть представлен Комиссии на ее тридцать четвертой сессии в 2001 году.

427. Комиссия с удовлетворением отметила прогресс, достигнутый со времени проведения ее тридцать второй сессии. Она приветствовала плодотворное сотрудничество между ММК и Секретариатом. Было сделано несколько заявлений относительно необходимости привлечения на всех этапах подготовительной работы других заинтересованных организаций, в том числе представляющих интересы владельцев груза. Было подчеркнуто, что только обеспечение сотрудничества всех заинтересованных секторов на всех этапах подготовительной работы позволяет надеяться на разработку режима, который был бы общеприемлемым и мог бы быть реализован на практике в короткие сроки. Комиссия просила Секретариат продолжать активное сотрудничество с ММК в целях представления на следующей сессии Комиссии доклада с перечислением вопросов в области транспортного права, которые могли бы стать предметом будущей работы Комиссии, а также насколько это возможно – возможных решений.

XI. ПОДДЕРЖКА ТЕКСТОВ ДРУГИХ ОРГАНИЗАЦИЙ: ИНКОТЕРМС 2000, ISP98 И УПДГ²⁴

428. Комиссии были представлены три доклада Генерального секретаря, требующие ее поддержки: а) Международная практика резервных аккредитивов (ISP98), б) Унифицированные правила для

договорных гарантий (УПДГ) и с) Инкотермс 2000 (A/CN.9/477, A/CN.9/478 и A/CN.9/479, соответственно).

429. Было отмечено, что на своей тридцать второй сессии Институт международного банковского права и практики просил Комиссию проработать вопрос о том, чтобы рекомендовать повсеместное использование Правил международной практики резервных аккредитивов (ISP98), одобренных Комиссией по банковским методам и практике МТП. Комиссия также была уведомлена о просьбе Генерального секретаря МТП относительно того, чтобы она официально признала и поддержала Унифицированные правила для договорных гарантий (УПДГ). Для рассмотрения этих просьб Комиссии были представлены текст ISP98 (A/CN.9/459) и УПДГ (A/CN.9/459/Add.1). Однако, если одни делегации заявили о готовности поддержать тексты ISP98 и УПДГ на той же сессии, то другие делегации отметили, что, поскольку позднее издание этих документов, содержащих последние тексты, не позволило им провести консультации, необходимые для его поддержки, они не готовы поддержать текст ISP98 и УПДГ на данной сессии. К сожалению, Комиссия была вынуждена отложить рассмотрение вопроса о поддержке до тридцать третьей сессии²⁴.

430. На тридцать третьей сессии, как уже это имело место на тридцать второй сессии, была отмечена важность ISP98 как частных правил практики, предназначенной для применения резервных аккредитивов. Было отмечено, что идея подготовки таких правил возникла в ходе обсуждения в Рабочей группе ЮНСИТРАЛ по международной договорной практике, и в результате была разработана Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. Правила ISP98 были разработаны в дополнение к этой Конвенции. Сам процесс разработки ISP98 происходил при регулярных консультациях с секретариатом ЮНСИТРАЛ и использовался также как возможность для поощрения принятия Конвенции. В этом контексте Комиссия с особой признательностью отметила, что принятие Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах было рекомендовано правительствам Банковской комиссией МТП. Была отмечена важность УПДГ как заслуживающего похвалы практического инструмента, а также необходимость более широкой пропаганды этого документа.

431. Комиссия приветствовала возможность укрепить сотрудничество с МТП. Было отмечено, что Комиссия поддержала на своей двадцать пятой сессии в 1992 году Инкотермс 1990²⁵, а на своей

²⁴ Там же, пункты 422-425.

²⁵ Там же, сорок седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/47/17), пункт 161.

двадцать седьмой сессии в 1994 году – Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (УПО 500)²⁶. Хотя было выражено общее мнение, что техническое качество ISP98 и УПДГ делает эти документы достойными более широкого распространения и использования в международной торговле, был поднят вопрос относительно значения поддержки этих документов Комиссией. Было отмечено, что в ряде стран не все положения ISP98 будут соответствовать существующим правовым нормам, в которых не в полной мере признается, например, роль резервных аккредитивов в качестве независимых гарантий. В этой связи было сделано замечание о том, что "поддержку" (которая в нескольких языках является синонимом "утверждения") не следует толковать как означающую, что эти документы после их "поддержки" будут в полном объеме непременно применяться в какой-либо стране.

432. В ответ на это замечание было выражено общее мнение, что в контексте правовых документов, исходящих от других международных организаций, "поддержку" следует толковать как указание Комиссии на то, что эти документы рекомендованы для использования сторонами как передовая международная торговая практика. Однако такая "поддержка" не должна пониматься как соответствие этих документов существующему праву. Кроме того, было отмечено, что в самом тексте ISP98 четко говорится о том, что он не предназначен для замены каких бы то ни было положений применимого права, поскольку в статье 1.02.а указывается, что содержащиеся в ISP98 правила "дополняют действующее законодательство в той степени, в какой они не противоречат этому законодательству".

433. Что касается Инкотермс 2000, то Комиссия, поддерживая на своей двадцать пятой сессии в 1992 году Инкотермс 1990²⁷, в духе последовательности выразила свою признательность за усилия, которые привели к разработке этих норм практики, и приветствовала просьбы об их поддержке.

434. После обсуждения Комиссия приняла следующее решение о поддержке текста Инкотермс 2000, ISP98 и УПДГ:

"Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли,

выражая признательность Международной торговой палате за передачу ей пересмотренного текста Инкотермс 2000, Правил международной практики резервных аккредитивов (ISP98) и Унифицированных правил для договорных гарантий (УПДГ),

поздравляя Международную торговую палату с тем, что она вновь внесла вклад в содействие международной торговле путем пересмотра Инкотермс с целью скорректировать их с учетом современной торговой практики, принятия Правил международной практики резервных аккредитивов (ISP98), подготовленных Институтом международного банковского права и практики, и разработки Унифицированных правил для договорных гарантий (УПДГ),

отмечая, что Инкотермс 2000, Правила международной практики резервных аккредитивов (ISP98) и Унифицированные правила для договорных гарантий (УПДГ) представляют собой ценный вклад в содействие международной торговле,

рекомендует употребление Инкотермс 2000, Правил международной практики резервных аккредитивов (ISP98) и Унифицированных правил для договорных гарантий (УПДГ) соответствующими сторонами в международных торговых и финансовых операциях".

ХII. ПОДГОТОВКА КАДРОВ И ТЕХНИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ

435. Комиссия имела в своем распоряжении записку Секретариата (A/CN.9/473), в которой излагаются мероприятия, осуществленные после проведения тридцать второй сессии, и указываются направления планируемой будущей деятельности, особенно с учетом увеличения числа просьб, получаемых Секретариатом. Было отмечено, что деятельность по подготовке кадров и оказанию технической помощи, как правило, осуществляется посредством семинаров и информационных миссий, предназначенных для разъяснения основных положений текстов ЮНСИТРАЛ и тех выводов, которые государства получают от принятия этих текстов.

436. Было сообщено, что со времени проведения предыдущей сессии были организованы следующие семинары и информационные миссии: Йоханнесбург, Южная Африка (6 и 7 мая 1999 года); Стелленбос, Южная Африка (9 и 10 мая 1999 года); Претория (11 и 12 мая 1999 года); Яунде (10–12 мая 1999 года); Абиджан (13 и 14 мая 1999 года); Рио-де-Жанейро, Бразилия (12 и 13 августа 1999 года); Лима (19 и 20 августа 1999 года); Куско, Перу (23–25 августа 1999 года); Бразилия (30 и 31 августа 1999 года); Сан-Паулу, Бразилия (2 и 3 сентября 1999 года); Москва (2–4 ноября 1999 года); и Антанариву (6–8 марта 2000 года). Секретариат Комиссии сообщил о том, что ряд просьб были отклонены из-за отсутствия достаточных ресурсов и что в оставшуюся часть 2000 года можно будет удовлетворить лишь некоторые просьбы, поступившие от стран Африки, Азии, Латинской Америки и Восточной Европы.

²⁶ Там же, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункт 230.

437. Комиссия выразила свою признательность Секретариату за деятельность, осуществленную после проведения ее предыдущей сессии, и подчеркнула важное значение программы по подготовке кадров и оказанию технической помощи в целях повышения осведомленности о подготовленных ею правовых текстах и расширения круга стран, принявших эти тексты. Подготовка кадров и техническая помощь особенно полезны для развивающихся стран, которым недостает опыта в областях торговли и коммерческого права, охватываемых работой ЮНСИТРАЛ, и деятельность Секретариата в области подготовки и оказания технической помощи может играть важную роль в предпринимаемых многими странами усилиях по экономической интеграции.

438. Комиссия отметила различные формы технической помощи, которая может оказываться государствам, занимающимся подготовкой законодательства на основе текстов ЮНСИТРАЛ, такие, как оценка предварительных законопроектов с точки зрения текстов ЮНСИТРАЛ, подготовка подзаконных актов, принимаемых во исполнение такого законодательства, и замечания по докладам комиссий по законодательной реформе, а также брифинги для законодателей, судей, арбитров, должностных лиц закупочных организаций и других пользователей текстов ЮНСИТРАЛ, включенных в национальное законодательство. Всплеск активности в области реформы коммерческого права дает Комиссии огромную возможность значительно продвинуть вперед решение задач по обеспечению существенной координации и ускорения процесса согласования и унификации международного торгового права, как это предусмотрено Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 2205 (XXI) от 17 декабря 1966 года.

439. Комиссия с признательностью приняла к сведению взносы Греции, Канады, Кипра, Мексики, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Швейцарии на осуществление программы семинаров. Она также выразила свою признательность Сингапуру за его взнос в Целевой фонд для оказания помощи в покрытии путевых расходов развивающимся странам — членам ЮНСИТРАЛ. Кроме того, Комиссия выразила признательность другим государствам и организациям, которые способствовали осуществлению программы Комиссии по подготовке кадров и оказанию помощи путем предоставления финансовых средств или персонала или путем проведения у себя семинаров. Подчеркнув важность внебюджетного финансирования для осуществления мероприятий в области подготовки кадров и технической помощи, Комиссия вновь обратилась ко всем государствам, международным организациям и другим заинтересованным субъектам с призывом рассмотреть вопрос о внесении взносов в целевые фонды ЮНСИТРАЛ, с тем чтобы секретариат Комиссии мог удовлетворять растущие потребности развиваю-

щихся стран и новых независимых государств в области подготовки кадров и оказания помощи и чтобы делегаты из развивающихся стран могли участвовать в совещаниях ЮНСИТРАЛ. Было также выдвинуто предложение о том, чтобы для устранения трудностей, с которыми сталкивается Комиссия в плане наличия ресурсов, попытаться обратиться к частному сектору с призывом содействовать финансированию программы ЮНСИТРАЛ по оказанию помощи и подготовке кадров, особенно с учетом того, что частный сектор получает огромные выгоды от всей работы Комиссии в области права международной торговли.

440. Ввиду ограниченности ресурсов, имеющихся в распоряжении секретариата Комиссии, будь то из бюджетных или внебюджетных источников, 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. Была также высказана обеспокоенность в связи с тем, что без 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, включая конвенции и типовые законы ЮНСИТРАЛ.

441. Что касается программы стажировок секретариата Комиссии, то была высказана обеспокоенность по поводу того, что большинство ее участников являются гражданами развитых стран. Ко всем государствам был обращен призыв рассмотреть вопрос о поддержке программ, финансирующих участие граждан развивающихся стран в программе стажировок.

442. В целях обеспечения эффективного осуществления своей программы по подготовке кадров и оказанию помощи и своевременной публикации и распространения информации о своей работе Комиссия постановила рекомендовать Генеральной Ассамблее обратиться к Генеральному секретарю с просьбой существенно увеличить как людские, так и финансовые ресурсы, имеющиеся в распоряжении ее секретариата.

ХIII. СТАТУС И СОДЕЙСТВИЕ ПРИНЯТИЮ ТЕКСТОВ ЮНСИТРАЛ

443. На основе записки Секретариата (A/CN.9/462) Комиссия рассмотрела вопрос о статусе 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). Комиссия с удовлетворением отметила новые законодательные акты, принятые в различных государствах и пра-

новых системах после 4 июня 1999 года (дата завершения тридцать второй сессии Комиссии) в отношении следующих документов:

а) Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров, принятая в Нью-Йорке 14 июня 1974 года, с внесенными Протоколом от 11 апреля 1980 года поправками. Число государств-участников — 17;

б) Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров [без поправок] (Нью-Йорк, 1974 год). Число государств-участников — 24;

в) Конвенция Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов 1978 года (Гамбургские правила). Число государств-участников — 26;

г) Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год). Число государств-участников — 56;

д) Конвенция Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях (Нью-Йорк, 1988 год). Участниками Конвенции являются два государства. Для ее вступления в силу требуется присоединение еще восьми государств;

е) Конвенция Организации Объединенных Наций об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле (Вена, 1991 год). Участниками Конвенции являются два государства. Для ее вступления в силу требуется присоединение еще трех государств;

ж) Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Нью-Йорк, 1995 год). Участниками Конвенции являются пять государств;

з) Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год). Число государств-участников — 121;

и) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года. Новая правовая система, принявшая законодательство на основе Типового закона: Макао — Специальный административный район Китая;

й) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах 1992 года;

к) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг 1994 года;

л) Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле 1996 года. Новые правовые системы, принявшие законодательство на основе Типового закона: Австралия, Бермудские острова, Гонконг — Специальный административный район

Китая и Франция. Единообразное законодательство, отражающее Типовой закон и принципы, лежащие в его основе, подготовлено в Канаде и в Соединенных Штатах Америки;

м) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности 1997 года. Новые правовые системы, принявшие законодательство на основе Типового закона: Мексика и Эритрея.

444. Была выражена признательность по поводу указанных выше законодательных мер, принятых в связи с текстами Комиссии. 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 сообщить информацию о подобных действиях секретариату Комиссии. Такая информация будет полезна для других государств при рассмотрении ими вопроса о принятии аналогичных законодательных мер.

445. Представители и наблюдатели ряда государств сообщили, что в этих государствах рассматривается вопрос о принятии официальных мер с целью присоединения к различным конвенциям и принятия законодательства на основе различных типовых законов, подготовленных ЮНСИТРАЛ. Было отмечено, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле стал единым общим источником, нередко цитируемым многими странами.

446. Было отмечено, что, несмотря на универсальное значение и полезность этих текстов, ряд государств еще не приняли ни одного из них. Был обращен призыв к представителям и наблюдателям, принимающим участие в совещаниях Комиссии и ее рабочих групп, способствовать — в той мере, в какой они сочтут это уместным, — рассмотрению текстов Комиссии законодательными органами их стран.

XIV. РЕЗОЛЮЦИИ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕИ О РАБОТЕ КОМИССИИ

447. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли с признательностью приняла к сведению резолюцию 54/103 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1999 года о докладе Комиссии о работе ее тридцать второй сессии, состоявшейся в 1999 году. В частности, Комиссия с признательностью отметила, что в пункте 2 этой резолюции Ассамблея выразила Комиссии благодарность за достигнутый ею прогресс в работе по вопросам финансирования под дебиторскую задолженность, электронной торговли, проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и законодательного осуществления Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, принятой в Нью-Йорке 10 июня 1958 года.

448. Комиссия также с признательностью отметила, что в пункте 3 резолюции 54/103 Генеральная Ассамблея призвала правительства, которые еще не сделали этого, прислать ответы на распространенный Секретариатом вопросник относительно правового режима, регулирующего признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений.

449. Комиссия далее с признательностью отметила, что в пункте 5 резолюции 54/103 Ассамблея вновь подтвердила мандат Комиссии как центрального правового органа в рамках системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли на координацию правовой деятельности в этой области и в этой связи призвала все органы системы Организации Объединенных Наций и предложила другим международным организациям учитывать мандат Комиссии и необходимость избегать дублирования усилий и содействовать эффективности, последовательности и взаимосвязанности в унификации и согласовании права международной торговли и рекомендовала Комиссии через ее секретариат продолжать тесно сотрудничать с другими международными органами и организациями, в том числе с региональными организациями, которые ведут работу в области права международной торговли.

450. Комиссия с признательностью отметила изложенное в пункте 6 резолюции 54/103 решение Генеральной Ассамблеи вновь подтвердить важность, в частности для развивающихся стран, работы Комиссии по подготовке кадров и оказанию технической помощи в области права международной торговли, например помощи в подготовке национального законодательства на основе правовых текстов Комиссии, и что в пункте 7 Ассамблея заявила о желательности активизации усилий Комиссии по оказанию поддержки проведению семинаров и симпозиумов для обеспечения такой подготовки кадров и оказания технической помощи.

451. Комиссия также с признательностью отметила содержащийся в пункте 7(b) этой резолюции призыв вносить добровольные взносы в Целевой фонд ЮНСИТРАЛ для проведения симпозиумов и, при необходимости, на финансирование специальных проектов, с которым Генеральная Ассамблея обратилась к правительствам, соответствующим органам, организациям и учреждениям Организации Объединенных Наций и отдельным лицам. Далее было отмечено, что в пункте 8 Ассамблея призвала Программу развития Организации Объединенных Наций и другие органы, ответственные за оказание помощи в целях развития, такие, как Международный банк реконструкции и развития и Европейский банк реконструкции и 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.

452. Комиссия также высоко оценила тот факт, что в пункте 9 этой резолюции Генеральная Ассамблея призвала правительства, соответствующие органы, организации и учреждения Организации Объединенных Наций и отдельных лиц для обеспечения всестороннего участия всех государств-членов в сессиях Комиссии и ее рабочих групп вносить добровольные взносы в целевой фонд для оказания помощи в покрытии путевых расходов развивающимся странам, являющимся членами Комиссии, по их просьбе и в консультации с Генеральным секретарем. (Этот целевой фонд был учрежден в соответствии с резолюцией 48/32 Ассамблеи от 9 декабря 1993 года.) Комиссия далее с признательностью отметила содержащееся в пункте 10 резолюции 54/103 решение Генеральной Ассамблеи продолжить в компетентном главном комитете в ходе пятидесят четвертой сессии Ассамблеи рассмотрение вопроса об оказании помощи в покрытии путевых расходов в пределах имеющихся ресурсов наименее развитым странам, являющимся членами Комиссии, по их просьбе и в консультации с Генеральным секретарем.

453. Комиссия приветствовала обращенную к Генеральному секретарю в пункте 11 этой резолюции просьбу Генеральной Ассамблеи обеспечить и повысить эффективность осуществления программы Комиссии. Вместе с тем Комиссия отметила, что ресурсов, имеющихся в распоряжении ее секретариата, недостаточно для выполнения его мандата. Комиссия, в частности, отметила, что в настоящее время в штате ее секретариата состоит меньше сотрудников категории специалистов, чем на момент создания Комиссии. В этой связи она рекомендовала Генеральной Ассамблее обратиться к Генеральному секретарю с просьбой укрепить секретариат Комиссии в пределах ресурсов, имеющихся в распоряжении Секретариата в целом, с тем чтобы он мог обеспечить требуемую активизацию усилий в области унификации и согласования торгового права и оказания содействия в реформе торгового права для предоставления странам помощи в получении ими своей доли выгод от международной торговли в глобальной экономике.

454. Комиссия также с признательностью отметила, что в пункте 12 Генеральная Ассамблея подчеркнула важное значение обеспечения вступления в силу конвенций, разработанных в рамках деятельности Комиссии, и с этой целью настоятельно призвала государства, которые еще не сделали этого, рассмотреть вопрос о подписании и ратификации этих конвенций или присоединении к ним.

XV. КООРДИНАЦИЯ И СОТРУДНИЧЕСТВО: ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ ИНТЕРЕСЫ

455. Комиссия рассмотрела работу, проделанную другими организациями в области обеспечительных интересов, на основе доклада Генерального сек-

рестаря (A/CN.9/475). Было отмечено, что тема обеспечительных интересов приобретает все большую важность как на международном, так и на национальном уровне, особенно в свете потенциала современного законодательства об обеспеченном кредитовании, позволяющего расширить наличие недорогого кредита и тем самым усилить трансграничное движение товаров и услуг. Отмечалось также, что было подготовлено или в настоящее время готовится несколько текстов, в которых, хотя и обозначены определенные общие тенденции, по-прежнему не затронут ряд вопросов. Были названы следующие проблемы: неадекватность национальных законов, особенно в отношении международных сделок, ввиду того обстоятельства, что в обеспеченных сделках затрагиваются императивные нормы и вопросы публичного порядка; коллизия в результате возможности того, что обеспечительный интерес может регулироваться законами более чем одного государства; и утрата обеспечения в случае пересечения залоговым имуществом национальных границ. Был предложен целый ряд возможных решений – от разработки типового закона об обеспечительных интересах во всех видах имущества до подготовки свода принципов вместе с руководством, разработки типового закона по приоритетным системам на основе регистрации или конвенции или типового закона по конкретным видам имущества (например по инвестиционным ценным бумагам или интеллектуальная собственность).

456. Наблюдатель от секретариата МИУЧП заявил, что в 1980 году после того, как ЮНСИТРАЛ сделал неприоритетной тему обеспечительных интересов, прекратив на время работу по ней, МИУЧП, задействовав значительные ресурсы, стал головной организацией по проведению и координации работы в области права обеспеченного кредитования. Усилия МИУЧП нашли свое отражение в двух завершенных конвенциях и одном проекте конвенции, который в настоящее время находится в стадии разработки. Кроме того, в 1993 году МИУЧП приступил к работе по подготовке типового закона об обеспечительных интересах. Хотя в 1995 году руководящий совет МИУЧП обозначил этот проект как неприоритетный, поскольку ему необходимо было завершить работу над мобильным оборудованием, однако, как только эта работа будет завершена, МИУЧП должен возобновить работу над типовым законом. В результате этого было предложено, чтобы ЮНСИТРАЛ не занимался аналогичной работой в области обеспечительных интересов, что позволит избежать дублирования усилий. Было также отмечено, что доклад Генерального секретаря мог быть основан на ошибочном понимании планов МИУЧП в этом отношении (A/CN.9/475, пункты 8 и 9).

457. В ответ на это было отмечено, что координация работы с другими организациями в области права международной торговли является ключевым эле-

ментом мандата ЮНСИТРАЛ как органа, в работе которого все государства могут участвовать на равных правах, используя все шесть официальных языков Организации Объединенных Наций. Было отмечено также, что в докладе Секретариата правильно отражен факт того, что с 1995 года никаких мер не предпринималось, поскольку этот вопрос не входил в перечень приоритетных тем МИУЧП, как это явствует из документов самого МИУЧП, включая программу работы МИУЧП на трехгодичный период 1999–2001 годов, и как это было подтверждено наблюдателем от секретариата МИУЧП как на тридцать второй, так и на тридцать третьей сессиях Комиссии²⁷.

458. Будучи главным правовым органом в системе Организации Объединенных Наций в области унификации и согласования права международной торговли, Комиссия вновь подтвердила свою обязанность наблюдать за работой, которую проводят другие организации в области права международной торговли, разрабатывая, при необходимости, рекомендации, и принимать любые другие меры по выполнению своего мандата. Что касается беспокойства в связи с опасностью того, что работа ЮНСИТРАЛ в области права обеспеченного кредитования может дублировать работу других организаций, то Комиссия согласилась с тем, что такого дублирования можно избежать благодаря использованию осторожного, поэтапного подхода, позволяющего сосредоточивать внимание на конкретных видах имущества. Большинство поддержало мнение о том, что тема обеспечительных интересов настолько широка и входящие в нее вопросы настолько сложны, что для решения всех проблем потребуются усилия нескольких организаций (конкретные предложения см. пункты 460–462 ниже). Было установлено, что все соответствующие организации обязаны сотрудничать друг с другом в целях обеспечения последовательности между различными текстами и эффективного использования ресурсов.

459. Выражая благодарность за доклад Генерального секретаря, Комиссия продолжила рассмотрение этого доклада по существу. Было выражено общее мнение, что обеспечительные интересы являются важной темой, на которую как раз вовремя было обращено внимание Комиссии, особенно с учетом тесной связи обеспечительных интересов с работой Комиссии по законодательству о несостоятельности. Было активно поддержано мнение о том, что периодическое законодательство в области обеспеченного кредитования могло бы оказать значительное воздействие на наличие и стоимость кредита и, тем

²⁷ Там же, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункт 420.

самым, на международную торговлю. Передовое законодательство в области обеспеченного кредитования могло бы устранить неравенство в плане доступа к недорогому кредиту между сторонами в развитых странах и сторонами в развивающихся странах, а также в плане той доли выгоды, которую такие стороны извлекают из международной торговли. В качестве предостережения было отмечено, что в подобном законодательстве, чтобы оно было приемлемым для государств, должен быть обеспечен надлежащий баланс в режиме привилегированных, залоговых и незалоговых кредиторов. Было также заявлено, что ввиду расхождения в политике государств было бы целесообразно принять гибкий подход, направленный на подготовку свода принципов вместе с руководством, а не типового закона. Кроме того, для обеспечения оптимизации выгод, получаемых в результате правовой реформы, включая предупреждение финансовых кризисов, уменьшение масштабов нищеты и облегчение финансирования долга как движущей силы экономического роста, любые усилия в области обеспечительных интересов должны координироваться с усилиями в области разработки законодательства о несостоятельности.

460. Что касается того, на чем следует сосредоточить будущую работу, то был высказан целый ряд предложений. Одно предложение заключалось в том, что следует подготовить единообразный закон, касающийся обеспечительных интересов в инвестиционном имуществе (например, акциях, облигациях, свопах и производных). Такие ценные бумаги, которыми в силу записи в регистре владеет посредник, а физически — депозитные учреждения, являются важными инструментами, на основании которых предоставляются огромные суммы кредитов не только коммерческими банками их клиентам, но и центральными банками коммерческим банкам. Было отмечено также, что ввиду глобализации финансовых рынков задействуется обычно несколько государств, законы которых зачастую несовместимы друг с другом или же недостаточны в плане регулирования соответствующих проблем. В результате этого возникает значительная неопределенность в отношении того, обладают ли инвесторы, владеющие ценными бумагами, и финансовые агенты, предоставляющие кредит и принимающие залог в ценных бумагах, вещным правом и пользуются ли они защитой, особенно в случае несостоятельности посредника. Было отмечено, что значительная неопределенность возникает даже в отношении права, применимого к обеспечительным интересам в инвестиционном имуществе, находящемся во владении посредника, а то обстоятельство, что Гагская конференция по международному частному праву собирается рассмотреть этот вопрос, свидетельствует как о его важности, так и о насущном характере. В этом отношении было отмечено, что работа ЮНСИТРАЛ могла бы вполне сочетаться с любой работой Гагской конференции и дополнять

ее, особенно с учетом ограничений, присущих нормам международного частного права в вопросах императивных норм и публичного порядка.

461. Другое предложение заключалось в том, чтобы подготовить единообразный закон об обеспечительных интересах в инвентарных запасах (т.е. в постоянно меняющейся массе материальных активов). Было заявлено, что использование меняющейся массы имущества, будь то материального или нематериального, является важным моментом современного законодательства в области обеспеченного финансирования. Было отмечено также, что любую работу по инвентарным запасам вполне можно строить на базе работы Комиссии по дебиторской задолженности и практике, которая может вызвать положительную ответную реакцию международных финансовых рынков. В качестве вопросов, которые необходимо отразить в таком единообразном законе, были названы следующие: создание и сфера применения обеспечительного интереса (которая должна охватывать приобретенное имущество и обеспеченные долги, возникшие даже после создания интереса); средства защиты в случае неплатежеспособности должника; четкие нормы в отношении приоритета; и механизмы обеспечения транспарентности любого интереса.

462. Еще одно предложение заключалось в том, что необходимо разработать единообразный закон, касающийся финансового регистра обеспечительных прав. Такой регистр повысит определенность и транспарентность и в результате этого окажет положительное воздействие на наличие и стоимость кредита, что крайне необходимо для развития мировой экономики. Чтобы достичь этого результата, регистр должен охватывать все виды обеспечительных интересов во всех видах имущества. В ходе обсуждения было высказано предложение о том, чтобы Секретариат провел коллоквиум в сотрудничестве с организациями, представляющими соответствующую практику и отрасли, а также с международными учреждениями, занимающимися вопросами развития.

463. После обсуждения Комиссия попросила Секретариат подготовить исследование, содержащее подробный анализ соответствующих проблем в области права обеспеченного кредитования и возможное решение для рассмотрения Комиссией на ее тридцать четвертой сессии в 2001 году. Было решено, что после рассмотрения исследования Комиссия сможет принять на этой сессии решение о том, следует ли продолжать работу по этой теме и в каком контексте. Было решено также, что в рамках исследования можно определить, в частности, в достаточной ли степени текущие тенденции обнаруживают точки соприкосновения между правовыми системами, что позволяло бы разработать единообразный закон в течение разумного срока. Было решено далее, что в этом исследовании должны быть проанализированы

преимущества и недостатки различных решений (т.е. единообразный закон обо всех видах имущества в сравнении со сводом принципов вместе с руководством или же единообразный закон по конкретным видам имущества). Кроме того, было решено, что в исследовании должна быть отражена работа, проделанная другими организациями, и что при любых вариантах должна учитываться необходимость недопущения дублирования усилий.

XVI. ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ

A. Библиография

464. Комиссия с удовлетворением приняла к сведению библиографию последних работ, касающихся деятельности Комиссии (A/CN.9/481).

465. Комиссия подчеркнула важность наличия у нее возможно более полной информации о публикациях, включая диссертации, в которых комментируются результаты ее работы. В этой связи она просила правительства, учебные заведения и другие соответствующие организации направлять экземпляры таких публикаций в Секретариат.

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

466. Комиссия была информирована о том, что Институт международного торгового права при юридическом факультете Университета Пейс в Нью-Йорке организовал седьмое международное торговое арбитражное разбирательство памяти Виллема К. Виса в Вене 15–20 апреля 2000 года. Правовые вопросы, которые рассматривались группами студентов, участвовавших в учебном разбирательстве, основывались на Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже и Арбитражном регламенте Лондонского международного арбитражного суда. В учебном разбирательстве 2000 года приняли участие около 79 групп, представляющих юридические факультеты примерно 28 стран, в которые входили около 600 студентов и преподавателей и примерно 150 арбитров. Восьмое учебное разбирательство планируется провести в Вене с 6 по 12 апреля 2001 года.

467. Комиссия с интересом выслушала это сообщение. Особая благодарность была выражена Институту международного торгового права при юридическом факультете Университета Пейс за

организацию учебного разбирательства и Секретариату за оказанное содействие в его проведении. По мнению Комиссии, это учебное разбирательство, отличающееся широким международным участием, является отличным методом распространения информации о единообразных правовых документах и преподавания международного торгового права.

C. Сроки и место проведения тридцать четвертой сессии Комиссии

468. Было решено, что Комиссия проведет свою тридцать четвертую сессию 25 июня – 13 июля 2001 года в Вене.

D. Сессии рабочих групп

469. Комиссия утвердила следующий график заседаний своих рабочих групп:

a) Рабочая группа по электронной торговле проведет свою тридцать седьмую сессию 18–29 сентября 2000 года в Вене и свою тридцать восьмую сессию 26 февраля – 9 марта 2001 года в Нью-Йорке;

b) Рабочая группа по арбитражу проведет свою тридцать третью сессию 20 ноября – 1 декабря 2000 года в Вене и свою тридцать четвертую сессию 21 мая – 1 июня 2001 года в Нью-Йорке;

c) Рабочая группа по международной договорной практике проведет свою двадцать третью сессию 11–22 декабря 2000 года в Вене и свою двадцать четвертую сессию в качестве Рабочей группы по законодательству о несостоятельности 26 марта – 6 апреля 2001 года в Нью-Йорке.

E. Выход в отставку Секретаря Комиссии

470. Комиссия отметила, что ее Секретарь Джерольд Херрман должен выйти в отставку 31 января 2001 года. Г-н Херрман работает в Секретариате с 1975 года и занимает пост Секретаря Комиссии с 1991 года. По общему мнению, то время, когда г-н Херрман занимал пост Секретаря Комиссии, было наиболее продуктивным периодом деятельности Комиссии, а Секретариат Комиссии под руководством г-на Хермана вносил превосходный вклад в работу Комиссии, несмотря на ограниченность имеющихся в его распоряжении ресурсов. Комиссия выразила признательность г-ну Херрману за его выдающийся вклад в процесс унификации и согласования международного торгового права в целом и в работу ЮНСИТРАЛ в частности.

Приложение I

Проект конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле

(Название, преамбула и проекты статей 1-17, принятые Комиссией)*

Преамбула

Договаривающиеся государства,

вновь подтверждая свою убежденность в том, что международная торговля на основе равенства и взаимной выгоды является важным элементом в деле содействия развитию дружественных отношений между государствами,

учитывая, что проблемы, возникающие ввиду неопределенности в отношении содержания и выбора правового режима, применимого к уступкам дебиторской задолженности, представляют собой препятствие для международной торговли,

стремясь закрепить принципы и принять правила в области уступки дебиторской задолженности, которые позволят добиться определенности и транспарентности и будут содействовать модернизации права в области уступок дебиторской задолженности, обеспечивая при этом защиту существующей практики уступок и способствуя развитию новых видов практики,

стремясь также обеспечить надлежащую защиту интересов должника в случае уступки дебиторской задолженности,

полагая, что принятие единообразных правил, регулирующих уступки дебиторской задолженности, будет способствовать расширению возможностей получения денежных средств и кредита по более доступным ставкам и тем самым способствовать развитию международной торговли,

согласились о следующем:

Глава I Сфера применения

Статья 1 Сфера применения

1. Настоящая Конвенция применяется:

а) к уступкам международной дебиторской задолженности и международным уступкам дебиторской задолженности, как они определены в настоящей главе, если в момент заключения договора уступки cedent находится в Договаривающемся государстве; и

б) к последующим уступкам дебиторской задолженности при условии, что любая предшествующая уступка регулируется настоящей Конвенцией.

2. Настоящая Конвенция применяется к последующей уступке, которая удовлетворяет критериям, указанным в пункте 1(а) настоящей статьи, независимо от того, что она не применялась к предшествующей уступке той же дебиторской задолженности.

3. Настоящая Конвенция не затрагивает прав и обязательств должника, за исключением случаев, когда в момент заключения первоначального договора должник находится в Договаривающемся государстве или когда право, регулирующее дебиторскую задолженность, является правом Договаривающегося государства.

[4. Положения главы V применяются к уступкам международной дебиторской задолженности и к международным уступкам дебиторской задолженности, как они определены в настоящей главе, независимо от пунктов 1 и 2 настоящей статьи. Однако эти положения не применяются, если государство делает заявление согласно статье 37.]

5. Приложение к настоящей Конвенции применяется в Договаривающемся государстве, которое сделало заявление согласно статье 40.

Статья 2

Уступка дебиторской задолженности

Для целей настоящей Конвенции:

а) "уступка" означает передачу по договоренности одним лицом ("cedentом") другому лицу ("цессионарию") договорного права, полностью или частично, или неделимого интереса в договорном праве cedenta на платеж денежной суммы ("дебиторской задолженности"), причитающейся с третьего лица ("должника"). Создание прав в дебиторской задолженности в качестве обеспечения долга или иного обязательства считается передачей;

б) в случае уступки первоначальным или любым другим цессионарием ("последующая уступка") лицо, совершающее эту уступку, является cedentом, а лицо, в пользу которого совершается эта уступка, является цессионарием.

Статья 3

Международный характер

Дебиторская задолженность является международной, если в момент заключения первоначального договора cedent и должник находятся в разных государствах. Уступка является международной, если в момент заключения договора уступки cedent и цессионарий находятся в разных государствах.

Статья 4

Исключения

1. Настоящая Конвенция не применяется к уступкам:

а) совершаемым для личных, семейных или домашних целей;

* Статьи 18-44 проекта конвенции и статьи 1-7 приложения к проекту конвенции, которые еще не рассмотрены Комиссией, содержатся в приложении I к документу A/CN.9/466, аналитический комментарий Секретариата – в документе A/CN.9/470 и комментариями правительства и международных организаций – в документах A/CN.9/472 и Add. 1-4.

b) совершаемых путем вручения оборотного документа, при необходимости с индоссаментом;

c) совершаемым в рамках продажи или изменения собственника или правового положения коммерческого предприятия, из которых возникла уступленная дебиторская задолженность.

2 Настоящая Конвенция не применяется к уступкам дебиторской задолженности, возникающим из:

a) сделок на регулируемом рынке;

b) финансовых договоров, регулируемых соглашениями о взаимозачете, за исключением дебиторской задолженности, которая причитается при прекращении всех незавершенных сделок;

c) банковских депозитов;

d) межбанковских платежных систем или межбанковских платежных соглашений или систем расчетов по инвестиционным ценным бумагам;

e) аккредитива или независимой гарантии;

f) продажи и займа инвестиционных ценных бумаг или владения ими или из соглашения об их выкупе.

3. Настоящая Конвенция:

a) не затрагивает вопроса о том, порождает ли имущественное право в недвижимости право в дебиторской задолженности, связанной с этой недвижимостью, и не устанавливает приоритета такого права в дебиторской задолженности в отношении коллидирующего права цессионария дебиторской задолженности;

b) не позволяет приобретать имущественные права в недвижимости, не разрешаемые правом государства места нахождения недвижимости.

[4. Настоящая Конвенция не применяется к уступкам, перечисленным в заявлении, сделанном согласно статье 39 государством места нахождения цедента или — в отношении положений настоящей Конвенции, касающихся прав и обязательств должника, — государством места нахождения должника]

Глава II Общие положения

Статья 5

Определения и правила толкования

Для целей настоящей Конвенции:

a) "первоначальный договор" означает договор между цедентом и должником, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность;

b) "существующая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает в момент заключения договора уступки или до его заключения; "будущая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает после заключения договора уступки;

c) "письменная форма" означает любую форму, в которой информация является доступной для

се последующего использования. В случаях, когда настоящая Конвенция требует, чтобы письменная форма была подписана, это требование считается выполненным, если в этой письменной форме с помощью общепризнанных средств или процедуры, одобренной лицом, подпись которого требуется, идентифицируется это лицо и указывается на согласие этого лица с информацией, содержащейся в письменной форме;

d) "уведомление об уступке" означает сообщение в письменной форме, в котором разумно идентифицируется уступленная дебиторская задолженность и цессионарий;

e) "управляющий в деле о несостоятельности" означает лицо или учреждение — включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, — которое уполномочено в рамках производства по делу о несостоятельности управлять реорганизацией или ликвидацией активов или деловых операций цедента;

f) "производство по делу о несостоятельности" означает коллективное судебное или административное производство — включая временное производство, — в рамках которого активы и деловые операции цедента подлежат контролю или наблюдению со стороны суда или иного компетентного органа в целях реорганизации или ликвидации;

g) "приоритет" означает преимущественное право какой-либо стороны по отношению к другой стороне;

h) лицо находится в государстве, в котором расположено его коммерческое предприятие. Если цедент или цессионарий имеет коммерческие предприятия в более чем одном государстве, местом нахождения коммерческого предприятия является то место, в котором осуществляется его центральное управление. Если должник имеет коммерческие предприятия в более чем одном государстве, коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором. Если лицо не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание обычное место жительства этого лица;

i) "право" означает право, действующее в каком-либо государстве, иное, чем его нормы международного частного права;

j) "поступления" означает все полученное по уступленной дебиторской задолженности, будь то в форме полной или частичной уплаты или иного погашения дебиторской задолженности. Этот термин охватывает все полученное в отношении поступлений. Термин не включает возвращенные товары;

k) "финансовый договор" означает любую сделку-спот, сделку на срок, фьючерсную сделку, опционную сделку или сделку-своп, включающую процентные ставки, товары, ценные бумаги, акции, облигации, индексы или любые другие финансовые инструменты, любую сделку по повторному приобретению или кредитованию ценными бумагами, и любую иную сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок;

1) "соглашение о взаимозачете" означает соглашение, которое предусматривает одно или более из следующих действий:

- i) чистый расчет по платежам, причитающимся в той же валюте на ту же дату, будь то путем новации или каким-либо иным способом,
- ii) в случае несостоятельности или иного невыполнения 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 и
- iii) зачет сумм, рассчитанных в порядке, предусмотренном в предыдущем подпункте (1)(ii), по двум или более соглашениям о взаимозачете.

Статья 6 *Автономия сторон*

При условии соблюдения положений статьи 21 цедент, цессионарий и должник могут по договоренности отходить от положений настоящей Конвенции, касающихся их соответствующих прав и обязательств, или изменять эти положения. Такая договоренность не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной этой договоренности.

Статья 7 *Принципы толкования*

1. При толковании настоящей Конвенции надлежит учитывать ее объект и цель, изложенные в преамбуле, ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении и соблюдению добросовестности в международной торговле.

2. Вопросы, относящиеся к предмету регулирования настоящей Конвенции, которые прямо в ней не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а в отсутствие таких принципов – в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права.

Глава III **Последствия уступки**

Статья 8 *Форма уступки*

Уступка является действительной с точки зрения формы, когда она удовлетворяет требованиям в отношении формы, если таковые существуют, права государства места нахождения цедента или любого другого лица, применимого в силу норм международного частного права.

Статья 9 *Действительность оптовых уступок, уступок будущей дебиторской задолженности и частичных уступок*

1. Уступка существующей или будущей, одной или нескольких дебиторских задолженностей и частей

или неразделенных интересов в дебиторской задолженности является действительной в отношении между цедентом и цессионарием, а также в отношении должника независимо от того, определены ли дебиторские задолженности:

- a) индивидуально в качестве дебиторских задолженностей, с которыми связана эта уступка; или
- b) любым другим способом, при условии, что они могут быть идентифицированы в качестве дебиторских задолженностей, с которыми связана уступка, в момент уступки или – в случае будущих дебиторских задолженностей – в момент заключения первоначального договора.

2. В отсутствие договоренности об ином уступка одной или нескольких будущих дебиторских задолженностей является действительной без необходимости совершения дополнительного акта передачи для уступки каждой дебиторской задолженности.

3. За исключением предусмотренного в пункте 1 настоящей статьи, в статье 11 и пунктах 2 и 3 статьи 12, настоящая Конвенция не затрагивает каких бы то ни было ограничений на уступку, возникающих из закона.

4. Уступка дебиторской задолженности не может быть недействительной в отношении лица, указанного в подпункте (a) статьи 24, а право цессионария не может быть лишено приоритета в отношении коллидирующих прав такого лица только на том основании, что в праве, помимо настоящей Конвенции, в целом не признается уступка, о которой говорится в пункте 1 настоящей статьи.

Статья 10 *Момент уступки*

Без ущерба для прав лица, указанного в подпункте (a) статьи 24, существующая дебиторская задолженность передается, а будущая дебиторская задолженность считается переданной в момент заключения договора уступки, если только цедент и цессионарий не укажут более поздний момент.

Статья 11 *Договорные ограничения на уступку*

1. Уступка дебиторской задолженности является действительной независимо от любой договоренности между первоначальным или любым последующим цедентом и должником или любым последующим цессионарием, ограничивающей каким бы то ни было образом право цедента уступать свою дебиторскую задолженность.

2. Ничто в настоящей статье не затрагивает обязательств или ответственности цедента за нарушение такой договоренности, однако другая сторона этой договоренности не может расторгнуть первоначальный договор или договор уступки только на основании этого нарушения. Лицо, не являющееся стороной такой договоренности, не может нести ответственность только на том основании, что оно знало о ее существовании.

3. Настоящая статья применяется только к уступкам дебиторской задолженности:

а) возникающей на основании первоначального договора поставки или аренды [товаров], работ или услуг, помимо финансовых услуг, или продажи или аренды недвижимости;

б) возникающей на основании первоначального договора продажи, аренды или передачи по лицензии промышленной или иной интеллектуальной собственности или иной информации;

с) представляющей собой обязательство произвести платеж за операцию по кредитной карте; или

д) причитающейся цеденту после чистого расчета по платежам, причитающимся в соответствии с соглашением о взаимозачете, в котором участвует более двух сторон.

Статья 12

Передача обеспечительных прав

1. Личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается цессионарию без дополнительного акта передачи. Если такое право согласно регулируемому его закону может передаваться только с дополнительным актом передачи, цедент обязан передать это право и любые поступления цессионарию.

2. Право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается согласно пункту 1 настоящей статьи независимо от договоренности между цедентом и должником или иным лицом, предоставляющим это право, ограничивающей каким бы то ни было образом право цедента уступать дебиторскую задолженность или право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности.

3. Ничто в настоящей статье не затрагивает обязательств или ответственности цедента за нарушение договоренности, о которой говорится в пункте 2 настоящей статьи, однако другая сторона этой договоренности не может расторгнуть первоначальный договор или договор уступки только на основании этого нарушения. Лицо, не являющееся стороной такой договоренности, не может нести ответственность только на том основании, что оно знало о ее существовании.

4. Пункты 2 и 3 настоящей статьи применяются только к уступкам дебиторской задолженности:

а) возникающей на основании первоначального договора поставки или аренды [товаров], работ или услуг, помимо финансовых услуг, или продажи или аренды недвижимости;

б) возникающей на основании первоначального договора продажи, аренды или передачи по лицензии промышленной или иной интеллектуальной собственности или иной информации;

с) представляющей собой обязательство произвести платеж за операцию по кредитной карте; или

д) причитающейся цеденту после чистого расчета по платежам, причитающимся в соответствии с соглашением о взаимозачете, в котором участвует более двух сторон

5. Передача какого-либо посессорного имущественного права согласно пункту 1 настоящей статьи не затрагивает обязательств цедента перед должником или лицом, предоставившим имущественное право в отношении переданного имущества, которые могут существовать согласно закону, регулирующему это имущественное право.

6. Пункт 1 настоящей статьи не затрагивает требований на основании норм права, помимо положений настоящей Конвенции, касающихся формы или регистрации передачи любых прав, обеспечивающих платеж уступленной дебиторской задолженности.

Глава IV

Права, обязательства и возражения

Раздел I

Цедент и цессионарий

Статья 13

Права и обязательства цедента и цессионария

1. Права и обязательства цедента и цессионария, вытекающие из договоренности между ними, определяются положениями и условиями этой договоренности, включая любые упомянутые в ней права или общие условия.

2. Цедент и цессионарий связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и, в отсутствие договоренности об ином, любой практикой, которую они установили в своих отношениях.

3. В случае международной уступки считается, что цедент и цессионарий, в отсутствие договоренности об ином, подразумевали применение к уступке обычая, который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается участниками соответствующих операций.

Статья 14

Гарантии со стороны цедента

1. Если цедент и цессионарий не договорились об ином, в момент заключения договора уступки цедент гарантирует, что:

а) цедент обладает правом уступать дебиторскую задолженность;

б) цедент не уступал дебиторскую задолженность ранее другому цессионарию; и

с) должник не имеет и не будет иметь никаких возражений или прав на зачет.

2. Если цедент и цессионарий не договорились об ином, цедент не гарантирует, что должник обладает или будет обладать финансовыми возможностями произвести платеж.

Статья 15

Право на уведомление должника

1. Если цедент и цессионарий не договорились об ином, цедент или цессионарий или и тот, и другой могут направить должнику уведомление об уступке и платежную инструкцию, однако после направления уведомления платежную инструкцию может направлять только цессионарий.

2. Уведомление об уступке или платежная инструкция, направленные в нарушение договоренности, о которой говорится в пункте 1 настоящей статьи, является действительным для целей статьи 19, несмотря на такое нарушение. Однако ничто в настоящей статье не затрагивает обязательства или ответственности стороны, нарушившей такую договоренность, за любые убытки, возникшие в результате нарушения.

Статья 16

Приво на платеж

1. Если цедент и цессионарий не договорились об ином и независимо от того, было ли направлено уведомление об уступке:

а) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цессионарию, цессионарий имеет право удерживать поступления и возвращенные товары по уступленной дебиторской задолженности;

б) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цеденту, цессионарий имеет право на выплаченные поступления, а также право на товары, возвращенные цеденту по уступленной дебиторской задолженности;

с) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен другому лицу, по отношению к которому цессионарий имеет приоритет, цессионарий имеет право на выплаченные поступления, а также право на товары, возвращенные такому лицу по уступленной дебиторской задолженности.

2. Цессионарий не может удерживать больше того, что ему причитается из дебиторской задолженности.

Раздел II

Должник

Статья 17

Принцип защиты должника

1. За исключением случаев, когда настоящей Конвенцией предусмотрено иное, уступка, совершенная без согласия должника, не затрагивает прав и обязательств должника, включая условия платежа, содержащиеся в первоначальном договоре.

2. В платежной инструкции может быть изменено лицо, адрес или счет, в отношении которого должник должен произвести платеж, однако не может быть:

а) изменена валюта платежа, указанная в первоначальном договоре; или

б) изменено указанное в первоначальном договоре государство, в котором должен быть произведен платеж, на иное государство, чем то, в котором находится должник.

ДОБАВЛЕНИЕ

НОВАЯ НУМЕРАЦИЯ СТАТЕЙ ПРОЕКТА КОНВЕНЦИИ

Новый номер статьи (приложение I к настоящему документу)	Бывший номер статьи (A/CN.9/466, приложение I)
1	1
2	2
3	3
4	4
5	6
6	7
7	8
8	новая статья
9	9
10	10
11	11
12	12
13	13
14	14
15	15
16	16
17	17

ПРИЛОЖЕНИЕ II

Перечень документов, представленных Комиссии на ее тридцать третью сессию

(Приложение II воспроизводится в части третьей, III настоящего Ежегодника)

В. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД): выдержка из доклада Совета по торговле и развитию о работе его сорок седьмой сессии (TD/B/47/11 (Vol. I))

I.F.2 Прогрессивное развитие права международной торговли: тридцать третий ежегодный доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

2. На своем 917-м пленарном заседании 20 октября 2000 года Совет принял к сведению доклад ЮПСИТРАЛ о работе ее тридцать третьей сессии (A/55/17).

С. Генеральная Ассамблея: доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать третьей сессии: доклад Шестого комитета (A/56/608)

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своем 9-м пленарном заседании 11 сентября 2000 года Генеральная Ассамблея по рекомендации Генерального комитета постановила включить в повестку дня своей пятьдесят пятой сессии пункт, озаглавленный "Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать третьей сессии", и передать его на рассмотрение Шестому комитету.

2. Шестой комитет рассматривал данный пункт на своих 3, 4, 24 и 25-м заседаниях 9 и 10 октября и 3 и 8 ноября 2000 года. Мнения представителей, выступавших в ходе рассмотрения Комитетом этого пункта, отражены в соответствующих кратких отчетах (A/C.6/55/SR.3, 4, 24 и 25).

3. В связи с рассмотрением данного пункта Комитет имел в своем распоряжении доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать третьей сессии¹.

4. На 3-м заседании 9 октября Председатель Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли на ее тридцать третьей сессии внес на рассмотрение доклад Комиссии о работе этой сессии (см. A/C.6/55/SR.3).

5. На 4-м заседании 10 октября Председатель Комиссии сделал заявление с учетом прений (см. A/C.6/55/SR.4).

II. РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТА РЕЗОЛЮЦИИ A/C.6/55/L.5

6. На 24-м заседании 3 ноября представитель Австрии от имени Австралии, Австрии, Азербай-

¹Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (A/55/17).

джана, Алжира, Анголы, Аргентины, Армении, Бахрейна, Бельгии, Болгарии, Боснии и Герцеговины, Бразилии, бывшей югославской Республики Македонии, Венгрии, Венесуэлы, Гаити, Гватемалы, Германии, Греции, Дании, Египта, Израиля, Индии, Индонезии, Исламской Республики Иран, Ирландии, Испании, Италии, Канады, Кипра, Китая, Колумбии, Коста-Рики, Лесото, Литвы, Нихтенштейна, Люксембурга, Мадагаскара, Мальты, Мексики, Нигерии, Нидерландов, Новой Зеландии, Норвегии, Перу, Польши, Португалии, Российской Федерации, Руанды, Румынии, Сан-Марино, Сингапура, Словакии, Словении, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Таиланда, Турции, Уганды, Украины, Уругвая, Филиппин, Финляндии, Франции, Хорватии, Чешской Республики, Чили, Швеции, Эквадора, Южной Африки и Японии, к которым впоследствии присоединились Беларусь, Боливия, Ботсвана и Саудовская Аравия, внес на рассмотрение проект резолюции, озаглавленный "Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать третьей сессии" (A/C.6/55/L.5).

7. На своем 25-м заседании 8 ноября Комитет принял Проект резолюции A/C.6/55/L.5 без голосования (см. пункт 8).

III. РЕКОМЕНДАЦИЯ ШЕСТОГО КОМИТЕТА

8. Шестой комитет рекомендует Генеральной Ассамблее принять следующий проект резолюции:

[В настоящем разделе данный текст не воспроизводится. Проект резолюции был принят с редакционными поправками в качестве резолюции 55/151 (см. раздел D ниже).]

D. Резолюция 55/151 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2000 года

55/151. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать третьей 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 инте-

ресы всех народов, в особенности развивающихся стран, в деле широкого развития международной торговли,

опять подтверждая свою убежденность в том, что прогрессивное согласование 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 инте-

ресов, а также ликвидации дискриминации в международной торговле и, тем самым, благосостоянию всех народов,

подчеркивая, что необходимо уделять больше внимания работе Комиссии ввиду повышения значения модернизации права международной торговли для мирового экономического развития, а значит и для поддержания дружественных отношений между государствами,

подчеркивая ценность участия государств, находящихся на всех уровнях экономического развития и имеющих различные правовые системы, в процессе согласования и унификации права международной торговли,

рассмотрев доклад Комиссии о работе ее тридцать третьей сессии¹,

будучи обеспокоена тем, что деятельность, осуществляемая другими органами системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли без координации с Комиссией, может привести к нежелательному дублированию усилий и не будет отвечать цели повышения эффективности, последовательности и взаимосвязанности в унификации и согласовании права международной торговли, как указано в ее резолюции 37/106 от 16 декабря 1982 года,

подчеркивая важность дальнейшего развития прецедентного права по текстам Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли для поощрения единообразного применения правовых текстов Комиссии и его значение для государственных служащих, лиц, занимающихся практической деятельностью, и ученых,

1. *с признательностью принимает к сведению* доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать третьей сессии¹;

2. *выражает признательность* Комиссии за работу в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, которая завершилась принятием Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников², а также за важный прогресс, достигнутый в ее работе по вопросам финансирования дебиторской задолженности;

3. *призывает* правительства, которые еще не сделали этого, прислать ответы на распространенный Секретариатом вопросник относительно правового режима, регулирующего признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений, в частности законодательного осуществления Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, подписанной в Нью-Йорке 10 июня 1958 года³;

4. *предлагает* государствам назначить лиц для работы с частным фондом, учрежденным для поощрения оказания помощи Комиссии со стороны частного сектора;

5. *вновь подтверждает* мандат Комиссии как центрального правового органа в рамках системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли на координацию правовой деятельности в этой области и в этой связи:

a) *призывает* все органы системы Организации Объединенных Наций и предлагает другим международным организациям учитывать мандат Комиссии и необходимость избегать дублирования усилий и содействовать эффективности, последовательности и взаимосвязанности в унификации и согласовании права международной торговли;

b) *рекомендует* Комиссии через ее секретариат продолжать тесно сотрудничать с другими международными органами и организациями, в том числе с региональными организациями, которые ведут работу в области права международной торговли;

6. *вновь подтверждает также* важность, в частности для развивающихся стран, работы Комиссии по подготовке кадров и оказанию технической помощи в области права международной торговли, например помощи в подготовке национального законодательства на основе правовых текстов Комиссии;

7. *заявляет о желательности* активизации усилий Комиссии по оказанию поддержки проведению семинаров и симпозиумов для обеспечения такой подготовки кадров и оказания технической помощи и в этой связи:

a) *выражает признательность* Комиссии за проведение семинаров и информационных миссий в Бразилии, Камеруне, Кот-д'Ивуаре, Мадагаскаре, Перу, Российской Федерации и Южной Африке;

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 финансировании и организации семинаров и симпозиумов, в частности в развивающихся странах, а также в предоставлении стипендий кандидатам из развивающихся стран, с тем чтобы они имели возможность участвовать в таких семинарах и симпозиумах;

8. *призывает* Программу развития Организации Объединенных Наций и другие органы, ответственные за оказание помощи в целях развития, такие, как Международный банк реконструкции и развития и Европейский банк реконструкции и развития, а также правительства в рамках их программ оказания помощи на двусторонней основе поддерживать программу Комиссии в области подготовки кадров и технической

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия. Дополнение № 17 (A/55/17).

² Там же, пункт 372.

³ United Nations, Treaty Series, vol. 330, No. 4739.

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

9. *призывает* правительства, соответствующие органы системы Организации Объединенных Наций, организации, учреждения и отдельных лиц для обеспечения всестороннего участия всех государств-членов в сессиях Комиссии и ее рабочих групп вносить добровольные взносы в целевой фонд для оказания помощи в покрытии путевых расходов развивающимся странам, являющимся членами Комиссии, по их просьбе и в консультации с Генеральным секретарем;

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

11. *просит* Генерального секретаря укрепить секретариат Комиссии в пределах имеющихся ресурсов, с тем чтобы обеспечить и повысить эффективность осуществления программы Комиссии;

12. *подчеркивает* важное значение обеспечения вступления в силу конвенций, разработанных в рамках 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;

13. *просит* Генерального секретаря представить Генеральной Ассамблее на ее пятьдесят шестой сессии доклад о последствиях расширения членского состава Комиссии и предлагает государствам-членам представить свои мнения по этому вопросу;

14. *выражает признательность* секретарю Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли с 1991 года Герольду Херману, который 31 января 2001 года выходит на пенсию, за его выдающийся и самоотверженный вклад в процесс унификации и согласования права международной торговли в целом и в деятельность Комиссии в частности.

84-е пленарное заседание,
12 декабря 2000 года

Часть вторая

**ИССЛЕДОВАНИЯ И ДОКЛАДЫ
ПО КОНКРЕТНЫМ ТЕМАМ**

I. ПРОЕКТЫ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫЕ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ

**Проекты глав руководства для законодательных органов по проектам
в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников:
доклад Генерального секретаря (A/CN.9/471 и Add.1-9)
[Подлинный текст на английском языке]**

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Страница</u>
[A/CN.9/471/Add.1]	
ВВЕДЕНИЕ И СПРАВОЧНАЯ ИНФОРМАЦИЯ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ	94
[A/CN.9/471/Add.2]	
I. ОБЩИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ РАМКИ	109
[A/CN.9/471/Add.3]	
II. РИСКИ, СВЯЗАННЫЕ С ПРОЕКТАМИ, И ПРАВИТЕЛЬСТВЕННАЯ ПОДДЕРЖКА	121
[A/CN.9/471/Add.4]	
III. ВЫБОР КОНЦЕССИОНЕРА	137
[A/CN.9/471/Add.5]	
IV. СООРУЖЕНИЕ И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИНФРАСТРУКТУРЫ	170
[A/CN.9/471/Add.6]	
V. СРОК ДЕЙСТВИЯ, ПРОДЛЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ПРОЕКТНОГО СОГЛАШЕНИЯ	205
[A/CN.9/471/Add.7]	
VI. УРЕГУЛИРОВАНИЕ СПОРОВ	220
[A/CN.9/471/Add.8]	
VII. ДРУГИЕ ОБЛАСТИ ПРАВА, ИМЕЮЩИЕ ОТНОШЕНИЕ К РАССМАТРИВАЕМЫМ ВОПРОСАМ	232
[A/CN.9/471/Add.9]	
СВОДНЫЕ РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ ...	245

[A/CN.9/471]

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать девятой сессии в 1996 году после рассмотрения записки Секретариата о проектах "строительство-эксплуатация-передача" (СЭП) (A/CN.9/424) Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли постановила разработать руководство для законодательных органов, которым могли бы пользоваться государства при подготовке или обновлении их законодательства, касающегося таких проектов¹. Комиссия просила Секретариат провести анализ вопросов, которые было бы целесообразно рассмотреть в таком руководстве для законодательных органов, и подготовить проекты материалов для рассмотрения Комиссией.

2. На своей тридцатой сессии в 1997 году Комиссия рассмотрела аннотированное содержание, в котором излагались темы, предложенные для включения в руководство для законодательных органов (A/CN.9/438, приложение). Комиссия также рассмотрела первоначальные проекты глав I "Сфера действия, назначение и терминология Руководства", II "Стороны - участники проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и этапы осуществления проектов" и V "Подготовительные меры" (A/CN.9/438/ Add.1-3, соответственно) руководства. После обмена мнениями о характере вопросов, которые должны были быть обсуждены, и возможных методах рассмотрения таких вопросов в руководстве Комиссия в целом одобрила направление работы, предложенное Секретариатом в этих документах². Комиссия просила Секретариат обратиться, в случае необходимости, к внешним экспертам за оказанием помощи в подготовке будущих глав и предложила правительствам указать тех экспертов, которые могут оказать содействие Секретариату в выполнении этой задачи.

3. На ее тридцать первой сессии в 1998 году Комиссии были представлены пересмотренные варианты ранее подготовленных глав, а также пересмотренное содержание, проект введения к руководству для законодательных органов и первоначальные проекты глав I "Общие соображения по законодательным вопросам", II "Структура и регулирование секторов", III "Выбор концессионера" и IV "Заключение и общие условия проектного соглашения" (A/CN.9/444/Add.1-5). Комиссия рассмотрела различные предложения, касающиеся проектов глав, а также предложения об изменении структуры руководства для законодательных органов и сокращении количества глав³. Комиссия просила

Секретариат продолжить подготовку будущих глав при помощи внешних экспертов для их представления Комиссии на ее тридцать второй сессии.

4. На своей тридцать второй сессии в 1999 году Комиссия рассмотрела полный проект руководства для законодательных органов, который состоял из следующих документов: "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников" и глав I "Общие соображения по законодательным вопросам", II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", III "Выбор концессионера", IV "Проектное соглашение", V "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", VI "Истечение срока проекта, продление и прекращение", VII "Применимое право" и VIII "Урегулирование споров" (A/CN.9/458/Add.1-9, соответственно). Комиссия была проинформирована о том, что Секретариат изменил общую структуру руководства для законодательных органов и объединил некоторые его главы. Комиссия приняла к сведению и в целом одобрила пересмотренную структуру проекта руководства для законодательных органов⁴. Комиссия рассмотрела различные конкретные предложения, касающиеся проектов глав⁵.

II. СТРУКТУРА И СОДЕРЖАНИЕ ПРОЕКТА РУКОВОДСТВА ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ

5. На тридцать второй сессии Комиссии в 1999 году было отмечено, что проект руководства был впервые представлен полностью. Хотя в целом было сочтено, что проекты глав охватывают большую часть основных вопросов, связанных с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, было выражено мнение, что этот документ является весьма объемным и что необходимо принять корректировочные меры для того, чтобы сделать руководство более доступным для целевых читателей⁶. В силу этого при пересмотре проектов глав для учета предложений, сделанных на тридцать второй сессии Комиссии, Секретариат стремился к максимально сжатому изложению комментариев, принимая во внимание широкую сферу руководства и большое разнообразие вопросов, связанных с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников.

Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников

6. Предыдущий проект введения содержался в документе A/CN.9/458/Add.1. Пересмотренный проект, в котором учитываются предложения, сделанные на

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункты 225-230.

² Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение 17 (A/52/17), пункты 231-247.

³ Там же, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункты 12-206.

⁴ Там же, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункт 18.

⁵ Там же, пункты 17-307.

⁶ Там же, пункт 18.

тридцать второй сессии Комиссии⁷, содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/471/Add.1).

Глава I. Общие законодательные и институциональные рамки

7. Предыдущий проект главы I содержался в документе A/CN.9/458/Add.2. Пересмотренный проект, в котором учитываются предложения, сделанные на тридцать второй сессии Комиссии⁸, содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/471/Add.2).

Глава II. Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка

8. Первоначальный проект главы II содержался в документе A/CN.9/458/Add.3. Пересмотренный проект, в котором учитываются предложения, сделанные на тридцать второй сессии Комиссии⁹, содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/471/Add.3).

Глава III. Выбор концессионера

9. Предыдущий вариант этой главы содержался в документе A/CN.9/458/Add.4. Пересмотренный проект, в котором учитываются предложения, сделанные на тридцать второй сессии Комиссии¹⁰, содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/471/Add.4).

Глава IV. Сооружение и эксплуатация инфраструктуры

10. В этом проекте главы объединяются вопросы, которые ранее предлагалось обсудить в двух отдельных главах, а именно в главах IV "Проектное соглашение" (содержится в документе A/CN.9/458/Add.5) и V "Развитие и эксплуатация инфраструктуры" (содержится в документе A/CN.9/458/Add.6). Сводный пересмотренный проект, в котором учитываются предложения, сделанные на тридцать второй сессии Комиссии¹¹, содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/471/Add.5).

Глава V. Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения

11. Предыдущий вариант этой главы (согласно предыдущей нумерации - главы VI) содержался в документе A/CN.9/458/Add.7. Пересмотренный проект, в котором учитываются предложения, сделанные на тридцать второй сессии Комиссии¹², содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/471/Add.6).

Глава VI. Урегулирование споров

12. Предыдущий вариант этой главы (согласно предыдущей нумерации - главы VIII) содержался в документе A/CN.9/458/Add.9. Пересмотренный вариант, в котором учитываются предложения, сделанные на тридцать второй сессии Комиссии¹³, содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/471/Add.7).

Глава VII. Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам

13. Предыдущий вариант этой главы содержался в документе A/CN.9/458/Add.8. Пересмотренный вариант, в котором учитываются предложения, сделанные на тридцать второй сессии Комиссии¹⁴, содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/471/Add.8).

Сводные рекомендации по законодательным вопросам

14. На тридцать второй сессии Комиссии было достигнуто согласие о том, что формулировку рекомендаций по законодательным вопросам, включенных в каждую главу, следует изменить в целях обеспечения большего единообразия¹⁵. После этого Секретариат при помощи экспертов провел полномасштабный пересмотр рекомендаций с тем, чтобы обеспечить их последовательность и соответствие друг другу. Для облегчения работы Комиссии все рекомендации, содержащиеся в отдельных главах, были сведены в одно добавление к настоящему документу (A/CN.9/471/Add.9). Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о желательности включения такого свода рекомендаций в окончательный вариант руководства для облегчения его использования читателями.

III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

15. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, что с учетом продвинутого этапа подготовки проекта руководства для законодательных органов двух дней работы ее следующей сессии будет достаточно для проведения заключительного обзора рекомендаций по законодательным вопросам и принятия руководства.

⁷ Там же, пункты 22-28.

⁸ Там же, пункты 39-69.

⁹ Там же, пункты 80-96.

¹⁰ Там же, пункты 97-136.

¹¹ Там же, пункты 137-205.

¹² Там же, пункты 206-253.

¹³ Там же, пункты 254-282.

¹⁴ Там же, пункты 287-307.

¹⁵ Там же, пункт 21.

A/CN.9/471/Add.1

ВВЕДЕНИЕ И СПРАВОЧНАЯ ИНФОРМАЦИЯ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ*

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
A. ВВЕДЕНИЕ	1-4
1. Структура и сфера действия <u>Руководства</u>	5-8
2. Терминология, используемая в <u>Руководстве</u>	9-20
B. СПРАВОЧНАЯ ИНФОРМАЦИЯ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ	21-77
1. Частные инвестиции и политика в области инфраструктуры	21-29
2. Структурная перестройка секторов инфраструктуры	30-46
3. Формы участия частного сектора в проектах в области инфраструктуры	47-53
4. Финансовые структуры и источники финансирования проектов в области инфраструктуры	54-67
5. Основные стороны - участники реализации проектов в области инфраструктуры	68-77

A. Введение

1. По ходу истории функции публичного и частного секторов в развитии инфраструктуры существенно изменялись. Такие услуги, как газовое освещение улиц, распределение электроэнергии, телеграфная и телефонная связь, железные дороги с использованием паровой тяги и электрограмная были созданы еще в XIX веке, и во многих странах соответствующие услуги предоставлялись частными компаниями, которые получили лицензию или концессию от правительства. В этот период осуществлялось большое количество финансируемых из частных источников проектов в области сооружения дорог или каналов, а также наблюдалось быстрое развитие международных механизмов финансирования проектов, включая размещение международных облигационных займов для финансирования железнодорожного строительства или других крупных проектов в области инфраструктуры.

2. В то же время на протяжении большей части XX века в мире, напротив, наблюдалась тенденция к повышению роли публичного сектора в обеспечении инфраструктуры и предоставлении других услуг. Довольно часто операторы инфраструктуры национализировались, а конкуренция снижалась в результате слияний и поглощений. В этот период отмечалось также снижение степени открытости мировой экономики. Лишь в ограниченном числе стран операторами в секторах инфраструктуры являлись частные компании, причем зачастую они проводили свою деятельность в условиях существенного ограничения или полного отсутствия конкуренции. Во многих странах господствующая роль публичного сектора в предоставлении услуг в области инфраструктуры была закреплена в конституциях.

3. Наблюдаемая в настоящее время обратная тенденция к расширению участия частного сектора и развитию конкуренции в секторах инфраструктуры появилась в начале 80-х годов и была обусловлена рядом как общих, так и специфических для отдельных стран факторов. К числу общих факторов относятся важные достижения технического прогресса; высокий уровень задолженности и острая нехватка бюджетных средств, ограничивающая

* Цель раздела B настоящей главы состоит в том, чтобы привести общую справочную информацию по вопросам, которые рассматриваются с точки зрения законодательной перспективы в последующих главах Руководства. Что касается дополнительной информации, то читателю особенно рекомендуется ознакомиться, в частности, со следующими публикациями других международных организаций: *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects* - подготовлено Организацией Объединенных Наций по промышленному развитию (издание ЮНИДО, в продаже под № UNIDO.95.6 E); *World Development Report 1994: Infrastructure for Development* (New York, Oxford University Press, 1994) и *World Development Report 1996: From Plan to Market* (New York, Oxford University Press, 1996) - издания Всемирного банка; или *Financing Private Infrastructure* (Washington, D.C., 1996) - опубликовано Международной финансовой корпорацией.

способность публичного сектора удовлетворять возрастающие потребности в области инфраструктуры; расширение международных и местных рынков капитала, обусловившее улучшение доступа к частным источникам финансирования; а также увеличение числа успешных международных проектов, связанных с участием частного сектора и развитием конкуренции в области инфраструктуры. Во многих странах было принято новое законодательство, которое не только обеспечивает регулирование подобных операций, но также предусматривает модификацию структуры рынка и правил, регулирующих конкуренцию в секторах этих операций.

4. Назначение настоящего Руководства состоит в оказании содействия созданию правового режима, благоприятного для частных инвестиций в публичную инфраструктуру. Содержащиеся в Руководстве рекомендации направлены на обеспечение сбалансированности между стремлением к облегчению и поощрению частного участия в проектах в области инфраструктуры, с одной стороны, и различными публичными интересами, являющимися предметом беспокойства принимающей страны, - с другой. В Руководстве обсуждается ряд вопросов, которые являются чрезвычайно важными с точки зрения публичных интересов и существования которых, несмотря на многочисленные различия в политических подходах и законодательных режимах, признается в большинстве правовых систем. К числу вопросов, представляющих публичный интерес, относятся такие проблемы, как непрерывный характер предоставления общедоступных услуг; неуклонное соблюдение стандартов принимающей страны в области защиты окружающей среды, здравоохранения, техники безопасности и качества; справедливый характер цен, взимаемых с населения; недискриминационный режим для потребителей или пользователей; полное раскрытие информации, касающейся функционирования объектов инфраструктуры; и гибкость, необходимая для приспособления к изменяющимся условиям, включая расширение предоставления услуг для удовлетворения дополнительного спроса. В свою очередь к числу вопросов, имеющих основополагающее значение для частного сектора, обычно относятся такие проблемы, как стабильность юридических и экономических условий в принимающей стране; прозрачность законов и норм и предсказуемость и беспристрастность в их применении; возможность принудительного исполнения имущественных прав в случае нарушений со стороны третьих лиц; гарантии уважения частной собственности принимающей страной, а также гарантии того, что меры, затрагивающие частную собственность, будут приниматься исключительно на основании публичных интересов и только при условии выплаты компенсации; и свобода сторон договариваться о коммерческих условиях, обеспечивающих разумную норму прибыли на вложенный капитал, сопоставимую с рисками, принимаемыми на себя частными инвесторами. Руководство не содержит единого набора типовых решений для урегулирования этих вопросов, а помогает читателю оценить различные имеющиеся подходы и выбрать тот из них, который в наибольшей степени соответствует национальным или местным условиям.

1. Структура и сфера действия Руководства

5. Каждая из глав Руководства содержит свод рекомендуемых законодательных принципов ("рекомендации по законодательным вопросам"). Цель рекомендаций по законодательным вопросам состоит в том, чтобы оказать содействие созданию законодательных рамок, благоприятных для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Содержащиеся в Руководстве рекомендации по законодательным вопросам сопровождаются комментариями, в которых приводится аналитическое введение со ссылками на финансовые, регулятивные, правовые, политические и прочие вопросы, возникающие в рассматриваемой предметной области. Пользователям рекомендуется читать рекомендации по законодательным вопросам вместе с комментариями, в которых приводится справочная информация, способствующая лучшему пониманию этих рекомендаций.

6. В законодательных рекомендациях рассматриваются вопросы, которые важно урегулировать в законодательстве, конкретно посвященном проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Они не касаются других областей правового регулирования, которые, как это рассматривается в комментариях к рекомендациям по законодательным вопросам, также оказывают воздействие на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. Кроме того, для успешной реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, обычно требуются разнообразные меры, выходящие за рамки создания соответствующих законодательных рамок, например, меры в связи с созданием надлежащих административных структур и видов практики, организационным потенциалом, техническим опытом, надлежащими людскими и финансовыми ресурсами и экономической стабильностью. Хотя некоторые из этих вопросов упоминаются в комментариях, в законодательных рекомендациях они не рассматриваются.

7. Руководство предназначено для использования в качестве справочного документа национальными властями и законодательными органами при подготовке новых законов или оценке пригодности существующих законов и постановлений. С этой целью Руководство помогает определить те области правового регулирования, которые, как правило, имеют наиболее тесную связь с частными капиталовложениями в проекты в области публичной инфраструктуры, и в нем рассматривается содержание таких законов, которые будут способствовать привлечению частного капитала как национального, так и иностранного. Руководство не преследует цели представления рекомендаций относительно составления соглашений об исполнении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. В то же время договорные вопросы затрагиваются в Руководстве (например, в главах IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры" и V "Срок действия, продление и

прекращение проекта"), в центре внимания обсуждения стоят вопросы, которые - в дополнение к рассмотрению в соответствующих соглашениях - целесообразно урегулировать в законодательном порядке.

8. Особое внимание в Руководстве уделяется проектам в области инфраструктуры, которые предусматривают обязательство со стороны отобранных инвесторов провести работы по сооружению, ремонту или расширению соответствующего объекта в обмен на право взимать плату - либо с населения, либо с какого-либо публичного органа - за использование этого объекта инфраструктуры, или обеспечиваемые им услуги. Хотя такие проекты в некоторых случаях объединяются с другими сделками по "приватизации" правительственных функций или собственности, "приватизационные" сделки, которые не связаны с развитием и эксплуатацией публичной инфраструктуры, в Руководстве не рассматриваются. Кроме того, в Руководстве не рассматриваются проекты в области эксплуатации природных ресурсов, такие, как проекты по добыче полезных ископаемых, нефти или газа на условиях "концессии", "лицензии" или "разрешения", выданных публичными властями принимающей страны.

2. Терминология, используемая в Руководстве

9. В нижеследующих пунктах разъясняются значение и использование определенных терминов, которые часто встречаются в Руководстве. Что касается терминов, которые ниже не рассматриваются, например, технических терминов, используемых в финансовой и коммерческой документации, то читателю рекомендуется ознакомиться с другими источниками информации по этому вопросу, такими, как *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects* (Руководящие принципы по развитию инфраструктуры посредством проектов типа "строительство-эксплуатация-передача" (СЭП)), подготовленными Организацией Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО)¹.

а) "Публичная инфраструктура" и "общедоступные услуги"

10. Термин "публичная инфраструктура", как он применяется в Руководстве, означает материальные объекты, которые используются для предоставления услуг, являющихся жизненно важными для населения. Примеры публичной инфраструктуры, определяемой таким образом, могут быть приведены из самых различных секторов, и они включают различные виды объектов, оборудования или систем, в том числе следующие: электростанции и энергораспределительные сети (электроэнергетика); системы местной и междугородной телефонной связи и сети передачи данных (сектор телекоммуникаций); предприятия по опреснению воды или по очистке сточных вод и объекты системы водораспределения (сектор водоснабжения); объекты и оборудование для сбора и удаления отходов (сектор санитарии); и сооружения и системы, используемые для целей общественного транспорта, такие, как городской и междугородный железнодорожный транспорт, подземный рельсовый транспорт, автобусные линии, автомобильные дороги, мосты, туннели, порты, авиационные линии и аэропорты (сектор транспорта).

11. Каждая страна - как применительно к вопросам публичного порядка - должна сама провести разграничение между "публичной" и "частной" инфраструктурой. В некоторых странах аэропорты находятся в собственности правительства; в других странах они находятся в частной собственности, однако их функционирование подлежит регулированию или строится на основании соглашения с компетентным публичным органом. Больницы и другие объекты здравоохранения, тюрьмы и исправительные заведения также могут в зависимости от сделанного в стране выбора рассматриваться в качестве объектов "публичной" или "частной" инфраструктуры. Часто - но не во всех случаях - объекты энергетики и телекоммуникационные объекты рассматриваются в качестве "публичной" инфраструктуры. В настоящем Руководстве не высказываются никакие рекомендации по вопросу о том, где в той или иной стране следует провести такое разграничение.

12. В правовых системах некоторых стран концепции "публичная инфраструктура" и "общедоступные услуги" уже прочно укоренились, и в некоторых случаях соответствующие вопросы могут регулироваться специальным сводом норм, который, как правило, называется "административным правом" (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ___). В то же время в ряде других стран общедоступные услуги, хотя их предоставление и регулируется специальными постановлениями, не рассматриваются в качестве какого-либо особого вида коммерческой деятельности. Используемые в настоящем Руководстве термины "общедоступные услуги" и "поставщики общедоступных услуг" не следует толковать, исходя из технического значения, которое может придаваться им в какой-либо конкретной правовой системе.

б) "Концессия", "проектное соглашение" и аналогичные термины

13. Во многих странах общедоступные услуги являются объектом государственной монополии или же иным образом специально регламентируются. В подобных случаях предоставление какой-либо общедоступной услуги иным субъектом, чем какой-либо публичный орган обычно требует разрешения со стороны соответствующего государственного органа. В национальных законах используются различные термины для указания на такие

¹UNIDO publication Sales No. UNIDO.95.6.E, далее в тексте - Руководящие принципы СЭП ЮНИДО.

разрешения, а в некоторых правовых системах для обозначения конкретных видов разрешений могут использоваться разнообразные формулировки. Наиболее широко используются такие термины, как "концессия", "франшиза", "лицензия" или "аренда". В некоторых правовых системах, особенно в системах гражданского права, некоторые виды проектов в области инфраструктуры обозначаются такими четко определенными правовыми концепциями, как "концессия на публичные работы" или "концессия на общедоступные услуги". Используемое в Руководстве слово "концессия" не следует толковать, исходя из технического значения, которое может придаваться ему в какой-либо конкретной правовой системе или внутригосударственном законодательстве.

14. Термин "проектное соглашение" используется в Руководстве для обозначения соглашения, которое заключается между публичным органом и частным предприятием или предприятиями, выбранными им для осуществления проекта, и в котором излагаются условия строительства или модернизации, эксплуатации и обслуживания инфраструктуры. Другие термины, которые могут приниматься в некоторых правовых системах для указания на такое соглашение, например "концессионное соглашение" или "договор концессии", в настоящем Руководстве не используются.

15. Слово "концессионер" используется в Руководстве для указания в целом на предприятия, которые осуществляют проекты в области публичной инфраструктуры на условиях концессии, выданной публичными властями принимающей страны. Иногда в Руководстве для конкретного указания на самостоятельное юридическое лицо, которое создано для целей выполнения конкретного проекта, используется термин "проектная компания".

c) Ссылки на национальные власти

16. Слово "правительство", как оно используется в Руководстве, охватывает различные публичные органы принимающей страны, на которые возложены исполнительные или политические функции на национальном, региональном или местном уровнях. Термин "публичные органы" используется для указания, в частности, на субъекты отрасли исполнительной власти правительства или на субъекты, связанные с такой отраслью. Термин "законодательный орган" используется непосредственно для указания на органы, осуществляющие законодательные функции в принимающей стране.

17. Слова "организация-заказчик" используются во всем тексте Руководства для указания на публичный орган принимающей страны, который несет общую ответственность за осуществление проекта и от имени которого выдается концессия на проект. Такой орган может быть общегосударственным, региональным или местным (см. пункты 69 и 70 ниже).

18. Термин "регулирующее учреждение" используется в Руководстве для указания на публичный орган, которому предоставлены полномочия издавать правила и постановления, регулирующие эксплуатацию инфраструктуры, и обеспечивать их выполнение. Регулирующее учреждение может быть создано на основании законодательного акта с конкретной целью регулирования того или иного сектора инфраструктуры.

d) "Строительство-эксплуатация-передача" и аналогичные термины

19. Различные виды проектов, которые в настоящем Руководстве называются проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, иногда подразделяются на ряд категорий в зависимости от характера участия частного сектора или от собственности на соответствующий объект инфраструктуры, как это указывается ниже:

a) "строительство-эксплуатация-передача" (СЭП). Проект в области инфраструктуры называется проектом СЭП в тех случаях, когда организация-заказчик производит отбор концессионера для финансирования и сооружения объекта или системы инфраструктуры и предоставляет этому субъекту право эксплуатировать его на коммерческой основе в течение определенного срока, по окончании которого объект передается организации-заказчику;

b) "строительство-передача-эксплуатация" (СПЭ). Эта формулировка иногда используется с тем, чтобы подчеркнуть, что объект инфраструктуры переходит в собственность организации-заказчика сразу же после сооружения, а концессионеру предоставляется право эксплуатировать этот объект в течение определенного срока;

c) "строительство-аренда-эксплуатация-передача" (САЭП) или "строительство-лизинг-эксплуатация-передача" (СЛЭП). Эти разновидности проектов СЭП и СПЭ встречаются в случаях, когда в дополнение к обязательствам и прочим условиям, характерным для проектов СЭП, концессионер арендует физические активы, на которых располагается объект, на срок действия соглашения;

d) "строительство-собственность-эксплуатация-передача" (ССЭП). Речь идет о таких проектах, в рамках которых концессионер привлекается к финансированию, строительству, эксплуатации и обслуживанию того или иного конкретного объекта инфраструктуры в обмен на право взимать плату и другие сборы с пользователей. При использовании такого механизма объект и его активы будут находиться в собственности частного предприятия до передачи организации-заказчику;

е) "строительство-собственность-эксплуатация" (ССЭ). Этот термин используется для обозначения проектов, когда объект находится в полной собственности концессионера, который не несет обязательства по обратной передаче его организации-заказчику.

20. Помимо акронимов, используемых для указания на особый режим собственности, могут использоваться другие акронимы, позволяющие особо указать одно или более обязательств концессионера. В рамках некоторых проектов частным компаниям передаются существующие объекты инфраструктуры для модернизации или переоборудования, эксплуатации и обслуживания либо на постоянной основе, либо в течение определенного срока. В зависимости от того, будет ли объект инфраструктуры принадлежать частному сектору, такие механизмы называются либо "переоборудование-эксплуатация-передача" (ПЭП) или "модернизация-эксплуатация-передача" (МЭП) в первом случае, либо "переоборудование-собственность-эксплуатация" (ПСЭ) или "модернизация-собственность-эксплуатация" (МСЭ) - во втором. В некоторых случаях используется формулировка "проектирование-строительство-финансирование-эксплуатация" (ПСФЭ) для указания на дополнительные обязанности концессионера в отношении проектирования объекта и финансирования его строительства.

В. Справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников

21. В большинстве стран, в которых в последнее время сооружались новые объекты инфраструктуры с помощью частных инвестиций, проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, являются важным элементом удовлетворения национальных потребностей в области инфраструктуры. К числу важнейших элементов национальной политики относятся уровень конкуренции, который предполагается установить в каждом секторе инфраструктуры, структурная организация соответствующего сектора и механизмы, используемые для обеспечения надлежащего функционирования инфраструктурных рынков. Национальная политика, направленная на стимулирование частных инвестиций в инфраструктуру, часто сопровождается мерами, нацеленными на обеспечение конкуренции между поставщиками общедоступных услуг или на предотвращение злоупотребления монопольными условиями в тех случаях, когда внедрение конкуренции невозможно.

22. При разработке программ по стимулированию инвестиций частного сектора в развитие и эксплуатацию публичной инфраструктуры ряд стран сочли полезным провести обзор предпосылок, исходя из которых были установлены монополии публичного сектора, в том числе исторических обстоятельств и политических условий, которые привели к их созданию, с целью: а) определить, по-прежнему ли сохраняют эти секторы характеристики естественной монополии, и б) оценить возможность и желательность внедрения конкуренции в некоторые секторы инфраструктуры.

1. Частные инвестиции и политика в области инфраструктуры

23. Меры, которые могут потребоваться для реализации правительственной политики по содействию развитию конкуренции в различных секторах инфраструктуры, будут в основном зависеть от господствующей рыночной структуры. К числу основных элементов, характеризующих ту или иную рыночную структуру, относятся экономические, юридические, технические или прочие барьеры для участия конкурентов, степень вертикальной или горизонтальной интеграции, количество компаний, действующих на рынке, а также доступность замещающей продукции или услуг.

а) Политика конкуренции и монополии

24. Термин "монополия" в строгом смысле слова означает рынок, на котором действует только один поставщик. В то же время чистая монополия и идеальная конкуренция представляют собой два противоположных полюса спектра. Большинство рынков товаров и услуг характеризуется определенной степенью конкуренции, которая находится между этими двумя полюсами. В целом монополии могут быть классифицированы как естественные монополии, юридические монополии и монополии де-факто; каждый вид может потребовать применения различных политических подходов:

а) Естественные монополии. Это те виды экономической деятельности, которые позволяют единственному поставщику снабжать целый рынок по более низким ценам, чем в случае, если бы действовали два или более поставщиков. Такая ситуация типична для тех видов экономической деятельности, которые связаны с крупными инвестициями и высокими постоянными затратами, но при сокращающихся затратах на производство дополнительной единицы услуг (например, дополнительного кубического метра воды) для удовлетворения возросшего спроса. Как правило, для естественных монополий характерны потребности в крупных первоначальных инвестициях в основной капитал, в результате чего новой компании, у которой отсутствуют сопоставимые возможности для получения экономии за счет эффекта масштаба, трудно выйти на рынок с товаром по более низкой цене, чем у обладателя монополии;

б) Юридические монополии. Юридические монополии устанавливаются законом и могут охватывать те секторы или виды деятельности, которые являются или не являются естественными монополиями. Что касается последней категории, то монополия существует исключительно в результате запрета конкуренции. Обстоятельства, заставившие многие страны установить юридические монополии, часто основывались на том соображении, что национальные потребности в инфраструктуре - как с точки зрения качества, так и количества - не могут быть должным образом удовлетворены, если в области инфраструктуры будут действовать свободные рыночные силы;

с) Монополии де-факто. Эти монополии не обязательно могут являться результатом базовых экономических условий или принятия каких-либо правовых норм; они возникают просто в отсутствие конкуренции, если подобное положение обусловлено, например, интегрированной природой компании, действующей в области инфраструктуры, и ее способностью контролировать важнейшие условия, что исключает появление на рынке других поставщиков.

25. Хотя существование монополий иногда оправдывается юридическими, политическими или социальными обстоятельствами, они могут вызывать негативные экономические последствия. Поставщик услуг, действующий в монопольных условиях, обычно имеет возможность устанавливать цены выше тех, которые взимались бы в условиях конкуренции. Дополнительный доход, возникающий в результате недостаточной конкуренции, предполагает переход достояния от потребителей к производителям. Кроме того, практика показала, что монополии вызывают сказывающиеся на экономике чистые потери в благосостоянии, являющиеся результатом завышенных цен, которые обусловлены искусственно низким производством, снижением темпов внедрения нововведений и недостаточными усилиями по сокращению производственных затрат. Кроме того, особенно применительно к секторам инфраструктуры могут создаваться вторичные последствия для других рынков. Например, отсутствие конкуренции и недостаточная эффективность в секторе телекоммуникаций вызывают негативные последствия в результате повышения затрат для экономики в целом.

26. Несмотря на негативные экономические последствия, монополии и другие установленные в порядке регулирования барьеры для конкуренции иногда поддерживались даже в отсутствие условий, характерных для естественных монополий. Одна из причин, на которую ссылаются для обоснования сохранения монополий, состоит в том, что они могут использоваться для содействия достижению определенных политических целей, например для обеспечения предоставления услуг в некоторых регионах или некоторым категориям потребителей по низким ценам или даже ниже себестоимости. Примеры услуг, цена на которые может не покрывать затраты, включают экстренную телефонную связь, водо- или энергоснабжение, сниженные транспортные тарифы для некоторых категорий пассажиров (например, школьников и пенсионеров), а также некоторые услуги для пользователей, относящихся к группам населения с низким доходом или проживающих в сельской местности. Являющийся монополистом поставщик услуг может финансировать предоставление таких услуг через внутреннее "перекрестное субсидирование" за счет других рентабельных услуг, предоставляемых в других регионах или другим категориям потребителей.

27. В числе других причин, оправдывающих сохранение юридических монополий в отсутствие условий, характерных для естественных монополий, упоминалось о необходимости повышения привлекательности соответствующего сектора для частных инвесторов. Частные операторы могут настаивать на получении исключительных прав на предоставление какой-либо услуги с тем, чтобы сократить коммерческий риск своих инвестиций. Однако эту цель необходимо оценивать с учетом интересов потребителей и положения в экономике в целом. Тем странам, в которых предоставление исключительных прав считается необходимым стимулом частных инвестиций, возможно, целесообразно рассмотреть вопрос об ограничении конкуренции, хотя и только на временной основе (см. главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 20-22).

б) Возможности для конкуренции в различных секторах

28. До последнего времени монопольные условия господствовали в большинстве секторов инфраструктуры, либо поскольку соответствующий сектор являлся естественной монополией, либо поскольку установленные в порядке регулирования барьеры или другие факторы (например, вертикально интегрированная структура поставщиков общедоступных услуг) препятствовали эффективной конкуренции. Однако быстрые темпы технологического прогресса расширили потенциальные возможности для конкуренции в секторах инфраструктуры, как это кратко рассматривается ниже:

а) Сектор телекоммуникаций. Новая беспроводная технология не только создает возможности для мобильных услуг связи, но и вступает во все более острую конкуренцию со стационарными (проводными) услугами. Сети, использующие технологию оптических волокон, сети кабельного телевидения, передача данных по линиям электроснабжения, глобальные спутниковые системы, возросшие мощности электронно-вычислительных устройств, более совершенные методы сжатия данных, сближение методов связи, хранения и обработки данных - все эти факторы все более активно способствуют разрушению традиционных монополий и способов предоставления услуг. В результате этих и иных изменений сектор телекоммуникационных услуг становится все более конкурентным и страны все более широко открывают его для свободного доступа участников, ограничивая доступ лишь к таким услугам, которые требуют использования дефицитных публичных ресурсов, например радиочастот;

б) Энергетический сектор. В энергетическом секторе применение газовых турбин с комбинированным циклом и других технологий, позволяющих эффективно производить электроэнергию в меньших масштабах, а также стандартизация в секторе производства энергетического оборудования заставили ряд стран изменить монополистическую и вертикально интегрированную структуру внутренних рынков электроэнергии. Рост мощности электронно-вычислительного оборудования и более совершенное программное обеспечение для обработки данных облегчают распределение электроэнергии по энергетическим сетям, а также организацию энергетических пулов и использование других механизмов в области обеспечения доступа к сетям и торговле электроэнергией;

в) Сектор транспорта. Изменения структуры в секторе транспорта также во многих случаях являются результатом технологического прогресса: внедрение контейнерных перевозок и других нововведений, таких, как спутниковая связь, позволяющая следить за грузами по всему земному шару, оказали огромное воздействие на морские перевозки, на управление портами и на железнодорожный и автомобильный транспорт, а также одновременно содействовали развитию смешанных перевозок.

29. Подобные изменения заставили законодателей в ряде стран распространить конкуренцию на секторы инфраструктуры путем принятия законодательства, отменяющего монополии и другие барьеры для выхода на рынок, изменяющего структурную организацию секторов инфраструктуры и устанавливающего такие рамки регулирования, которые содействуют эффективной конкуренции. Масштабы таких возможных преобразований зависят от конкретного сектора, величины рынка и других факторов.

2. Структурная перестройка секторов инфраструктуры

30. Во многих странах привлечение частного сектора к развитию инфраструктуры последовало за внедрением мер по структурной перестройке секторов инфраструктуры. Законодательные преобразования обычно начинаются с отмены правил, запрещающих участие частных компаний в деятельности в области инфраструктуры, и с ликвидации всех других юридических препятствий для конкуренции, которые не могут быть оправданы публичными интересами. В то же время следует отметить, что решение о том, в какой степени соответствующий сектор инфраструктуры может быть открыт для конкуренции, должно приниматься в свете общей экономической политики страны. Некоторые страны, в особенности развивающиеся страны, могут быть законным образом заинтересованы в развитии определенных секторов местной промышленности и могут, таким образом, принять решение не открывать некоторые секторы инфраструктуры для конкуренции.

31. Что касается монопольных условий, которые происходят из юридических запретов, а не являются результатом экономических и технических базовых причин, то основное решение, которое необходимо принять в законодательном порядке, - это решение об устранении действующих юридических барьеров, которое, возможно, потребует подкрепить установлением регулирующих конкуренцию правил (например, запрещением сговора, картелей, грабительских цен или других несправедливых видов коммерческой практики) и осуществляемым регулирующими органами надзором (см. главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30-53). В то же время обеспечение эффективной конкуренции в ряде секторов лишь за счет ликвидации закрепленных в законодательстве барьеров без принятия законодательных мер по структурной перестройке соответствующего сектора может оказаться невозможным. В ряде стран монополии сохранялись на временной основе лишь в течение того периода, который был необходим для оказания содействия постепенному, более упорядоченному и более социально приемлемому переходу от монополистической к конкурентной рыночной структуре.

а) Расчленение услуг в области инфраструктуры

32. Опыт ряда стран показал, что существование вертикально или горизонтально интегрированных компаний, действующих в области инфраструктуры, может воспрепятствовать эффективной конкуренции. Интегрированные компании могут попытаться распространить свои монополистические права, которыми они обладают на одном рынке или сегменте рынка, на другие рынки или сегменты с тем, чтобы получать монопольную ренту также и в этих секторах. В силу этого, некоторые страны сочли необходимым отделить монопольный элемент (например, линии передач во многих сетях энергоснабжения) от конкурентных элементов в соответствующих секторах инфраструктуры. В общем и целом услуги в области инфраструктуры могут предоставляться на конкурентной основе, в то время как базовая физическая инфраструктура часто обладает монопольными характеристиками.

33. Отделение конкурентных видов деятельности от монополистических может в свою очередь потребовать расчленения вертикально или горизонтально интегрированных предприятий. Вертикальное расчленение происходит в тот момент, когда централизованные виды деятельности отделяются от деятельности на более низком уровне, например, когда в энергетическом секторе разделяется деятельность по производству, передаче, распределению и поставке электроэнергии. Цель обычно заключается в том, чтобы отделить ключевые сетевые компоненты и основные механизмы от конкурентных сегментов коммерческой деятельности. Горизонтальное расчленение происходит в случаях, когда один вид деятельности или несколько параллельных видов деятельности поставщика общедоступных услуг-монополиста распределяются среди нескольких компаний, которые могут либо

непосредственно конкурировать между собой на рынке (как это все более часто имеет место в случае производства электроэнергии), либо сохранять монополию на менее крупной территории (как это может иметь место в случае распределения электроэнергии). Горизонтальное расчленение может охватывать как какой-либо отдельный расчленяемый вид деятельности или сегмент (как в приведенных примерах, касающихся энергетического сектора), так и новые виды деятельности, отдельно организуемые взамен старых на одном или нескольких рынках (как, например, в случае отделения услуг по сотовой связи от проводной телефонной связи).

34. В то же время необходимо тщательно взвесить ожидаемые затраты и результаты таких изменений. Затраты могут включать затраты, связанные собственно с изменением (например, затраты на проведение реформы и затраты переходного периода, включая убытки, понесенные компаниями, которые в результате введения новой схемы утратят льготы или защищенные позиции), и затраты, обусловленные функционированием новой схемы, в частности более высокие затраты на координацию, например, в связи с более сложным сетевым планированием, технической стандартизацией и регулированием. С другой стороны, результаты могут включать новые инвестиции, более совершенные или новые услуги, более широкий выбор и более низкие экономические затраты.

б) Недавний опыт в основных секторах инфраструктуры

i) Телекоммуникации

35. Примеры расчленения в секторе телекоммуникаций являются не очень многочисленными. В ряде стран услуги по междугородней и международной связи были отделены от местных услуг; в первом случае вводилась конкуренция, а во втором секторе в значительной степени сохранялись монопольные условия. В некоторых таких странах в настоящее время наблюдается обратная тенденция, поскольку местным телефонным компаниям разрешается предоставлять услуги по междугородней связи, а компаниям, обеспечивающим междугороднюю связь, разрешается предоставлять местные услуги, причем все это в условиях конкуренции. Обязательные нормы, гарантирующие открытый доступ, часто встречаются в секторе телекоммуникаций в тех странах, в которых исторический поставщик общедоступных услуг, как правило, предоставляет услуги в конкуренции с другими поставщиками, контролируя при этом важнейшие участки сети.

ii) Электроэнергия

36. Недавно принятые в различных странах новые законы, касающиеся электроэнергии, предусматривают расчленение энергетического сектора за счет разделения производства, передачи и распределения электроэнергии. В некоторых случаях с тем, чтобы сохранить монополию лишь над тем видом деятельности, применительно к которому существуют монопольные условия (например, применительно к проводной передаче электроэнергии для публичного использования), проводится дальнейшее разграничение: поставки отделяются от распределения. В этих странах компании по передаче и распределению не приобретают и не продают электроэнергию, а осуществляют только ее транспортировку за плату, определяемую в порядке регулирования. Торговля электричеством происходит между производителями или брокерами, с одной стороны, и пользователями - с другой. В некоторых из этих стран конкуренция ограничивается только крупными пользователями или вводится поэтапно.

37. Страны, принявшие решения о введении конкуренции в секторы энергетики и газа, путем принятия нового законодательства организовали новые рыночные структуры, оговорив пределы, в которых рынок должен быть расчленен (а иногда и количество поставщиков общедоступных услуг, которые должны быть созданы за счет расчленения существовавшей монополии), или ликвидировали барьеры для выхода на рынок новых участников. В этих же законах, касающихся энергетического сектора, были также установлены специальные регулирующие конкурентные правила, которые являлись по своему характеру либо структурными (например, запрещение перекрестной собственности на компании, действующие в различных сегментах рынка, таких как производство, передача и распределение или продажа и распределение газа и электричества), либо поведенческими (например, правила о доступе третьих сторон, запрещение альянсов или других тайных договоренностей). В целях обеспечения функционирования этих новых энергетических рынков были созданы новые институты и механизмы регулирования, такие как энергетические пулы, диспетчерские механизмы или регулирующие учреждения в секторе энергетики. И наконец, параллельно этим нововведениям было необходимо изменить другие аспекты законодательства и политики в области энергетики, в том числе правила, регулирующие рынки нефти, газа, угля и других источников энергии.

iii) Водоснабжение и канализация

38. В секторе водоснабжения и канализации наиболее часто встречающейся реформой рыночной структуры является горизонтальное расчленение. В некоторых странах создано несколько предприятий водоснабжения в тех случаях, когда существовало одно единственное такое предприятие. Это наиболее характерно для стран, в которых отдельные сети не взаимосвязаны или практически не взаимосвязаны, но не только для них. Практика показала, что горизонтальное расчленение облегчает сопоставление показателей деятельности различных поставщиков услуг.

39. В некоторых странах частным инвесторам было предложено обеспечить водоснабжение для предприятий общественного пользования или, например, соорудить и обеспечить эксплуатацию предприятий по очистке или опреснению воды. При таком вертикальном расчленении частные услуги (и разрозненные пакеты инвестиций, которые для них требуются) обычно предоставляются на основании контракта с предприятием общественного пользования и они не приводят к фундаментальному изменению монопольного характера рыночной структуры: предприятия обычно не вступают в конкуренцию друг с другом и, как правило, им не разрешается снабжать потребителей в обход предприятий общественного пользования. Некоторые страны внедрили конкуренцию в секторы водоснабжения и транспортировки воды; в ряде случаев функционируют активные рынки воды. В других ситуациях конкуренция ограничивается сегментами дорогостоящей воды, разлитой по бутылкам или перевозимой цистернами, а также частными колодцами.

iv) Транспорт

40. В связи с принятыми в различных странах мерами по структурной перестройке проводилось разграничение между транспортной инфраструктурой и транспортными услугами. Первый сектор может часто обладать характеристиками естественной монополии, в то время как сектор услуг в целом является конкурентным. Вопрос о конкуренции в секторе транспортных услуг следует рассматривать не только в рамках отдельного вида транспорта, но также и перекрестно, поскольку железнодорожные, автомобильные, автобусные, воздушные и водные перевозки могут вступать в конкуренцию за пассажиров и груз.

41. Что касается железных дорог, то некоторые страны избрали вариант разделения вопросов собственности на инфраструктуру и ее эксплуатацию (например, применительно к железнодорожным путям, сигнальным системам и вокзалам), с одной стороны, и вопросов услуг по железнодорожным перевозкам (например, пассажирским и грузовым) - с другой. В рамках подобных схем законодательство не разрешает оператору железнодорожных путей предоставлять также и транспортные услуги, которые предоставляются другими компаниями, часто в условиях конкуренции друг с другом. В других странах интегрированным компаниям разрешено как эксплуатировать инфраструктуру, так и предоставлять услуги, однако в законодательном порядке защищены права третьих сторон на доступ к инфраструктуре, которые иногда называются "правами на железнодорожную сеть". В этих случаях транспортные компании, будь то иная железнодорожная линия или компания, занимающаяся предоставлением транспортных услуг, имеют право на доступ к железнодорожным путям на определенных условиях, причем компания, контролирующая определенный путь, обязана предоставить такой доступ.

42. Во многих странах до последнего времени управление портами осуществлялось как монополиями государственного сектора. При открытии этого сектора для участия частных компаний на рассмотрении законодателей находились различные модели. Согласно системе владения территорией порта портовые власти несут ответственность за инфраструктуру, а также общую координацию портовых операций, но в то же время не предоставляют услуги для судов или грузов. В системах обслуживания портов одно предприятие несет ответственность и за инфраструктуру, и за услуги. Конкуренцию между поставщиками услуг (например, в секторах буксировки, стивидорских работ и складирования), возможно, легче обеспечить и поддерживать при системе владения территорией.

43. Может также потребоваться внесение изменений в законодательство, регулирующее функционирование аэропортов, с тем чтобы позволить осуществление частных инвестиций или обеспечить конкуренцию между аэропортами или в их рамках. Здесь, возможно, необходимо также тщательно рассмотреть вопросы взаимосвязи между эксплуатацией аэропортов и управлением воздушным движением. В рамках отдельных аэропортов во многих странах введена конкуренция в таких секторах услуг, как погрузка-разгрузка, снабжение продуктами питания и иное обслуживание самолетов, а также в таких секторах пассажирских услуг, как розничная торговля, рестораны, стоянка автомобилей и т.д. В некоторых странах подряд на сооружение и эксплуатацию нового терминала в существующем аэропорту также выдавался новому оператору, что создавало конкуренцию между терминалами. В других странах на основе СЭП возводились новые аэропорты, а уже существующие передавались в частную собственность.

c) Переходные меры

44. Переход от монополии к рынку требует взвешенного управления. Политические, социальные и иные факторы заставили ряд стран использовать постепенный или поэтапный подход к проведению реформ. В условиях постоянных изменений в технологии и других внешних действующих факторах некоторые страны приняли решение о таких реформах в отдельных секторах, которые могут быть ускорены или скорректированы для учета этих изменяющихся обстоятельств.

45. Некоторые страны пришли к мнению о нецелесообразности единовременного введения конкуренции. В подобных случаях в законодательстве предусматривались временные исключительные права, ограничения на число поставщиков общедоступных услуг или прочие ограничения на конкуренцию. Подобные меры направлены на то, чтобы предоставить в распоряжение обладателя монополии достаточное время для подготовки к конкуренции и корректировки цен и одновременно обеспечить для поставщика общедоступных услуг надлежащие стимулы для

осуществления инвестиций и расширения сферы предоставляемых услуг. В других странах были приняты положения, предусматривающие периодический пересмотр (например, в момент пересмотра цен) таких ограничений в целях определения того, по-прежнему ли существуют условия, явившиеся основанием для их введения.

46. Другой переходной мерой, которая применялась по крайней мере в некоторых странах, где поставщики общедоступных услуг представляли собой предприятия, находившиеся в правительственной собственности, является структурная перестройка или приватизация соответствующего поставщика услуг. В большинстве стран, в которых была проведена приватизация поставщиков общедоступных услуг, являвшихся предприятиями, находившимися в правительственной собственности, либерализация в целом либо сопровождала приватизацию, либо предшествовала ей. Некоторые страны проводили реформы в ином порядке и осуществили приватизацию компаний, обладающих значительным объемом исключительных прав, что часто преследовало цель увеличения поступлений от приватизации. В дальнейшем они, однако, столкнулись с трудностями и иногда с большими затратами в деле ликвидации, ограничения или сокращения срока действия на более позднем этапе исключительных прав или монополий, защищавших частные или приватизированные уполномоченные компании - поставщики общедоступных услуг.

3. Формы участия частного сектора в проектах в области инфраструктуры

47. Участие частного сектора в осуществлении проектов в области инфраструктуры может принимать различные формы, начиная с принадлежащих государству и эксплуатируемых государством объектов инфраструктуры и кончая полностью приватизированными проектами. Целесообразность применения того или иного конкретного варианта для какого-либо конкретного вида инфраструктуры должна определяться правительством с учетом национальных потребностей в области развития инфраструктуры и на основе оценки наиболее эффективных путей создания и эксплуатации конкретных видов инфраструктуры. В том или ином конкретном секторе могут использоваться несколько различных вариантов.

a) Государственная собственность и эксплуатация государством

48. В тех случаях, когда поставлена цель сохранения государственной собственности и контроля, обеспечение финансирования за счет прямых частных инвестиций, а также обеспечение эксплуатации инфраструктуры в соответствии с коммерческими принципами могут быть достигнуты путем создания контролируемого правительством предприятия в качестве отдельного юридического лица, которое будет выступать собственником проекта и осуществлять его эксплуатацию. Управление таким предприятием может осуществляться как независимым частным коммерческим предприятием, т.е. в соответствии с нормами и коммерческими принципами, применимыми в отношении частных компаний. В некоторых странах эксплуатация объектов инфраструктуры традиционно осуществляется через компании такого типа. Возможности для привлечения частных инвестиций в инфраструктуру можно обеспечить, предоставив частным инвесторам право участвовать в капитале таких компаний или же путем реализации права таких компаний выпускать облигации или другие долговые обязательства.

49. Еще одной формой привлечения частного сектора для осуществления проектов в области инфраструктуры, принадлежащей государству и эксплуатируемой государством, может быть заключение "контрактов на обслуживание", когда публичный оператор передает частному сектору право на осуществление определенных видов деятельности по эксплуатации и обслуживанию. Правительство может также передать широкие функции по осуществлению деятельности, связанной с эксплуатацией и обслуживанием, частному предприятию, которое выступает от имени организации-заказчика. В рамках такого соглашения, которое иногда именуется "контрактом на управление", оплата услуг частного оператора может быть увязана с технико-экономическими показателями его деятельности, зачастую в рамках механизма распределения прибыли, хотя могут использоваться также методы оплаты по фиксированным ставкам, особенно в тех случаях, когда сторонам трудно согласовать взаимоприемлемые механизмы для оценки показателей деятельности оператора.

b) Государственная собственность и эксплуатация частным предприятием

50. Альтернативный подход может состоять в передаче частным предприятиям всех функций по эксплуатации объектов публичной инфраструктуры. Одним из возможных путей является предоставление частному предприятию, обычно на определенный срок, права пользоваться соответствующим объектом, предоставлять соответствующие услуги и получать доход в результате осуществления такой деятельности. Такой объект может уже существовать или может быть специально построен соответствующим частным предприятием. Такое сочетание государственной собственности и эксплуатации частным предприятием обладает рядом существенных признаков, характерных для механизма, который в некоторых правовых системах именуется "концессией на государственные работы" или "концессией на общедоступные услуги".

51. Другой формой участия частного сектора в проектах в области инфраструктуры является выбор организацией-заказчиком частного предприятия для эксплуатации объекта, который был построен правительством или от его имени или же строительство которого финансировалось за счет государственных средств. В рамках такого

механизма оператор обязуется эксплуатировать и обслуживать инфраструктуру и ему предоставляется право взимать плату за предоставляемые услуги. В таком случае оператор обязуется выплачивать организации-заказчику часть полученных в результате эксплуатации инфраструктуры доходов, которые используются организацией-заказчиком для амортизации затрат на строительство. Такие механизмы именуются в некоторых правовых системах "лизингом" или "сдачей в аренду".

с) Частная собственность и эксплуатация частным предприятием

52. Согласно третьему подходу, частное предприятие не только занимается эксплуатацией объекта, но также владеет соответствующими активами. В этом случае также могут существовать существенные различия в режимах, применимых к таким проектам в соответствии с внутригосударственным законодательством, например, по вопросу о том, сохраняет ли организация-заказчик за собой право возратить правовой титул на объект или же взять на себя ответственность за его эксплуатацию (см. также главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 23-29).

53. В том случае, если объект эксплуатируется на основании правительственной лицензии, частное владение физическими активами (например, телекоммуникационной сетью) зачастую осуществляется независимо от лицензии на предоставление услуг населению (например, услуг по междугородней телефонной связи), поскольку такая лицензия может быть при определенных обстоятельствах отозвана компетентным публичным органом. Таким образом, частное владение объектом отнюдь не обязательно предполагает наличие неограниченного права на предоставление услуг.

4. Финансовые структуры и источники финансирования инфраструктуры

а) Концепция проектного финансирования

54. Крупномасштабные проекты, связанные с сооружением новых объектов инфраструктуры, часто осуществляются новыми компаниями, специально созданными для этой цели авторами проекта. Такая новая компания, которую часто называют "проектной компанией", становится движущей силой мобилизации средств на осуществление проекта. Поскольку у проектной компании отсутствует составленный кредитный баланс или балансовый отчет, на который могли бы положиться кредиторы, то предпочтение отдается такому механизму финансирования создания новой инфраструктуры, который называется "проектным финансированием". В рамках операций проектного финансирования кредит будет предоставляться в той мере, в которой кредиторы согласятся рассматривать в качестве источника средств для погашения займов, сделанных проектной компанией, в первую очередь поток наличности и поступления по проекту. Других гарантий либо не существует, либо они покрывают лишь конкретные ограниченные риски. Поэтому активы и доходы проекта, а также связанные с проектом права и обязанности, оцениваются на независимой основе, и между ними и активами акционеров проектной компании проводится четкое разграничение.

55. Проектное финансирование также считается "безоборотным" финансированием ввиду отсутствия права регресса на акционеров проектной компании. Однако на практике кредиторы редко проявляют готовность выделить значительные суммы, необходимые для проектов в области инфраструктуры, исключительно на основе ожидаемого потока денежной наличности или исходя из активов проекта. Кредиторы могут снизить свои риски, включив в проектные документы ряд положений о резервном или вторичном обеспечении или использовав другие средства обеспечения кредита, обеспечиваемые акционерами проектной компании, правительством, покупателями или другими заинтересованными третьими сторонами. Такой механизм обычно именуется "ограниченным оборотным" финансированием.

б) Источники финансирования проектов в области инфраструктуры

56. Все более важную роль в развитии инфраструктуры играют методы, альтернативные традиционным методам публичного финансирования. В последние годы новые инвестиционные проекты в области инфраструктуры в различных странах включали проекты, которые финансировались исключительно или в основном за счет частных источников. Двумя основными формами финансирования являются финансирование за счет заемных средств, обычно в форме ссуд, получаемых на коммерческих рынках, или же финансирование путем эмиссии акций. Тем не менее существующие источники финансирования не ограничиваются упомянутыми выше. Публичные и частные инвестиции довольно часто совмещаются в рамках механизмов, которые иногда именуются "публично-частными товариществами".

1) Акционерный капитал

57. Первый вид капитала для проектов в области инфраструктуры предоставляется в форме инвестиций в акционерный капитал. Акционерный капитал прежде всего образуется за счет средств учредителей проекта и других индивидуальных инвесторов, заинтересованных в приобретении акций компании-концессионера. В то же время на долю такого акционерного капитала, как правило, приходится лишь определенная часть общих затрат на

проект в области инфраструктуры. Для мобилизации коммерческих ссуд и для получения доступа к другим источникам средств в целях удовлетворения капитальных потребностей проекта учредители проекта и другие индивидуальные инвесторы вынуждены предоставлять кредиторам и другим поставщикам капитала преимущественное право на получение выплат, соглашаясь, таким образом, на то, что их собственные инвестиции будут оплачиваться только после завершения выплат таким другим поставщикам капитала. Поэтому учредители проекта обычно принимают на себя наиболее высокий финансовый риск. В то же время они будут получать наибольшую долю прибыли от проекта, после того как первоначальные инвестиции будут оплачены. Значительный объем инвестиций в акционерный капитал со стороны учредителей проекта обычно приветствуется кредиторами и правительством, поскольку это позволяет снизить долю платежей по погашению задолженности в общем потоке наличных средств концессионера и служит дополнительной гарантией заинтересованности таких компаний в осуществлении проекта.

ii) Коммерческие ссуды

58. Основным источником средств для финансирования проектов в области инфраструктуры обычно являются заемные средства. Такие средства можно получить на финансовом рынке, главным образом в форме ссуд, предоставляемых проектной компании национальными или иностранными коммерческими банками, использующими, как правило, средства, мобилизованные в виде краткосрочных или среднесрочных депозитов, по которым такие банки выплачивают проценты по плавающим ставкам. Поэтому коммерческие банки обычно предоставляют ссуды с плавающей процентной ставкой, и срок их погашения, как правило, короче срока осуществления проекта. Тем не менее во всех случаях, когда это возможно и экономически целесообразно с учетом преобладающих на финансовом рынке условий, банки предпочитают мобилизовывать и предоставлять среднесрочные или долгосрочные ссуды по фиксированным ставкам, с тем чтобы не подвергать себя и концессионера в течение продолжительного периода времени риску колебания процентных ставок, а также сократить необходимость в операциях хеджирования. Коммерческие ссуды обычно предоставляются кредиторами при том условии, что их погашение будет производиться в первоочередном порядке по отношению к оплате любых других обязательств заемщика. Поэтому коммерческие ссуды обычно именуется "несубординированными" или "первостепенными" ссудами.

iii) "Субординированный" долг

59. Третьим видом средств, который обычно используется в таких проектах, являются "субординированные" ссуды, которые иногда именуется "мезанинным" капиталом. Такие ссуды занимают место выше акционерного капитала в порядке очередности платежей, однако имеют более низкий статус по сравнению с первостепенными ссудами. Такая субординация может быть общей (т.е. в целом может предусматриваться более низкий статус по сравнению с любой первостепенной задолженностью) или специальной, когда в кредитном соглашении конкретно определяются те виды задолженности, по отношению к которым ссуда является субординированной. Субординированные ссуды зачастую предоставляются по фиксированным ставкам, которые обычно выше ставок по первостепенной задолженности. В качестве дополнительного инструмента привлечения такого капитала или же в некоторых случаях в качестве альтернативы более высоким процентным ставкам кредиторам по субординированным ссудам может быть предоставлена возможность прямого участия в прибылях в результате эмиссии привилегированных или конвертируемых акций или облигаций, причем иногда предусматривается возможность подписки на акции компании-концессионера по преференциальным ценам.

iv) Институциональные инвесторы

60. Помимо субординированных ссуд, предоставленных учредителями проекта или публичными финансовыми учреждениями, субординированные заемные средства могут быть получены от финансовых компаний, инвестиционных фондов, страховых компаний, коллективных инвестиционных планов (например, взаимных фондов), пенсионных фондов и других так называемых "институциональных инвесторов". Такие учреждения, как правило, располагают крупными денежными суммами, которые могут быть направлены на долгосрочные инвестиции и которые могут являться важным источником дополнительного капитала для проектов в области инфраструктуры. Основной причиной, побуждающей такие учреждения идти на риск, связанный с предоставлением капитала для проектов в области инфраструктуры, являются перспективы получения вознаграждения, а также заинтересованность в диверсификации инвестиций.

v) Финансирование за счет использования рынка капитала

61. По мере накопления опыта в реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, расширяется использование рынков капитала. Средства могут быть мобилизованы путем размещения привилегированных акций, облигаций или других оборотных долговых обязательств на одной из признанных фондовых бирж. Для публичного предложения оборотных долговых обязательств, как правило, необходимо получить разрешение у соответствующего регулирующего органа, а также обеспечить выполнение требований, применимых в рамках соответствующей правовой системы, например, требований в отношении информации,

которую необходимо предоставить в проспекте эмиссии и, в некоторых правовых системах, требований в отклонении предварительной регистрации. Облигации и другие оборотные долговые обязательства могут быть обеспечены только общей репутацией эмитента, или же по ним может быть предоставлено обеспечение в виде ипотечного залога или же другого права удержания какого-либо конкретного имущества.

62. Существующие предприятия общественного пользования с уже устоявшейся коммерческой репутацией, как правило, обладают более широкими возможностями для получения доступа на рынки капитала, чем компании, которые специально создаются для сооружения и эксплуатации какого-либо нового объекта инфраструктуры и которые не имеют необходимого рейтинга кредитоспособности. Так, некоторые фондовые биржи требуют, чтобы компания-эмитент уже имела соответствующую устоявшуюся репутацию в течение определенного минимального периода времени, прежде чем ей будет разрешено осуществлять эмиссию оборотных долговых обязательств.

vi) Финансирование исламскими финансовыми учреждениями

63. Еще одной группой потенциальных кредиторов являются исламские финансовые учреждения. Такие учреждения действуют в соответствии с нормами и практикой, которые соответствуют традициям исламского права. Одной из отличительных особенностей банковской деятельности в соответствии с такими нормами является отсутствие платежей процентов или жесткие ограничения на право взимать проценты и, следовательно, использование других форм вознаграждения за предоставленные в заем средства, например участие в прибылях или прямое участие финансовых учреждений в доходах от сделок их клиентов. Вследствие используемых методов деятельности исламские финансовые учреждения могут быть в большей степени, чем другие коммерческие банки, заинтересованы в прямом или косвенном участии в акционерном капитале проекта.

vii) Финансирование международными финансовыми учреждениями

64. Важную роль в качестве источников ссуд, гарантий и акционерного капитала для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, могут также играть международные финансовые учреждения. Всемирный банк, Международная финансовая корпорация, а также региональные банки развития принимали участие в финансировании целого ряда проектов.

65. Международные финансовые учреждения могут также сыграть весьма полезную роль в создании "синдикатов" для предоставления ссуд на цели осуществления проекта. Некоторые из таких учреждений имеют специальные программы кредитования, в соответствии с которыми они становятся единственными "официальными кредиторами" по проекту, выступая от своего собственного имени и от имени участвующих банков и беря на себя ответственность за обработку платежей участников и за последующее получение и распределение полученных от заемщика платежей в погашении ссуды либо в соответствии с конкретными соглашениями, либо на основании других прав, которыми они обладают, имея статус преференциального кредитора. Некоторые международные финансовые учреждения могут также предоставлять акционерный или "мозаичный" капитал путем инвестирования средств в действующие на рынке капитала фонды, которые специализируются на ценных бумагах, эмитируемых операторами инфраструктуры. И, наконец, международные финансовые учреждения могут предоставлять гарантии от различных политических рисков, что может облегчить задачу проектной компании по мобилизации средств на международном финансовом рынке (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 61-71).

viii) Поддержка со стороны агентств по кредитованию экспорта

66. Агентства по кредитованию экспорта и содействию инвестированию могут оказывать поддержку в реализации проекта в форме ссуд, гарантий или сочетания этих двух механизмов. Участие агентств по кредитованию экспорта и содействию инвестированию может быть сопряжено с целым рядом преимуществ, включая более низкие процентные ставки по сравнению со ставками, применяемыми коммерческими банками, и более долгосрочные ссуды, которые в некоторых случаях предоставляются по фиксированной процентной ставке (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 72-74).

ix) Комбинация публичных и частных источников финансирования

67. В дополнение к ссудам и гарантиям, предоставленным коммерческими банками и национальными или многосторонними публичными финансовыми учреждениями, в некоторых случаях для финансирования новых проектов публичные средства предоставляются в комбинации с частным капиталом. Источником таких публичных средств могут быть доходы правительства или государственные займы. Такие средства могут использоваться в комбинации с частными средствами в качестве первоначальных инвестиций или в качестве долгосрочных платежей или же могут быть предоставлены в форме правительственных дотаций или гарантий. Правительство может выступать одним из спонсоров проектов в области инфраструктуры путем участия в акционерном капитале компании-концессионера, что позволяет снизить объем акционерного капитала и заемных средств, которые необходимо мобилизовывать из частных источников. (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 40 и 41).

5. Основные стороны - участники реализации проектов в области инфраструктуры

68. Состав участников проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может в значительной степени различаться в зависимости от конкретного сектора инфраструктуры, условий участия частного сектора и механизмов, используемых для финансирования проекта. В нижеследующих пунктах определяются основные стороны, участвующие в реализации типичного проекта в области инфраструктуры, финансируемого из частных источников и предусматривающего сооружение нового объекта инфраструктуры в рамках механизма "проектного финансирования".

а) Организация-заказчик и другие правительственные учреждения

69. В реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, часто принимают участие различные публичные органы в принимающей стране на общенациональном, региональном и местном уровнях. Организация-заказчик является основным органом, отвечающим за проект в рамках правительства. Кроме того, для реализации проекта может потребоваться активное участие (например, для выдачи лицензий или разрешений) других публичных органов, помимо организации-заказчика, на том же или на другом уровне правительства. Такие органы играют принципиально важную роль в реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

70. Организация-заказчик или другой публичный орган, как правило, определяет проект в соответствии со своей политикой в области развития инфраструктуры в соответствующем секторе, а также определяет такой характер участия частного сектора, который будет способствовать наиболее эффективной эксплуатации объекта инфраструктуры. После этого организация-заказчик осуществляет процедуры, в результате которых производится выбор концессионера. Кроме того, в течение всего срока осуществления проекта правительству, возможно, необходимо будет оказывать различные формы поддержки законодательного, административного, регламентационного и в некоторых случаях финансового характера, с тем чтобы обеспечить успешное сооружение и надлежащую эксплуатацию объекта. Наконец, в рамках некоторых проектов правительство может стать конечным собственником объекта.

б) Проектная компания и учредители проекта

71. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, обычно реализуются совместным предприятием, в состав которого входят строительные и машиностроительные компании, а также поставщики капитального оборудования, которые заинтересованы в том, чтобы стать основными подрядчиками или поставщиками по проекту. Компании, участвующие в таком совместном предприятии, в настоящем Руководстве называются "учредителями проекта". Такие компании будут активно участвовать в разработке проекта на начальных этапах, и их способность осуществлять сотрудничество и привлекать других надежных партнеров является важнейшим условием своевременного и успешного завершения работ. Кроме того, важным фактором обеспечения долгосрочной жизнеспособности проекта является участие компании, обладающей опытом эксплуатации объектов, подобных сооружаемому. В тех случаях, когда учредители проекта создают самостоятельное юридическое лицо, в число участников могут также входить другие акционеры-инвесторы, не участвующие каким-либо иным образом в реализации проекта (как правило, речь идет об институциональных инвесторах, инвестиционных банках, двусторонних и многосторонних кредитных учреждениях, а иногда также и о правительстве или находящейся в правительственной собственности корпорации). Иногда, в тех случаях, когда проектная компания должна быть учреждена в соответствии с законами принимающей страны (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 12-18), правительство поощряет участие местных инвесторов.

в) Кредиторы

72. Риски, с которыми сталкиваются кредиторы в рамках проектного финансирования, будь то безоборотное или ограничительное оборотное финансирование, гораздо выше, чем при обычных сделках. Это особенно верно в тех случаях, когда обеспечительную стоимость соответствующих физических активов (например, дороги, моста или туннеля) получить весьма трудно по причине отсутствия "рынка", на котором такие активы могут быть беспрепятственно реализованы, или существования препятствий для обращения взыскания на такие активы или для иступления во владение ими. Это обстоятельство влияет не только на условия, на которых предоставляются ссуды (например, обычно более высокая стоимость проектного финансирования и наличие многочисленных условий предоставления финансовых средств), но и на практические возможности привлечения средств.

73. Вследствие значительных масштабов инвестиций, необходимых для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, ссуды довольно часто предоставляются в форме "синдицированных" кредитов, при этом один или несколько банков играют ведущую роль в проведении переговоров по согласованию финансовых документов от имени других участвующих финансовых учреждений, главным образом коммерческих банков. Коммерческие банки, которые специализируются на кредитовании определенных отраслей промышленности, обычно не проявляют готовности брать на себя риски, с которыми они не знакомы (обсуждение

связанных с проектами рисков и их распределения см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 8-29). Так, например, учреждения, занимающиеся долгосрочным кредитованием, могут быть не заинтересованы в предоставлении краткосрочных ссуд для финансирования сооружений инфраструктуры. Поэтому при крупномасштабных проектах участие в осуществлении различных этапов проектов обычно принимают различные кредиторы. Для избежания споров, которые могут возникнуть в результате коллизии действий отдельных кредиторов, или споров между кредиторами в отношении погашения их ссуд, кредиторы, предоставляющие средства на крупные проекты, иногда выделяют кредиты на основании общего соглашения о кредитовании. В тех случаях, когда различные кредитные механизмы предоставляются на основании отдельных соглашений о кредитовании, кредиторы обычно заключают так называемое "межкредиторское соглашение". Межкредиторское соглашение, как правило, содержит положения, касающиеся таких вопросов, как осуществление выплат на пропорциональной основе или в определенном порядке очередности; условия объявления событий, влекущих за собой отказ от исполнения обязательств, и сокращение срока погашения кредита; а также координация процедур обращения в собственность кредиторов обеспечения, предоставленного проектной компанией.

d) Международные финансовые учреждения и агентства по кредитованию экспорта и содействию инвестированию

74. Международные финансовые учреждения и агентства по кредитованию экспорта и содействию инвестированию сталкиваются по существу с теми же проблемами, что и другие кредиторы проекта. Помимо этого они будут особенно заинтересованы в том, чтобы исполнение проекта и его эксплуатация не противоречили конкретным программным целям таких учреждений и агентств. Международные финансовые учреждения уделяют все более пристальное внимание экологическим последствиям проектов в области инфраструктуры и их жизнеспособности в долгосрочном плане. Международные финансовые учреждения, предоставляющие ссуды на осуществление проекта, будут также тщательно анализировать методы и процедуры, применяемые при выборе концессионера. Многие глобальные и региональные финансовые учреждения, а также национальные учреждения по финансированию развития разработали руководящие принципы или другие требования в отношении закупок, производимых за счет предоставляемых ими средств, которые обычно отражены в их стандартных кредитных соглашениях (см. также главу III "Выбор концессионера", пункт 18).

e) Страховщики

75. Как правило, по проекту в области инфраструктуры заключаются договоры страхования от несчастных случаев в отношении сооружений и оборудования, страхования гражданской ответственности и страхования пособия рабочим, выплачиваемого во время болезни. Другими возможными видами страхования являются страхование случаев перерыва производственной деятельности, перерывов в поступлении наличных средств или случаев превышения затрат (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 119 и 120). Такие виды страхования, как правило, предлагаются на рынке коммерческого страхования, хотя возможности коммерческого страхового покрытия в отношении некоторых чрезвычайных обстоятельств за пределами контроля сторон (например, войны, мятежи, акты вандализма, землетрясения, ураганы) могут быть ограничены. Частный рынок страхования играет все более важную роль в обеспечении покрытия от некоторых видов политических рисков, таких, как аннулирование договора, неисполнение публичным органом договорных обязательств или необоснованное востребование независимых гарантий. В некоторых странах страховщики предлагают комплексные страховые пакеты, цель которых состоит в том, чтобы учесть определенные риски, не покрытые в результате пробелов между отдельными полисами страхования. В дополнение к частному страхованию гарантии от политических рисков могут быть предоставлены международными финансовыми учреждениями, например Всемирным банком. Многосторонним агентствам по инвестиционным гарантиям и Международной финансовой корпорацией, а также региональными банками развития или агентствами по кредитованию экспорта и содействию инвестированию (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 61-74).

f) Независимые эксперты и консультанты

76. Независимые эксперты и консультанты играют весьма важную роль на различных этапах реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Опытные компании обычно стремятся дополнить потенциал своих собственных технических экспертов услугами внешних экспертов и консультантов, например финансовых экспертов, а также международных консультантов по юридическим или по инженерно-техническим вопросам. Консультантами учредителей проекта часто выступают торговые и инвестиционные банки, которые оказывают помощь в организации финансирования и в формулировании предполагаемого проекта, т.е. в проведении такой работы, которая, хотя и имеет принципиально важное значение для проектного финансирования, существенно отличается от собственного финансирования. Независимые эксперты могут консультировать кредиторов проекта, например, в вопросах оценки связанных с проектом рисков в принимающей стране. Они могут также оказывать помощь публичным органам в разработке стратегий развития инфраструктуры в отдельных секторах и в подготовке правовых и административных рамок. Кроме того, независимые эксперты и консультанты могут оказывать помощь правительству в подготовке технико-экономических обоснований и других

предварительных исследований, в подготовке запросов предложений или стандартных договорных условий и спецификаций, в оценке и сопоставлении предложений или в проведении переговоров по проектному соглашению.

77. Помимо частных организаций ряд межправительственных организаций (например, ЮНИДО и региональные комиссии Экономического и Социального Совета) и международных финансовых учреждений (например, Всемирный банк и региональные банки развития) имеют специальные программы, в рамках которых они могут предоставлять такого рода техническую помощь непосредственно правительствам или же оказывать содействие правительствам в выявлении квалифицированных консультантов.

A/CN.9/471/Add.2

1. ОБЩИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ РАМКИ

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	
КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	1-53
А. Общие замечания	1
В. Консультационные и законодательные рамки	2-14
1. Общие руководящие принципы создания благоприятных конституционных и законодательных рамок	3-6
2. Конституционное право и проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников	7-9
3. Общее законодательство и специальное законодательство по отдельным секторам	10-14
С. Объем полномочий на выдачу концессий	15-22
1. Уполномоченные учреждения и соответствующие области деятельности	16-18
2. Цель и объем концессий	19-22
D. Административная координация	23-29
1. Координация подготовительных мероприятий	25-26
2. Меры, направленные на облегчение выдачи лицензий и разрешений	27-29
Е. Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры	30-53
1. Секторальная компетенция и мандат регулирующих учреждений	33-35
2. Институциональные механизмы	36-38
3. Полномочия регулирующих учреждений	39-42
4. Состав, персонал и бюджет регулирующих учреждений	43-45
5. Процесс и процедуры регулирования	46-48
6. Обжалование решений регулирующего учреждения	49-50
7. Урегулирование споров между поставщиками общедоступных услуг	51-53

Рекомендации по законодательным вопросам

Принимающим странам, которые хотели бы стимулировать осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, рекомендуется реализовать в законодательном порядке нижеследующие принципы.

Конституционные и законодательные рамки (пункты 2-14)

Рекомендация 1. 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 (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 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 и 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 (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, касающимися строительства и эксплуатации объектов инфраструктуры соответствующего типа.

Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры (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 неадекватного 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 независимой и беспристрастной орган принятые в порядке регулирования решения, следует предусмотреть основания для возможного обжалования, а также возможные процедуры обжалования в судебном порядке.

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.

КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ**А. Общие замечания**

1. Принятие надлежащих и эффективных юридических рамок является предварительным элементом создания таких условий, которые благоприятствовали бы частным инвестициям в инфраструктуру. Странам, в которых такие юридические рамки уже созданы, важно обеспечить, чтобы законодательство было достаточно гибким и учитывало необходимость приспособления к прогрессу в различных секторах инфраструктуры. Настоящая глава посвящена некоторым общим вопросам, которые рекомендуется рассмотреть национальным законодательным органам при создании или обзоре юридических рамок для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, для достижения вышеупомянутых целей. В разделе В (пункты 2-14) излагаются общие соображения относительно конституционных и законодательных рамок; в разделе С (пункты 15-22) рассматривается объем полномочий на выдачу концессий в области инфраструктуры и предоставления общедоступных услуг; в разделе D (пункты 23-29) обсуждаются возможные меры по укреплению административной координации; а в разделе E (пункты 30-53) проводится рассмотрение институциональных и процедурных механизмов для регулирования секторов инфраструктуры.

В. Конституционные и законодательные рамки

2. В данном разделе рассматриваются общие руководящие принципы, на которых могут основываться юридические рамки для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Кроме того, в нем указываются возможные последствия для реализации этих проектов, которые могут обуславливаться конституционными нормами принимающей страны; и наконец, в этом разделе вкратце рассматриваются возможные выборы применительно к уровню и виду документа и документов, которые, возможно, потребуется принять, а также применительно к сфере действия такого документа или документов.

1. Общие руководящие принципы создания благоприятных конституционных и законодательных рамок

3. При рассмотрении вопроса о создании благоприятных юридических рамок или при проведении обзора достаточности уже имеющихся рамок национальные законодательные органы, возможно, пожелают принять во внимание некоторые общие принципы, которые лежали в основе недавних законодательных решений, принятых в различных странах, и которые кратко рассматриваются в нижеследующих пунктах.

а) Прозрачность

4. Прозрачные юридические рамки характеризуются четкими и доступными правилами, а также эффективными процедурами для их применения. Прозрачные законы и административные процедуры обуславливают предсказуемость, что позволяет потенциальным инвесторам оценить затраты и риски своих инвестиций, и, таким образом, предложить наиболее выгодные условия. Прозрачные законы и административные процедуры могут также содействовать открытости, если приняты положения, требующие опубликования административных решений и раскрытия информации, представляющей публичный интерес. Они также препятствуют произвольным и ненадлежащим действиям или решениям со стороны организации-заказчика или ее должностных лиц и, таким образом, способствуют укреплению доверия к национальной программе развития инфраструктуры. Прозрачность законов и административных процедур имеет особое значение, когда цель состоит в привлечении иностранных инвестиций, поскольку иностранные компании могут быть не знакомы с практикой страны в деле выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры.

б) Справедливость

5. Юридические рамки служат как средством, с помощью которого правительства регулируют и обеспечивают предоставление общедоступных услуг своим гражданам, так и средством, с помощью которого поставщики общедоступных услуг и их потребители могут защищать свои права. Справедливые юридические рамки учитывают различные (причем, возможно, иногда и противоречащие друг другу) интересы правительства, поставщиков общедоступных услуг и их потребителей и преследуют цель обеспечения справедливой сбалансированности таких интересов. Коммерческие соображения частного сектора, право пользователей на получение надлежащих услуг как с точки зрения качества, так и цены, ответственность правительства за обеспечение непрерывности предоставления важнейших услуг и его роль в содействии развитию инфраструктуры - это только некоторые из тех интересов, которые заслуживают надлежащего признания в законодательстве.

в) Долгосрочная устойчивость

6. Важная цель внутреннего законодательства по развитию инфраструктуры состоит в обеспечении долгосрочного характера предоставления общедоступных услуг, причем все более широкое внимание уделяется вопросам

экологической устойчивости. Недостаточно развитые механизмы для эксплуатации и обслуживания публичной инфраструктуры существенно ограничивают эффективность во всех секторах инфраструктуры и непосредственно ведут к снижению качества услуг и повышению затрат для пользователей. С законодательной точки зрения важно обеспечить, чтобы принимающая страна обладала институциональным потенциалом для выполнения различных задач, возложенных на публичные органы, которые участвуют в проектах в области инфраструктуры на различных этапах их реализации. Другим фактором, способствующим укреплению долгосрочной устойчивости национальной политики в области инфраструктуры, является достижение правильной сбалансированности между предоставлением общедоступных услуг на конкурентной и монопольной основах. Конкуренция может способствовать сокращению общих затрат и обеспечивать более значительные резервные мощности для предоставления важнейших услуг. В ряде секторов конкуренция также способствовала повышению рентабельности инвестиций в инфраструктуру, более пристальному учету потребностей потребителей и повышению качества общедоступных услуг, что содействовало улучшению коммерческого климата во всех секторах экономики.

2. Конституционное право и проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников

7. В конституционном праве ряда стран содержатся общие ссылки на обязанность государства обеспечить предоставление общедоступных услуг. В ряде стран перечисляются секторы инфраструктуры и услуг, входящие в сферу ответственности государства, а в других странах задача определения таких секторов делегируется законодателю. Согласно некоторым национальным конституциям предоставление ряда общедоступных услуг резервируется исключительно за государством или за специально созданными публичными предприятиями. В то же время согласно другим конституциям предусматриваются полномочия государства на предоставление частным предприятиям концессий на развитие и эксплуатацию инфраструктуры и предоставление общедоступных услуг. В ряде стран установлены ограничения на участие иностранцев в деятельности некоторых секторов или действуют требования о том, что государство должно участвовать в капитале компаний, предоставляющих общедоступные услуги.

8. Странам, стремящимся содействовать расширению частных инвестиций в инфраструктуру, важно провести обзор действующих конституционных норм, с тем, чтобы выявить возможные ограничения на осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. В ряде стран реализация проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, задерживалась в результате неопределенности в вопросе об объеме государственных полномочий на предоставление подрядов на такие проекты. Иногда опасения, что такие проекты могут нарушать конституционные нормы о государственной монополии или о предоставлении общедоступных услуг, приводили к судебным спорам, что впоследствии оказывало неблагоприятное воздействие на осуществление проектов.

9. Кроме того, важно учитывать конституционные нормы, касающиеся собственности на землю или объекты инфраструктуры. Конституционное право некоторых стран содержит ограничения на частную собственность на землю и некоторые средства производства. В других странах частная собственность признается, однако конституция объявляет некоторые виды инфраструктуры собственностью государства. Запреты и ограничения такого характера могут представлять собой препятствие для осуществления проектов, предусматривающих частную эксплуатацию соответствующего объекта инфраструктуры или его частную эксплуатацию и частную собственность на него (более подробно см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 23-29).

3. Общее законодательство и специальное законодательство по отдельным секторам

10. Законодательство часто играет центральную роль в привлечении частных инвестиций в проекты в области публичной инфраструктуры. В законодательстве обычно закрепляются принципы проводимой политики, предусматриваются конкретные юридические права, и соответствующие законы могут представлять собой важную гарантию стабильности правового режима и режима регулирования. На практике в большинстве стран осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, предшествовало принятие законодательных мер, устанавливающих общие правила выдачи подрядов на такие проекты и их осуществления.

11. В ряде стран с учетом конституционных норм и законодательной практики может возникнуть необходимость в принятии специального законодательства, касающегося конкретных проектов. В других странах с устоявшимися традициями выдачи частному сектору концессий на предоставление общедоступных услуг полномочия правительства на предоставление частному сектору подрядов на выполнение любой осуществляемой публичным сектором деятельности, обладающей определенной экономической ценностью, которая позволяет осуществлять эксплуатацию такой деятельности частными предприятиями, предусматриваются в общем законодательстве. Общее законодательство такого вида создает базу для обеспечения единообразного регулирования вопросов, являющихся общими для всех финансируемых из частных источников проектов в различных секторах инфраструктуры.

12. В то же время в рамках общего законодательства, уже в силу его характера, обычно невозможно учесть все конкретные потребности различных секторов. Даже в тех странах, которые приняли общее законодательство, регулирующее общесекторальные вопросы, было сочтено, что дополнительное законодательство, касающееся конкретных секторов, позволит законодателю разработать нормы, учитывающие рыночную структуру в каждом секторе (см. выше "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 21-46). Следует отметить, что во многих странах специальное законодательство по отдельным секторам принималось в период, когда национальная инфраструктура в значительной части или даже полностью охватывалась государственной монополией. Странам, заинтересованным в стимулировании инвестиций частного сектора в инфраструктуру, целесообразно провести обзор действующего специального законодательства по отдельным секторам, с тем чтобы определить приемлемость таких актов для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

13. Кроме того, специальное законодательство по отдельным секторам может сыграть важную роль в создании базы для регулирования отдельных секторов инфраструктуры (см. ниже, пункты 30-53). Законодательские рекомендации особенно полезны в тех странах, которые находятся на первоначальных этапах создания или развития национальных механизмов регулирования. Такое законодательство также представляет собой важную гарантию того, что свобода усмотрения осуществляющих регулирование властей при выполнении их функций не является неограниченной, а определяется параметрами, установленными законом. В то же время в целом целесообразно избегать принятия жестких или излишне детализированных законодательных положений, регулирующих договорные аспекты реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, поскольку в большинстве случаев подобные нормы не будут отвечать долгосрочному характеру этих проектов (более подробно см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры" и главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения").

14. Многие страны использовали законодательный подход для закрепления общих принципов организации секторов инфраструктуры и установления базовых программных и институциональных рамок, а также рамок регулирования. В то же время законодательство, возможно, не является наилучшим инструментом для закрепления подробных технических и финансовых требований. Для установления более детальных правил реализации общих положений, закрепленных в национальном законодательстве о проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, многие страны отдали предпочтение принятию подзаконных актов. Было сочтено, что такие нормативные положения легче приспособить к изменяющимся условиям, независимо от того, обусловлены ли изменения переходом к нормам, базирующимся на рыночных отношениях, или новыми внешними факторами, такими, как появление новых технологий или изменение экономических или рыночных условий. Независимо от вида используемого инструмента важное значение имеют вопросы четкости и предсказуемости.

С. Объем полномочий на выдачу концессий

15. Реализация проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может потребовать принятия специального законодательства или норм, уполномочивающих государства передавать функции по предоставлению общедоступных услуг частным предприятиям или децентрализованным предприятиям. Принятие законодательного акта, прямо устанавливающего такие полномочия, может представлять собой важную меру, направленную на укрепление доверия потенциальных инвесторов, как национальных, так и иностранных, к национальной политике по стимулированию инвестиций частного сектора в инфраструктуру. Центральные аспекты вопроса о полномочиях на выдачу концессий в связи с проектами в области инфраструктуры рассматриваются в нижеследующих пунктах.

1. Уполномоченные учреждения и соответствующие области деятельности

16. В некоторых правовых системах правительственные функции по предоставлению общедоступных услуг не могут делегироваться без предварительного установления соответствующих полномочий в законодательном порядке. Для тех стран, которые стремятся привлечь частные инвестиции в инфраструктуру, особенно важно, чтобы в законе четко оговаривались полномочия правительства передавать иным предприятиям, чем публичные органы принимающей страны, право на предоставление определенных общедоступных услуг. Такое общее положение может быть особенно важным в тех странах, в которых предоставление общедоступных услуг является монополией правительства или в которых планируется привлечь частные предприятия к предоставлению некоторых услуг, которые в прошлом оказывались населению бесплатно (более подробно см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 37 и 38).

17. В случае принятия общего законодательства также целесообразно четко указать те публичные органы или уровни управления, которые компетентны выдавать подряды на проекты в области инфраструктуры частному сектору и действовать в качестве организаций-заказчиков. С тем чтобы избежать ненужных задержек, особенно целесообразно принять нормы, позволяющие установить тех физических или должностных лиц, которые обладают полномочиями на принятие обязательств от имени организации-заказчика (и, если это уместно, других публичных

органов) на различных этапах переговоров, а также полномочиями на подписание проектного соглашения. Полезно рассмотреть вопрос об объеме тех полномочий, которые могут потребоваться иным органам, чем центральное правительство, для реализации проектов, входящих в сферу их компетенции. Применительно к проектам, предполагающим участие должностных лиц или ведомств на различных уровнях управления (например, общенациональном, региональном или местном), когда заранее определить всех соответствующих должностных лиц или ведомства невозможно, могут потребоваться другие меры для обеспечения надлежащей административной координации (см. пункты 23-29 ниже).

18. В целях обеспечения ясности будет, возможно, также целесообразно указать в таком общем законодательстве те секторы, в которых могут предоставляться концессии. Если это не будет сочтено возможным или желательным, то в качестве альтернативы в законодательстве могут быть указаны те области деятельности, которые не могут являться объектом концессии (например, виды деятельности, связанные с национальной обороной или безопасностью).

2. Цель и объем концессий

19. Будет, возможно, полезно определить в законодательстве характер и цель финансируемых из частных источников проектов в области инфраструктуры, в связи с которыми в принимающей стране могут быть выданы концессии. Один из возможных подходов состоит в определении различных категорий проектов в соответствии с объемом прав и обязательств, приписываемых на себя концессионером (например, "строительство-эксплуатация-передача", "строительство-собственность-эксплуатация", "строительство-передача-эксплуатация" или "строительство-передача"). В то же время, учитывая широкое разнообразие схем, которые могут применяться в связи с частными инвестициями в инфраструктуру, попытка дать исчерпывающее определение всем таким формам может быть довольно трудной. В качестве альтернативы в законодательстве можно в общем плане предусмотреть, что концессии могут предоставляться для цели возложения на какое-либо предприятие, будь то частное или публичное, обязательства выполнить работы в области инфраструктуры или предоставлять определенные общедоступные услуги в обмен на право взимать цену за использование объекта или помещений или за предоставленную услугу или произведенные товары, или в обмен на другую плату или вознаграждение, согласованные сторонами. Затем в законодательстве можно было бы разъяснить, что концессии могут предоставляться на строительство и эксплуатацию нового объекта или системы инфраструктуры или на материально-техническое обслуживание, ремонт, восстановление, модернизацию, расширение и эксплуатацию действующих объектов или систем инфраструктуры, или только на предоставление общедоступных услуг и на управление предоставлением таких услуг.

20. Другая важная проблема касается характера прав, предоставляемых концессионеру, в частности вопроса о том, является ли право на предоставление соответствующей услуги исключительным или же концессионер будет действовать в условиях конкуренции с другими объектами инфраструктуры или поставщиками услуг. Исключительное право может предоставляться в отношении обслуживания какого-либо конкретного географического региона (например, в случае коммунальной водораспределительной компании) или всей территории страны (например, в случае национальной железнодорожной компании); исключительное право может предоставляться на поставку какого-либо конкретного вида товаров или предоставление какого-либо конкретного вида услуг одному конкретному клиенту (например, когда электростанция является исключительным региональным поставщиком для определенной линии передачи и распределения электроэнергии) или ограниченной группы клиентов (например, когда национальная компания международной телефонной связи обеспечивает связь с местными телефонными компаниями).

21. Решение вопроса о том, следует ли предоставлять исключительные права в связи с каким-либо конкретным проектом или категорией проектов, следует принимать с учетом политики принимающей страны в отношении соответствующего сектора. Как это уже говорилось ранее, масштабы конкуренции в различных секторах инфраструктуры существенно различаются. В то время как некоторые секторы или их сегменты обладают характеристиками естественных монополий - и в этом случае открытая конкуренция обычно не является экономически эффективным вариантом, - другие секторы инфраструктуры были успешно открыты для свободной конкуренции (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 28 и 29).

22. Таким образом, целесообразно принять гибкий подход к решению вопроса об исключительных правах. Предпочтительным будет, возможно, такой порядок, когда законодательство вместо того, чтобы запрещать или предписывать выдачу исключительных концессий, будет разрешать выдачу исключительных концессий, если будет сочтено, что это соответствует публичным интересам, например в случаях, когда исключительные права оправданы с точки зрения цели обеспечения технической или экономической эффективности проекта. Можно установить требование о том, что организация-заказчик должна будет до начала процедур отбора концессионера указывать причины, в силу которых предполагается предоставление исключительной концессии. Такое общее законодательство может быть дополнено специальными законодательными актами по отдельным секторам, регулирующими вопрос об исключительных правах с учетом каждого конкретного сектора.

D. Административная координация

23. В зависимости от структуры административных органов принимающей страны в проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может потребоваться участие ряда публичных органов на различных уровнях управления. Например, компетенция на установление различных положений и правил, регулирующих соответствующий вид деятельности, может полностью или частично принадлежать какому-либо публичному органу на ином уровне, чем тот орган, который несет ответственность за предоставление соответствующей услуги. Может также существовать такое положение, когда и регулирующие, и оперативные функции объединяются в одной организации, а полномочия на заключение правительственных контрактов в централизованном порядке переданы другому публичному органу. Применительно к проектам, связанным с иностранными инвестициями, может также существовать такое положение, при котором некоторые специальные области компетенции могут охватываться мандатом того ведомства, которое несет ответственность за утверждение иностранных инвестиционных предложений.

24. Международный опыт, накопленный за последнее время, показал целесообразность возложения общей ответственности за разработку политики и обеспечение практического руководства в отношении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, на центральную группу, входящую в административную структуру принимающей страны. Такая центральная группа может также нести ответственность за координацию работы основных публичных органов, взаимодействующих с проектной компанией. В то же время признается, что в результате существующей административной структуры создание такого механизма в ряде стран будет невозможным. Когда учреждение такой центральной группы невозможно, могут быть изучены иные меры по обеспечению надлежащего уровня координации деятельности различных заинтересованных публичных органов, как это рассматривается в нижеследующих пунктах.

1. Координация подготовительных мероприятий

25. Одна из мер, направленных на обеспечение успешной реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, - это требование о том, чтобы соответствующий публичный орган проводил предварительную оценку технико-экономической обоснованности таких проектов, включая экономические и финансовые аспекты, такие, как предполагаемые экономические выгоды от проекта, сметные затраты и потенциальная прибыль, ожидаемая от эксплуатации объекта инфраструктуры, а также экологические последствия реализации проекта. В таких обоснованиях, подготовленных публичным органом, следует, в частности, четко указывать предполагаемую отдачу проекта, представлять достаточные основания, обуславливающие необходимость в инвестициях, предлагать механизм привлечения частного сектора к участию, а также описывать конкретные решения применительно к требованиям, предъявляемым к продукции проекта.

26. После выявления будущего проекта правительству следует определить его относительную приоритетность, а также выделить людские и другие ресурсы для его осуществления. На этом этапе желательно, чтобы организация-заказчик провела обзор действующих законодательных или нормативных требований, касающихся эксплуатации объектов инфраструктуры предлагаемого типа, с целью выявления основных публичных органов, участие которых потребуется для реализации проекта. На этом этапе также важно рассмотреть меры, которые могут потребоваться для того, чтобы организация-заказчик и другие участвующие публичные органы выполнили те обязательства, которые, как они это могут разумно предполагать, лягут на них в связи с проектом. Например, правительству может потребоваться заблаговременно принять бюджетные меры, с тем чтобы организация-заказчик или другие публичные органы могли выполнить финансовые обязательства, охватывающие несколько бюджетных циклов, например, долгосрочные обязательства по закупке продукции, произведенной в рамках проекта (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 50 и 51). Кроме того, может потребоваться принятие ряда административных мер для предоставления определенных форм поддержки в связи с проектом, например, в том, что касается освобождения от налогообложения и упрощения таможенного режима (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 51-54), причем для их принятия может потребоваться значительное время.

2. Меры, направленные на облегчение выдачи лицензий и разрешений

27. Законодательство может сыграть полезную роль в деле облегчения выдачи лицензий и разрешений, которые могут потребоваться в ходе осуществления проекта (например, лицензий, необходимых на основании валютных правил; лицензий на регистрацию концессионера в качестве юридического лица; разрешений на наем иностранцев; регистрационные и гербовые сборы за использование земельных участков или оформление собственности на них; лицензии на импорт оборудования и материалов; строительные лицензии; лицензии на прокладку кабелей или трубопроводов; лицензии на вход объекта в эксплуатацию; и выделение частот для мобильной связи). Выдача таких лицензий и разрешений может относиться к компетенции различных органов на различных уровнях управления, и для их получения может потребоваться значительное время, особенно когда утверждающие органы или должностные лица первоначально не участвовали в разработке проекта или в согласовании его условий.

Задержки в процессе введения объектов инфраструктуры в эксплуатацию в результате отсутствия необходимых лицензий или разрешений по не зависящим от концессионера причинам могут привести к повышению стоимости проекта, а также цен, которые должны выплачиваться пользователями.

28. Таким образом, рекомендуется проводить заблаговременную оценку потребностей в лицензиях и разрешениях для целей конкретного проекта, с тем чтобы избежать задержек на этапе реализации. Одна из возможных мер для укрепления координации выдачи лицензий и разрешений может состоять в том, чтобы возложить на какой-либо один орган полномочия на получение заявок на лицензии и разрешения, препровождение их соответствующим ведомствам и контроль за выдачей всех лицензий и разрешений, перечисленных в запросе предложений, и других лицензий, требования о которых могут быть введены впоследствии новыми правилами. Кроме того, в законодательном порядке можно уполномочить соответствующие ведомства выдавать временные лицензии и разрешения и установить срок, по истечении которого эти лицензии и разрешения будут считаться выданными, если не поступит отказ в письменной форме.

29. В то же время следует отметить, что распределение административных полномочий среди различных уровней управления (например, местного, регионального и центрального) часто отражает основополагающие принципы политической организации страны. В силу этого имеются случаи, когда центральное правительство не может принять на себя ответственность за выдачу всех лицензий и разрешений или возложить такую координирующую функцию на какой-либо один орган. В подобных случаях важно принять меры, направленные на то, чтобы не допустить задержек, которые могут быть вызваны таким распределением административных полномочий, например, заключить договоренности между организацией-заказчиком и другими заинтересованными публичными органами об облегчении процедур в связи с каким-либо конкретным проектом или принять другие меры, направленные на обеспечение надлежащего уровня координации в деятельности различных заинтересованных публичных органов и на повышение прозрачности и эффективности процесса получения лицензий. Кроме того, правительство может рассмотреть вопрос о предоставлении определенных заверений в том, что оно будет в максимально возможной степени содействовать концессионеру в получении лицензий, требуемых согласно внутреннему законодательству, например, путем предоставления информации и помощи участникам процедур в вопросах о тех лицензиях, которые требуется получить, а также о соответствующих процедурах и условиях. С практической точки зрения в дополнение к координации среди различных уровней управления и различных публичных органов требуется обеспечить последовательность в деле применения критериев для выдачи лицензий и для обеспечения прозрачности административного процесса.

Е. Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры

30. На предоставление определенных общедоступных услуг обычно распространяется специальный режим регулирования, который может устанавливаться с помощью материально-правовых норм, процедур, инструментов и институциональных структур. Такие рамки представляют собой важный инструмент для проведения правительственной политики в соответствующем секторе (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 21-46). В зависимости от институциональной структуры соответствующей страны и распределения полномочий между различными уровнями управления определенные секторы инфраструктуры могут - полностью или совместно с общенациональным законодательством - регулироваться региональным или местным законодательством.

31. Регулирование услуг в области инфраструктуры связано с широким кругом общих и специальных для конкретных секторов вопросов, которые могут существенно различаться в зависимости от социальных, политических, правовых и экономических реалий в каждой отдельной принимающей стране. Хотя основные вопросы регулирования, встречающиеся в аналогичных контекстах в различных секторах (см., например, главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 39-46 и 82-95), рассматриваются, если это уместно, в Руководстве, оно не преследует цели полностью охватить все правовые или политические вопросы, возникающие в связи с регулированием в различных секторах инфраструктуры. Термин "регулирующие учреждения" означает институциональные механизмы, которые требуются для применения правил, регулирующих деятельность операторов инфраструктуры, и для контроля за соблюдением таких правил. Поскольку правила, применимые к эксплуатации инфраструктуры, часто допускают определенную свободу усмотрения, необходимо наличие какого-либо органа, на который были бы возложены функции по толкованию и применению таких правил, контролю за их соблюдением, наложению санкций и урегулированию споров, вытекающих из применения таких норм. Конкретные регулирующие функции и объем связанной с их выполнением свободы усмотрения будет определяться соответствующими правилами, которые могут существенно различаться.

32. Руководство исходит из той предпосылки, что в принимающей стране созданы надлежащие институциональные и иерархические структуры и имеются необходимые людские ресурсы для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Тем не менее в помощь национальным законодательным органам, рассматривающим вопросы о необходимости и целесообразности создания регулирующих учреждений для контроля за предоставлением общедоступных услуг, в настоящем разделе рассматриваются некоторые основные

институциональные и процедурные вопросы, которые могут возникнуть в этой связи. Обсуждение, включенное в настоящий раздел, отражает различные подходы, которые были использованы во внутреннем законодательстве для установления рамок регулирования в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, однако Руководство никоим образом не рекомендует использование какой-либо конкретной модели или создание какой-либо конкретной административной структуры. Практическая информация и технические консультации могут быть получены от международных финансовых учреждений, которые выполняют программы по оказанию помощи странам-членам в создании надлежащих рамок регулирования (например, от Всемирного банка и региональных банков развития).

1. Секторальная компетенция и мандат регулирующих учреждений

33. Функции регулирования могут быть организованы на секторальной или межсекторальной основе. Страны, избравшие секторальный подход, во многих случаях принимали решение о включении тесно связанных секторов или их сегментов в один комплекс регулирования (например, создание общего регулирующего учреждения для энергетики и газа или аэропортов и авиалиний). Другие страны организовали регулирование на межсекторальной основе, причем в некоторых случаях одна регулирующая организация несла ответственность за все секторы инфраструктуры, а в других - одна организация несла ответственность за предприятия общественного пользования (водо- и энергоснабжение, газ, телекоммуникации), а другая - за транспорт. В некоторых странах компетенция регулирующих учреждений может также распространяться на несколько секторов в каком-либо конкретном регионе.

34. Регулирующие учреждения, компетенция которых ограничивается тем или иным конкретным сектором, обычно работают над развитием технического экспертного потенциала, приспособленного к нуждам конкретного сектора. Регулирование по отдельным секторам может способствовать разработке правил и видов практики, приспособленных к нуждам соответствующего сектора. В то же время решение относительно секторального или межсекторального регулирования частично зависит от потенциала соответствующей страны в области регулирования. Страны, обладающие ограниченными знаниями и опытом в области регулирования инфраструктуры, могут счесть предпочтительным сократить количество независимых структур и попытаться получить экономию за счет эффекта масштаба.

35. В законодательстве, устанавливающем механизм регулирования, часто оговаривается ряд общих целей, на основании которых должна строиться деятельность регулирующих учреждений, например, содействие конкуренции, защита интересов пользователей, удовлетворение спроса, эффективность сектора или поставщиков общедоступных услуг, их финансовая устойчивость, гарантии публичных интересов или обязательств о предоставлении общедоступных услуг и защита прав инвесторов. Наличие одной или двух главных целей помогает разъяснить мандат регулирующих учреждений и установить приоритеты между иногда противоречащими друг другу задачами. Четкий мандат может также способствовать укреплению автономии регулирующего учреждения и повышению его авторитета.

2. Институциональные механизмы

36. Диапазон институциональных механизмов для регулирования секторов инфраструктуры может быть самым различным. Хотя некоторые страны возлагают функции регулирования на правительственные органы (например, на соответствующие министерства или департаменты), другие страны отдали предпочтение созданию автономных регулирующих учреждений, отделенных от правительственного аппарата. Некоторые страны приняли решение о том, чтобы предусмотреть регулирование определенных секторов инфраструктуры автономным и независимым органом, сохраняя в то же время регулирование других секторов министерствами. Иногда соответствующие полномочия могут быть распределены между автономным регулирующим учреждением и правительством, как это часто имеет место применительно к вопросам лицензирования. С законодательной точки зрения важно разработать такие институциональные механизмы для реализации функции регулирования, которые будут обеспечивать должный уровень эффективности работы регулирующего учреждения с учетом политических, правовых и административных традиций соответствующей страны.

37. Эффективность режима регулирования во многих случаях зависит от объективности принимаемых в порядке регулирования решений. Это, в свою очередь, требует, чтобы регулирующие учреждения имели возможность принимать решения без вмешательства или неадекватного давления со стороны операторов инфраструктуры и поставщиков общедоступных услуг. В этих целях в ряде стран законодательные положения предусматривают обязательную независимость процесса принятия решений по регулированию. С тем чтобы обеспечить желаемый уровень независимости, целесообразно отделить функции регулирования от оперативных функций за счет передачи любых функций регулирования, которые могут быть по-прежнему возложены на поставщиков общедоступных услуг, какой-либо юридически и функционально независимой организации. Независимость в осуществлении функции регулирования подкрепляется положениями, направленными на предотвращение коллизии интересов, такими, как запрещение для персонала регулирующего учреждения получать полномочия, принимать подарки, заключать

контракты или поддерживать какие-либо иные связи (прямые или через членов семьи или других посредников) с регулируемыми компаниями, их головными или дочерними предприятиями.

38. В связи с этим возникает еще один вопрос, а именно вопрос о необходимости свести к минимуму тот риск, что решения будут приниматься органом, который также является собственником предприятий, действующих в регулируемом секторе, или органом, действующим исходя из политических, а не технических соображений, или под влиянием подобных органов. В некоторых странах было сочтено необходимым наделить регулирующее учреждение определенной степенью автономии по отношению к политическим органам правительства. Вопросы независимости и автономии следует рассматривать не только на основе институционального оформления функции регулирования, но также и на основе функциональной автономии (т.е. наличия достаточных финансовых и кадровых ресурсов для надлежащего выполнения возложенных на соответствующие органы обязанностей).

3. Полномочия регулирующих учреждений

39. Регулирующие учреждения могут быть наделены полномочиями на принятие решений, полномочиями на составление заключений или чисто консультативными полномочиями, или сочетанием этих различных уровней полномочий в зависимости от предмета регулирования. В некоторых странах регулирующие учреждения первоначально наделялись ограниченными полномочиями, которые впоследствии расширялись по мере того, как соответствующие учреждения доказывали свою независимость и профессионализм. В законодательстве часто оговаривается, какими полномочиями располагает правительство и какими - регулирующее учреждение. Четкое решение этого вопроса весьма важно для того, чтобы избежать ненужных коллизий и неясностей. Инвесторам, а также потребителям и другим заинтересованным сторонам необходимо знать, кому следует направлять различные запросы, заявки или жалобы.

40. Например, во многих странах и правительство, и регулирующее учреждение участвуют в процессе отбора поставщиков общедоступных услуг. Если решение о предоставлении подряда на проект принимается исходя из общего суждения, которое носит скорее политический, а не технический характер, как это может часто иметь место в случае приватизации инфраструктуры, окончательная ответственность часто остается за правительством. Если, однако, критерии принятия решения носят более технический характер, как это может иметь место при либеральном режиме лицензирования в секторах производства электроэнергии или телекоммуникационных услуг, то во многих странах полномочия на принятие этого решения возлагаются на независимое регулирующее учреждение. В других случаях правительство до предоставления концессии может запрашивать мнение регулирующего учреждения. С другой стороны, в некоторых странах исключается прямое участие регулирующих учреждений в процессе выдачи концессий на том основании, что это может повлиять на дальнейшее регулирование предоставления соответствующих услуг.

41. Компетенция регулирующих учреждений обычно распространяется на все предприятия, действующие в регулируемых ими секторах, без какого-либо различия между частными и государственными предприятиями. Использование некоторых полномочий или инструментов регулирования может в силу закона ограничиваться доминирующими поставщиками общедоступных услуг в соответствующем секторе. Регулирующее учреждение может, например, обладать полномочиями на установление принципов ценообразования только в отношении уполномоченного или доминирующего поставщика общедоступных услуг, в то время как новым участникам, выходящим на рынок, может быть разрешено свободно устанавливать цены.

42. Вопросы, по которым регулирующие учреждения должны принимать решения, являются самыми разнообразными: от выполнения нормативных функций (например, принятие правил о предоставлении концессий и установление условий сертификации оборудования) до фактической выдачи концессий; кроме того, к кругу таких вопросов относятся следующие: изменение вышеупомянутых документов; утверждение контрактов или решений, предложенных регулируемыми компаниями (например, схемы доступа к сети или контракта на доступ); определение обязательства предоставлять определенные услуги и контроль за его исполнением; надзор над поставщиками общедоступных услуг (в частности, применительно к соблюдению условий лицензий, норм и производственных целевых заданий); установление или корректировка цен; проверка субсидий, исключений или иных льгот, которые могут нанести ущерб конкуренции в соответствующем секторе; санкции; и урегулирование споров.

4. Состав, персонал и бюджет регулирующих учреждений

43. Создавая регулирующее учреждение, некоторые страны избрали вариант, предусматривающий назначение одного должностного лица, в то время как большинство других государств предпочли учредить регулирующую комиссию. Создание комиссии может дать более надежные гарантии против оказания ненадлежащего давления или лоббирования и может ограничить риск принятия поспешных решений по регулированию. С другой стороны, регулирующее учреждение, состоящее из одного должностного лица, может принимать решения более оперативно и может быть более подотчетным. С тем чтобы облегчить управление процессом принятия решений в рамках

регулирующей комиссии, число ее членов часто поддерживается на незначительном уровне (обычно три-пять членов). Назначения четного числа членов часто стараются избежать с тем, чтобы не допустить создания тупиковой ситуации, хотя, конечно, может быть предусмотрен такой порядок, при котором голос председательствующего будет решающим.

44. В целях укрепления автономии регулирующего учреждения к процессу назначения его членов могут быть привлечены различные организации. В некоторых странах члены регулирующих учреждений назначаются главой государства на основе списка, представленного парламентом; в других странах исполнительные органы правительства назначают членов регулирующего учреждения при условии утверждения парламентом или из числа кандидатур, представленных парламентом, ассоциациями пользователей или другими органами. От должностных лиц регулирующих учреждений часто требуется наличие минимальной профессиональной квалификации, а также отсутствие коллизии интересов, поскольку это может служить препятствием для назначения на должность. Мандаты членов регулирующих советов могут истекать в различные сроки, с тем чтобы не допустить полной смены или назначения всех членов одной и той же администрацией; такая практика также способствует преемственности в процессе принятия решений по регулированию. Назначения часто производятся на фиксированный срок, который может быть невозобновляемым и который может быть прекращен до истечения только по ограниченному числу причин (например, осуждение за совершение уголовного преступления, психическое расстройство, грубая небрежность или пренебрежение обязанностями). Регулирующим учреждениям часто приходится иметь дело с квалифицированными юристами, бухгалтерами и другими экспертами, работающими в регулируемом секторе, и им необходимо обладать такими же опытом, навыками и профессионализмом, либо опираясь на собственные кадры, либо при помощи найма внешних консультантов, когда это необходимо.

45. Важнейшее значение для надлежащей деятельности регулирующего учреждения имеют источники стабильного финансирования. Во многих странах бюджет регулирующего учреждения финансируется за счет платежей и иных сборов с регулируемого сектора. Платежи могут быть установлены в качестве процентной доли от оборота поставщиков общедоступных услуг или могут взиматься за выдачу лицензий, концессий и других разрешений. В некоторых странах бюджет учреждения в случае необходимости пополняется за счет переводов бюджетных средств, предусмотренных в ежегодных финансовых законах. Однако такой порядок создает элемент неопределенности, что может неблагоприятно сказаться на автономии соответствующего учреждения.

5. Процесс и процедуры регулирования

46. Рамки регулирования обычно включают процедурные нормы, определяющие порядок выполнения различными учреждениями возложенных на них различных полномочий по регулированию. Доверие к процессу регулирования требует прозрачности и объективности независимо от того, осуществляются ли полномочия по регулированию правительственным департаментом, или министром, или автономным регулирующим учреждением. Правила и процедуры должны быть объективными и ясными, с тем чтобы обеспечивать справедливость, беспристрастность и своевременность решений, принимаемых регулирующим учреждением. В целях обеспечения прозрачности следует установить законодательное требование об опубликовании таких правил и процедур. В принимаемых в порядке регулирования решениях следует указывать причины, на которых они основываются, и такие решения должны быть доступны для заинтересованных сторон, что может быть обеспечено с помощью их опубликования или других надлежащих средств.

47. Прозрачность может быть еще более укреплена, если, как это требуется в соответствии с некоторыми законами, регулирующее учреждение будет публиковать ежегодный отчет о состоянии соответствующего сектора, в том числе, например о решениях, принятых им за отчетный период, о возникших спорах и путях их урегулирования. Такой ежегодный отчет может также включать счета регулирующего учреждения и аудиторское заключение по ним, составленное независимым аудитором. Кроме того, во многих странах законодательство требует, чтобы этот ежегодный отчет представлялся одному из парламентских комитетов.

48. Принимаемые в порядке регулирования решения могут затронуть интересы различных групп, включая заинтересованного поставщика общедоступных услуг, его нынешних или потенциальных конкурентов, а также коммерческих или некоммерческих пользователей. Во многих странах процесс регулирования включает процедуры консультаций в связи с принятием важных решений или рекомендаций. В некоторых странах такие консультации проводятся в форме публичных слушаний, а в других предусматривается подготовка консультативных записок, по которым запрашиваются комментарии заинтересованных групп. В некоторых странах также созданы консультативные органы, состоящие из пользователей и других заинтересованных сторон, и установлено требование о том, чтобы их мнение запрашивалось до принятия важных решений и рекомендаций. Для повышения транспарентности комментарии, рекомендации или мнения, выработанные в ходе процесса консультаций, могут публиковаться или могут обеспечиваться иные возможности для публичного ознакомления с ними.

6. Обжалование решений регулирующего учреждения

49. Другим важным элементом установленного в принимающей стране режима регулирования являются механизмы, с помощью которых поставщики общедоступных услуг могут ходатайствовать о пересмотре решений, принятых в порядке регулирования. Как и применительно ко всему процессу регулирования, здесь важнейшую роль играет высокая степень прозрачности и доверия. В целях обеспечения доверия к процессу обжалования соответствующие функции должны быть возложены на организацию, являющуюся независимой по отношению к регулирующему учреждению, принявшему первоначальное решение, к политическим властям принимающей страны и к поставщикам общедоступных услуг.

50. Рассмотрение ходатайств об обжаловании решений регулирующих учреждений часто относится к компетенции судов, однако в некоторых правовых системах вопросы обжалования решений регулирующих учреждений относятся к исключительной компетенции специальных судебных органов, рассматривающих только административные вопросы, причем в некоторых странах такие органы отделены от судебной системы в целом. В тех случаях, когда процесс обжалования вызывает беспокойство (например, в том, что касается возможных задержек и способности судов дать должную оценку сложным экономическим вопросам, с которыми связаны решения по регулированию), функции по рассмотрению ходатайств, по крайней мере в первой инстанции, могут быть возложены на другой орган, а окончательное решение по ходатайству может приниматься судами или административными судебными органами. В некоторых странах подаваемые в порядке обжалования ходатайства рассматриваются независимым межсекторальным надзорным органом высокого уровня. Кроме того, имеются страны, в которых такие ходатайства заслушиваются специальными коллегиями, состоящими из лиц, на которых возложены специально оговоренные судебные или научные функции. Что касается оснований, на которых может основываться подаваемое в порядке обжалования ходатайство, то во многих случаях предусматриваются определенные ограничения, в частности, в том, что касается права апелляционного органа заменять оценкой фактических обстоятельств дела, которую он может подготовить по своему усмотрению, ту оценку, которая была произведена органом, решение которого обжалуется.

7. Урегулирование споров между поставщиками общедоступных услуг

51. Между конкурирующими концессионерами (например, двумя операторами систем сотовой телефонной связи) или между концессионерами, предоставляющими услуги на различных сегментах одного и того же сектора инфраструктуры, могут возникать споры. Такие споры могут быть связаны с утверждениями о несправедливой торговой практике (например, ценовом демпинге), о неконкурентной практике, нарушающей политику соответствующей страны в области инфраструктуры (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 23-29), или о нарушении специальных обязательств поставщиков общедоступных услуг (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 82-93). Во многих странах было сочтено, что для создания надлежащих рамок для урегулирования подобных споров, необходимы законодательные положения.

52. Во-первых, различные стороны могут не иметь договорных отношений между собой, которые могли бы предусматривать надлежащий механизм урегулирования споров. Но даже в тех случаях, когда создание подобных договорных механизмов является возможным, принимающая сторона может быть заинтересована в том, чтобы споры, связанные с определенными вопросами (например, условиями доступа к той или иной конкретной сети инфраструктуры), разрешались специальным органом с тем, чтобы обеспечить последовательность в применении соответствующих правил. Кроме того, определенные споры между поставщиками общедоступных услуг могут быть связаны с вопросами, которые согласно законодательству принимающей страны рассматриваются как не подлежащие урегулированию в арбитражном порядке.

53. Внутреннее законодательство часто предусматривает административные процедуры для разрешения споров между поставщиками общедоступных услуг. Как правило, поставщики общедоступных услуг могут подавать жалобы в регулирующее учреждение или в иное правительственное учреждение, несущее ответственность за применение правил, которые, как утверждается, были нарушены (например, правительственный орган, выполняющий функции по обеспечению соблюдения законов и правил в области конкуренции); в некоторых странах такие учреждения наделяются полномочиями на принятие обязательного решения по соответствующему вопросу. Такие механизмы, даже в тех случаях, когда они являются обязательными, необязательно запрещают лицам, понесшим ущерб, обращаться к судам, хотя в некоторых правовых системах суды могут обладать лишь полномочиями на проверку законности принятого решения (например, надлежащего соблюдения предусмотренных процедур), но не на проверку решения по существу дела.

A/CN.9/471/Add.3

II. РИСКИ, СВЯЗАННЫЕ С ПРОЕКТАМИ, И ПРАВИТЕЛЬСТВЕННАЯ ПОДДЕРЖКА**СОДЕРЖАНИЕ**

	<u>Пункты</u>
РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	
КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	1-74
A. Общие замечания	1-7
B. Риски, связанные с проектами, и распределение рисков	8-29
1. Обзор основных категорий рисков, связанных с проектами	11-20
2. Договорные механизмы распределения и уменьшения рисков	21-29
C. Правительственная поддержка	30-60
1. Политические соображения, касающиеся правительственной поддержки	32-34
2. Формы правительственной поддержки	35-60
D. Гарантии, предоставляемые международными финансовыми учреждениями	61-71
1. Гарантии, предоставляемые многосторонними кредитными учреждениями	62-66
2. Гарантии, предоставляемые Многосторонним агентством по инвестиционным гарантиям	67-71
E. Гарантии, предоставляемые агентствами по кредитованию экспорта и содействию инвестированию	72-74

Рекомендации по законодательным вопросам

Принимающим странам, которые хотели бы стимулировать осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, рекомендуется реализовать в законодательном порядке нижеследующие принципы.

Риски, связанные с проектами, и распределение рисков (см. пункты 8-29)

Рекомендация 12. Не следует устанавливать излишних статутных или регулятивных ограничений применительно к способности организации-заказчика согласовывать такое распределение рисков, которое отвечает потребностям проекта.

Правительственная поддержка (см. 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.

КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ**A. Общие замечания**

1. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, создают возможность для уменьшения объема публичных средств и других ресурсов, выделяемых на развитие и эксплуатацию инфраструктуры. Они также позволяют переносить на частный сектор ряд рисков, которым в ином случае

подвергалось бы правительство. Точное распределение рисков между различными участвующими сторонами, как правило, определяется после рассмотрения ряда факторов, включая публичную заинтересованность в развитии соответствующей инфраструктуры и степень риска, с которым сталкивается проектная компания, другие инвесторы и кредиторы (а также степень их способности и готовности нести такие риски при приемлемых затратах). Надлежащее распределение рисков имеет существенно важное значение для уменьшения затрат на осуществление проектов и обеспечения успешной реализации проекта. И напротив, неудачное распределение рисков, связанных с проектом, может поставить под угрозу финансовую жизнеспособность проекта или помешать его эффективному осуществлению, тем самым увеличивая затраты на предоставление соответствующей услуги.

2. В прошлом заемные средства для финансирования проектов в области инфраструктуры привлекались на основе кредитной поддержки со стороны спонсоров проекта, многосторонних учреждений и национальных агентств по кредитованию экспорта, правительств и других третьих сторон. В последние годы эти традиционные источники уже не могли удовлетворять растущие потребности в капиталовложениях в инфраструктуру, и финансовые средства все шире привлекались на основе проектного финансирования.

3. Для проектного финансирования как метода финансирования характерно стремление устанавливать кредитоспособность проектной компании на "индивидуальной" основе еще до начала строительства и получения каких-либо поступлений, а также привлекать заемные средства на основе этой кредитоспособности. В литературе отмечалось, что проектное финансирование, возможно, представляет собой ключ к решению задачи по задействованию значительных резервов капитала, теоретически имеющегося на рынках капитала, для инвестиций в инфраструктуру. В то же время с финансовой точки зрения проектное финансирование обладает рядом отличительных сложных особенностей. Основная из них заключается в том, что в рамках структуры проектного финансирования финансирующие стороны для возмещения предоставленных ими средств должны полагаться в основном на активы и потоки наличности проектной компании. В случае провала проекта у них не будет права оборота на финансовые ресурсы компании-спонсора или другой третьей стороны для возмещения предоставленных ими средств, или такое право будет весьма ограниченным (см. также "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 54 и 55).

4. Финансовая методология проектного финансирования требует точного прогнозирования капитальных затрат, поступлений и сметных затрат, расходов, налогов и финансовых обязательств по проекту. С тем чтобы иметь возможность с точностью и определенностью спрогнозировать эти данные, а также разработать финансовую модель для проекта, обычно необходимо спрогнозировать "базовые" суммы поступлений, затрат и расходов проектной компании на длительный срок - часто на 20 лет и более, - с тем чтобы определить суммы заемного и акционерного капитала, которые могут быть покрыты проектом. При проведении такого анализа важнейшую роль играет выявление и количественная оценка рисков. В силу этого с финансовой точки зрения в центре концепции проектного финансирования находятся вопросы выявления, оценки, распределения и снижения рисков.

5. К числу наиболее важных рисков, оценить и снизить которые, однако, весьма сложно, относятся "политические риски" (риски, связанные с неблагоприятными действиями со стороны принимающего правительства, его ведомств и судов, особенно в том, что касается выдачи лицензий и разрешений, принятия норм, применимых к деятельности проектной компании и ее рынкам, налогообложения и исполнения и обеспечения принудительного исполнения договорных обязательств) и "валютные" риски (риски, связанные со стоимостью, возможностью перевода и конвертируемостью местной валюты). В связи с необходимостью учета таких рисков в структуре проектного финансирования, в частности, часто включались страховое покрытие или гарантии многосторонних учреждений и агентств по кредитованию экспорта, а также гарантии принимающего правительства.

6. В разделе В настоящей главы (пункты 8-24) представлен обзор основных рисков, возникающих при осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, а также кратко рассматриваются касающиеся распределения рисков общие договорные решения, в которых подчеркивается необходимость обеспечения для сторон необходимой гибкости с целью согласования сбалансированного распределения рисков, связанных с проектом. В разделе С (пункты 30-60) излагаются политические соображения, которые правительство, возможно, пожелает принять во внимание при определении объема прямой правительственной поддержки, которая может быть предоставлена проектам в области инфраструктуры, такие как степень публичной заинтересованности в реализации какого-либо конкретного проекта и необходимость недопущения того, чтобы правительство брало на себя открытые или чрезмерные обязательства на случай непредвиденных обстоятельств. В разделе С рассматриваются некоторые дополнительные меры поддержки, которые использовались в правительственных программах с целью содействия частным инвестициям в развитие инфраструктуры, и при этом не отдается предпочтения применению какой-либо из этих мер. И наконец, в разделах D (пункты 61-71) и E (пункты 72-74) кратко описываются гарантии и меры поддержки, которые могут быть предоставлены агентствами по кредитованию экспорта и содействию инвестированию.

7. Связанные с этими вопросами аспекты правового режима принимающего правительства, которые имеют отношение к анализу потребностей проекта в кредите и связанных с ним рисков, рассматриваются в других главах настоящего Руководства. В зависимости от сектора и вида проекта в центр внимания будут, очевидно, выдвигаться

различные вопросы. Внимание читателя обращается, в частности, на главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", главу VI "Урегулирование споров" и главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам".

В. Риски, связанные с проектами, и распределение рисков

8. Используемое в этой главе понятие "риски, связанные с проектами" относится к таким обстоятельствам, какие, по оценке сторон, могут оказать неблагоприятное воздействие на выгоду, которую стороны предполагают получить в результате осуществления какого-либо проекта. Хотя могут иметь место события, которые будут сопряжены с серьезным риском для большинства сторон (например, физическое уничтожение объектов в результате стихийного бедствия), подверженность риску каждой стороны будет различаться в зависимости от ее роли в осуществлении проекта.

9. Формулировка "распределение рисков" относится к решению вопроса о том, на какой стороне или каких сторонах должны лежать последствия возникновения событий, определенных как риски, связанные с проектом. Например, если проектная компания обязана сдать объект инфраструктуры организации-заказчику, причем определенное оборудование объекта должно быть в состоянии функционирования, то проектная компания несет риск, связанный с тем, что такое оборудование не сможет обеспечить достижение согласованных показателей производительности. Материализация такого риска, связанного с проектом, в свою очередь, может иметь ряд последствий для проектной компании, включая ее ответственность за неисполнение какого-либо договорного обязательства по проектному соглашению или согласно применимому праву (например, выплата возмещения ущерба организации-заказчику, за задержку во вводе в эксплуатацию соответствующего объекта); убытки (например, потерю дохода вследствие задержки во вводе объекта в эксплуатацию); или дополнительные затраты (например, на ремонт неисправного оборудования или поставку оборудования взамен неисправного).

10. Сторона, несущая тот или иной риск, может принять превентивные меры с целью ограничения вероятности материализации такого риска, а также конкретные меры по защите себя полностью или частично от последствий этого риска. Такие меры часто называются "уменьшением риска". В предыдущем примере проектная компания тщательно проверит надежность поставщиков оборудования и предлагаемой технологии. Проектная компания может потребовать от своих поставщиков оборудования предоставления независимых гарантий в отношении функционирования их оборудования. На поставщика может быть также возложена обязанность выплатить штраф или возмещение заранее оцененных убытков проектной компании в связи с неисправностью его оборудования. В некоторых случаях может быть создан целый ряд более или менее сложных договорных механизмов с целью смягчения последствий риска, связанного с проектом. Например, проектная компания может сочетать гарантии, предоставленные поставщиком оборудования, с коммерческим страхованием, покрывающим некоторые последствия прерыва в ее деятельности из-за неисправности оборудования.

1. Обзор основных категорий рисков, связанных с проектами

11. В качестве примера в нижеследующих пунктах представлен обзор основных категорий рисков, связанных с проектами, а также приводятся примеры некоторых договорных механизмов, используемых для распределения и уменьшения рисков. Для дальнейшего ознакомления с этим вопросом читателю предлагается использовать другие источники информации, например, Руководящие принципы по развитию инфраструктуры посредством проектов типа "строительство-эксплуатация-передача" (СЭП), подготовленные Организацией Объединенных Наций по промышленному развитию (UNIDO BOT Guidelines)¹.

а) Срыв осуществления проекта, вызванный событиями, которые находятся вне контроля сторон

12. Стороны могут подвергаться риску срыва осуществления проекта вследствие непредвиденных или чрезвычайных событий, не поддающихся их контролю; эти события могут носить физический характер, например стихийные бедствия - наводнения, ураганы или землетрясения, - или же могут быть результатом деятельности человека, например военные действия, мятеж или террористические акты. Непредвиденные или чрезвычайные события такого рода могут временно прервать исполнение проекта или функционирование объекта, что в свою очередь может привести к задержке в строительстве, потере дохода и другим убыткам. Серьезные события могут нанести физический ущерб объекту или даже разрушить его до такой степени, что он не будет поддаваться восстановлению (рассмотрение вопроса о юридических последствиях наступления таких событий см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 131-139).

¹ См. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", списка I.

b) Срыв осуществления проекта, вызванный неблагоприятными действиями правительства ("политический риск")

13. Проектная компания и кредиторы подвергаются риску негативного влияния на исполнение проекта действий организации-заказчика другого правительственного ведомства или законодательного органа принимающей страны. Такие риски часто называются "политическими рисками", и их можно подразделить на три широких категории: "традиционные" политические риски (например, национализация активов проектной компании или введение новых налогов, которые ставят под угрозу перспективы проектной компании в отношении выплаты долгов и возвращения инвестиций); регуляционные риски (например, введение более жестких стандартов в отношении предоставляемой услуги или открытие сектора для конкуренции) и "квазикommerческие" риски (например, нарушение своих обязательств организацией-заказчиком или перерывы в осуществлении проекта вследствие изменений в приоритетах и планах организации-заказчика) (рассмотрение вопроса о юридических последствиях наступления таких событий см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 122-125). В дополнение к политическим рискам, связанным с принимающей страной, некоторые политические риски могут быть результатом действий какого-либо иностранного правительства, например, блокады, эмбарго или бойкота, введенных правительствами в странах инвесторов.

c) Риски на стадии строительства и эксплуатации

14. Основные риски, с которыми стороны могут сталкиваться на стадии строительства, заключаются в том, что строительство объекта может быть вообще не завершено или не может быть завершено в согласованные сроки (риски, связанные с завершением), или может быть завершено при более высоких затратах по сравнению с первоначальной сметой (риск превышения расходов на строительство), или же что объект по завершении его строительства не будет удовлетворять критериям, касающимся уровня производительности (эксплуатационный риск). На стадии эксплуатации стороны могут также столкнуться с риском, связанным с тем, что заверченный объект невозможно эффективно эксплуатировать или обслуживать, с тем чтобы обеспечить ожидаемый уровень мощности, отдачи или эффективности (эксплуатационный риск), или что эксплуатационные расходы превысят первоначальную смету (превышение эксплуатационных расходов). Следует отметить, что риски на стадии строительства и эксплуатации затрагивают не только частный сектор. Организация-заказчик и пользователи в принимающей стране могут испытывать серьезное воздействие в результате перерыва в предоставлении необходимых услуг. Правительство, выступающее в качестве представителя публичных интересов, будет, как правило, обеспокоено рисками, связанными с техникой безопасности и экологическим ущербом, который может быть причинен в результате ненадлежащей эксплуатации объекта.

15. Некоторые из этих рисков могут быть созданы проектной компанией или ее подрядчиками или поставщиками. Например, превышение расходов на строительство и задержка в завершении могут иметь место в результате применения неэффективных методов строительства, излишних затрат, недостаточного финансирования или отсутствия координации среди подрядчиков. Несоответствие объекта критериям производительности может быть также результатом дефектов конструкции, непригодности используемой технологии или неисправности оборудования, поставленного поставщиками проектной компании. На стадии эксплуатации отсутствие эффективности в работе может быть следствием, например, неправильного технического обслуживания объекта или халатности при эксплуатации механического оборудования. Превышение эксплуатационных затрат может также обуславливаться ненадлежащим управлением.

16. Вместе с тем некоторые из этих рисков могут возникать также в результате конкретных действий организации-заказчика, других правительственных ведомств или даже законодательного органа принимающей страны. Эксплуатационные сбои или превышение расходов могут возникать вследствие ненадлежащих технических спецификаций, предоставленных организацией-заказчиком на стадии выбора концессионера. Задержки и перерасход могут также обуславливаться действиями организации-заказчика после выдачи подряда на проект (задержки в получении утверждений и разрешений, дополнительные расходы, вызванные изменениями в требованиях вследствие неадекватного планирования, перерывы в работе, вызванные инспектирующими ведомствами, или задержки в отводе земельного участка, на котором предполагается строительство объекта). Общие законодательные или регуляционные меры, например, более жесткие стандарты в отношении техники безопасности или условий труда могут также привести к увеличению затрат на строительство или эксплуатацию. Недостатки производства могут быть вызваны непоставкой необходимых материалов (например, электроэнергии или газа) публичными органами.

d) Коммерческие риски

17. "Коммерческие риски" связаны с возможностью того, что проект не будет в состоянии обеспечить получение ожидаемых доходов вследствие изменений в рыночных ценах или спросе на производимые товары или услуги. Обе эти формы коммерческих рисков могут серьезно подорвать способность проектной компании погашать свои долги и поставить под угрозу финансовую жизнеспособность проекта.

18. Коммерческие риски существенно разнятся в зависимости от сектора и вида проекта. Риск может рассматриваться как минимальный или умеренный, если проектная компания обладает монополией на предоставление соответствующей услуги или когда она осуществляет поставки одному клиенту на основании соглашений о постоянном приобретении товаров или услуг. Вместе с тем коммерческие риски могут быть существенными в связи с проектами, которые зависят от поступлений на основе рыночной деятельности, в частности тогда, когда существование альтернативных объектов или источников поставок затрудняет составление достоверного прогноза в отношении пользования или спроса. Это может стать источником серьезной озабоченности, например, в связи с проектами строительства платных автодорог, поскольку платные дороги могут сталкиваться с конкуренцией со стороны бесплатных дорог. В зависимости от легкости, с которой водители могут воспользоваться бесплатной дорогой, доходы от платных дорог могут быть трудно прогнозируемыми, особенно в городских районах, в которых на постоянной основе могут строиться или улучшаться альтернативные скоростные и обычные дороги. Кроме того, показатели загрузки дорог, как было установлено, еще труднее прогнозировать в случае строительства новых платных дорог, особенно если речь не идет о расширении существующей системы платных дорог, поскольку в этом случае не имеется данных о дорожном движении, которые можно было бы использовать в качестве точки отсчета.

е) Риски, связанные с обменным курсом, и другие финансовые риски

19. Связанные с обменным курсом риски сопряжены с возможностью того, что изменения в обменном курсе иностранных валют могут изменить валютную стоимость потоков паличных средств, генерируемых проектом. Цены и сборы, взимаемые с местных пользователей или потребителей, по всей вероятности, будут выплачиваться в местной валюте, тогда как займы и иногда также затраты на оборудование или топливо могут быть выражены в иностранной валюте. Такой риск может носить существенный характер, поскольку обменные курсы являются особенно нестабильными во многих развивающихся странах или странах с переходной экономикой. Помимо колебаний обменного курса, проектная компания может подвергаться риску, связанному с тем, что в результате валютного контроля или уменьшения резервов иностранной валюты может быть ограничено наличие на местном рынке иностранной валюты, которая необходима проектной компании для обслуживания своего долга или возмещения первоначальных инвестиций.

20. Еще один риск, с которым сталкивается проектная компания, связан с возможностью увеличения процентных ставок, что приведет к дополнительным расходам на финансирование проекта. Этот риск может носить существенный характер в связи с проектами в области инфраструктуры с учетом обычно крупных сумм заимствований и длительной продолжительности осуществления проекта, когда некоторые займы предоставляются на период в несколько лет. Кредиты часто предоставляются по фиксированной процентной ставке (например, в виде долговых обязательств с фиксированной ставкой), что позволяет уменьшить риск, связанный с процентными ставками. Кроме того, пакет финансирования может включать схемы страхования от рисков, связанных с процентными ставками, например, посредством осуществления свопов с процентными ставками или установления верхнего предела процентных ставок.

2. Договорные механизмы распределения и уменьшения рисков

21. Из вышеизложенного вытекает, что стороны должны принимать во внимание целую совокупность факторов для действенного распределения рисков, связанных с проектами. По этой причине в целом нецелесообразно принимать законодательные положения, излишне ограничивающие способность участников переговоров обеспечивать сбалансированное распределение рисков, связанных с проектами, с учетом нужд отдельных проектов. Тем не менее правительству было бы, возможно, полезно подготовить некоторые общие руководящие указания для должностных лиц, действующих от имени национальных организаций-заказчиков, например, путем разработки консультативных принципов, касающихся распределения рисков.

22. Практические руководящие принципы, подготовленные для организаций-заказчиков в ряде стран, часто содержат ссылку на общие принципы распределения рисков, связанных с проектами. Один из таких принципов заключается в том, что конкретные риски должны, как правило, возлагаться на ту сторону, которая в большей степени может оценить риск, контролировать и регулировать его. Дополнительные руководящие принципы предусматривают возложение рисков, связанных с проектами, на ту сторону, которая имеет наиболее легкий доступ к инструментам хеджирования (т.е. к инвестиционным схемам, позволяющим компенсировать убытки по одной сделке за счет одновременного получения прибыли по другой или наибольшую способность диверсифицировать такие риски или уменьшать их при самых низких затратах. Однако на практике распределение рисков часто является фактором, связанным как с политическими соображениями (например, публичная заинтересованность в проекте или в рамках различных проектов), так и с относительной прочностью переговорных позиций сторон. Кроме того, при распределении рисков, связанных с проектами, важно учитывать финансовое положение сторон, на которые возлагается конкретный риск, а также их способность нести последствия такого риска, если он материализуется.

23. Проектная компания и ее подрядчики, как правило, принимают на себя обычные риски, связанные с развитием и эксплуатацией инфраструктуры. Например, риски, связанные с задержкой завершения строительства и перерасходом, а также другие риски, типичные для стадии строительства, как правило, возлагаются на строительного подрядчика или подрядчиков посредством заключения договора о строительстве "под ключ", согласно которому подрядчик принимает на себя полную ответственность за проектирование и сооружение объекта по фиксированной цене, в течение указанного срока завершения строительства и в соответствии с конкретными эксплуатационными спецификациями (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункт 70). Строительный подрядчик, как правило, несет ответственность за возмещение заранее оцененных убытков или выплату штрафных неустоек за любую задержку в завершении строительства. Кроме того, такой подрядчик, как правило, также должен предоставить такую эксплуатационную гарантию, как банковская гарантия или гарантийное обязательство. Отдельные поставщики оборудования, как правило, также должны предоставлять гарантии в отношении функционирования их оборудования. Гарантии исполнения, предоставляемые подрядчиками и поставщиками оборудования, часто дополняются аналогичными гарантиями, предоставляемыми концессионером организации-заказчику. Аналогичным образом, проектная компания обычно уменьшает объем возлагаемых на нее эксплуатационных рисков посредством заключения договора об эксплуатации и техническом обслуживании, согласно которому эксплуатационная компания берет на себя обязательство обеспечить требуемую отдачу и принимает на себя ответственность за последствия эксплуатационных сбоев. В большинстве случаев механизмы такого рода будут являться жизненно важным требованием успешного осуществления проекта. Кредиторы, со своей стороны, будут стремиться получить защиту от последствий материализации таких рисков и требовать, например, переуступки поступлений по любым обязательствам, выданным с целью гарантировать исполнение со стороны подрядчика. Соглашения о кредитовании обычно содержат требование о том, чтобы поступления по контрактным гарантиям депонировались на залоговом счете кредиторов ("счете эскроу"), что является дополнительной мерой защиты от возможного неадекватного использования средств проектной компанией или от наложения ареста по ходатайству третьих сторон (например, других кредиторов). Тем не менее средства, выливающиеся по гарантийным обязательствам, регулярно высвобождаются для использования проектной компанией по мере необходимости покрытия расходов на ремонтные работы либо эксплуатационных или иных расходов.

24. С другой стороны, организация-заказчик, как предполагается, примет на себя те риски, которые относятся к событиям, обусловленным собственными действиями этой организации, таким как неадекватность технических спецификаций, представленных на стадии отбора, или задержка, вызванная несвоевременной поставкой согласованных материалов. Можно также предположить, что организация-заказчик будет нести ответственность за последствия срывов, вызванных действиями правительства, например на основании ее согласия компенсировать проектной компании любые убытки вследствие принятия мер по контролю над ценами (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункт 124). Хотя некоторые политические риски могут быть уменьшены путем приобретения страхования, такое страхование, если оно вообще предоставляется в отношении проектов в соответствующей стране, может и не предлагаться при приемлемых затратах. Таким образом, потенциальные инвесторы и кредиторы могут обратиться к правительству, например, с целью получения гарантий от экспроприации или национализации, а также гарантий того, что в случае таких действий будет выплачена надлежащая компенсация (см. пункт 50). В зависимости от их оценки уровня рисков, которые могут возникнуть в принимающей стране, потенциальные инвесторы и кредиторы могут и не быть готовыми осуществлять проект в отсутствие таких завершений или гарантий.

25. Большинство рисков, связанных с проектами и указанных в предыдущих пунктах, можно в большей или меньшей степени рассматривать как поддающиеся под контроль той или иной стороны. Вместе с тем, большое разнообразие рисков, связанных с проектами, возникает в результате событий, не поддающихся контролю сторон или произошедших вследствие действий третьих сторон, и, таким образом, будет, возможно, необходимо рассмотреть другие принципы распределения рисков.

26. Например, проектная компания может ожидать, что риск, связанный с изменением процентных ставок, а также риск инфляции будут перенесены на конечных пользователей или потребителей объекта посредством механизма повышения цен, хотя это не всегда является возможным вследствие обстоятельств, связанных с рыночными условиями, или мер по контролю над ценами. Структура цен, согласованная между проектной компанией и организацией-заказчиком, будет определять ту степень, в которой проектная компания сможет избежать таких рисков, или же ту степень, в которой от нее будет ожидать принятие на себя некоторых таких рисков (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 36-46).

27. Другая категория рисков, которые могут быть распределены на основании различных схем, касается таких внешних событий, как военные действия, гражданские беспорядки, стихийные бедствия или иные события, которые вообще не поддаются контролю сторон. В рамках традиционных проектов в области инфраструктуры, осуществляемых публичным сектором, соответствующая публичная организация, как правило, несет риск, например, разрушения объекта в результате стихийных бедствий или аналогичных событий в той мере, в какой такие риски не могут быть покрыты страхованием. При осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, правительство может отдать предпочтение возложению подобных рисков на проектную компанию. Вместе с тем, в зависимости от его оценки конкретных рисков, возникающих в принимающей стране,

частный сектор может и не быть готовым принять на себя эти риски. Поэтому на практике не существует единого решения, охватывающего всю категорию таких рисков, и зачастую создаются особые механизмы, регулирующие каждый из них. Например, стороны могут согласиться в том, что наступление некоторых событий такого рода может влечь за собой освобождение затрагиваемой стороны от последствий неисполнения обязательств по проектному соглашению и что будут созданы договорные механизмы, предусматривающие решения в отношении некоторых неблагоприятных последствий, такие как продление срока действия договоров с целью компенсации задержки, которая явилась результатом событий, или даже прямой платеж в определенной форме при особых обстоятельствах (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 131-139). Эти механизмы будут дополняться коммерческим страхованием, приобретенным проектной компанией, если это можно сделать при приемлемых затратах (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 119-120).

28. Вполне возможно, что потребуется создавать и специальные механизмы, касающиеся распределения коммерческих рисков. Такие проекты, как проекты в области мобильной связи, обладают относительно высоким потенциалом возвращения прямых затрат, и в большинстве случаев предполагается, что проектная компания будет осуществлять такой проект, не разделяя этих рисков с организацией-заказчиком и не прибегая к поддержке со стороны правительства. В отношении других проектов в области инфраструктуры, таких как проекты по электроэнергетике, проектная компания может прибегать к созданию совместно с организацией-заказчиком или другим публичным органом договорных механизмов с целью уменьшить объем лежащих на ней коммерческих рисков, например, путем заключения долгосрочных соглашений о приобретении товаров или услуг, которые гарантировали бы рынок для соответствующей продукции по согласованной цене. Платежи могут принимать форму сборов за фактическое потребление или наличие услуги или же объединять элементы и одного, и другого, а применимые ставки, как правило, являются предметом положений, касающихся увеличения или индексации платежей с целью обеспечить защиту реальной стоимости поступлений от увеличения затрат на эксплуатацию устаревшего объекта (см. также главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 50 и 51). И наконец, существуют относительно капиталоемкие проекты с более медленным развитием потенциала возмещения затрат, такие как проекты в области водоснабжения и некоторые проекты по строительству платных дорог, которые частный сектор может осуществлять неохотно, если не будет располагать некой схемой совместного несения рисков с организацией-заказчиком, например, посредством гарантий фиксированных поступлений или согласованных платежей на основе пропускной способности, независимо от фактического использования объекта (см. также главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 48 и 49).

29. Распределение рисков, которое в конечном счете будет согласовано организацией-заказчиком и проектной компанией, будет отражено в их взаимных правах и обязательствах, изложенных в проектном соглашении. Возможные законодательные последствия некоторых положений, обычно включаемых в проектные соглашения, рассматриваются в других главах Руководства (см. главы IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры" и V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения"). Стороны будут также заключать различные другие соглашения, призванные уменьшить или перераспределить риски, которые они принимают на себя (например, кредитные соглашения, договоры о строительстве, поставке оборудования, эксплуатации и техническом обслуживании, прямое соглашение между организацией-заказчиком и кредиторами и соглашения о постоянном приобретении товаров или услуг и о долгосрочных поставках, когда это применимо).

С. Правительственная поддержка

30. Изложенное в предыдущем разделе показывает, что стороны могут использовать различные договорные механизмы для распределения и уменьшения рисков, связанных с проектами. Тем не менее такие механизмы не всегда могут быть достаточными для обеспечения степени уверенности, требуемой частными инвесторами для того, чтобы они участвовали в осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Вполне может оказаться необходимой некоторая дополнительная правительственная поддержка для повышения привлекательности частных инвестиций в осуществление проектов в области инфраструктуры в принимающей стране.

31. Правительственная поддержка может принимать различные формы. В целом любую меру, принятую правительством с целью улучшения инвестиционного климата для проектов в области инфраструктуры, можно рассматривать в качестве правительственной поддержки. С этой точки зрения наличие законодательства, позволяющего правительству выдавать подряды на осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, или же установление четких полномочий на проведение переговоров и принятие последующих мер в связи с проектами в области инфраструктуры (см. главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 23-29), могут явиться важными мерами в поддержку осуществления проектов в области инфраструктуры. Однако используемый в Руководстве термин "правительственная поддержка" имеет более узкий смысл и касается, в частности, специальных мер, в большинстве случаев финансового или экономического характера, которые могут быть приняты правительством для улучшения условий исполнения какого-либо конкретного проекта или же для оказания проектной компании помощи в связи с некоторыми рисками, связанными с проектами, которые выходят за пределы обычной сферы действия договорных механизмов, согласованных

организацией-заказчиком и проектной компанией с целью распределения рисков, связанных с проектом. Меры правительственной поддержки, если они могут быть приняты, как правило, образуют неотъемлемую часть правительственных программ по привлечению частных инвестиций в проекты в области инфраструктуры.

1. Политические соображения, касающиеся правительственной поддержки

32. На практике решение о поддержке осуществления какого-либо проекта основывается на оценке правительством экономической или социальной значимости проекта и целесообразности оказания в связи с этим дополнительной правительственной поддержки. Правительство может определить, что один частный сектор может быть не в состоянии финансировать некоторые проекты при приемлемых затратах. Правительство может также счесть, что определенные проекты не могут быть реализованы без принятия определенных мер поддержки, которые уменьшали бы некоторые риски, связанные с этими проектами. И действительно, готовность частных инвесторов и кредиторов осуществлять крупные проекты в какой-либо стране не только основывается на их оценке конкретных рисков, связанных с такими проектами, но и обуславливается степенью их удовлетворения инвестиционным климатом в принимающей стране, в частности в секторе инфраструктуры. Факторы, которым частные инвесторы могут придавать особое значение, включают экономическую систему принимающей страны и степень развития рыночных структур, а также степень, в которой данная страна уже преуспела в осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в течение ряда лет.

33. По вышеуказанным причинам ряд стран придерживается гибкого подхода при решении вопроса об оказании правительственной поддержки. В некоторых странах это было достигнуто путем принятия законодательных положений, которые увязывают объем и вид поддержки с конкретными нуждами отдельных секторов инфраструктуры. В других странах это было достигнуто путем наделения правительства принимающей страны достаточными законодательными полномочиями для предоставления некоторых видов заверений или гарантий при сохранении возможности по своему усмотрению не предоставлять такие заверения или гарантии во всех случаях. Вместе с тем правительство принимающей страны будет заинтересовано в обеспечении того, чтобы объем и вид поддержки, предоставленной в связи с каким-либо проектом, не привели к принятию на себя открытых обязательств. И действительно, принятие публичными органами чрезмерных обязательств в результате предоставления гарантий в связи с каким-либо конкретным проектом может воспрепятствовать предоставлению ими гарантий в связи с другими проектами, имеющими, возможно, даже большее общественное значение.

34. Эффективность программ правительственной поддержки частных инвестиций в инфраструктуру можно повысить путем внедрения соответствующих методов бюджетного финансирования мер правительственной поддержки или же оценки общих затрат, связанных с другими формами правительственной поддержки. Например, кредитные гарантии, предоставляемые публичными органами, обычно сопряжены с меньшими расходами, чем затраты на кредитные гарантии, предоставляемые коммерческими кредиторами. Разница между ними (минус стоимость сборов и процентов, выплачиваемых проектной компанией) представляет собой затраты для правительства и субсидию для проектной компании. Вместе с тем кредитные гарантии зачастую не фиксируются в качестве затрат до тех пор, пока не предъявляется соответствующее требование. Таким образом, фактическая сумма субсидии, предоставленной правительством, не фиксируется, что может создать неправильное впечатление о том, что кредитные гарантии влекут за собой обязательства в меньшем объеме, чем прямые выплаты субсидий. Аналогичным образом, финансовые и экономические затраты, связанные с освобождением от налогов, предоставленным правительством, могут и не быть очевидными, что обуславливает их меньшую прозрачность по сравнению с другими формами прямой правительственной поддержки. По этим причинам странам, рассматривающим вопрос о принятии программ поддержки проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, возможно, потребуется разработать специальные методы для определения бюджетных затрат на принятие таких мер поддержки, как освобождение от налогообложения, кредиты и кредитные гарантии, предоставляемые публичными органами; такие методы должны учитывать предполагаемую текущую стоимость будущих затрат или утраченных поступлений.

2. Формы правительственной поддержки

35. Возможность предоставления прямой правительственной поддержки, будь то в форме финансовых гарантий, публичных кредитов или гарантий в отношении поступлений, может быть важным элементом финансовой структуры проекта. В нижеследующих пунктах кратко описываются формы правительственной поддержки, которые в отдельных случаях разрешены внутригосударственным законодательством, а также рассматриваются возможные законодательные последствия, которые они могут иметь для принимающей страны, но при этом не отдается предпочтения использованию любой из этих форм.

36. В целом, помимо административных и бюджетных мер, которые могут быть необходимыми для обеспечения исполнения правительственных обязательств в течение всей продолжительности осуществления проекта, целесообразно, чтобы законодательный орган рассмотрел возможную необходимость установления прямого законодательного разрешения на оказание некоторых форм поддержки. Если установлено, что правительственная поддержка является целесообразной, важно, чтобы законодательный орган учитывал обязательства принимающей

страны по международным соглашениям о региональной экономической интеграции или либерализации торговли, которые могут ограничивать способность публичных органов договаривающихся государств оказывать финансовую или иную поддержку компаниям, действующим на их территории. Кроме того, если какое-либо правительство рассматривает вопрос об оказании поддержки осуществлению какого-либо проекта в области инфраструктуры, это обстоятельство должно быть доведено до сведения всех потенциальных участников процедур в надлежащий момент в ходе процедуры отбора (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 67).

а) Публичные кредиты и кредитные гарантии

37. В некоторых случаях закон разрешает правительству предоставлять проектной компании беспроцентные кредиты или кредиты по низкой процентной ставке с целью уменьшения затрат на финансирование проекта. В зависимости от применяющихся правил отчетности некоторые беспроцентные кредиты, предоставляемые публичными учреждениями, могут быть указаны в качестве поступлений в счетах проектной компании; при этом кредитные платежи будут рассматриваться как затраты, вычитаемые в целях налогообложения и бухгалтерского учета. Более того, субординированные ссуды, предоставляемые правительством, могут улучшить финансовые условия осуществления проекта за счет дополнения первостепенных кредитов, предоставленных коммерческими банками, без создания коллизии с точки зрения очередности погашения. Правительственные ссуды в целом могут предоставляться всем проектным компаниям в каком-либо секторе, или же они могут ограничиваться оказанием временной помощи проектной компании в случае материализации определенных рисков, связанных с проектами. Общая сумма любой такой ссуды может быть далее ограничена какой-либо фиксированной суммой или процентной долей общих проектных затрат.

38. Помимо публичных кредитов, внутригосударственное законодательство некоторых стран разрешает организации-заказчику или другому ведомству правительства принимающей страны предоставлять гарантии в отношении погашения кредитов, взятых проектной компанией. Кредитные гарантии предназначены для защиты кредиторов (и в некоторых случаях инвесторов, также предоставляющих средства на осуществление проекта) от неисполнения проектной компанией своих обязательств. Кредитные гарантии не влекут за собой немедленного выделения публичных средств, и они могут казаться более привлекательными для правительства, чем прямые ссуды. Вместе с тем кредитные гарантии могут представлять собой существенные обязательства в случае наступления непредвиденных обстоятельств, и объем возлагаемых на правительство рисков может быть весьма значительным, особенно в случае полного краха проектной компании. Так, правительство в большинстве случаев может найти небольшое утешение в возможной суброгации в том, что касается прав кредиторов в отношении несостоятельной проектной компании.

39. Таким образом, помимо принятия общих мер по повышению эффективности программ правительственной поддержки (см. пункт 34), возможно, было бы целесообразно рассмотреть конкретные положения, ограничивающие объем рисков, принимаемых на себя правительством в связи с кредитными гарантиями. Правила, регулирующие предоставление кредитных гарантий, могут устанавливать максимальный предел, который может быть выражен в виде фиксированной суммы или, если нужна большая гибкость, в виде определенной процентной доли общих инвестиций в какой-либо конкретный проект. Другой мерой по ограничению обязательств предоставляющего гарантии ведомства при наступлении непредвиденных обстоятельств может быть определение случаев, когда такие гарантии могут предоставляться с учетом видов рисков, связанных с проектом, которые правительство может быть готово нести на совместной основе. Например, если правительство рассматривает вопрос о совместном несении только рисков, связанных с временным перерывом в работе, вызванным событиями, не поддающимися контролю сторон, то гарантии могут ограничиваться случаем, когда проектная компания временно не в состоянии обслуживать свою задолженность из-за возникновения специально оговоренных непредвиденных событий, не поддающихся контролю со стороны данной проектной компании. Если правительство желает обеспечить большую степень защиты кредиторам, то такие гарантии могут охватывать и постоянную неспособность проектной компании возратить свои кредиты по тем же причинам. Однако в таком случае целесообразно не устраивать стимулы для кредиторов к принятию мер для продолжения проекта, например, путем определения другого приемлемого концессионера или путем привлечения какого-либо агента, назначенного для исправления положения, вызванного неисполнением проектной компанией своих обязательств (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 147-150). Таким образом, востребование средств по правительственным гарантиям может обуславливаться предварительным исчерпанием других средств защиты, имеющихся у кредиторов в соответствии с проектным соглашением, кредитными соглашениями или их прямыми соглашениями с организацией-заказчиком, если таковые были заключены. В любом случае полные кредитные гарантии правительства, равнозначные полной защите кредиторов от риска неисполнения своих обязательств проектной компанией, не являются общей чертой проектов в области инфраструктуры, осуществляемых в рамках механизма проектного финансирования.

б) Участие в акционерном капитале

40. Еще одна форма дополнительной поддержки со стороны правительства может состоять в прямом или косвенном участии в акционерном капитале проектной компании. Участие правительства в акционерном капитале может помочь достижению более благоприятного соотношения между акционерным капиталом и задолженностью

посредством дополнения капитала, предоставленного спонсорами проекта, в частности тогда, когда другие источники акционерного капитала, такие как инвестиционные фонды, не могут быть использованы проектной компанией. Инвестиции правительства в акционерный капитал могут быть также полезными для выполнения правовых требований принимающей страны, касающихся состава создаваемых в стране компаний. Законодательство некоторых стран, регулирующее деятельность акционерных обществ, или специальное законодательство, касающееся проектов в области инфраструктуры, требует определенной степени участия местных инвесторов в компаниях, учреждаемых в стране. Однако не всегда можно обеспечить требуемую степень местного участия на приемлемых условиях. Местные инвесторы могут не испытывать достаточной заинтересованности или не обладать достаточными финансовыми ресурсами для инвестирования в крупные проекты в области инфраструктуры; они могут также негативно относиться к необходимости принять на себя особые риски, связанные с проектами, или не обладать опытом ведения операций при наличии таких рисков.

41. Участие правительства может быть сопряжено с определенными рисками, которые правительство, возможно, пожелает учесть. В частности, существует риск того, что такое участие может восприниматься как подразумеваемая гарантия правительства, и поэтому стороны или даже третьи стороны могут предполагать, что правительство полностью поддерживает данный проект или в конечном счете может даже взять его осуществление на себя в случае неудачи проектной компании. Если такая подразумеваемая гарантия не является преднамеренной, то следует принять соответствующие положения, уточняющие пределы правительственного участия в проекте.

c) Субсидии

42. В некоторых странах тарифные субсидии используются для того, чтобы дополнить поступления проектной компании в случае, если фактические доходы от проекта уменьшаются ниже определенного минимального уровня. Предоставление услуг в некоторых областях, в которых проектная компания должна осуществлять свои операции, может и не быть доходным предприятием вследствие незначительного спроса или больших эксплуатационных затрат, или же вследствие того, что проектная компания должна предоставлять соответствующую услугу определенному слою населения по низкой стоимости. Таким образом, в некоторых странах закон разрешает правительству брать на себя обязательства по предоставлению субсидий проектной компании, с тем чтобы обеспечить возможность предоставления услуг по более низкой стоимости.

43. Субсидии, как правило, принимают форму прямых платежей проектной компании, будь то в форме единовременных платежей или платежей, конкретно рассчитанных для того, чтобы дополнить поступления проектной компании. В последнем случае правительство должно обеспечить, чтобы оно располагало адекватными механизмами для проверки точности выплаты субсидий проектной компании посредством, например, включения в проектное соглашение положений, касающихся аудита и раскрытия финансовой информации. Альтернативой прямым субсидиям может быть разрешение проектной компании перекрестно субсидировать менее прибыльные виды деятельности за счет доходов, полученных от более прибыльных операций. Этого можно достичь путем объединения в рамках одной и той же концессии как доходных, так и менее доходных видов или областей деятельности, либо путем предоставления проектной компании права коммерческой эксплуатации отдельного и более прибыльного вспомогательного объекта (см. пункты 48-60).

44. Вместе с тем важно, чтобы законодательный орган учитывал практические последствия и возможные юридические препятствия предоставлению субсидий проектной компании. Например, установлено, что субсидии препятствуют свободной конкуренции, и законодательство многих стран, касающееся конкуренции, запрещает предоставлять субсидии или иные формы прямой финансовой помощи, которые прямо не разрешены законодательством. Предоставление субсидий может также противоречить международным обязательствам принимающей страны по международным соглашениям о региональной экономической интеграции или либерализации торговли.

d) Суверенные гарантии

45. В связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, термин "суверенные гарантии" иногда используется для указания на один из двух видов гарантий, предоставляемых правительством принимающей страны. К первому виду относятся гарантии, предоставленные правительством принимающей страны для покрытия нарушения обязательств, принятых на себя организацией-заказчиком в соответствии с проектным соглашением. Ко второй категории относятся гарантии того, что правительство не будет препятствовать проектной компании в осуществлении определенных прав, предоставленных ей в соответствии с проектным соглашением или вытекающих из законодательства страны, например, права на репатриацию прибыли по завершении проекта. Какую бы форму ни принимали такие гарантии, важно, чтобы правительство и законодательный орган учитывали способность правительства оценивать и эффективно регулировать объем принимаемых на себя рисков, связанных с проектами, а также определять приемлемый уровень прямых или чрезвычайных обязательств, которые оно может взять на себя.

i) Гарантии исполнения со стороны организации-заказчика

46. Гарантии исполнения могут использоваться в том случае, когда организация-заказчик является отдельным или автономным юридическим лицом, на действия которого не распространяется ответственность самого правительства. Такие гарантии могут быть предоставлены от имени правительства или какого-либо публичного финансового учреждения принимающей страны. Они могут также принимать форму гарантии, выданной международными финансовыми учреждениями и поддержанной встречной гарантией правительства (см. пункты 61-71). Гарантии, предоставляемые правительством, могут быть полезными средствами защиты проектной компании от последствий неисполнения со стороны организации-заказчика или иного публичного органа, взявшего на себя конкретные обязательства по проектному соглашению. Наиболее широко распространенные ситуации, в которых используются такие гарантии, включают следующие:

а) гарантии приобретения товаров и услуг. В рамках этих механизмов правительство гарантирует оплату товаров и услуг, предоставляемых проектной компанией публичным субъектам. Гарантии оплаты часто используются в связи с платежными обязательствами по соглашениям о "приобретении продукции" в секторе электроэнергетики (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункт 50). Такие гарантии могут иметь особое значение в том случае, когда основным или единственным потребителем проектной компании является какая-либо правительственная монополия. У проектной компании и кредиторов дополнительная уверенность возникает тогда, когда такая гарантия поддержана каким-либо международным финансовым учреждением;

б) гарантии поставок. Гарантии поставок могут также предоставляться в целях защиты проектной компании от последствий неисполнения со стороны предприятий публичного сектора, поставляющих товары и материалы, необходимые для эксплуатации какого-либо объекта, - например, топливо, электроэнергия или водоснабжение, - или же в целях обеспечения выплаты возмещения, которое может причитаться с организации-заказчика в соответствии с соглашением о поставках;

в) общие гарантии. Ими являются гарантии, призванные защищать проектную компанию от любой формы неисполнения обязательств организацией-заказчиком, а не от неисполнения конкретно указанных обязательств. Хотя общие гарантии исполнения, возможно, встречаются довольно редко, имеют место случаи, когда проектная компания и кредиторы могут рассматривать их как условие, необходимое для осуществления проекта. Речь может идти, например, о случае, когда обязательства, принятые на себя организацией-заказчиком, не являются соразмерными ее кредитоспособности, что может иметь место в связи с крупными концессиями, предоставленными муниципалитетами или иными автономными субъектами. Гарантии правительства могут быть полезными для обеспечения исполнения обязательств в натуре, например, когда правительство принимающей страны берет на себя обязательство заменить собой организацию-заказчика применительно к совершению некоторых действий (например, в связи с отводом надлежащей площадки для удаления побочных продуктов).

47. В целом можно сказать, что весьма важно не переоценить достаточность только суверенных гарантий для защиты проектной компании от последствий неисполнения со стороны организации-заказчика. За исключением случая, когда их цель состоит в обеспечении исполнения в натуре, суверенные гарантии обычно выполняют компенсационную функцию. Так, они не могут заменить соответствующие договорные средства защиты в случае неисполнения со стороны организации-заказчика (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 140-150). Различные виды договорных средств защиты или их комбинации могут использоваться в различных случаях неисполнения, например, в случае неисполнения обязательств могут погашаться заранее оцененные убытки, а повышение тарифов или продление срока действия договора могут предусматриваться для случаев дополнительной задержки в осуществлении проекта, вызванной действиями организации-заказчика. Кроме того, для сокращения объема ответственности, принимаемой на себя правительством, и уменьшения риска востребования по гарантии целесообразно рассмотреть меры, побуждающие организацию-заказчика к соблюдению обязательств по проектному соглашению или к усилиям по устранению причин неисполнения обязательств. Такие меры могут включать права гаранта на прямую суброгацию в отношении организации-заказчика или механизмы внутреннего контроля для обеспечения подотчетности организации-заказчика или ее агентов в случае, например, произвольного или небрежного нарушения ее обязательств по проектному соглашению, которое приводит к востребованию по суверенной гарантии.

ii) Гарантии в отношении неблагоприятных действий со стороны правительства

48. В отличие от гарантий исполнения, которые защищают проектную компанию от последствий неисполнения со стороны организации-заказчика, гарантии, рассматриваемые в настоящем разделе, относятся к действиям других органов принимающей страны, которые наносят ущерб правам проектной компании или иным образом существенно затрагивают осуществление проектного соглашения. Такие гарантии часто называются "гарантиями от политических рисков".

49. Одним из видов гарантий, предусматриваемых в национальном законодательстве, являются валютные гарантии, которые обычно выполняют три функции: гарантия конвертируемости прибыли в местной валюте в иностранную

валюту, гарантия наличия необходимой иностранной валюты и гарантия перевода за рубеж конвертируемых сумм. Валютные гарантии являются распространенными в контексте финансируемых из частных источников проектов в области инфраструктуры, которые связаны со значительными суммами задолженности, выраженной в иных валютах, чем местная валюта, в частности, в тех странах, валюта которых не является свободно конвертируемой. Некоторые законы также предусматривают, что такая гарантия может быть подкреплена банковской гарантией, выданной в пользу проектной компании. Валютные гарантии, как правило, не предназначаются для защиты проектной компании и кредиторов от рисков колебаний обменного курса или вызванной рынком девальвации, которые считаются обычными коммерческими рисками. В то же время правительства иногда соглашаются оказать помощь проектной компании в случаях, когда она не в состоянии погасить свою задолженность в иностранной валюте в результате чрезвычайно резкой девальвации национальной валюты.

50. Другой важный вид гарантии может состоять в предоставлении проектной компании и ее акционерам заверений в том, что они не подвергнутся экспроприации без надлежащей компенсации. Такая гарантия, как правило, распространяется и на конфискацию собственности, принадлежащей проектной компании в принимающей стране, и на национализацию самой проектной компании, т.е. конфискацию акционерного капитала проектной компании. Этот вид гарантий обычно предусматривается в законодательстве, касающемся прямых иностранных инвестиций, а также в двусторонних договорах о защите инвестиций (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ____).

е) Налоговые и таможенные льготы

51. Другим способом поддержки правительством принимающей страны осуществления проектов, финансируемых из частных источников, может быть предоставление в некоторой форме освобождения от налогов и таможенных пошлин или уменьшение их размера, либо предоставление налоговых и таможенных льгот. Внутреннее законодательство, касающееся прямых иностранных инвестиций, часто устанавливает особые налоговые режимы для поощрения иностранных инвестиций, причем в некоторых странах было сочтено полезным прямо распространить такой налоговый режим на иностранные компании, участвующие в осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников (см. также главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ____).

52. Освобождение от налогов или предоставление налоговых льгот, как правило, включает освобождение от подоходного налога или налога на прибыль, или от поимущественного налога на объект либо освобождение от подоходного налога на проценты, причитающиеся в связи с кредитами и другими финансовыми обязательствами, взятыми на себя проектной компанией. Некоторые законы предусматривают освобождение всех сделок, касающихся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, от гербовых или аналогичных сборов. В некоторых случаях закон устанавливает определенный преференциальный налоговый режим или предусматривает, что проектная компания будет пользоваться льготами на основании того благоприятного налогового режима, который в целом установлен для иностранных инвестиций. Иногда налоговые льготы принимают форму более благоприятной ставки подоходного налога в сочетании с уменьшающимся объемом освобождения от налогов в течение первоначальных лет осуществления проекта. Такие освобождения и льготы иногда предоставляются подрядчикам, задействованным проектной компанией, в особенности иностранным подрядчикам.

53. Другими мерами в области налогообложения, которые иногда используются для содействия осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, являются освобождения от налога на проценты для иностранных кредиторов, предоставивших кредиты в связи с такими проектами. Во многих правовых системах любой процент, комиссионный сбор или вознаграждение в связи с кредитом или задолженностью, которые прямо или косвенно выплачивают созданные на месте компании или которые вычитаются из дохода, полученного на месте, считаются местным доходом для целей налогообложения. Поэтому и местные, и иностранные кредиторы по проектам в области инфраструктуры могут подлежать обложению подоходным налогом в принимающей стране, причем от проектной компании может требоваться удерживать суммы от налога из платежей иностранным кредиторам как нерезидентам принимающей страны. Подоходный налог, причитающийся с кредиторов в принимающей стране, обычно принимается во внимание в ходе переговоров между проектной компанией и кредиторами и может иметь своим результатом увеличение финансовой стоимости проекта. В некоторых странах компетентные органы уполномочены предоставлять освобождение от налогообложения в связи с платежами нерезидентам, которые, как установлено, производятся для поощрения или активизации экономического или технического развития принимающей страны или же как-либо иначе считаются связанными с целью, имеющей большое публичное значение.

54. Помимо предоставления налоговых льгот или освобождения от налогообложения, национальное законодательство иногда предусматривает облегченный порядок импорта оборудования для использования проектной компанией путем освобождения от уплаты таможенных пошлин. Такое освобождение, как правило, относится к уплате импортных пошлин в отношении оборудования, механизмов, вспомогательных материалов, сырьевых материалов и предметов, ввозимых в страну для целей проведения предварительного обоснования,

проектирования, строительства и эксплуатации объектов в области инфраструктуры. В том случае, когда проектная компания желает передать или продать ввозное оборудование на внутреннем рынке, ей, как правило, необходимо получить разрешение организации-заказчика, а соответствующие импортные пошлины, налог с оборота или другие налоги потребуются заплатить в соответствии с законодательством принимающей страны. Иногда закон уполномочивает правительство либо предоставить освобождение от уплаты таможенных пошлин, либо гарантировать, что размер пошлины не будет увеличен в ущерб проекту.

П) Защита от конкуренции

55. Дополнительная форма правительственной поддержки может заключаться в предоставлении заверений в том, что в течение определенного периода времени не будет разрабатываться конкурирующий проект в области инфраструктуры или что ни одно ведомство правительства не будет конкурировать с проектной компанией прямо или через другого концессионера. Заверения такого рода служат в качестве гарантии того, что исключительные права, которые могут быть предоставлены концессионеру (см. главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 20-22), не будут аннулированы в период осуществления проекта. Защита от конкуренции может рассматриваться проектной компанией и кредиторами в качестве весьма важного условия участия в развитии инфраструктуры принимающей страны. Национальное законодательство некоторых стран содержит положения, согласно которым правительство обязуется не содействовать и не поддерживать осуществление параллельного проекта, который может привести к конкуренции с проектной компанией. В некоторых случаях законодательство устанавливает обязательство правительства не изменять условия такой исключительности в ущерб проектной компании без ее согласия.

56. Положения такого рода могут быть направлены на содействие возникновению у спонсоров проекта и кредиторов уверенности в том, что основные предположения, на основании которых был выдан подряд, будут соблюдаться. Вместе с тем они могут противоречить международным обязательствам принимающей страны по соглашениям о региональной экономической интеграции и либерализации торговли. Кроме того, они могут ограничивать способность правительства реагировать на увеличение спроса на соответствующую услугу, как того могут требовать публичные интересы, или же обеспечивать возможность предоставления таких услуг различным категориям пользователей. В связи с этим весьма важно тщательно учитывать интересы различных участвующих сторон. Например, требуемый уровень цен, обеспечивающий прибыльную эксплуатацию платной дороги, может превышать платежеспособность слоев населения с низкими доходами. Таким образом, организация-заказчик может быть заинтересована в сохранении открытой для населения бесплатной дороги в качестве альтернативы новой платной дороге. В то же время, однако, если организация-заказчик принимает решение улучшить или модернизировать альтернативную дорогу, то дорожное движение может быть отвлечено от платной дороги, построенной проектной компанией, что повлияет на поток ее поступлений. Аналогичным образом, правительство может пожелать обеспечить свободную конкуренцию при предоставлении услуг в области междугородней телефонной связи, с тем чтобы расширить доступность таких услуг и уменьшить их стоимость (краткий обзор вопросов, связанных с конкуренцией, см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 24-29). Однако последствием принятия такой меры может быть существенное уменьшение доходов, на которые рассчитывала проектная компания.

57. В целом, возможно, было бы полезно уполномочить правительство предоставлять в соответствующих случаях заверения в том, что исключительные права проектной компании не будут подвергнуты неадекватному воздействию в результате последующих изменений правительственной политики без соответствующей компенсации. Вместе с тем может быть нецелесообразно принимать законодательные положения, которые исключают возможность внесения последующих изменений в политику правительства в отношении соответствующего сектора, включая решение о содействии конкуренции или строительству параллельной инфраструктуры. Возможные последствия таких будущих изменений для проектной компании должны быть предусмотрены сторонами в договорных положениях, касающихся изменений обстоятельств (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 121-130). Особенно целесообразно предоставить органу, выдавшему подряд, необходимые полномочия на проведение переговоров с проектной компанией по вопросу о компенсации, которая может причитаться в связи с убытками или ущербом, которые могут возникнуть в результате осуществления конкурирующего проекта в области инфраструктуры, впоследствии начатого организацией-заказчиком, или в результате любой аналогичной меры правительства, которая неблагоприятно затрагивает исключительные права проектной компании.

г) Вспомогательные источники поступлений

58. Одна из дополнительных форм поддержки осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может заключаться в разрешении проектной компании диверсифицировать свои инвестиции посредством выдачи ей дополнительных концессий на предоставление вспомогательных услуг или осуществление других видов деятельности. В некоторых случаях альтернативные источники поступлений могут также использоваться в качестве субсидии, предоставляемой проектной компании с целью проведения политики, заключающейся в установлении низких или контролируемых цен на основную услугу. При условии, что такая

вспомогательная деятельность является достаточно прибыльной, она может укрепить финансовую осуществимость проекта: например, право взимать плату на каком-либо существующем мосту может служить в качестве стимула для осуществления нового проекта по строительству платного моста. Вместе с тем не следует переоценивать относительную значимость вспомогательных источников поступлений.

59. Чтобы позволить проектной компании осуществлять вспомогательную деятельность, правительству, возможно, необходимо получить законодательную санкцию на предоставление проектной компании права использовать собственность, принадлежащую организации-заказчику, для целей такой деятельности (например, земельного участка, прилегающего к скоростной магистрали и выделяемого для строительства объектов обслуживания) или права взимать сборы за использование объекта, построенного организацией-заказчиком. Если считается необходимым контролировать развитие и возможное расширение такой вспомогательной деятельности, то может понадобиться разрешение со стороны организации-заказчика на то, чтобы проектная компания предприняла существенное расширение объектов, используемых для такой вспомогательной деятельности.

60. В некоторых правовых системах определенные виды вспомогательных источников поступлений, предлагаемые правительством, могут считаться концессией, отдельной от основной концессии, и в связи с этим целесообразно рассмотреть вероятные ограничения свободы проектной компании заключать договоры в отношении эксплуатации вспомогательных объектов (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 100 и 101).

D. Гарантии, предоставляемые международными финансовыми учреждениями

61. Помимо гарантий, предоставляемых непосредственно правительством принимающей страны, могут использоваться гарантии, выдаваемые такими международными финансовыми учреждениями, как Всемирный банк, Многостороннее агентство по инвестиционным гарантиям и региональные банки развития. Такие гарантии обычно защищают проектную компанию от некоторых политических рисков, однако при определенных обстоятельствах они могут также охватывать нарушение проектного соглашения, например, когда проектная компания не исполняет обязательств в отношении своих кредитов в результате нарушения какого-либо обязательства организацией-заказчиком.

1. Гарантии, предоставляемые многосторонними кредитными учреждениями

62. В дополнение к предоставлению кредитов правительствам и публичным органам многосторонние кредитные учреждения, такие как Всемирный банк и региональные банки развития, разработали программы, предусматривающие предоставление кредитов частному сектору. Иногда они могут также предоставлять гарантии коммерческим кредиторам в отношении проектов в публичном и частном секторах. В большинстве случаев такие гарантии, выданные этими учреждениями, требуют предоставления встречной гарантии правительством принимающей страны.

63. Гарантии многосторонних кредитных учреждений призваны уменьшать риски неисполнения суверенных договорных обязательств или невозвращения долгосрочных кредитов, которые частные кредиторы не готовы нести и не способны оценить. Например, гарантии, предоставляемые Всемирным банком, могут, как правило, охватывать конкретно указанные риски (частичная гарантия от рисков) или же все кредитные риски в течение конкретно указанной части периода финансирования (частичная кредитная гарантия), о чем кратко говорится ниже. Большинство региональных банков развития предоставляют гарантии на условиях, аналогичных условиям Всемирного банка.

a) Частичные гарантии от рисков

64. Частичная гарантия от рисков охватывает конкретно указанные риски, возникающие в результате неисполнения суверенных договорных обязательств или вследствие некоторых политических форс-мажорных событий. Такие гарантии обеспечивают платеж в случае отказа от обслуживания задолженности, явившегося результатом неисполнения договорных обязательств, взятых на себя правительствами или их ведомствами. Они могут охватывать различные виды неисполнения, такие как отказ от поддержания согласованной регуляционной основы, включая ценовые формулы; отказ обеспечивать вводимые ресурсы, такие как топливо, поставляемое какой-либо частной электроэнергетической компанией; отказ оплатить готовую продукцию, например, электроэнергию, закупленную каким-либо правительственным предприятием общественного пользования у электроэнергетической компании, или же водные ресурсы, приобретенные какой-либо местной коммунальной компанией водоснабжения; отказ выплатить компенсацию за задержки или перерывы в осуществлении проекта, вызванные действиями правительства или политическими событиями; процедурные задержки и неблагоприятные изменения в законодательстве или постановлениях, касающихся валютного контроля.

65. Когда многосторонние кредитные учреждения участвуют в финансировании какого-либо проекта, они иногда оказывают поддержку в форме отказа от права обращения взыскания на проектную компанию, которым они в ином

случае располагали бы, в случае, если неисполнение обязательств вызвано событиями, обусловленными политическими рисками. Например, многостороннее кредитное учреждение, принимающее гарантию завершения строительства от проектной компании, может согласиться с тем, что оно не будет прибегать к принудительному востребованию по такой гарантии, если причина незавершения строительства обуславливалась политическим риском.

б) Частичные кредитные гарантии

66. Частичные кредитные гарантии предоставляются заемщикам из частного сектора при наличии встречной гарантии правительства. Они призваны охватить ту часть финансирования, сроки погашения которой являются более длительными, чем обычный срок возвращения кредитов, предоставленных частными кредиторами. Такие гарантии, как правило, используются в отношении осуществляемых с участием частного сектора проектов для финансовой жизнеспособности которых необходимы средства, предоставляемые на долгосрочной основе. Частичная кредитная гарантия обычно продлевает сроки возвращения кредитов и охватывает все случаи неплатежа конкретно указанной части задолженности.

2. Гарантии, предоставляемые Многосторонним агентством по инвестиционным гарантиям

67. Многостороннее агентство по инвестиционным гарантиям (МИГА) предлагает долгосрочное страховое покрытие политических рисков в отношении новых инвестиций, происходящих из любого государства-члена и предназначенных для любого развивающегося государства-члена, кроме государства происхождения инвестиций. Такое покрытие может также распространяться на новые инвестиционные взносы, связанные с расширением, модернизацией или финансовой реструктуризацией существующих проектов, равно как и на приобретения, сопряженные с приватизацией государственных предприятий. Покрываемые формы иностранных инвестиций включают акционерный капитал, кредиты акционеров и кредитные гарантии, выдаваемые акционерами, при условии, что кредиты и кредитные гарантии рассчитаны на срок по меньшей мере три года. Могут быть также застрахованы кредиты, предоставляемые другим заемщикам, при условии одновременного страхования инвестиций акционеров в проекты. Другими формами инвестиций, которые могут быть застрахованы, являются договоры о технической помощи и управлении, а также соглашения о франшизизме и лицензировании при условии, что срок их действия составляет по меньшей мере три года, а вознаграждение инвестора увязано с эксплуатационными результатами проекта. МИГА осуществляет страхование от следующих рисков: ограничения на переводы иностранной валюты, экспроприация, нарушение договора, военные действия и гражданские беспорядки.

а) Ограничения на перевод валюты

68. Цель гарантий перевода иностранной валюты, предоставляемых МИГА, является аналогичной цели суверенных валютных гарантий, которые могут быть предоставлены правительством принимающей страны (см. пункт 49). Эта гарантия обеспечивает защиту от убытков, возникающих вследствие неспособности инвесторов конвертировать местную валюту (капитал, проценты, сумма долга, прибыль, роялти и другие поступления) в иностранную валюту для перевода за пределы принимающей страны. Такое страховое покрытие защищает от чрезмерных задержек в приобретении иностранной валюты, вызванных действием или бездействием правительства принимающей страны, неблагоприятными изменениями в законодательстве или правилах, касающихся валютного контроля, и ухудшением условий, регулирующих конвертируемость и перевод местной валюты. Девальвация валюты не покрывается. По получении заблокированной местной валюты от инвестора МИГА выплачивает компенсацию в валюте, предусмотренной его гарантийным договором.

б) Экспроприация

69. Эта гарантия защищает от потери застрахованных инвестиций в результате действий правительства принимающей страны, которые могут ослабить или ликвидировать право собственности на застрахованные инвестиции, контроль в отношении таких инвестиций или иные имущественные права в них. Помимо прямой национализации и конфискации, покрывается также "ползучая" экспроприация, т.е. ряд действий, которые с течением времени приводят к фактической экспроприации. Покрытие частичной экспроприации предоставляется на ограниченной основе (например, в отношении конфискации средств или материальных активов). Добросовестные, недискриминационные меры, принятые правительством принимающей страны во исполнение законных регулятивных полномочий, не охватываются такой гарантией. В случае полной экспроприации инвестиций в форме акционерного капитала МИГА выплачивает чистую балансовую стоимость застрахованных инвестиций. В случае экспроприации средств МИГА выплачивает застрахованную часть заблокированных средств. В отношении кредитов и кредитных гарантий Агентство осуществляет страхование остальной части суммы долга и любых накопленных и невыплаченных процентов. Компенсация выплачивается при переуступке Агентству интереса инвестора в экспроприированных инвестициях (например, акций или интереса в кредитном соглашении).

с) Нарушение договора

70. Эта гарантия защищает от убытков, возникающих в связи с нарушением или аннулированием правительством принимающей стороны договора с инвестором. В случае предполагаемого нарушения или аннулирования договора инвестор должен быть в состоянии прибегнуть к механизму урегулирования споров (например, арбитражу) в соответствии с основным договором и получить возмещение ущерба. Если после истечения конкретно указанного срока инвестор не получил платежа или если механизм урегулирования споров не функционирует вследствие действий, предпринятых правительством принимающей страны, то МИГА выплачивает компенсацию.

д) Военные действия и гражданские беспорядки

71. Эта гарантия защищает от убытков, возникающих по причине ущерба, причиненного материальным активам, а также их уничтожения или исчезновения в результате политически мотивированных военных действий или гражданских беспорядков в принимающей стране, в том числе революции, восстания, государственного переворота, саботажа и терроризма. В отношении инвестиций в форме акционерного капитала МИГА выплачивает долю инвестора в балансовой стоимости активов или покрывает расходы на их замену и расходы на ремонт поврежденных активов в зависимости от того, какая из этих сумм является меньшей. В отношении кредитов и кредитных гарантий МИГА выплачивает застрахованную часть суммы долга и процентов, не выплаченных непосредственно в результате ущерба активам проекта, причиненного военными действиями или гражданскими беспорядками. Покрытие военных действий и гражданских беспорядков также распространяется на события, которые в течение одногодичного периода приводят к перерыву в проектных операциях, имеющих важное значение для общей финансовой жизнеспособности проекта. Такого рода перерыв в операциях происходит тогда, когда инвестиции считаются полностью утраченными; в этот момент МИГА выплачивает балансовую стоимость всех застрахованных инвестиций в форме акционерного капитала.

Е. Гарантия, предоставляемые агентствами по кредитованию экспорта и содействию инвестированию

72. Страхование покрытия от некоторых политических, коммерческих и финансовых рисков, а также прямые кредиты могут быть получены от агентств по кредитованию экспорта и содействию инвестированию. Агентства по кредитованию экспорта и содействию инвестированию, как правило, создаются в некоторых странах с целью оказания содействия экспорту товаров или услуг, происходящих из данной страны. Агентства по кредитованию экспорта действуют от имени правительств стран, поставляющих товары и услуги для какого-либо проекта. Большинство агентств по кредитованию экспорта являются членами Международного союза страховщиков кредитов и инвестиций (Бернский союз), основные цели которого включают поощрение международного сотрудничества и содействие созданию благоприятного инвестиционного климата, разработку и поддержание надежных принципов страхования экспортных кредитов, а также установление и поддержание дисциплины с точки зрения кредитов, используемых в международной торговле.

73. Хотя в каждой стране может быть получена поддержка в различных формах, агентства по кредитованию экспорта обычно предлагают два вида страхового покрытия:

а) страхование экспортных кредитов. В контексте финансирования проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, основная цель страхования экспортных кредитов заключается в гарантировании платежа продавцу в том случае, когда иностранному покупателю экспортируемых товаров или услуг разрешено отсрочить платеж. Страхование экспортных кредитов может принимать форму механизмов страхования "кредитов поставщику" или "кредитов покупателю". В рамках механизмов кредитов поставщику экспортер и импортер согласовывают коммерческие условия, предусматривающие отсрочку платежа, подтвержденную оборотными документами (например, переводными или простыми векселями), выдаваемыми покупателем. При условии доказательства кредитоспособности экспортер получает страхование у агентства по кредитованию экспорта в своей стране. В рамках механизма кредитов покупателю обязательство покупателя произвести платеж финансируется банком экспортера, который в свою очередь получает страховое покрытие от агентства по кредитованию экспорта. Экспортные кредиты, как правило, подразделяются на краткосрочные (срок возвращения составляет обычно до двух лет), среднесрочные (обычно от двух до пяти лет) и долгосрочные (свыше пяти лет). Официальная поддержка со стороны агентства по кредитованию экспорта может принимать форму "чистого покрытия", под которым понимается страхование или гарантии, предоставленные экспортерам или кредитным учреждениям без финансовой поддержки. Официальная поддержка может также принять форму "финансовой поддержки", которая определяется как включающая прямые кредиты зарубежному покупателю, рефинансирование и все формы поддержки процентной ставки;

б) страхование инвестиций. Агентства по кредитованию экспорта могут предложить страховое покрытие либо непосредственно заемщику, либо экспортеру в связи с определенными политическими и коммерческими рисками. Типичные политические и коммерческие риски включают военные действия, восстание или революцию; экспроприацию, национализацию или реквизицию активов; невозможность конвертировать валюту; и отсутствие

возможности приобрести иностранную валюту. Страхование инвестиций, предоставляемое агентствами по кредитованию экспорта, обычно защищает инвесторов какой-либо проектной компании, созданной за рубежом, от застрахованных рисков, но не саму проектную компанию. Страхование инвестиций может также распространяться на целый ряд политических рисков. Агентства по кредитованию экспорта, которые готовы обеспечить страховой охват таких рисков, как правило, будут требовать предоставления достаточной информации относительно правовой системы принимающей страны.

74. Условия, на которых агентства по кредитованию экспорта государств - членов Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) предлагают поддержку кредитных сделок поставщика и покупателя, должны устанавливаться в соответствии с Механизмом ОЭСР, касающимся руководящих принципов в отношении экспортных кредитов, пользующихся официальной поддержкой (который также называется "консенсусом ОЭСР"). Основная цель этого Механизма заключается в создании приемлемой институциональной основы, позволяющей предотвращать недобросовестную конкуренцию посредством официальной поддержки экспортных кредитов. Во избежание предоставления субсидий, искажающих ситуацию на рынке, Механизм регулирует условия предоставления страхования, гарантий или прямого кредитования при поддержке правительств.

A/CN.9/471/Add.4

III. ВЫБОР КОНЦЕССИОНЕРА

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	
КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	1-130
A. Общие соображения	1-33
1. Процедуры отбора, рассматриваемые в <u>Руководстве</u>	3-4
2. Общие цели процедур отбора	5-16
3. Характерные особенности процедур отбора в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников	17-26
4. Подготовка к процедурам отбора	27-33
B. Предварительный отбор участников процедур	34-50
1. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора	35-37
2. Критерии предварительного отбора	38-40
3. Вопросы, связанные с участием в процедурах консорциумов	41-42
4. Предварительный отбор и национальные преференции	43-44
5. Частичное возмещение расходов на участие в процедурах отбора	45-46
6. Процедуры предварительного отбора	47-50
C. Процедуры запроса предложений	51-84
1. Этапы процедуры	52-58
2. Содержание окончательного запроса предложений	59-70
3. Разъяснения и изменения	71-72
4. Критерии оценки	73-77
5. Представление, раскрытие, сопоставление и оценка предложений	78-82
6. Заключительные переговоры и выдача подряда на проект	83-84
D. Прямые переговоры	85-96
1. Обстоятельства, допускающие проведение прямых переговоров	89
2. Меры, направленные на повышение прозрачности при прямых переговорах	90-96
E. Незапрошенные предложения	97-117
1. Программные соображения	98-106
2. Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений	107-117
F. Процедуры обжалования	118-122
G. Уведомление о выдаче подряда на проект	123
H. Отчет о процедурах отбора и принятии решения о выдаче подряда	124-130

Рекомендации по законодательным вопросам

Принимающим странам, которые хотели бы стимулировать осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, рекомендуется реализовать в законодательном порядке нижеследующие принципы.

Общие соображения (см. пункты 1-33)

Рекомендация 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.

Предварительный отбор участников процедур (см. пункты 34-50)

Рекомендация 15. Участники процедур должны продемонстрировать, что они удовлетворяют критериям предварительного отбора, которые были сочтены организацией-заказчиком уместными применительно к соответствующему конкретному проекту, включая следующие:

- 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 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, репутация и опыт, включая предшествующий опыт по эксплуатации публичной инфраструктуры.

Рекомендация 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.

Рекомендация 17. Организации-заказчику следует составлять краткий список прошедших предварительный отбор участников процедур, которым впоследствии по завершении этапа предварительного отбора будет предложено представить предложения.

Процедура запроса предложения (см. пункты 51-84)

Одноэтапные и двухэтапные процедуры (см. пункты 52-58)

Рекомендация 18. По завершении процедур предварительного отбора организации-заказчику следует пригласить прошедших предварительный отбор участников процедур представить окончательные предложения.

Рекомендация 19. Независимо от вышесказанного, организация-заказчик может использовать двухэтапную процедуру для запроса предложений от прошедших предварительный отбор участников процедур, когда организация-заказчик 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 спецификации 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 окончательного запроса предложений (см. пункты 59-70)

Рекомендация 20. В окончательный запрос предложений следует включать по меньшей мере следующую информацию:

- а) общая информация, которая может потребоваться участникам процедур для подготовки и представления их предложений;
- б) проектные спецификации и эксплуатационные показатели, если это уместно, включая требования организации-заказчика в отношении стандартов охраны труда и безопасности, а также защиты окружающей среды;
- с) предлагаемые организацией-заказчиком условия договора;
- д) критерии оценки предложений, относительное значение, придаваемого каждому из этих критериев, и порядок применения критериев при оценке предложений.

Разъяснения и изменения (см. пункты 71 и 72)

Рекомендация 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. пункты 73-77)

Рекомендация 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:

- а) техническая обоснованность;
- б) оперативная осуществимость;
- с) качество услуг и меры по обеспечению непрерывности их предоставления;
- д) открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития.

Рекомендация 23. Критерии оценки и сопоставления финансовых и коммерческих предложений могут включать, если это уместно, следующее:

- а) текущая стоимость предлагаемых видов вознаграждения, оплаты и иных сборов в течение периода концессии;
- б) текущая стоимость предлагаемых прямых платежей со стороны организации-заказчика, если таковые предусматриваются;
- с) затраты на проектно-конструкторские и строительные работы, ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, текущая стоимость капитальных затрат и затрат на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание;
- д) объем финансовой поддержки, ожидаемой со стороны правительства, если такая предполагается;
- е) обоснованность предлагаемых механизмов финансирования;
- ф) степень согласия с предлагаемыми условиями договора.

Представление, вскрытие, сопоставление и оценка предложений (см. пункты 78-82)

Рекомендация 24. Организация-заказчик может устанавливать минимальные требования в отношении качественных, технических 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.

Рекомендация 25. Независимо от того, использует ли она процедуры 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, документации для предварительного отбора. В тех случаях, когда процедуры предварительного отбора проводились, должны применяться те же критерии, что и при процедурах предварительного отбора.

Заключительные переговоры (см. пункты 83 и 84)

Рекомендация 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.

Рекомендация 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 пригласить 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.

Прямые переговоры (см. пункты 85-96)

Рекомендация 28. В законодательстве следует оговорить исключительные обстоятельства, при которых организация-заказчик может быть уполномочена высшестоящим органом произвести выбор концессионера с помощью прямых переговоров, например, следующие:

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 было опубликовано приглашение к участию в процедурах предварительного отбора или когда был опубликован запрос предложений, однако заявок или предложений не было представлено, или когда все предложения не удовлетворяют критериям оценки, изложенным в запросе предложений, и когда, по мнению организации-заказчика, опубликование нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект;

f) другие случаи, когда высшестоящий орган разрешает прибегнуть к такому исключению по веским причинам, связанным с публичными интересами.

Рекомендация 29. Законодательство может предусматривать требование о соблюдении в ходе прямых переговоров следующих процедур:

a) организации-заказчику следует публиковать уведомление о процедурах переговоров и проводить переговоры с настолько широким кругом компаний, которые считаются способными выполнить проект, насколько это позволяют обстоятельства;

b) организации-заказчику следует установить и сообщить участникам процедур квалификационные критерии и критерии для оценки предложений и определить относительное значение, которое будет придаваться каждому такому критерию, и способ их применения при оценке предложений;

c) организации-заказчику следует обращаться с предложениями таким образом, чтобы избежать разглашения их содержания конкурирующим участникам процедур;

d) любые такие переговоры между организацией-заказчиком и участниками процедур должны носить конфиденциальный характер, и ни одна из сторон переговоров не должна разглашать какому-либо другому лицу любую техническую, ценовую или иную коммерческую информацию, касающуюся переговоров, без согласия другой стороны;

е) после завершения переговоров организация-заказчик должна обратиться ко всем оставшимся участникам процедур с запросом представить к оговоренной дате их наилучшую и окончательную оферту в отношении всех аспектов их предложений;

г) предложения должны оцениваться и расставляться в порядке полученных ими оценок в соответствии с критериями оценки предложений, установленными организацией-заказчиком.

Незапрошенные предложения (см. пункты 97-117)

Рекомендация 30. В порядке исключения из применения процедур отбора, описанных в законодательных 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.

Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений (см. пункты 110-112)

Рекомендация 31. После получения и предварительного изучения незапрошенного предложения организация-заказчик должна 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, организация-заказчик должна 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.

Рекомендация 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.

Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений, которые не связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности (см. пункты 113 и 114)

Рекомендация 33. Организация-заказчик должна 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 являются уникальными или новыми. Автор незапрошенного предложения должен быть приглашен к участию в таких процедурах, и ему могут быть предоставлены льготы за представление предложения.

Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений, которые связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности (см. пункты 115-117)

Рекомендация 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, организация-заказчик должна попытаться получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением. Для этой цели организация-заказчик должна опубликовать описание основных элементов, касающихся продукции предлагаемого проекта, с приглашением другим заинтересованным сторонам представить альтернативные или сопоставимые предложения в течение определенного разумного срока.

Рекомендация 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, организация-заказчик должна пригласить все представившие их стороны к переговорам в соответствии с положениями законодательной рекомендации 28 (b)-(f).

Процедуры обжалования (см. пункты 118-122)

Рекомендация 36. 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.

Уведомление о выдаче подряда на проект (см. пункт 123)

Рекомендация 37. Организация-заказчик должна 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 о выдаче подряда (см. пункты 124-130)

Рекомендация 38. Организация-заказчик должна вести надлежащую отчетность, в которую включается ключевая информация, касающаяся процедур отбора и принятия решения о выдаче подряда. В законодательстве должны устанавливаться требования об обеспечении публичного доступа к такой отчетности.

КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

А. Общие соображения

1. В настоящей главе рассматриваются методы и процедуры, которые рекомендуется использовать при выдаче подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. В соответствии с рекомендациями таких международных организаций, как ЮНИДО¹ и Всемирный банк², в Руководстве предпочтение отдается не переговорам с участниками процедур, а процедурам конкурентного отбора, хотя и признается, что с учетом юридических традиций соответствующей страны могут использоваться также и прямые переговоры (см. также пункты 95-98).

2. Процедуры отбора, рекомендуемые в настоящей главе, содержат некоторые элементы основного метода закупок услуг в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг ("Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках")³. С учетом особых потребностей проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, таких как ярко выраженный этап предварительного отбора, был включен ряд изменений. В случае необходимости в настоящей главе дается ссылка на положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках, которые могут *mutatis mutandis* дополнять описываемую процедуру отбора.

1. Процедуры отбора, рассматриваемые в Руководстве

3. Частные инвестиции в инфраструктуру могут осуществляться в различных формах, каждая из которых требует применения специальных методов выбора концессионера. Для целей рассмотрения возможных методов отбора в отношении проектов в области инфраструктуры, которым посвящено настоящее Руководство, можно выделить три основные формы частных инвестиций в инфраструктуру:

а) приобретение предприятий общественного пользования. Частный капитал может быть инвестирован в публичную инфраструктуру путем приобретения физических активов или акций предприятий общественного пользования. Такие сделки обычно осуществляются в соответствии с правилами, регулирующими процедуры заключения договоров на реализацию государственной собственности. Во многих странах для продажи акций предприятий общественного пользования требуется предварительное разрешение в законодательном порядке. Методы реализации часто включают предложение акций на рынке ценных бумаг или проведение конкурентных процедур, например аукционов или приглашений принять участие в торгах, в результате чего имущество передается стороне, обладающей необходимыми квалификационными данными и предложившей наиболее высокую цену;

б) предоставление общедоступных услуг без развития инфраструктуры. В рамках других категорий проектов все необходимое оборудование принадлежит поставщикам услуг и эксплуатируется ими, и в некоторых случаях они конкурируют с другими поставщиками на рынке соответствующих услуг. В некоторых национальных законах предусмотрены специальные процедуры, в соответствии с которыми государство может разрешить частному предприятию предоставлять общедоступные услуги на основании исключительной или неисключительной "лицензии". Лицензии могут предлагаться в рамках публичных процедур заинтересованным сторонам, которые удовлетворяют квалификационным требованиям, определенным в законе или установленным лицензионным органом. В некоторых случаях лицензионные процедуры предусматривают проведение публичных аукционов для заинтересованных сторон, обладающих необходимыми квалификационными данными;

¹ UNIDO BOT Guidelines, p. 96.

² International Bank for Reconstruction and Development, Procurement under IBRD and IDA Loans, 1996, para. 3.13(a).

³ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг и прилагаемое к нему Руководство по принятию были приняты Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли на ее двадцать седьмой сессии, проходившей в Нью-Йорке 31 мая - 17 июня 1994 года.

с) сооружение и эксплуатация публичной инфраструктуры. В рамках проектов по строительству и эксплуатации публичной инфраструктуры частные предприятия привлекаются как для осуществления работ, так и для предоставления услуг населению. Процедуры, регулирующие процесс заключения таких договоров, в некоторых отношениях аналогичны процедурам, которые применяются при публичных закупках работ и услуг. Национальные законы предусматривают возможность применения самых разнообразных методов для публичных закупок, от регламентированных конкурентных методов, таких, как процедуры торгов, до менее регламентированных переговоров с потенциальными поставщиками.

4. В настоящей главе главным образом рассматриваются процедуры отбора, которые подходят для применения в отношении проектов в области инфраструктуры, связанных с обязательством выбранного частного предприятия обеспечить сооружение, ремонт или расширение соответствующей инфраструктуры в целях ее последующей эксплуатации на частной основе (т.е. проектов, упомянутых в пункте 3(с)). Другие методы отбора поставщиков общедоступных услуг с помощью лицензирования или аналогичных процедур или просто методы реализации государственной собственности с помощью увеличения капитала или предложения акций специально не рассматриваются.

2. Общие цели процедур отбора

5. Для заключения договоров на проекты в области инфраструктуры организация-заказчик может либо применить методы и процедуры, которые уже предусмотрены в законах принимающей страны, либо разработать процедуры, специально предназначенные для этой цели. В любом случае важно обеспечить, чтобы такие процедуры в целом способствовали достижению основополагающих целей правил, определяющих порядок выдачи публичных подрядов. Эти цели кратко рассматриваются ниже.

а) Экономия и эффективность

6. В связи с проектами в области инфраструктуры экономия означает выбор такого концессионера, который способен выполнить работы и обеспечить услуги желаемого качества по наиболее выгодной цене или предложение которого является наиболее выгодным с коммерческой точки зрения. В большинстве случаев экономия лучше всего достигается с помощью процедур, которые содействуют конкуренции между их участниками. Наличие конкуренции побуждает участников процедур предлагать свои наиболее выгодные условия, а также может содействовать применению наиболее эффективных и прогрессивных технологий или производственных методов для обеспечения таких условий.

7. Следует, однако, отметить, что для обеспечения конкуренции отнюдь не обязательно, чтобы в соответствующем процессе отбора участвовало большое число компаний. Прежде всего это относится к крупным проектам, когда у организации-заказчика могут иметься причины для ограничения числа участников процедур до приемлемого уровня (см. пункт 20). При условии наличия надлежащих процедур организация-заказчик может реализовать преимущества конкуренции даже в том случае, если конкурентная база является ограниченной.

8. Достижению экономии может часто содействовать участие в процедурах отбора иностранных компаний. Участие иностранных компаний не только содействует расширению конкурентной базы, но может способствовать также тому, что организация-заказчик или ее страна смогут приобрести технологии, которых не имеется на местном рынке. Участие иностранных компаний в процедурах отбора может оказаться необходимым в том случае, если не существует национальной компании с такой специализацией, которая требуется организации-заказчику. Стране, желающей реализовать преимущества участия иностранных компаний, следует обеспечить, чтобы такому участию способствовали соответствующие законы и процедуры.

9. Эффективность означает выбор концессионера в течение разумного срока, при минимальном административном бремени и при разумных расходах как для организации-заказчика, так и для участников процедур. Помимо потерь, которые может понести сама организация-заказчик вследствие неэффективных процедур отбора (например, в результате задержек или высоких административных затрат), чрезмерно дорогостоящие и обременительные процедуры могут привести к повышению общей стоимости проекта или даже побудить компетентные компании полностью отказаться от участия в процедурах отбора.

б) Обеспечение объективности процесса отбора и доверия к нему

10. Другой важной целью правил, регулирующих отбор концессионера, является обеспечение объективности всего процесса и доверия к этому процессу. Так, например, надлежащая система отбора обычно должна содержать положения, призванные обеспечить справедливый режим в отношении участников процедур, сократить или ограничить вероятность непреднамеренных или преднамеренных злоупотреблений в процессе отбора со стороны лиц, осуществляющих руководство этим процессом, или со стороны участвующих в нем компаний, а также обеспечить принятие решений об отборе на надлежащей основе.

11. Меры по обеспечению объективности процесса отбора будут способствовать повышению общественного доверия к этому процессу и к публичному сектору в целом. Участники процедур будут, как правило, стремиться не тратить времени и в некоторых случаях значительных денежных сумм для участия в процедурах отбора до тех пор, пока они не будут уверены в том, что к ним будет проявляться беспристрастное отношение и что вероятность принятия их предложений или ofert является вполне реальной. Те, кто участвует в процедурах отбора, к которым они не испытывают такого доверия, будут, по всей вероятности, стремиться увеличить стоимость проекта для покрытия высоких рисков и расходов на участие. Меры, обеспечивающие проведение процедур отбора на надлежащей основе, могут способствовать смягчению или устранению такой тенденции и содействовать достижению более благоприятных условий для организации-заказчика.

12. В целях борьбы с коррупцией правительственных должностных лиц, в том числе сотрудников организаций-заказчиков, в принимающей стране должна быть создана общая эффективная система санкций. В их число могут входить санкции уголовного характера, установленные применительно к противоправным действиям должностных лиц, проводящих процесс отбора, а также участников процедур. Необходимо также принять меры к недопущению коллизии интересов, предусмотрев, например, требование о том, что должностные лица организации-заказчика, их супруги, родственники и иные связанные с ними лица должны воздерживаться от участия в финансовом или акционерном капитале компании, участвующей в процессе отбора, или что они не должны принимать предложения о выполнении функций директора или сотрудника такой компании. Кроме того, в законодательстве, регулирующем процедуры отбора, должно устанавливаться обязательство организации-заказчика отклонять офферы или предложения, представленные стороной, которая, прямо или косвенно, дает или соглашается дать любому нынешнему или бывшему должностному лицу или служащему организации-заказчика или другого публичного органа вознаграждение в любой форме, предложение о найме на работу или любую другую ценную вещь или услугу с целью воздействия в связи с процедурами отбора на совершение какого-либо действия, принятие решения или применение какой-либо процедуры организацией-заказчиком. Эти положения могут быть дополнены другими мерами, такими, как требование о том, чтобы все компании, приглашенные к участию в процессе отбора, принимали на себя обязательство не пытаться оказывать неадекватного воздействия на решения государственных должностных лиц, участвующих в процессе отбора, и не препятствовать каким-либо иным образом конкуренции путем сговора или других незаконных видов практики (другими словами, речь может идти о заключении так называемого "соглашения о честной борьбе"). Кроме того, в соответствии с процедурами закупок, принятыми некоторыми странами, от участников торгов требуется представление гарантий в том, что ни одному должностному лицу закупающей организации участником торгов не было и не будет предоставляться каких-либо прямых или косвенных льгот, вытекающих из контракта или из решения о выдаче соответствующего подряда. Нарушение этого условия обычно рассматривается в качестве нарушения существенного условия договора.

13. Укреплению доверия инвесторов может также способствовать наличие надлежащих положений, направленных на охрану конфиденциальности защищенной правами собственности информации, которую они представляют в ходе процедур отбора. Такие положения должны предусматривать достаточные гарантии того, что организация-заказчик будет рассматривать предложения таким образом, чтобы избежать разглашения их содержания конкурирующим участникам процедур; что любые обсуждения или переговоры будут носить конфиденциальный характер; и что коммерческая или иная информация, которую участники процедур могут включить в свои предложения, не будет раскрыта их конкурентам.

с) Прозрачность законов и процедур

14. Прозрачность законов и процедур, регулирующих отбор концессионера, будет способствовать достижению ряда упомянутых выше программных целей. Прозрачными являются такие законы, в которых правила и процедуры, подлежащие соблюдению организацией-заказчиком и участниками процедур, полностью раскрыты, не являются излишне сложными и изложены в систематизированном и доступном порядке. Процедуры являются прозрачными в том случае, когда их участники имеют возможность определить, какие процедуры используются организацией-заказчиком и на какой основе она принимает соответствующие решения.

15. Одним из наиболее эффективных методов повышения прозрачности и подотчетности является включение положений, содержащих требование о том, что организация-заказчик обязана вести отчет о процедурах отбора (см. пункты 124-130). Отчет, в котором кратко излагается ключевая информация, касающаяся таких процедур, облегчает осуществление права на обжалование участником, интересы которого нарушены. Это, в свою очередь, будет способствовать тому, что правовые нормы, регулирующие процедуры отбора, будут в максимально возможной степени автономными с точки зрения обеспечения их соблюдения и неукоснительного применения. Кроме того, наличие в законодательстве соответствующих требований в отношении отчетности облегчит работу публичных органов, выполняющих функции по ревизии или контролю, а также будет обеспечивать подотчетность организаций-заказчиков обществу в целом в отношении выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры.

16. Важным вспомогательным средством, позволяющим достичь целей экономичности, эффективности, объективности и прозрачности, является наличие административных и судебных процедур для обжалования решений, принимаемых органами, участвующими в процессе отбора (см. пункты 118-122).

3. Характерные особенности процедур отбора в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников

17. Как правило, экономия в процессе выдачи публичных подрядов может быть лучше всего достигнута с помощью применения методов, которые способствуют развитию конкуренции среди участников процедур в рамках четко регламентированных формальных процедур. Для осуществления закупок товаров (работ) в обычных обстоятельствах национальные законы, как правило, предусматривают применение таких процедур конкурентного отбора, как торги.

18. Формальные процедуры, а также объективность и предсказуемость, характерные для процедур конкурентного отбора, как правило создают оптимальные условия для обеспечения конкуренции, прозрачности и эффективности. Так, использование процедур конкурентного отбора для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, рекомендовано ЮПИДО, которая сформулировала подробное практическое руководство о том, каким образом следует организовывать такие процедуры¹. Правила в отношении закупок по кредитам, предоставляемым Всемирным банком, также рекомендуют использовать процедуры конкурентного отбора и предусматривают, что концессионер, отобранный в соответствии с процедурами торгов, приемлемыми для Всемирного банка, обычно имеет право применять свои собственные процедуры для выдачи подрядов, необходимых для осуществления проекта. В то же время, если концессионер не был выбран в соответствии с такими конкурентными процедурами, выдача субподрядов должна осуществляться в соответствии с конкурентными процедурами, приемлемыми для Всемирного банка².

19. Следует, тем не менее, отметить, что до последнего времени не было разработано какого-либо международного типового законодательства, специально предназначенного для регламентирования процедур конкурентного отбора в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников. С другой стороны, положения национального законодательства, касающиеся конкурентных процедур для закупок товаров (работ) или услуг, могут оказаться не полностью приемлемыми для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Так, международный опыт в области выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, показал, что традиционным формам процедур конкурентного отбора, например проведение торгов, присущи определенные ограничения. С учетом особых вопросов, которые возникают в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, и которые кратко рассматриваются ниже, правительствам целесообразно рассмотреть вопрос об адаптации таких процедур для выбора концессионера.

а) Круг потенциальных участников процедур

20. Выдача подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, сопряжена со сложными, длительными и дорогостоящими процедурами, причем значительные масштабы большинства проектов в области инфраструктуры снижают вероятность получения предложений от большого количества достаточно квалифицированных участников процедур. Так, компетентные участники процедур могут быть не заинтересованы в участии в процедурах закупок по дорогостоящим проектам, если круг потенциальных конкурентов излишне широк и если существует опасность того, что они вынуждены будут конкурировать с нереалистичными предложениями или предложениями, представленными неквалифицированными участниками. Поэтому для выдачи подряда на проекты в области инфраструктуры обычно не рекомендуется проводить открытые торги без этапа предварительного отбора.

б) Определение требований к проекту

21. При традиционных публичных закупках строительных работ правительство, как правило, выступает в роли распорядителя или нанимателя, а выбранный подрядчик выполняет функции исполнителя работ. Основное внимание в рамках процедур закупок уделяется исходным ресурсам, которые будут предоставлены подрядчиком, т.е. организация-заказчик четко определяет, что, каким образом и при помощи каких средств должно быть построено. Поэтому приглашения принять участие в торгах на осуществление работ, как правило, сопровождаются обширными и весьма подробными техническими спецификациями в отношении закупаемых категорий работ и услуг. В таких случаях организация-заказчик будет нести ответственность за составление надлежащих спецификаций, соответствующих тому типу инфраструктуры, которую планируется соорудить, а также за обеспечение возможностей для эффективной эксплуатации такой инфраструктуры.

22. В то же время для многих проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, организация-заказчик может предусматривать иное распределение ответственности между публичным и частным секторами. В подобных случаях после определения потребностей в какой-либо области инфраструктуры организация-заказчик может отдать предпочтение такому варианту, при котором ответственность за выработку наилучшего решения для удовлетворения соответствующих нужд будет передана частному сектору при условии соблюдения определенных требований, которые могут быть установлены организацией-заказчиком (например, требований, связанных с вопросами регулирования, производственных характеристик и безопасности, а также требований, касающихся представления достаточных доказательств того, что предложенные технические решения являются опробованными и что они удовлетворяют международно признанным стандартам в области безопасности).

и в других областях). Так, в рамках процедуры отбора, применяемой организацией-заказчиком, больше внимания может уделяться ожидаемой отдаче объекта (т.е. тем услугам или товарам, которые будут предоставляться или производиться), а не техническим спецификациям в отношении работ, которые должны быть выполнены, или же средств, которые должны быть использованы для предоставления таких услуг.

с) Критерии оценки

23. Для нужд проектов, которые должны финансироваться, находиться в собственности и эксплуатироваться публичными органами, товары, работы или услуги обычно закупаются за счет средств, источником которых являются утвержденные бюджетные ассигнования. Поскольку источники финансирования обычно являются обеспеченными, основная цель закупающей организации состоит в том, чтобы получить за расходуемые средства продукцию наилучшего качества. Поэтому при таких видах закупок решающим фактором при определении наилучшего предложения из числа отвечающих формальным требованиям и технически приемлемых предложений зачастую является предлагаемая общая цена строительных работ, которая рассчитывается на основе стоимости строительства и других понесенных подрядчиком расходов плюс определенная норма прибыли.

24. В свою очередь проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, должны быть автономными в финансовом отношении, т.е. расходы на создание и эксплуатацию должны покрываться за счет собственных доходов проекта. Поэтому помимо затрат на строительство и эксплуатацию, а также цены, которую должны будут оплачивать пользователи, потребуется принять во внимание целый ряд других факторов. Так, например, организации-заказчику необходимо будет тщательно рассмотреть вопрос о финансовой и коммерческой осуществимости проекта, обоснованности механизмов финансирования, предлагаемых участниками процедур, а также надежности используемых технических решений. Заинтересованность в проведении такого анализа будет существовать даже в том случае, если не предусматривается никаких правительственных гарантий или платежей, поскольку незавершенные проекты или проекты со значительным перерасходом сметы или более высокими, чем ожидалось, эксплуатационными расходами, часто оказывают негативное воздействие на общие показатели обеспеченности необходимыми услугами и на общественное мнение в принимающей стране. Организация-заказчик будет также стремиться к тому, чтобы сформулировать такие квалификационные критерии и критерии оценки, в соответствии с которыми должно значение будет придаваться необходимости обеспечения непрерывного характера предоставления соответствующей общедоступной услуги, а также надлежащего универсального доступа к ней. Кроме того, учитывая, как правило, весьма длительные сроки концессий на инфраструктуру, организации-заказчику необходимо будет удостовериться в надежности и приемлемости механизмов, предлагаемых для этапа эксплуатации, а также тщательно оценить элементы предложений, касающиеся услуг (см. пункт 74).

д) Переговоры с участниками процедур

25. Законы и правила, регулирующие процедуры торгов, часто запрещают проведение переговоров между организацией-заказчиком и подрядчиками относительно представленных ими предложений. Причина этого строгого запрета, который устанавливается также в статье 35 Типового закона ЮНСИТРАД о закупках, состоит в том, что результатом таких переговоров может стать проведение своего рода "аукциона", в рамках которого предложение одного подрядчика может быть использовано для оказания давления на другого подрядчика, с тем чтобы он предложил более низкую цену или представил в другом отношении более благоприятное предложение. Вследствие такого строгого запрета подрядчики, отобранные для поставок товаров или услуг в соответствии с традиционными процедурами закупок, обычно обязаны подписать стандартный пакет договорных документов, который представляется им в ходе процедур закупок.

26. В случае выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, существует иная ситуация. С учетом сложности таких проектов и продолжительности их осуществления представляется маловероятным, что организации-заказчику и отобранному участнику процедур удастся согласовать условия проекта проектного соглашения без переговоров и корректировок, позволяющих привести такие условия в соответствие с конкретными нуждами проекта. Это особенно верно в случае проектов, связанных с созданием новой инфраструктуры, когда заключительные переговоры по финансовым и обеспечительным механизмам проводятся только после выбора концессионера. В то же время важно обеспечить, чтобы процедуры таких переговоров были прозрачными и чтобы в их результате не изменялись базовые аспекты, на основании которых проводились конкурентные процедуры (см. пункты 83 и 84).

4. Подготовка к процедурам отбора

27. Выдача подряда на проект в области инфраструктуры, финансируемый из частных источников, в большинстве случаев оказывается сложным мероприятием, требующим тщательного планирования и координации усилий всех участвующих департаментов. Благодаря обеспечению надлежащей административной и кадровой поддержки для осуществления соответствующих процедур отбора правительство играет принципиально важную роль в содействии обеспечению доверия к процессу отбора.

а) Назначение комитета, принимающего решения о выдаче подряда

28. Одной из важных подготовительных мер является назначение комитета, который будет нести ответственность за оценку предложений и выработку рекомендаций относительно выдачи подряда для организации-заказчика. Назначение квалифицированных и беспристрастных членов в состав отборочного комитета не только является обязательным условием эффективной оценки предложений, но может также содействовать дальнейшему повышению доверия участников процедур к процессу отбора.

29. Другая важная подготовительная мера заключается в назначении независимых консультантов, которые будут оказывать помощь организации-заказчику в процедурах отбора. На этом первоначальном этапе организации-заказчику, возможно, потребуются привлечь услуги независимых экспертов или консультантов для оказания помощи в установлении надлежащих квалификационных критериев и критериев оценки, в определении эксплуатационных показателей (и, если это необходимо, проектных спецификаций) и в подготовке документации, которая должна быть предоставлена участникам процедур. Может также возникнуть необходимость в консультативных услугах для оказания помощи организации-заказчику в оценке предложений, а также в составлении проекта проектного соглашения и в проведении переговоров по нему. Консультанты могут оказать особую помощь в решении самых разнообразных технических вопросов, по которым в правительственном аппарате принимающей страны может не иметься необходимых специалистов. В частности, в том, что касается рекомендаций по инженерно-техническим вопросам (например, по технической оценке проекта или сооружения и техническим требованиям для включения в договор); экологических консультаций (например, по экологической оценке и эксплуатационным требованиям); или финансовых рекомендаций (например, по финансовым прогнозам, анализу источников финансирования, оценке надлежащего соотношения между заемным и акционерным капиталом и оформлению документов, содержащих финансовую информацию).

б) Технико-экономические обоснования и другие исследования

30. Как уже отмечалось (см. главу I, "Общие законодательные и институциональные рамки", пункт 25), одним из первых шагов, которые должны быть предприняты правительством в связи с предлагаемым проектом в области инфраструктуры, является проведение предварительной оценки его осуществимости, включая анализ таких экономических и финансовых аспектов, как ожидаемые экономические выгоды проекта, сметная стоимость и потенциальные доходы, которые, как предполагается, можно будет получать в результате эксплуатации объекта инфраструктуры. Вариант создания объекта инфраструктуры в качестве проекта, финансируемого из частных источников, требует наличия позитивного заключения относительно осуществимости и финансовой жизнеспособности проекта. В рамках технико-экономического обоснования проекта организация-заказчик также, как правило, должна будет проводить оценку его экологического воздействия. В ряде стран было сочтено целесообразным привлечь определенные общественные организации к предварительной оценке экологического воздействия проекта и различных вариантов сведения такого воздействия к минимуму.

31. До начала процедур, в результате которых производится отбор будущего концессионера, организации-заказчику рекомендуется проанализировать и при необходимости расширить такие первоначальные исследования. В некоторых странах организациям-заказчикам рекомендуется сформулировать типовые проекты для справочных целей (обычно на основе сочетания показателей сметной стоимости капитальных инвестиций, эксплуатационных затрат и расходов на обслуживание), прежде чем предлагать частному сектору представить свои предложения. Цель таких типовых проектов состоит в том, чтобы продемонстрировать рентабельность коммерческой эксплуатации объекта инфраструктуры, а также финансовую осуществимость проекта с точки зрения общего объема инвестиционных затрат и его стоимости для населения. Они обеспечивают также для организации-заказчика весьма полезный инструмент, при помощи которого можно проводить сопоставление и оценку предложений. Наличие информации, подтверждающей, что организация-заказчик тщательно рассмотрела технические, экономические и финансовые аспекты проекта, а также проанализировала предлагаемую роль частного сектора, будет содействовать дальнейшему повышению доверия участников процедур.

в) Подготовка документации

32. Процедуры отбора для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, предполагают подготовку обширной документации, включая проектный план, документацию для предварительного отбора, запрос предложений, инструкции в отношении подготовки предложений и проект проектного соглашения. Качество и ясность документов, распространяемых организацией-заказчиком, играет существенную роль в обеспечении эффективности и прозрачности процедуры отбора.

33. Стандартная документация, составленная в достаточно четких формулировках, может стать важным элементом, облегчающим проведение переговоров между участниками процедур и потенциальными кредиторами и инвесторами. Кроме того, такая документация может способствовать обеспечению последовательности при решении вопросов, характерных для большинства проектов в соответствующем секторе. Тем не менее при использовании стандартных договорных условий рекомендуется принимать во внимание возможность того, что в связи с конкретным проектом могут возникнуть вопросы, которые не были учтены при подготовке стандартного документа, или что проект может

потребовать особых решений, которые могут отличаться от стандартных условий. Следует тщательно рассмотреть вопрос о необходимости достижения надлежащего баланса между уровнем желаемого единообразия для проектных соглашений конкретного типа и возможностями для проявления гибкости, которые могут потребоваться для отыскания решений, учитывающих потребности конкретных проектов.

В. Предварительный отбор участников процедур

34. Учитывая сложность проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, организация-заказчик, возможно, пожелает ограничить количество участников процедур, от которых впоследствии будут запрашиваться предложения, только теми участниками, которые удовлетворяют определенным квалификационным критериям. При традиционных правительственных закупках процедуры предварительного отбора могут состоять в проверке удовлетворения определенным формальным требованиям, например, может требоваться представление надлежащих доказательств технических возможностей или предыдущего опыта участия в соответствующей категории закупок, причем все участники торгов, удовлетворяющие критериям предварительного отбора, автоматически допускаются к этапу торгов. Процедуры предварительного отбора в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, могут, в свою очередь, включать элементы оценки и отбора. Например, могут иметь место случаи, когда организация-заказчик составляет список прошедших предварительный отбор участников процедур в соответствии с полученными ими оценками (см. пункт 48).

1. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора

35. В целях содействия прозрачности и конкуренции рекомендуется публиковать приглашение к участию в предварительном отборе таким образом, чтобы оно нашло достаточно широкий отклик для обеспечения эффективного уровня конкуренции. Законы многих стран определяют публикации, обычно официальную газету или другие официальные издания, в которых должны публиковаться приглашения к предварительному отбору. С целью содействия участию иностранных компаний, а также обеспечения максимальной конкуренции организация-заказчик, возможно, пожелает публиковать приглашения к предварительному отбору также и на одном из языков, обычно используемых в международной торговле, в газете, имеющей широкое международное распространение, или в соответствующем специализированном издании, или техническом или профессиональном журнале, имеющем широкое международное распространение. Одним из таких изданий может быть "Development Business" - публикация Департамента общественной информации Секретариата Организации Объединенных Наций.

36. Документация для предварительного отбора должна содержать достаточную информацию, которая позволит участникам процедур установить, соответствуют ли работы и услуги, требующиеся для проекта, тому типу, который они в состоянии предоставить, и, в случае положительного ответа на этот вопрос, каким образом они могут принять участие в процедурах отбора. В приглашении к участию в процедурах предварительного отбора помимо указания объекта инфраструктуры, который необходимо соорудить или модернизировать, должна содержаться информация по другим существенным элементам проекта, таким, как услуги, которые будут предоставляться концессионером, финансовые механизмы, которые предполагает использовать организация-заказчик (например, будет ли проект полностью финансироваться за счет платежей или сборов с пользователей или же могут быть предоставлены публичные средства в виде прямых платежей, ссуд или гарантий), и, если это уже известно, краткое изложение основных условий проектного соглашения, которое будет заключено в результате процедур отбора.

37. Кроме этого, в приглашение к участию в процедурах предварительного отбора следует включать общую информацию, аналогичную той, которая обычно содержится в документации для предварительного отбора согласно общим нормам, регулирующим публичные закупки⁴.

2. Критерии предварительного отбора

38. Как правило, от участников процедур будет требоваться продемонстрировать, что они обладают необходимыми профессиональными и техническими квалификационными данными, финансовыми и людскими ресурсами, оборудованием и другими материальными возможностями, управленческой компетентностью, надежностью и опытом, которые необходимы для осуществления проекта. Дополнительные критерии, которые могут иметь особое значение для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, могут включать способность управлять финансовыми аспектами проекта, а также предыдущий опыт по эксплуатации публичной инфраструктуры или по предоставлению услуг под осуществляемым в порядке регулирования надзором (например, качественные показатели их предыдущей деятельности, масштабы и вид проектов, ранее осуществленных участниками процедур); опытность ключевого персонала, который предполагается привлечь к осуществлению

⁴ Например, инструкции для подготовки и представления заявок на предварительный отбор; любые документальные доказательства или другая информация, которые должны быть представлены участниками процедур для демонстрации их квалификационных данных; способ, место и окончательный срок для представления заявок (см. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках, статья 7, пункт 3).

проекта; достаточный организационный потенциал (включая минимальные уровни строительного и эксплуатационного оборудования, а также оборудования для материально-технического обслуживания); возможности для обеспечения финансовых потребностей инженерно-конструкторского, строительного и эксплуатационного этапов проекта (подтвержденные, например, доказательствами способности участников процедур предоставить необходимый по проекту акционерный капитал и достаточными доказательствами хорошего финансового положения участника процедур, предоставленными надежными банками). Квалификационные требования должны охватывать все этапы осуществления проекта в области инфраструктуры, включая, если это необходимо, финансовое управление, инженерно-технические вопросы, строительство, эксплуатацию и обслуживание. Помимо этого, от участников процедур будет требоваться продемонстрировать, что они отвечают таким другим квалификационным критериям, которые обычно применяются согласно общим законам принимающей страны в области закупок⁵.

39. Один из важных аспектов, который должен быть рассмотрен организацией-заказчиком, касается взаимосвязи между выдачей подряда на соответствующий конкретный проект и политикой, проводимой правительством в отношении соответствующего сектора (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 21-46). Если цель состоит в том, чтобы способствовать развитию конкуренции, правительство может быть заинтересовано в том, чтобы на соответствующем рынке или в соответствующем секторе не господствовало какое-либо одно предприятие (например, чтобы количество местных телефонных компаний, действующих на какой-либо конкретной территории и контролируемых одной и той же компанией, не превысило определенного предельного числа). Для проведения такой политики и недопущения господства на рынке тех участников процедур, которым, возможно, уже была выдана концессия в соответствующем секторе экономики, организация-заказчик может пожелать включить в документацию для предварительного отбора положения о новых концессиях, ограничивающие участие таких участников процедур или препятствующие выдаче им новых подрядов. В целях обеспечения прозрачности целесообразно предусмотреть в законодательстве, что в тех случаях, если организация-заказчик резервирует за собой право отклонить предложение на этих или иных аналогичных основаниях, а приглашение к участию в предварительном отборе должна быть включена надлежащая информация о таких обстоятельствах.

40. Квалификационные требования должны на равных основаниях применяться в отношении всех участников процедур. Организация-заказчик не должна устанавливать каких-либо критериев, требований или процедур в отношении квалификационных данных участников, помимо предусмотренных в документации для предварительного отбора. При рассмотрении профессиональных и технических квалификационных данных консорциумов, созданных для участия в процедурах, организация-заказчик должна учитывать индивидуальную специализацию членов консорциума и определять, являются ли совокупные квалификационные данные членов консорциума достаточными для удовлетворения потребностей всех этапов проекта.

3. Вопросы, связанные с участием в процедурах консорциумов

41. С учетом значительных масштабов большинства проектов в области инфраструктуры заинтересованные компании, как правило, участвуют в процедурах отбора через специально созданные для этих целей консорциумы. Поэтому информация, запрашиваемая у членов консорциума, участвующего в процедурах, должна касаться как консорциума в целом, так и его отдельных участников. Для упрощения контактов с организацией-заказчиком в документации для предварительного отбора, возможно, целесообразно, предложить каждому консорциуму назначить одного из своих членов в качестве координатора по всем видам связи с организацией-заказчиком. Организации-заказчику в целом целесообразно предусмотреть требование о том, чтобы члены консорциума, участвующего в процедурах, представили заверенное под присягой заявление о том, что в случае, если им будет выдан подряд, они будут нести солидарные обязательства по проектному соглашению от имени консорциума. В качестве альтернативы организация-заказчик может зарезервировать за собой право потребовать на более позднем этапе, чтобы члены выбранного консорциума создали независимое юридическое лицо для реализации проекта (см. также главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 12-18).

42. Кроме того, организации-заказчику рекомендуется тщательно проанализировать состав консорциума и состояние материнских компаний. Может оказаться, что одна компания, прямо или через свои дочерние компании, войдет в состав более чем одного консорциума для представления предложений в отношении одного и того же

⁵ Например, что они правомочны заключать проектные соглашения; что они не являются неплатежеспособными, их имущество не находится под судебным контролем, не являются банкротами и не ликвидируются, их делами не распоряжается какой-либо суд или назначенное судом лицо, их коммерческая деятельность не приостановлена, и они не являются объектом производства в связи с упомянутым выше; что они выполнили свои обязательства по уплате налогов и взносов по социальному обеспечению в соответствующем государстве; что они сами или их управляющие или служащие не были осуждены за какое-либо уголовное преступление, связанное с их профессиональной деятельностью или предоставлением ложных заявлений или неверных квалификационных данных с целью заключения договора о закупках в течение определенного срока, предшествующего началу процедур предварительного отбора, или не были иным образом дисквалифицированы на основании административных мер по приостановлению или запрещению деятельности (см. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупке, статья 6, пункт 1(b)).

проекта. Такая ситуация недопустима, поскольку в этом случае возникает опасность утечки информации или сговора между конкурирующими консорциумами, что подрывает доверие к процедурам отбора. Поэтому рекомендуется указать в приглашении к участию в процедурах предварительного отбора, что ни один из членов консорциума, прошедшего квалификационный отбор, прямо или через дочерние компании, не может участвовать более чем в одном предложении о реализации проекта. Нарушение такого правила должно приводить к дисквалификации соответствующего консорциума и отдельных компаний, являющихся его членами.

4. Предварительный отбор и национальные преференции

43. Законодательство некоторых стран предусматривает возможность определенного преференциального режима для национальных предприятий или же предоставление специального режима участникам процедур, которые обязуются использовать национальные товары или нанимать местную рабочую силу. Такой преференциальный или специальный режим в некоторых случаях предусматривается в качестве существенного квалификационного требования (например, минимальная доля национального участия в консорциуме) или в качестве условия для участия в процедурах отбора (например, назначение местного партнера в качестве лидера консорциума, участвующего в процедурах).

44. Предоставление национальных преференций связано с целым рядом проблем. Во-первых, использование таких преференций не допускается руководящими принципами некоторых международных финансовых учреждений и может не соответствовать международным обязательствам, принятым на себя многими государствами в силу соглашений о региональной экономической интеграции или облегчения торговли. Кроме того, с точки зрения принимающей страны, важно оценить ожидаемые выгоды в сопоставлении с недостатками лишения организации-заказчика возможности найти наилучшие варианты удовлетворения национальных потребностей в области инфраструктуры. Также важно не допустить полной изоляции от иностранной конкуренции, что может привести к сохранению низкого уровня экономики, эффективности и конкуренции в соответствующих секторах национальной промышленности. Поэтому многие страны, желающие предоставить национальным поставщикам определенные льготы и в то же время стремящиеся воспользоваться преимуществами международной конкуренции, воздерживаются от прямого исключения иностранных участников или выдвижения ограничительных квалификационных требований. Национальные преференции могут принимать форму специальных критериев оценки, предусматривающих преференциальную поправку для национальных участников процедур или участников, которые предлагают закупать материалы, услуги и продукцию на местном рынке. Метод преференциальной поправки, который предусматривается в пункте 4(d) статьи 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках, является более прозрачным, чем субъективные квалификационные критерии или критерии оценки. Кроме того, такой метод позволяет организации-заказчику отдавать предпочтение местным участникам процедур, которые в состоянии приблизиться к конкурентоспособным международным стандартам, причем это можно сделать без исключения конкуренции со стороны иностранных компаний. Если планируется предоставить национальные преференции, то рекомендуется объявить об этом заранее, желательно в приглашении к участию в предварительном отборе.

5. Частичное возмещение расходов на участие в процедурах отбора

45. Цена, взимаемая за документацию для предварительного отбора, должна отражать только расходы на печатание документации для предварительного отбора и ее предоставление участникам процедур. Она не должна использоваться в качестве дополнительного средства ограничения числа участников процедур. Эта практика не только является неэффективной, но и приводит к дальнейшему повышению изначально высокой стоимости участия в процедурах отбора. Значительные затраты на подготовку предложений по проектам в области инфраструктуры и относительно высокие риски, связанные с тем, что процедура отбора может не привести к заключению договора, могут послужить сдерживающим фактором для некоторых компаний при принятии решения об участии в консорциуме для представления предложения, особенно в том случае, когда они не знакомы с процедурами отбора, которые применяются в принимающей стране.

46. Поэтому в некоторых странах организации-заказчику разрешено рассматривать возможность компенсации расходов участников процедур, прошедших предварительный отбор, если осуществление проекта не может быть продолжено по не зависящим от них причинам, или для частичного возмещения затрат, понесенных ими после этапа предварительного отбора, если это оправдано в каждом конкретном случае с учетом сложности проекта и возможности существенного повышения качества конкуренции. О таком частичном возмещении или компенсации расходов, если таковые предусматриваются, рекомендуется заблаговременно уведомлять участников процедур, желательно в приглашении к участию в процедурах предварительного отбора.

6. Процедуры предварительного отбора

47. Организации-заказчику следует отвечать на любой запрос участвующего в процедурах консорциума относительно разъяснений в связи с документацией для предварительного отбора, полученный организацией-заказчиком в разумные сроки до истечения окончательного срока представления заявок, с тем чтобы участники процедур могли своевременно представить свои заявки. Ответ на любой запрос, который, как это можно разумно

предполагать, представляет интерес для других участников процедур, сообщается без указания, от кого поступил запрос, всем участникам, которым организация-заказчик предоставила документацию для предварительного отбора.

48. 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). Для этих целей такие страны применяют систему количественных оценок по техническим, управленческим и финансовым критериям с учетом характера конкретного проекта. Считается, что количественные критерии предварительного отбора легче применять, чем качественные критерии, связанные с оценкой различных достоинств, и что они являются более прозрачными. В то же время при установлении системы количественных оценок важно избегать излишнего ограничения свободы усмотрения организации-заказчика при оценке квалификационных данных участников процедур. Организации-заказчику может также потребоваться учесть тот факт, что руководства по вопросам закупок, подготовленные некоторыми многосторонними финансовыми учреждениями, запрещают использование процедур предварительного отбора для ограничения круга участников процедур каким-либо заранее установленным числом. В любом случае, если предполагается использовать такую систему оценок, на это обстоятельство следует прямо указать в документации для предварительного отбора.

49. После завершения этапа предварительного отбора организация-заказчик обычно составляет краткий список участников процедур, которые прошли предварительный отбор и которым будет впоследствии предложено представить предложения. Одна из практических проблем, с которой иногда сталкиваются организации-заказчики, связана с предложениями об изменениях в составе участвующих в процедурах консорциумов в ходе процесса отбора. С точки зрения организации-заказчика, как правило, целесообразно проявлять сдержанность в отношении предлагаемых замен среди отдельных членов участвующих в процедурах консорциумов после завершения этапа предварительного отбора. Изменения в составе консорциумов могут привести к существенному отклонению от той основы, которую использовала организация-заказчик при составлении краткого списка участвующих в процедурах консорциумов, прошедших предварительный отбор, а также может поставить под сомнение объективность процедур отбора. Как правило, участвовать в процедурах на этапе окончательного отбора следует разрешать только тем участникам, которые прошли предварительный отбор, если только организация-заказчик не удостоверится в том, что новый член консорциума удовлетворяет критериям предварительного отбора по существу в такой же степени, как и выбывающий член этого консорциума.

50. Хотя критерии, использовавшиеся для предварительного отбора участников процедур, вновь рассматривать на этапе окончательной оценки не следует, организация-заказчик, возможно, пожелает зарезервировать за собой право потребовать на любом этапе процесса отбора, чтобы участники процедур вновь продемонстрировали свои квалификационные данные в соответствии с теми же критериями, которые были использованы при их предварительном отборе.

С. Процедуры запроса предложений

51. В настоящем разделе рассматриваются процедуры запроса предложений у прошедших предварительный отбор участников процедур. Описываемые процедуры по ряду аспектов аналогичны процедурам привлечения предложений, которые являются предпочтительным методом закупки услуг, как он предусматривается в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о закупках, с некоторыми коррективами, которые необходимы для учета потребностей организаций-заказчиков, выдающих подряды на проекты в области инфраструктуры.

1. Этапы процедуры

52. После предварительного отбора участников процедур организации-заказчику рекомендуется проанализировать первоначальное технико-экономическое обоснование и определение требований к отдаче и эксплуатационным характеристикам, а также рассмотреть вопрос о том, существует ли необходимость в пересмотре таких требований в свете информации, полученной в ходе процедур предварительного отбора. На этом этапе организации-заказчику уже следует определить, будет ли для запроса предложений использоваться одно- или двухэтапная процедура.

а) Одноэтапная процедура

53. Выбор между одно- или двухэтапной процедурой запроса предложений будет зависеть от характера контракта, от того, насколько точно могут быть определены технические требования, и от того, используются ли для отбора концессионера показатели эффективности отдачи проекта (или эксплуатационные показатели). Если будет сочтено, что разработка эксплуатационных показателей или проектных спецификаций с необходимой степенью точности или окончательности является практически возможной и желательной для организации-заказчика, то процесс отбора может быть организован в качестве одноэтапной процедуры. В этом случае после проведения предварительного отбора участников процедур организация-заказчик перейдет непосредственно к процедуре окончательного запроса предложений (см. пункты 59-72)

б) Двухэтапная процедура

54. В то же время имеются случаи, когда организация-заказчик может быть не в состоянии сформулировать свои потребности с помощью проектных спецификаций или эксплуатационных показателей, которые являлись бы достаточно подробными и точными для того, чтобы позволить подготовить предложения, оценить их и сопоставить на единообразной основе с учетом этих спецификаций и показателей. Дело может обстоять таким образом, например, в случае, когда организация-заказчик не определила вид технических и материальных вводимых ресурсов, которые отвечали бы нуждам соответствующего проекта (например, вид строительных материалов для использования при сооружении моста). В подобных случаях с точки зрения получения наиболее выгодного предложения может быть сочтено нежелательным, чтобы организация-заказчик действовала на основе спецификаций или показателей, которые она составила бы без обсуждения с участниками процедур вопроса об их точных возможностях и о возможных предлагаемых вариантах. С этой целью организация-заказчик, возможно, пожелает разделить процесс отбора на два этапа с тем, чтобы создать определенные возможности для гибкости при проведении обсуждений с участниками процедур.

55. В тех случаях, когда процедура отбора разделяется на два этапа, при первоначальном запросе предложений участникам процедур обычно предлагается представить предложения, касающиеся спецификаций на товары или услуги, которые должны являться результатом проекта, других характеристик проекта, а также других предлагаемых договорных условий. Приглашение к представлению заявок позволит участникам процедур предложить свои собственные решения для удовлетворения конкретных потребностей в области инфраструктуры в соответствии с определенными стандартами услуг. Предложения, представленные на этом этапе, будут, как правило, представлять собой решения на основе инженерно-конструкторской концепции или эксплуатационных показателей без указания финансовых элементов, таких как предполагаемые цены или уровень вознаграждения.

56. В той степени, в которой условия договорного оформления проекта уже известны организации-заказчику, они должны включаться в запрос предложений, возможно, в форме проекта проектного соглашения. Осведомленность о некоторых договорных условиях, таких как предусматриваемое организацией-заказчиком распределение рисков, является важной для участников процедур, поскольку позволяет им составить свои предложения и обсудить "банковскую приемлемость" проекта с потенциальными кредиторами. Первоначальная реакция на эти договорные условия, особенно на предусматриваемое организацией-заказчиком распределение рисков, может помочь организации-заказчику оценить практическую осуществимость проекта в первоначально задуманном виде. В то же время важно проводить разграничение между процедурой запроса предложений и переговорами по окончательному контракту после принятия решения о выдаче подряда. Цель этого первоначального этапа состоит в том, чтобы дать организации-заказчику возможность впоследствии сформулировать свои потребности таким образом, который позволит организовать на заключительном этапе конкуренцию на основе единого набора параметров. Приглашение к представлению первоначальных предложений на этом этапе не должно вести к переговорам по условиям контракта до принятия окончательного решения о его заключении.

57. После этого организация-заказчик может организовать встречу с участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся запросов предложений и сопроводительной документации. Организация-заказчик может на первом этапе провести обсуждения с любым участником процедур по любому аспекту его предложения. Организации-заказчику следует рассматривать предложения таким образом, чтобы избежать раскрытия их содержания конкурирующим участникам процедур. Любые обсуждения должны носить конфиденциальный характер, и ни одна из сторон обсуждений не должна раскрывать никакому другому лицу никакой технической, финансовой или другой информации, относящейся к этим обсуждениям, без согласия другой стороны.

58. После таких обсуждений организации-заказчику следует проанализировать и при необходимости пересмотреть первоначальные спецификации в отклонении отдачи проекта. При формулировании таких пересмотренных спецификаций организации-заказчику должно быть разрешено исключать или изменять любой аспект технических или качественных характеристик проекта, которые первоначально были указаны в запросе предложений, а также любой первоначально указанный в такой документации критерий для оценки и сопоставления предложений. О любом таком исключении, изменении или добавлении должно сообщаться участникам процедур в приглашении представить окончательные предложения. Участникам процедур, которые не желают представлять окончательное предложение, должно быть разрешено выходить из процедур отбора без утраты права на любое обеспечение, предоставление которого могло быть от них потребовано.

2. Содержание окончательного запроса предложений

59. На заключительном этапе организации-заказчику следует предложить участникам процедур представить окончательные предложения в отношении пересмотренных спецификаций проекта эксплуатационных показателей и договорных условий. В запрос предложений, как правило, должна включаться вся информация, необходимая для того, чтобы дать участникам процедур основу, позволяющую представить предложения, которые отвечают потребностям организации-заказчика и которые организация-заказчик может сопоставить объективным и справедливым образом.

а) Общая информация для участников процедур

60. В общую информацию для участников процедур должны надлежащим образом включаться те данные, которые первоначально указываются в тендерной документации или запросе предложений в связи с закупками товаров (работ) и услуг⁶. Особенно важным является представление информации о критериях, которые будут использоваться организацией-заказчиком при определении выигравшего предложения, и об относительном значении таких критериев (см. пункты 73-77).

i) Технико-экономические обоснования

61. В общую информацию, предоставляемую участникам процедур, рекомендуется включать инструкции по подготовке технико-экономических обоснований, которые им, возможно, потребуется представить вместе с их окончательными предложениями. В таких технико-экономических обоснованиях охватываются, например, следующие аспекты:

а) коммерческая рентабельность. Особенно в отношении проектов, финансируемых на безвозвратной или ограниченной оборотной основе, принципиально важно установить потребности в отдаче проекта, а также составить оценки и прогнозы в отношении таких потребностей на предлагаемый срок эксплуатации объекта, включая ожидаемый спрос (например, прогнозы в отношении интенсивности движения по автодорогам) и ценообразование (например, размеры сборов);

б) инженерно-технические решения и оперативная осуществимость. Участникам процедур следует предложить продемонстрировать приемлемость предлагаемой ими технологии, включая оборудование и процессы, с точки зрения национальных, местных и экологических условий, вероятность достижения планируемого уровня производительности, а также адекватность методов и графиков строительства. В таком исследовании необходимо также определить предлагаемую организацию, методы и процедуры эксплуатации и материально-технического обслуживания завершенного объекта;

в) финансовая жизнеспособность. Следует предложить участникам процедур указать предлагаемые источники финансирования для этапов строительства и эксплуатации, включая заемные средства и инвестиции в акционерный капитал. Хотя предоставление ссуд и задействование других механизмов финансирования в большинстве случаев осуществляются только после подписания проектного соглашения, необходимо предусмотреть требование о том, чтобы участники процедур предоставили достаточные доказательства в отношении намерения кредиторов осуществить оговоренное финансирование. В ряде стран от участников процедур также требуется указать ожидаемую внутреннюю норму окупаемости по отношению к фактической стоимости капитала в соответствии с предлагаемыми механизмами финансирования. Такая информация должна позволить организации-заказчику оценить обоснованность и доступность предлагаемых цен или сборов, которые будут взиматься концессионером, а также потенциальные возможности их последующего повышения;

г) экологическое воздействие. В этом исследовании следует определить возможные негативные или неблагоприятные последствия реализации проекта для окружающей среды, а также указать, какие корректировочные меры необходимо будет принять для обеспечения соблюдения применимых экологических стандартов. В таком исследовании следует должным образом учитывать соответствующие стандарты международных финансовых учреждений, а также общенациональных, региональных и местных властей.

ii) Информация о тендерном обеспечении

62. Рекомендуется указать в запросе предложений любые требования организации-заказчика в отношении эмитента, а также характера, формы, суммы и других основных условий любого тендерного обеспечения, которое должно быть предоставлено участниками процедур для компенсации тех потерь, которые могут возникнуть в результате отзыва предложений или неспособности отобранного участника процедур заключить проектное соглашение. Для обеспечения справедливого режима для всех участников процедур требования, прямо или косвенно касающиеся поведения участника процедур, представляющего предложение, не должны относиться к чему-либо иному, помимо следующего: отзыв или изменение предложения по истечении окончательного срока представления предложений или до истечения окончательного срока, если это предусмотрено в запросе предложений; неспособность соблюсти финансовые параметры; неподписание проектного соглашения, если организация-заказчик требует такого подписания; а также непредставление требуемого обеспечения исполнения проектного соглашения

⁶ Например, инструкции по подготовке и представлению предложений, в том числе относительно способа, места и окончательного срока представления предложений и срока, в течение которого предложения должны иметь силу, а также любые требования относительно обеспечения тендерных заявок, способы, с помощью которых участники процедур могут запрашивать разъяснения в связи с запросом предложений, и заявления о намерении закупочной организации на этом этапе провести встречу с участниками процедур; место, дата и время вскрытия предложений и процедуры, используемые для вскрытия и рассмотрения предложений; и способ, на основании которого будут оценены предложения (см. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках, статья 27 и 38).

после того, как предложение было акцентировано, или невыполнение любого другого указанного в запросе предложений условия до подписания проектного соглашения. Необходимо предусмотреть гарантии для обеспечения того, чтобы требование о предоставлении тендерного обеспечения выдвигалось только на справедливой основе и для соответствующих целей⁷.

iii) Квалификация участников процедур

63. В тех случаях, когда предварительного отбора участников процедур до запроса предложений не проводилось и когда организация-заказчик резервирует за собой право потребовать от участников процедур вновь подтвердить квалификационные данные, в запросе предложений должна быть изложена информация, которую требуется представить участникам процедур в подтверждение их квалификационных данных (см. пункты 38-40).

b) Проектные спецификации и эксплуатационные показатели

64. Уровень подробности составления спецификаций, а также надлежащая сбалансированность между элементами вводимых ресурсов и показателями отдачи будут зависеть от рассмотрения таких вопросов, как вид инфраструктуры и собственность на нее и распределение ответственности между публичным и частным секторами (см. пункты 21 и 22). В целом организации-заказчику рекомендуется учитывать долгосрочные потребности проекта и формулировать спецификации таким образом, который позволит ей получить достаточную информацию для выбора участника процедур, предложившего предоставление наиболее высококачественных услуг на наилучших экономических условиях. Организация-заказчик может счесть полезным сформулировать проектные спецификации таким образом, чтобы дать надлежащее описание продукции проекта и эксплуатационных показателей без излишней регламентации в том, что касается способа достижения намеченных результатов. Проектные спецификации и эксплуатационные показатели обычно охватывают следующие аспекты:

a) описание проекта и ожидаемой отдачи. Если для предоставления услуг требуются специальные здания, такие, как транспортные терминалы или аэропорт, организация-заказчик, возможно, пожелает представить в качестве иллюстративной основы только схематичные планировочные концепции разделения соответствующего участка на зоны пользования, вместо представления планов, указывающих прилегающую к отдельным сооружениям зону, как это обычно делается при традиционных закупках строительных услуг. В то же время, если, по мнению организации-заказчика, важно, чтобы участники торгов представили подробные технические спецификации, в запрос предложений включается, по меньшей мере, следующая информация: описание работ, которые должны быть осуществлены, и услуг, которые должны быть предоставлены, включая технические спецификации, планы, чертежи и эскизы; график для выполнения работ и предоставления услуг; и технические требования к эксплуатации и материально-техническому обслуживанию объекта;

b) минимальные применимые конструкторские и эксплуатационные стандарты, включая надлежащие экологические стандарты. Эксплуатационные стандарты обычно формулируются с указанием желаемого качества и количества продукции или услуг, производимых объектом. Предложения, которые отходят от соответствующих эксплуатационных стандартов, должны рассматриваться в качестве не отвечающих формальным требованиям;

c) качество услуг. Применительно к проектам, связанным с предоставлением общедоступных услуг, эксплуатационные показатели должны включать описание услуг, которые должны быть предоставлены, и соответствующие стандарты качества, которые будут использоваться организацией-заказчиком при оценке предложений. Когда это уместно, должны быть упомянуты любые общие обязательства поставщиков общедоступных услуг относительно расширения предоставления услуги и обеспечения непрерывного характера ее предоставления в целях удовлетворения спроса обслуживаемой общины или территории, обеспечения недискриминационной доступности услуг для пользователей и предоставления недискриминационного доступа другим поставщикам услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером, на условиях, установленных в проектном соглашении (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 82-93).

65. Участникам процедур должны быть даны инструкции представить информацию, которая необходима организации-заказчику для оценки технической обоснованности предложений, их оперативной осуществимости и соблюдения стандартов качества и технических требований, в том числе следующую информацию:

⁷ В статье 32 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках предусмотрены определенные важные гарантии, включая, в частности, требование о том, что организация-заказчик не должна требовать выплаты суммы тендерного обеспечения и должна незамедлительно возратить или обеспечить возвращение документа о тендерном обеспечении после одного из следующих событий в зависимости от того, какое из них происходит раньше: а) истечение срока действия тендерного обеспечения; b) вступление в силу проектного соглашения и предоставление обеспечения в отношении исполнения этого договора, если такое обеспечение требуется в запросе предложений; c) прекращение процесса отбора без вступления в силу проектного соглашения или d) отзыв предложения до истечения окончательного срока представления предложений, если в запросе предложений не предусмотрено, что такой отзыв не допускается.

а) предварительное инженерно-конструкторское решение, включая предлагаемый график работ;

б) затраты на проект, включая потребности в эксплуатационных затратах и затратах на материально-техническое обслуживание, а также предлагаемый план финансирования (например, предлагаемое участие в акционерном капитале или заемный капитал);

с) предлагаемая организация, методы и процедуры для эксплуатации и материально-технического обслуживания проекта, являющегося предметом процедур;

д) описание качества услуг.

66. Каждый из вышеупомянутых эксплуатационных показателей может потребовать представления дополнительной информации со стороны участников процедур с учетом нужд того проекта, подряд на который выдается. Например, в связи с выдачей концессии на распределение электроэнергии в каком-либо регионе в число этих показателей могут включаться такие минимальные технические стандарты, как а) оговоренная флюктуация напряжения (и частоты) на уровне потребления; б) продолжительность отключений (выраженная в часах за год); в) частотность отключений (выраженная в количестве за год); г) потери; е) количество дней для подключения нового клиента; ф) коммерческие стандарты для отношений с клиентами (например, количество дней для оплаты счетов, для повторного подключения объектов, для ответа на жалобы клиентов).

с) Договорные условия

67. Рекомендуется, чтобы в тендерную документацию были включены определенные указания на то, каким образом организация-заказчик предполагает распределять связанные с проектом риски (см. также главы II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка" и IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры"). Этот момент является важным для того, чтобы установить условия для обсуждения на переговорах по определенным подробным положениям проектного соглашения (см. пункты 83 и 84). Если вопрос о распределении рисков будет оставлен полностью открытым, то участники процедур могут попытаться свести к минимуму принимаемые на себя риски, что может нанести ущерб цели привлечения частных инвестиций к разработке проекта. Кроме того, в запрос предложений должна включаться информация об основных элементах договорных механизмов, предусматриваемых организацией-заказчиком, например, следующая:

а) продолжительность концессии или предложение участникам процедур представить свои собственные предложения относительно продолжительности концессии;

б) формулы и индексы для использования при корректировке цен;

с) правительственная поддержка и инвестиционные стимулы, если таковые предоставляются;

д) гарантийные требования;

е) требования регулирующих учреждений, если таковые имеются;

ф) валютно-финансовые нормы и правила, регулирующие переводы в иностранной валюте;

г) механизмы долевого распределения поступлений, если таковые имеются;

б) указание категорий активов, которые концессионеру потребуется перевести организации-заказчику или предоставить в распоряжение последующему концессионеру по истечении срока проекта;

и) в тех случаях, когда выбирается новый концессионер для эксплуатации уже созданной инфраструктуры, - описание активов и имущества, которые будут предоставлены в распоряжение концессионера;

ж) возможные альтернативные, дополнительные или вспомогательные источники поступлений (например, концессии на эксплуатацию уже созданной инфраструктуры), если таковые имеются, которые могут быть предложены победителю процедур.

68. Участникам процедур следует дать инструкции о представлении информации, необходимой организации-заказчику для оценки финансовых и коммерческих элементов предложений и их соответствия предлагаемым договорным условиям. Финансовые предложения обычно должны включать следующую информацию:

а) применительно к проектам, в связи с которыми доход концессионера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из отчислений, платежей или сборов, выплачиваемых клиентами или пользователями объекта инфраструктуры, в финансовых предложениях следует указывать предлагаемую ценовую структуру. Применительно к проектам, в связи с которыми доход концессионера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из платежей, производимых организацией-заказчиком или другим публичным органом в порядке амортизации

инвестиций концессионера, в финансовом предложении следует указывать предлагаемые амортизационные платежи и период погашения;

b) текущая стоимость предлагаемых цен или прямых платежей на основе ставки дисконта и обменного курса, указанных в тендерной документации;

c) если, по оценкам, осуществление проекта потребует правительственной финансовой поддержки - то уровень такой поддержки, включая, если это уместно, любые субсидии или гарантии, ожидаемые от правительства или организации-заказчика;

d) объем рисков, принимаемых на себя участниками процедур на время этапа строительства и эксплуатации, включая непредвиденные события, страхование, инвестиции в акционерный капитал и другие гарантии в отношении этих рисков.

69. С тем чтобы четко установить границы переговоров, которые будут проведены после оценки предложений (см. пункты 83 и 84), в окончательном запросе предложений следует указать те условия проектного соглашения, которые не могут считаться предметом переговоров.

70. Организации-заказчику целесообразно предусмотреть требование о том, чтобы окончательные предложения, представленные участниками процедур, содержали доказательства одобрения предложенных коммерческих условий и распределения рисков, как они указываются в запросе предложений, со стороны основных кредиторов участника процедур. Такое требование может сыграть полезную роль с точки зрения сопротивления давлению, направленному на повторное открытие обсуждения коммерческих условий на этапе заключительных переговоров. В ряде стран от участников процедур требуется, чтобы они парафировали и возвратили организации-заказчику проект проектного соглашения вместе с их окончательными предложениями в качестве подтверждения их согласия со всеми условиями, в отношении которых они не предлагают конкретных поправок.

3. Разъяснения и изменения

71. Право организации-заказчика изменять запрос предложений имеет важное значение, поскольку оно позволяет ей получить все необходимое для удовлетворения своих потребностей. В силу этого желательно предоставить организации-заказчику право - будь то по своей собственной инициативе, будь то в ответ на запрос о разъяснении со стороны какого-либо участника процедур - изменять запрос предложений путем издания дополнения в любое время до истечения окончательного срока представления предложений. В то же время в случае таких изменений, которые разумно потребуют от участников процедур дополнительного времени для подготовки их предложений, такое дополнительное время следует предоставить за счет соответствующего продления окончательного срока представления предложений.

72. Как правило, о разъяснениях и вопросах, послуживших основанием для таких разъяснений, а также о соответствующих изменениях организация-заказчик должна незамедлительно сообщать всем участникам процедур, которым она представила запрос предложений. Если организация-заказчик проводит встречу с участниками процедур, она должна составить протокол, содержащий представленные в ходе этой встречи запросы о разъяснении в связи с запросом предложений, а также ответы на эти запросы без указания, от кого поступили эти запросы, и направить экземпляры протокола участникам процедур.

4. Критерии оценки

73. Комитет, принимающий решение о выдаче подряда, должен провести оценку технических и финансовых элементов каждого предложения в соответствии с заранее указанными системами оценки технических критериев и изложить в письменной форме причины поставленной оценки. В целом организации-заказчику важно обеспечить достижение надлежащего баланса между критериями оценки в отношении инвестиций в материальные объекты (например, в строительные работы) и критериями оценки в отношении эксплуатации и материально-технического обслуживания инфраструктуры, а также качества услуг, которые должен будет предоставлять концессионер. Надлежащий упор должен быть сделан на долгосрочных потребностях организации-заказчика, в частности, на необходимости обеспечить непрерывность предоставления соответствующей услуги на требуемом уровне качества и при обеспечении безопасности.

a) Оценка технических аспектов предложений

74. Технические критерии оценки призваны облегчить сопоставительную оценку технической, эксплуатационной, экологической и финансовой жизнеспособности предложения в отношении заранее установленных спецификаций, показателей и требований, указанных в тендерной документации. В той мере, в которой это практически возможно, технические критерии, применяемые организацией-заказчиком, должны быть объективными и поддающимися количественной оценке, с тем чтобы позволить провести объективную оценку предложений и их сопоставление на общей основе. Это сокращает вероятность принятия субъективных или произвольных решений. В правилах,

регулирующих процесс отбора, может оговариваться порядок формулирования и применения таких факторов. Технические предложения в отношении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, обычно оцениваются в соответствии со следующими критериями:

а) техническая обоснованность. В тех случаях, когда организация-заказчик установила минимальные инженерно-конструкторские и эксплуатационные спецификации или стандарты, инженерно-конструкторская основа проекта должна отвечать таким спецификациям или стандартам. От участников процедур необходимо потребовать продемонстрировать обоснованность предлагаемых методов и графиков работ;

б) оперативная осуществимость. Предлагаемые организация, методы и процедуры для эксплуатации и материально-технического обслуживания завершенного объекта должны быть хорошо определены, должны отвечать указанным эксплуатационным стандартам, и должна быть продемонстрирована их практическая эффективность;

в) качество услуг. Критерии оценки, используемые организацией-заказчиком, должны включать анализ того порядка, в котором участники процедур обязуются обеспечивать предоставление и расширение предоставления соответствующей услуги, включая предлагаемые гарантии для обеспечения непрерывности ее предоставления;

г) экологические стандарты. Предлагаемые для использования в связи с проектом конструкторские решения и технология должны соответствовать экологическим стандартам, указанным в запросе предложений. Любые негативные или неблагоприятные последствия реализации проекта, как он предложен участниками процедур, для окружающей среды, должны быть соответствующим образом определены, в том числе указаны необходимые корректировочные меры или меры по ослаблению такого воздействия;

д) дополнительные поощрительные аспекты. Речь идет о других условиях, которые может предложить автор проекта, с тем чтобы повысить привлекательность своего предложения, например о механизме долевого участия организации-заказчика в доходах, о сокращении объема правительственных гарантий или уровня государственной поддержки;

е) потенциальные возможности для социально-экономического развития. В соответствии с этим критерием организация-заказчик может принимать во внимание потенциальные возможности для социально-экономического развития, которые могут быть предложены участниками процедур, в том числе льготы для находящихся в неблагоприятном положении групп лиц и предприятий, внутреннее инвестирование или другие виды коммерческой деятельности, содействие занятости, резервирование некоторых видов продукции для внутренних поставщиков, передача технологии и развитие управленческих, научных и эксплуатационных навыков;

ж) квалификация участников процедур. В тех случаях, когда организация-заказчик до запроса предложений не проводила предварительного отбора, она не должна принимать предложения, если представившие предложения участники процедур не обладают достаточной квалификацией.

б) Оценка финансовых и коммерческих аспектов предложений

75. Помимо критериев для технической оценки предложений организации-заказчику требуется определить критерии для оценки и сопоставления финансовых предложений. Применительно к проектам, в связи с которыми доход концессионера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из отчислений, платежей или сборов, выплачиваемых клиентами или пользователями объекта инфраструктуры, оценка и сопоставление финансовых элементов окончательных предложений основываются, как правило, на текущей стоимости предлагаемых отчислений, арендных или иных платежей или других сборов в течение срока концессии в соответствии с установленными минимальными проектно-конструкторскими и эксплуатационными стандартами. Применительно к проектам, в связи с которыми доход концессионера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из платежей, производимых организацией-заказчиком в порядке амортизации инвестиций концессионера, оценка и сопоставление финансовых элементов окончательных предложений основываются, как правило, на текущей стоимости предлагаемой схемы амортизационных платежей в отношении объекта, который должен быть сооружен в соответствии с установленными минимальными проектно-конструкторскими и эксплуатационными стандартами, планами и спецификациями.

76. Однако проводимая организацией-заказчиком оценка финансовых элементов окончательных предложений не должна ограничиваться сопоставлением предлагаемых цен на единицу предполагаемой отдачи. Для того чтобы должным образом оценить финансовую осуществимость предложений и вероятность последующего повышения предлагаемых цен, во внимание, возможно, потребуется принять дополнительные критерии, такие как затраты на проектно-конструкторские работы и строительство; ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, текущую стоимость капитальных затрат и эксплуатационных затрат; и объем субсидий, если таковые ожидаются от правительства. Организации-заказчику следует проанализировать вопрос о том, является ли предлагаемый план финансирования, включая предлагаемое соотношение между инвестициями в акционерный капитал и заемным капиталом, достаточным для покрытия проектных затрат на строительство, эксплуатацию и материально-финансовое обслуживание.

77. При установлении критериев для оценки финансовых предложений организации-заказчику важно тщательно изучить относительную важность - в качестве критерия оценки - предлагаемой цены на единицу ожидаемой отдачи. Хотя удельная цена является важным фактором для обеспечения объективности и прозрачности в деле выбора между предложениями, в равной мере отвечающими формальным требованиям, следует отметить, что концессии "цены" применительно к принятию решений о выдаче подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, обычно не имеет того значения, как в случае закупок товаров и услуг. Так, вознаграждение концессионера часто представляет собой сочетание сборов, оплачиваемых пользователями, дополнительных источников дохода и прямых субсидий или платежей со стороны публичной организации, принимающей решение о выдаче контракта. В силу этого, хотя цена на единицу ожидаемой отдачи сохраняет свою роль в качестве важного элемента сопоставления предложений, она не всегда может рассматриваться в качестве самого важного фактора.

5. Представление, вскрытие, сопоставление и оценка предложений

78. Следует предусмотреть требование о том, чтобы предложения представлялись в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте. Предложения, полученные организацией-заказчиком после истечения окончательного срока для представления предложений, вскрываться не должны и должны возвращаться представившим их участникам процедур. В целях обеспечения прозрачности в национальном законодательстве часто устанавливаются формальные процедуры для вскрытия предложений, что обычно происходит в момент, заранее указанный в запросе предложений, а также предусматривается требование о том, чтобы участникам процедур, представившим предложения, или их представителям было разрешено организацией-заказчиком присутствовать при вскрытии предложений. Такое требование помогает свести к минимуму риск того, что предложения могут быть изменены или что с ними могут быть произведены иные манипуляции, и представляет собой важную гарантию беспристрастности процедур.

79. С учетом сложности проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и разнообразия критериев оценки, обычно применяемых при принятии решения о выдаче подряда на проект, организации-заказчику, возможно, целесообразно применить двухэтапную процедуру оценки, при которой нефинансовые критерии будут рассматриваться отдельно от финансовых - и даже, возможно, до них, - с тем, чтобы избежать ситуаций, когда определенным элементам финансовых критериев (например, цене на единицу продукции) придается чрезмерное значение в ущерб нефинансовым критериям.

80. С этой целью в некоторых странах предусматриваются требования о том, чтобы участники процедур составляли и представляли свои технические и финансовые предложения в двух отдельных конвертах. Система двух конвертов иногда используется по той причине, что она позволяет организации-заказчику оценить техническое качество предложений без влияния финансовых компонентов. Однако в отношении этого метода высказываются критические замечания на том основании, что он противоречит цели достижения экономии при принятии решения о заключении публичных контрактов. В частности, указывается на опасность того, что в результате первоначального отбора предложений лишь на основе их технических достоинств и без учета цены организация-заказчик после вскрытия первых конвертов может склониться к тому, чтобы отобрать предложения о выполнении технически более высококачественных работ и отклонить предложения с менее сложными решениями, которые, тем не менее, удовлетворяют потребности организации-заказчика при более низких общих затратах. Международные финансовые учреждения, такие как Всемирный банк, не соглашались с использованием системы двух конвертов в связи с финансируемыми ими проектами в силу тех опасений, что эта система предусматривает более широкую свободу усмотрения при оценке предложений и затрудняет их объективное сопоставление.

81. В качестве альтернативы использованию системы двух конвертов организации-заказчики могут установить требование о том, чтобы технические и финансовые предложения объединялись в одно единое предложение, однако предусмотреть двухэтапную организацию оценки, аналогичную процедуре оценки, описываемой в статье 42 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках. На первом этапе организация-заказчик обычно устанавливает минимальный уровень требований в отношении качественных и технических аспектов, которые должны быть отражены в технических предложениях, в соответствии с критериями, установленными в запросе предложений, и дает оценку каждому техническому предложению в соответствии с этими критериями и относительным значением и порядком применения этих критериев, изложенными в запросе предложений. Затем организация-заказчик сопоставляет финансовые предложения, которые оценены как соответствующие минимальному уровню или превышающие его. Если предусматривается последовательная оценка технических и финансовых предложений, организации-заказчику на этом этапе следует удостовериться в том, отвечают ли технические предложения по внешним признакам требованиям запроса предложений (например, охватывают ли они все те вопросы, которые должны быть рассмотрены в технических предложениях). На этом этапе неполные предложения, а также предложения, отходящие от параметров запроса предложений, должны отклоняться. Хотя организация-заказчик может просить участников процедур представить разъяснения в связи с их предложениями, на этом этапе не допускается никаких запросов, предложений или разрешений с целью изменения существа предложения, включая изменения, направленные на то, чтобы сделать предложение, не отвечающее формальным требованиям, отвечающим формальным требованиям.

82. Помимо принятия решения об использовании системы двух конвертов или двухэтапной процедуры оценки организации-заказчику также важно распространить информацию об относительном значении, которое будет придаваться каждому критерию оценки, и о способе применения этих критериев при оценке предложений. В целях обеспечения надлежащей сбалансированности между финансовыми и техническими аспектами предложений могут быть использованы два подхода. Один из возможных подходов состоит в том, чтобы наиболее выгодным предложением считать то предложение, которое получило наиболее высокую совокупную оценку с точки зрения как ценовых, так и неценовых критериев оценки. В противном случае для установления выигравшего предложения среди предложений, отвечающих формальным требованиям (т.е. предложений, превышающих минимальный уровень требований как в отношении качественных, так и технических аспектов), определяющим фактором может служить предлагаемая цена на продукцию проекта (например, цена на воду или электроэнергию или размеры сборов). В любом случае, в целях содействия прозрачности процесса отбора и для избежания несоответствующего использования неценовых критериев оценки рекомендуется обязать комитет, принимающий решение о выдаче подряда, представлять письменное изложение причин, по которым было выбрано какое-либо иное предложение, помимо предложения, содержащего наиболее низкую удельную цену на продукцию проекта.

6. Заключительные переговоры и выдача подряда на проект

83. Организации-заказчику следует дать оценку всем отвечающим формальным требованиям предложениям на основе критериев оценки, изложенных в запросе предложений, и пригласить провести заключительные переговоры по некоторым элементам проектного соглашения того участника процедур, который получил наилучшую оценку. Заключительные переговоры должны ограничиваться вопросами установления окончательных деталей оформляющей сделку документации и удовлетворения разумных требований кредиторов отобранного участника процедур. Особой проблемой, с которой сталкивается организация-заказчик, является опасность того, что в ходе переговоров с отобранным участником процедур будут предприниматься попытки изменить - в ущерб правительству или потребителям - положения о цене или распределении рисков, которые первоначально содержались в предложении. Никаких изменений в существенных элементах предложения допускать не следует, поскольку они могут привести к искажению предпосылок, на основе которых производились представление и оценка предложений. Поэтому проводимые на этом этапе переговоры не могут касаться тех условий договора, которые были сочтены не подлежащими обсуждению в окончательном запросе предложений (см. пункт 69). Опасность повторного открытия обсуждения коммерческих условий на этом этапе может быть дополнительно уменьшена, если будет предусмотрено обязательное требование о том, чтобы в тендерные заявки, представляемые на этапе конкурентной борьбы между участниками процедур, включалось указание на согласие кредиторов участника процедур с предполагаемым распределением рисков (см. пункт 70). Полезную роль в этом процессе могут сыграть консультанты организации-заказчика по финансовым вопросам, которые подготовят заключения о реалистичности предложений участников процедур и о том, какие уровни финансовых обязательств должны соответствовать каждому конкретному этапу. Процесс окончательного урегулирования финансовых вопросов может быть весьма длительным.

84. Организация-заказчик должна уведомить остальных отвечающих формальным требованиям участников процедур о том, что они могут быть приглашены к участию в переговорах, если переговоры с участником процедур, получившим лучшую оценку, не приведут к заключению проектного соглашения. Если организации-заказчику становится очевидно, что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению проектного соглашения, она должна проинформировать этого участника о том, что она прекращает переговоры, а затем пригласить для переговоров следующего участника процедур на основе его оценки, и так до тех пор, пока она не заключит проектное соглашение или не отклонит все остальные предложения. Для исключения возможности злоупотреблений и необоснованных задержек организации-заказчику не следует возобновлять переговоры с каким-либо участником процедур, с которым переговоры уже были прекращены.

D. Прямые переговоры

85. В соответствии с правовыми традициями ряда стран проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, предполагают делегирование организацией-заказчиком права и обязанности на предоставление соответствующей общедоступной услуги. В качестве таковых эти проекты подлежат регулированию на основании специального правового режима, отличающегося по многим аспектам от режима, применимого в целом к заключению публичных контрактов на приобретение товаров, работ или услуг.

86. Учитывая весьма специфический характер требующихся услуг (например, их сложность, объем инвестиций и сроки завершения), в используемых процедурах основное внимание уделяется свободе организации-заказчика в деле выбора оператора, наилучшим образом удовлетворяющего ее потребности с точки зрения профессиональной квалификации, финансовой надежности, способности обеспечивать непрерывность предоставления услуги, равного режима для всех пользователей и качества предложения. В отличие от процедур конкурентного отбора, которые обычно используются при заключении публичных контрактов и которые, как представляется, иногда могут быть излишне жесткими, для отбора путем прямых переговоров характерна большая степень гибкости в отношении вопросов применяемых процедур и свободы усмотрения со стороны организации-заказчика. В то же время свобода

переговоров неравнозначна произвольному выбору, и законы таких стран предусматривают процедуры для обеспечения прозрачности и справедливости в ходе процесса отбора.

87. В тех странах, где проведение торгов является при обычных обстоятельствах нормой для публичных закупок товаров, работ и услуг, в руководящих принципах для выдающих подряд организаций-заказчиков рекомендуется проводить по мере возможности прямые переговоры для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. Стремление содействовать проведению переговоров обусловлено в таких странах тем, что при проведении переговоров с участниками процедур правительство не связано необходимостью соблюдать заранее установленные требования или жесткие спецификации и обладает большей свободой действий в отношении использования нетрадиционных или альтернативных предложений, которые могут быть представлены участниками процедур в ходе отбора, а также в отношении изменения и корректировки своих собственных потребностей в том случае, если в ходе таких переговоров будут сформулированы более привлекательные варианты для удовлетворения потребностей в инфраструктуре.

88. Прямые переговоры, как правило, обеспечивают высокую степень гибкости, которая, по мнению некоторых стран, имеет важное значение для выбора концессионера. В сочетании с надлежащими мерами, направленными на обеспечение прозрачности, беспристрастности и справедливости, прямые переговоры, проводившиеся в этих странах, давали удовлетворительные результаты. В то же время прямые переговоры могут быть сопряжены с целым рядом недостатков, вследствие которых они оказываются менее приемлемыми для использования в качестве основного метода отбора в целом ряде стран. Из-за высокой степени гибкости и значительной свободы усмотрения, предоставляемой организации-заказчику, прямые переговоры могут потребовать привлечения высококвалифицированного персонала, обладающего достаточным опытом в проведении переговоров по сложным проектам. Они требуют также создания специализированных групп для проведения переговоров, четкого разграничения полномочий и высокой степени координации и сотрудничества между всеми участвующими департаментами. Поэтому использование прямых переговоров для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, может оказаться нецелесообразным вариантом для стран, в которых не имеется традиций использования таких методов для выдачи подрядов на исполнение крупных правительственных заказов. Другим недостатком прямых переговоров является то, что они могут не обеспечивать такого уровня прозрачности и объективности, который достигается за счет применения более четко регламентированных конкурентных методов. В некоторых странах могут возникать опасения в связи с тем, что значительная свобода усмотрения при прямых переговорах может быть сопряжена с высоким риском злоупотреблений или коррупции. В свете вышеизложенного принимающая страна, возможно, пожелает предписать в качестве нормы использование процедур конкурентного отбора при выдаче подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, и зарезервировать возможность использования прямых переговоров только для исключительных случаев.

1. Обстоятельства, допускающие проведение прямых переговоров

89. В целях обеспечения прозрачности, а также неукоснительности соблюдения соответствующих процедур при выдаче подрядов на проекты, возможно, желательно определить в законодательстве те исключительные обстоятельства, при которых организации-заказчику может быть разрешено произвести выбор концессионера с помощью прямых переговоров. К числу таких обстоятельств могут, например, относиться следующие:

a) случаи, когда существует срочная потребность в незамедлительном обеспечении предоставления соответствующих услуг и проведение процедуры конкурентного отбора было бы поэтому практически нецелесообразным, при условии, что обстоятельства, обусловившие срочность, нельзя было предвидеть или они не являлись результатом медлительности со стороны организации-заказчика. Предоставление такой исключительной санкции может потребоваться, например, для случаев, когда обеспечение какой-либо услуги неожиданно прерывается, или когда действующий концессионер не обеспечивает ее предоставления на приемлемых стандартах, или когда проектное соглашение расторгается организацией-заказчиком, если проведение процедуры конкурентного отбора было бы практически нецелесообразным с учетом срочной потребности в обеспечении непрерывного характера предоставления соответствующей услуги;

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 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 приглашение к предварительному отбору или запрос предложений были опубликованы, однако никаких заявок или предложений представлено не было или же все предложения были отклонены и когда, по мнению организации-заказчика, публикация нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект. В то же время с тем, чтобы снизить риск злоупотреблений при изменении метода отбора организации-

заказчику должно быть разрешено обращаться к прямым переговорам только в том случае, если такая возможность прямо предусматривается в первоначальном запросе предложений.

2. Меры, направленные на повышение прозрачности при прямых переговорах

90. Для процедур, которых необходимо придерживаться при закупках путем переговоров, в целом характерна более высокая степень гибкости, чем для процедур, применимых к другим методам закупок. В целях регулирования процесса ведения сторонами переговоров и заключения ими договора установлено лишь незначительное количество правил и процедур. В ряде стран законодательство о закупках оставляет за организациями-заказчиками практически неограниченную свободу вести переговоры по своему усмотрению. В других странах в целях поддержания справедливости и объективности и стимулирования конкуренции путем поощрения участия в процедурах законодательство устанавливает процедурные рамки для переговоров. Положения о процедурах отбора путем переговоров затрагивают различные рассматриваемые ниже вопросы, в частности требования об утверждении решения организации-заказчика об отборе концессионера путем переговоров, выбор партнеров по переговорам, критерии для сопоставления и оценки предложений и отчетность о процедурах отбора.

a) Утверждение

91. Установленное во многих странах минимальное требование заключается в том, что организации-заказчику до начала проведения отбора путем переговоров необходимо получить разрешение вышестоящего органа. Обычно такие положения требуют подачи письменной заявки на утверждение и указания в ней причин, обусловивших необходимость в использовании переговоров. Цель требований об утверждении состоит, в частности, в том, чтобы обеспечить использование метода отбора путем переговоров только в соответствующих обстоятельствах.

b) Выбор партнеров по переговорам

92. В целях создания в рамках процедур переговоров максимальных возможностей для конкуренции целесообразно установить требование о том, что организация-заказчик должна проводить переговоры с максимально возможным, с учетом обстоятельств, числом компаний, которые сочтены способными удовлетворить соответствующие потребности. Помимо этого общего положения в законодательстве ряда стран не имеется конкретных положений, касающихся минимального числа подрядчиков или поставщиков, переговоры с которыми должна вести организация-заказчик. Однако в ряде других стран законодательство требует от организации-заказчика, чтобы в случае, когда это практически осуществимо, переговоры велись или предложения запрашивались у определенного минимального числа участников процедур (например, у трех). При некоторых обстоятельствах допускается проведение переговоров организацией-заказчиком с меньшим числом партнеров, в частности, когда привлечь к этим процедурам установленное минимальное число подрядчиков или поставщиков невозможно.

93. В целях повышения прозрачности целесообразно также предусмотреть требование о том, чтобы уведомление о процедурах переговоров предоставлялось участникам процедур специально оговоренным образом. Например, может устанавливаться требование о том, чтобы организация-заказчик опубликовала уведомление в каком-либо конкретном издании, обычно используемом для этих целей. Цель таких требований об уведомлении состоит в том, чтобы привлечь к процедурам закупок внимание возможно более широкого в данных обстоятельствах круга участников, что тем самым будет способствовать конкуренции. С учетом масштабов большинства проектов в области инфраструктуры уведомление должно содержать определенную минимальную информацию (например, описание проекта или квалификационные требования), и оно должно быть опубликовано достаточно заблаговременно для того, чтобы позволить участникам процедур подготовить свои оферты. В целом, формальные требования к отбору, применимые к участникам процедур при конкурентном отборе, должны применяться также и при процедурах переговоров.

94. В ряде стран требования об уведомлении снимаются в случаях, когда организация-заказчик обращается к переговорам после безрезультатного проведения торгов (см. пункт 89(e)), если всем удовлетворяющим квалификационным требованиям подрядчикам или поставщикам, которые представили свои заявки, предоставляется возможность принять участие в переговорах или если в ходе торгов не было получено вообще никаких заявок.

c) Критерии для сопоставления и оценки оферт

95. Другая полезная мера для повышения прозрачности и эффективности прямых переговоров предполагает установление общих критериев, которым должны удовлетворять предложения (например, общих целей по производительности или спецификаций в отношении продукции проекта), а также критериев для сопоставления и оценки оферт в ходе переговоров и для выбора победившего концессионера (например, технические достоинства оферты, цены, затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, а также рентабельность проектного соглашения и связанные с ним потенциальные возможности развития). Организации-заказчику следует выявить предложения, которые, как представляется, удовлетворяют этим критериям, и провести обсуждения с автором каждого предложения, с тем чтобы уточнить предложение и улучшить его до такой степени, когда оно станет удовлетворительным для организации-заказчика. Вопрос о цене каждого предложения при этих обсуждениях

не затрагивается. Когда предложения окончательно доработаны, организации-заказчику будет, возможно, целесообразно запросить наилучшую и окончательную оферту на основе разъясненных предложений. Рекомендуется, чтобы участники процедур включали в свои окончательные оферты доказательство того, что распределение рисков, указанное в оферте, будет приемлемым для их предполагаемых кредиторов. Затем из числа полученных наилучших и окончательных оферт может быть сделан выбор предпочтительного участника. Подряд на проект будет выдан стороне, представившей "наиболее экономичное" или "наиболее выгодное" предложение в соответствии с критериями отбора победившего концессионера, указанными в приглашении к переговорам. Рекомендуется, чтобы организация-заказчик в приглашении к переговорам указывала на то, намеревается ли она запросить наилучшую и окончательную оферту.

d) Отчет о процедурах отбора

96. От организации-заказчика должно требоваться составление отчета о процедурах отбора (см. пункты 124-130) и опубликование уведомления о выдаче подряда на проект (см. пункт 123). В ряде стран действует требование о том, что проектное соглашение должно быть открытым для публичного ознакомления, что содействует дальнейшему повышению прозрачности.

Е. Незапрошенные предложения

97. Частные компании иногда непосредственно обращаются к публичным органам с предложениями о разработке проектов, в отношении которых не начиналось никаких процедур отбора. Эти предложения обычно называются "незапрошенными предложениями". Незапрошенные предложения могут быть подготовлены в результате того, что частный сектор определил ту или иную потребность в области инфраструктуры, которая может быть удовлетворена с помощью проекта, финансируемого из частных источников. Речь может также идти о новаторских предложениях об управлении инфраструктурой и о предложениях, связанных с потенциальной передачей новой технологии принимающей стране.

1. Программные соображения

98. Одна из возможных причин, которые иногда приводятся в качестве довода для отказа от требования о применении процедур конкурентного отбора, состоит в том, что это будет стимулировать частный сектор к представлению предложений, связанных с использованием новых концепций или технологий в целях удовлетворения потребностей организации-заказчика. Процедуры конкурентного отбора уже по своей природе предполагают, что ни один участник процедур не может быть уверен в том, что подряд на проект будет выдан именно ему, если он не выиграет конкурентную борьбу. Затраты на подготовку предложений в связи с крупными проектами в области инфраструктуры могут представлять собой сдерживающий фактор для компаний, сомневающихся в своей способности представить предложения, не уступающие предложениям, представленным конкурирующими участниками. В отличие от этого правила, позволяющие организации-заказчику вести переговоры по незапрошенным предложениям непосредственно с их авторами, могут быть расценены частным сектором в качестве стимула к представлению таких предложений. Организация-заказчик может быть также заинтересована в возможности проведения прямых переговоров, с тем чтобы стимулировать частный сектор к разработке новаторских предложений по развитию инфраструктуры.

99. В то же время выдача подрядов на проект в соответствии с незапрошенными предложениями и без какой-либо конкуренции с другими участниками может послужить причиной серьезной критики в адрес правительства, особенно в случаях, связанных с исключительными концессиями. Кроме того, потенциальные кредиторы, в том числе многосторонние и двусторонние финансовые учреждения, могут испытывать трудности в деле кредитования или предоставления гарантий в связи с проектами, которые не являлись предметом процедур конкурентного отбора. Они могут опасаться возможности оспаривания и аннулирования будущими правительствами (например, поскольку выдача подряда на проект может быть впоследствии сочтена результатом необоснованной благосклонности или поскольку использованная процедура не содержала объективных параметров для сопоставления цен, технических элементов и общей эффективности проекта) или юридического или политического оспаривания со стороны заинтересованных сторон, таких как клиенты, не удовлетворенные возросшими ценами, или конкурирующие компании, утверждающие об их несправедливом исключении из процедуры конкурентного отбора.

100. С учетом вышеизложенных соображений принимающей стране важно изучить необходимость и целесообразность в разработке специальных процедур для рассмотрения незапрошенных предложений, которые отличались бы от процедур, обычно применяемых при выдаче подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. С этой целью будет, возможно, целесообразно проанализировать две ситуации, на которые наиболее часто ссылаются в связи с незапрошенными предложениями, а именно следующие: незапрошенные предложения, которые, как утверждается, связаны с использованием новых концепций или технологий для удовлетворения потребностей организации-заказчика в области инфраструктуры, и незапрошенные предложения, которые, как утверждается, позволяют удовлетворить потребность в области инфраструктуры, еще не выявленную организацией-заказчиком.

а) Незапрошенные предложения, которые, как утверждается, связаны с использованием новых концепций и технологий для удовлетворения потребностей организации-заказчика в области инфраструктуры

101. В целом в связи с проектами в области инфраструктуры, которые требуют использования того или иного вида промышленных процессов или методов, организация-заказчик будет заинтересована в стимулировании представления предложений, предлагающих применение наиболее передовых процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, доказавших свою действенность с точки зрения повышения отдачи проекта (например, за счет значительного сокращения затрат на строительство, ускорения реализации проекта, повышения безопасности, улучшения характеристик функционирования проекта, продления срока экономической жизни, сокращения затрат на материально-техническое обслуживание и эксплуатацию объекта или сокращения неблагоприятного экологического воздействия или сбоев на этапе строительства или эксплуатации проекта).

102. Вместо специального свода норм для рассмотрения незапрошенных предложений законные интересы организации-заказчика могут быть также обеспечены с помощью должным образом модифицированных процедур конкурентного отбора. Например, если организация-заказчик использует процедуры отбора, в которых первоочередное внимание уделяется предполагаемой отдаче проекта, причем не предписываются какие-либо способы, с помощью которых такая отдача должна быть достигнута (см. пункты 64-66), у участников процедур будут иметься достаточные возможности для проявления гибкости применительно к включению в предложения своих процессов или методов, защищенных правами собственности. В подобной ситуации тот факт, что каждый из участников процедур обладает своими процессами или методами, защищенными правами собственности, не будет являться препятствием для конкуренции при условии, что все предложенные методы будут в техническом отношении способны обеспечить такую отдачу, которая ожидается организацией-заказчиком.

103. Обеспечение необходимой дополнительной гибкости процедур конкурентного отбора может в подобных случаях представлять собой более удовлетворительное решение, чем разработка специальных неконкурентных процедур для рассмотрения предложений, которые, как утверждается, связаны с новыми концепциями или технологиями. За возможным исключением защищенных правами собственности концепций или технологий, уникальный характер которых может быть установлен на основе действующих прав интеллектуальной собственности, организация-заказчик может столкнуться со значительными трудностями при определении того, что представляет собой новая концепция или технология. Такое определение может потребовать привлечения дорогостоящих услуг независимых экспертов, возможно, из-за рубежа, с тем чтобы избежать обвинений в предвзятом отношении. Кроме того, определение, подтверждающее связь проекта с новаторской концепцией или технологией, может быть уравновешено подтверждениями со стороны других заинтересованных компаний, также заявляющих о том, что они обладают надлежащими новыми технологиями.

104. В то же время несколько иная ситуация может возникнуть в том случае, если уникальность предложения или его новаторские аспекты носят такой характер, что реализация проекта без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые лицо, предложившее проект, или его партнеры обладают исключительными правами, будь то во всемирном или региональном масштабе, окажется невозможной. Наличие прав интеллектуальной собственности в отношении метода или технологии может на практике сократить или полностью ликвидировать возможности для сколь-либо значимой конкуренции. Именно по этой причине действующее в большинстве стран законодательство о закупках разрешает закупаящим организациям проводить закупки из одного источника, если товары, работы или услуги имеются в наличии только у какого-либо конкретного поставщика или подрядчика или если какой-либо конкретный поставщик или подрядчик обладает исключительными правами в отношении товаров, работ или услуг и не существует никакой разумной альтернативы или замены (см. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках, статья 22).

105. В подобном случае было бы целесообразно уполномочить организацию-заказчика провести переговоры по вопросам реализации проекта непосредственно с автором незапрошенного предложения. Здесь, несомненно, трудность заключается в том, как установить с необходимой степенью объективности и прозрачности, что разумной альтернативы или замены методу или технологии, предусмотренным в незапрошенном предложении, не существует. В этих целях организации-заказчику целесообразно разработать процедуры для выявления сопоставительных элементов в связи с незапрошенными предложениями.

б) Незапрошенные предложения, которые, как утверждается, позволяют удовлетворить потребность в области инфраструктуры, еще не выявленную организацией-заказчиком

106. Достоинство незапрошенных предложений, относящихся к этой категории, состоит в том, что они позволяют выявить потенциальные возможности для развития инфраструктуры, которые еще не рассматривались властями принимающей страны. В то же время сам по себе этот факт в обычных обстоятельствах не должен являться достаточным основанием для выдачи подряда на проект путем прямых переговоров в ситуации, когда у организации-заказчика нет объективных гарантий того, что она избрала наиболее выгодное решение для удовлетворения своих потребностей.

2. Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений

107. В свете вышеизложенных соображений организации-заказчику целесообразно разработать прозрачные процедуры для определения того, отвечает ли незапрошенное предложение требуемым условиям и отвечает ли работа над реализацией этого предложения интересам организации-заказчика.

а) Ограничения на неприемлемость незапрошенных предложений

108. В интересах обеспечения надлежащей отчетности в расходовании публичных средств в некоторых национальных законодательных актах предусматривается, что ни одно незапрошенное предложение не может быть принято к рассмотрению, если реализация проекта потребует значительных финансовых обязательств со стороны организации-заказчика или другого публичного органа в такой форме, как гарантии, субсидии или участие в акционерном капитале. Причина такого ограничения состоит в том, что процедуры рассмотрения незапрошенных предложений обычно являются менее четко регламентированными, чем обычные процедуры отбора, и могут не обеспечивать того же уровня прозрачности и конкуренции, который был бы достигнут в ином случае. В то же время могут существовать причины для того, чтобы предусмотреть возможности для определенной гибкости при применении этого условия. В ряде стран наличие правительственной поддержки в иной форме, чем прямые правительственные гарантии, субсидии или участие в акционерном капитале (например, продажа или аренда публичной собственности авторам предложенного проекта) не является обязательным условием дисквалификации предложения, которое может быть по-прежнему рассмотрено и принято в качестве незапрошенного предложения.

109. Другое условие рассмотрения незапрошенных предложений состоит в том, что такое предложение должно быть связано с проектом, применительно к которому организация-заказчик не начала каких-либо процедур отбора или не объявила о таких процедурах. Основанием для рассмотрения незапрошенного предложения без использования процедур конкурентного отбора является стремление обеспечить стимулы для частного сектора в деле определения новых или невыявленных потребностей в области инфраструктуры или разработки новаторских предложений для удовлетворения таких потребностей. В случае, если проект уже выявлен властями принимающей страны и частный сектор просто предлагает техническое решение, отличающееся от того, которое предусматривается организацией-заказчиком, такое обоснование может оказаться неприменимым. В подобном случае у организации-заказчика будут по-прежнему иметься возможности для использования новаторских решений, если она применит двухэтапную процедуру отбора (см. пункты 54-58). В то же время рассмотрение незапрошенных предложений вне рамок уже начатых или объявленных процедур отбора будет противоречить принципу беспристрастности при выдаче публичных подрядов.

б) Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений

110. Следует предусмотреть требование о том, чтобы компания или группа компаний, обратившиеся к правительству с предложением о развитии инфраструктуры силами частного сектора, представляли первоначальное предложение с изложением информации, которой было бы достаточно для того, чтобы позволить организации-заказчику определить, *prima facie*, соблюдены ли условия для рассмотрения незапрошенных предложений, и, в частности, отвечает ли предложенный проект публичным интересам. В первоначальное предложение следует включать, например, следующую информацию: описание предыдущего опыта автора предложения в деле реализации проектов и заявление о его финансовом состоянии; описание проекта (вид проекта, место осуществления, региональное воздействие, предполагаемые инвестиции, эксплуатационные затраты, финансовая оценка, ресурсы, требующиеся от правительства или третьих сторон); месторасположение (право собственности и вопрос о том, потребуются ли проведение экспроприации земельных участков или иной собственности); и описание услуг и работ.

111. После предварительного изучения организация-заказчик должна в течение непродолжительного разумного срока проинформировать компанию о том, рассматривается ли проект в качестве потенциально отвечающего публичным интересам. Если организация-заказчик положительно оценивает проект, следует предложить компании представить официальное предложение, в котором в дополнение к моментам, уже охваченным в первоначальном предложении, должно содержаться технико-экономическое обоснование (включая характеристики, затраты и результаты), а также исследование экологического воздействия. Кроме того, у автора предложения следует запросить представление надлежащей информации относительно лицензий или технологий, предусматриваемых в предложении. Сообщенная информация должна быть достаточно подробной для того, чтобы позволить организации-заказчику должным образом оценить такие концепции и технологии и определить, отвечают ли они установленным условиям и могут ли быть успешно применены в масштабах предлагаемого проекта. На всех этапах этой процедуры компания, представившая незапрошенное предложение, должна сохранять правовой титул на всю представленную документацию, которая должна быть ей возвращена в случае отклонения предложения.

112. После того, как автор предложения представит всю требующуюся информацию, организации-заказчику следует в течение непродолжительного разумного срока принять решение о том, намеревается ли она реализовать этот проект и - в случае положительного ответа на этот вопрос - какая процедура будет использоваться. Выбор надлежащей процедуры должен основываться на предварительном определении организацией-заказчиком по вопросу о том, может ли быть реализован проект без использования процессов, конструкторских решений,

методологий или инженерных концепций, на которые предложившая проект компания или ее партнеры обладают исключительными правами.

c) Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений, которые не связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности

113. Если организация-заказчик после изучения незапрошенного предложения принимает решение о том, что реализация проекта отвечает публичным интересам, однако может быть осуществлена без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые автор предложения или его партнеры обладают исключительными правами, организация-заказчик должна будет организовать выдачу подряда на проект на основании использования тех процедур, применение которых будет обычно требоваться в связи с выдачей подряда на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, например, на основании процедур конкурентного отбора, описанных в настоящем *Руководстве* (см. пункты 34-84). В то же время в процедуры отбора могут быть включены определенные специальные элементы, предназначенные для того, чтобы стимулировать представление незапрошенных предложений. К числу таких стимулов могут относиться следующие меры:

a) организация-заказчик может принять на себя обязательство не начинать процедур отбора в связи с проектом, являющимся предметом полученного незапрошенного предложения, без приглашения компании, представившей первоначальное предложение;

b) участнику процедур, представившему первоначальное предложение, могут быть предоставлены определенные льготы. В ряде стран, использующих систему положительных баллов для оценки финансовых и технических предложений, льготы предоставляются в форме преференциальной поправки, применяемой в отношении окончательной оценки (т.е. повышение окончательной совокупной оценки, полученной соответствующей компанией на основании как финансовых, так и нефинансовых критериев оценки, на определенный процент). Одна из возможных сложностей применения такого подхода связана с опасностью того, что преференциальная поправка будет установлена на столь высоком уровне, что будет препятствовать представлению других конкурентоспособных или обладающих всеми необходимыми достоинствами заявок, что приведет к принятию менее выгодного проекта по причине преференций, предоставленных участнику процедур, представившему новаторское предложение. Другие формы стимулов могут включать возмещение, полное или частичное, расходов, понесенных автором первоначального предложения при подготовке незапрошенного предложения. Для целей прозрачности о существовании таких стимулов должно быть объявлено в запросе предложений.

114. Независимо от тех стимулов, которые могут быть предусмотрены, следует установить общее требование о том, чтобы автор незапрошенного предложения по существу удовлетворял тем же квалификационным критериям как и те, которые установлены для участников процедур конкурентного отбора (см. пункты 38-40).

d) Процедуры для рассмотрения незапрошенных предложений, которые связаны с концепциями и технологиями, защищенными правами собственности

115. Если окажется, что новаторские аспекты предложения являются таковыми, что реализация проекта без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые автор предложения или его партнеры обладают исключительными правами, будь то на всемирной или на региональной основе, является невозможной, то организации-заказчику будет, возможно, целесообразно подтвердить эту предварительную оценку путем применения процедуры выявления сопоставительных элементов в связи с незапрошенным предложением. Одна из таких процедур может состоять в опубликовании описания основных элементов, связанных с отдачей предлагаемого проекта (например, мощности объекта инфраструктуры, качества продукции или услуги или удельной цены продукции) с приглашением для других заинтересованных сторон представить в течение определенного срока альтернативные или сопоставимые предложения. Такое описание не должно включать тех элементов незапрошенного предложения, которые касаются вводимых ресурсов (например, проектно-конструкторское решение объекта или технология или оборудование, которые предполагается использовать), с тем чтобы избежать раскрытия потенциальным конкурентам информации, защищенной правами собственности лица, представившего незапрошенное предложение. Срок для представления предложений должен учитывать сложность проекта и предоставлять в распоряжение потенциальных конкурентов достаточное время для подготовки их предложений. Этот фактор может сыграть решающее значение для представления альтернативных предложений, например, в том случае, если участникам процедур потребуется провести тщательные подземные геологические исследования, которые уже могли проводиться в течение многих месяцев автором первоначального предложения, желающим сохранить результаты таких геологических исследований в тайне.

116. Приглашение к представлению сопоставимых или конкурентных предложений следует публиковать через минимальные интервалы (например, раз в неделю в течение трех недель) по крайней мере в одной из газет, имеющих общее распространение. В приглашении должно быть указано время и место, где может быть получена тендерная документация, и должен быть оговорен срок возможного представления предложений. Организации-заказчику важно обеспечить защиту прав интеллектуальной собственности, принадлежащих автору первоначального

предложения, а также конфиденциальный характер защищенной правами собственности информации, полученной в незапрошенном предложении. Любая такая информация не должна включаться в тендерную документацию. От участника процедур, представившего первоначальное предложение, и от любой другой компании, которая пожелает представить альтернативное предложение, следует потребовать предоставления тендерного обеспечения (см. пункт 62). Затем, в зависимости от изучения ответов, полученных на приглашение, могут быть рассмотрены два возможных варианта действий:

а) если никаких альтернативных предложений не получено, организация-заказчик может с достаточными основаниями сделать вывод о том, что никакой разумной альтернативы или замены для метода или технологии, предусматриваемых в незапрошенном предложении, не имеется. Этот вывод организации-заказчика следует должным образом отразить в отчете, и организация-заказчик может быть уполномочена начать прямые переговоры с автором первоначального предложения. Будет, возможно, целесообразно предусмотреть требование о том, чтобы решение организации-заказчика было рассмотрено и утверждено тем же органом, утверждение которого будет обычно требоваться для проведения организацией-заказчиком отбора концессионера путем прямых переговоров (см. пункт 89). В некоторых странах, законодательство которых предписывает использование конкурентных процедур, такие процедуры применялись для обеспечения требуемой прозрачности, необходимой для того, чтобы избежать будущего оспаривания выдачи концессии на основе незапрошенного предложения. В этих странах уже сам факт опубликования приглашения к участию в процедурах позволит выдать подряд участнику процедур, первоначально представившему незапрошенное предложение, даже если полученная от него заявка является единственной. Такой порядок предусматривается по той причине, что соблюдение конкурентных процедур обычно требует создания реальных возможностей для конкуренции, а не фактической конкуренции на практике. Опубликование соответствующей информации создаст такую возможность и способствует достижению желаемой степени прозрачности;

б) если альтернативные предложения представлены, организация-заказчик должна пригласить всех участников процедур к переговорам с целью определения наиболее выгодного предложения по реализации проекта (см. пункты 90-96). В том случае, если организация-заказчик получит достаточно много альтернативных предложений, которые, *prima facie*, будут, как представляется, удовлетворять ее потребности в области инфраструктуры, могут появиться возможности для применения полномасштабных процедур конкурентного отбора (см. пункты 34-84) с учетом любых стимулов, которые могут быть предоставлены автору первоначального предложения (см. пункт 113(b)).

117. Следует предусмотреть требование о том, чтобы организация-заказчик подготовила отчет о процедурах отбора (см. пункты 124-130) и опубликовала уведомление о выдаче подряда на проект (см. пункт 123).

Г. Процедуры обжалования

118. Наличие справедливых и эффективных процедур обжалования является одним из основных условий, необходимых для привлечения серьезных и компетентных участников процедур и сокращения затрат и продолжительности процедур выдачи подряда. Важной гарантией надлежащего соблюдения правил, регулирующих процедуру отбора, является предоставление участникам процедур права обжаловать действия организации-заказчика, нарушающие эти правила или права участников процедур. В различных правовых и административных системах предусматриваются разнообразные средства правовой защиты и процедуры, тесно увязанные с вопросом об обжаловании правительственных решений. Независимо от конкретной формы процедур обжалования важное значение имеет то, что должны быть предусмотрены соответствующие возможности и эффективные процедуры обжалования. Особенно целесообразно создать действенную "преддоговорную" систему обжалования (т.е. процедур для обжалования действий организации-заказчика на возможно более раннем этапе процедур отбора). Такая система повышает возможность принятия корректировочных мер организацией-заказчиком до причинения убытков и позволяет сократить число дел, когда единственным возможным вариантом исправления последствий ненадлежащих действий со стороны организации-заказчика является выплата денежной компенсации. Элементы для создания надлежащей системы обжалования содержатся в главе VI Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках.

119. Надлежащие процедуры обжалования должны в первую очередь устанавливать, что участники процедур имеют право на обжалование решений, затрагивающих их права. В первую очередь жалоба может быть направлена самой организации-заказчику, особенно в тот момент, когда решение о выдаче подряда на проект еще не принято. Это может способствовать обеспечению экономичности и эффективности, поскольку во многих случаях, особенно до принятия решения о выдаче подряда на проект, организация-заказчик вполне может с готовностью исправить процедурные ошибки, о которых ей может быть даже и не быть известно. Было бы также, возможно, целесообразно предусмотреть возможность обжалования в вышестоящие правительственные административные органы в тех случаях, когда такая процедура будет соответствовать конституционному, судебному и административному устройству. И наконец, внутренние режимы закупок большинства стран подтверждают право на обжалование в судебном порядке, которое в целом должно также предусматриваться и в связи с вопросами выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры.

120. С тем чтобы установить эффективную сбалансированность между, с одной стороны, необходимостью в защите прав участников процедур и обеспечения объективности процесса отбора и, с другой стороны, необходимостью ограничить возможность нарушений процесса отбора, во внутреннем законодательстве часто предусматривается ряд ограничений на установленные процедуры обжалования. К их числу относятся следующие: ограничение права на обжалование участниками процедур; предельные сроки для подачи жалоб и рассмотрения дел, включая любое приостановление процедур отбора, которое может осуществляться в ходе обжалования в административном порядке; и исключение из сферы действия процедур обжалования ряда решений, которые оставлены на усмотрение организации-заказчика и которые прямо не касаются вопросов справедливого отношения к участникам процедур. В большинстве правовых систем для обжалования решений организаций-заказчиков участниками процедур предусматриваются процедуры обжалования в административном порядке, а процедуры обжалования в судебном порядке установлены не во всех странах.

121. В большинстве государств действуют механизмы и процедуры обжалования действий административных органов и других государственных организаций. В некоторых государствах были созданы механизмы и процедуры обжалования специально для споров, возникающих в контексте закупок, производимых такими органами и организациями. В других государствах такие споры рассматриваются с помощью общих механизмов и процедур для обжалования действий административных органов. Некоторые важные аспекты процедур обжалования - например, определение органа, в который можно представить жалобу, а также возможные средства правовой защиты - связаны с основополагающими концептуальными и структурными аспектами правовой системы и системы государственного управления в соответствующей стране. Во многих правовых системах предусматривается обжалование действий административных органов и других государственных организаций путем обращения в административный орган, осуществляющий на правах вышестоящей инстанции властные полномочия или контроль за деятельностью такого органа или организации. В правовых системах, в которых предусматривается обжалование в административном порядке в вышестоящем органе, ответ на вопрос о том, какой орган или какие органы должны осуществлять эту функцию в отношении действий конкретных органов или организаций, зависит в первую очередь от структуры государственного управления. В контексте общего законодательства о закупках, например, в некоторых государствах предусматривается обжалование в орган, осуществляющий общий надзор и контроль над закупками в этом государстве (например, центральный совет по закупкам); в других государствах функцию рассмотрения жалоб выполняет орган, осуществляющий финансовый контроль и надзор за деятельностью правительства и/других органов государственного управления. В некоторых государствах функция рассмотрения жалоб в связи с конкретными делами, затрагивающими административные органы или другие государственные организации, выполняется специальными независимыми административными органами, компетенция которых иногда называется "квазисудебной". В этих государствах подобные органы не рассматриваются, однако, в качестве судов, входящих в судебную систему.

122. Во многих национальных правовых системах действия административных органов и государственных организаций подлежат обжалованию в судебном порядке. В некоторых из этих правовых систем обжалование в судебном порядке предусматривается в дополнение к обжалованию в административном порядке, в то время как в других системах устанавливается только возможность обжалования в судебном порядке. В некоторых правовых системах предусматривается возможность обжалования только в административном, но не в судебном порядке. В ряде правовых систем, в которых предусматривается обжалование как в административном, так и в судебном порядке, обжалование в судебном порядке может осуществляться только после того, как исчерпаны возможности обжалования в административном порядке; в других системах могут быть по выбору использованы оба этих пути обжалования. Основной вопрос, возникающий применительно к обжалованию в судебном порядке, связан с последствиями для заключенного контракта, которые будут возникать в силу судебного решения, аннулирующего результаты публичных процедур выдачи подряда, особенно в случае, когда работы уже начаты. В законодательстве о закупках предпринимаются попытки обеспечить сбалансированность в коллизии интересов публичного сектора - т.е. необходимостью в обеспечении беспристрастности процедуры закупок и в недопущении задержек в предоставлении какой-либо общедоступной услуги - и интересов участников процедур, заключающихся в защите их прав. За исключением случаев, когда проектное соглашение заключается в результате противоправных действий, хорошее решение могло бы заключаться в том, чтобы предусмотреть такой порядок, при котором судебное решение не будет обуславливать недействительность проектного соглашения, а будет предписывать возмещение убытков пострадавшей стороне. Как правило, считается, что такие убытки не должны включать упущенную прибыль, а должны ограничиваться затратами, понесенными участником процедур при подготовке его заявки.

G. Уведомление о выдаче подряда на проект

123. Проектное соглашение часто содержит положения, которые представляют непосредственный интерес для других сторон, помимо организации-заказчика и концессионера, и такие стороны могут иметь законный интерес в получении информации относительно определенных существенных элементов проекта. Это прежде всего относится к проектам, связанным с предоставлением услуг непосредственно населению. Для целей прозрачности, возможно, целесообразно определить процедуры в отношении придания гласности тех условий проектного соглашения, которые могут представлять публичный интерес. Такое требование должно применяться независимо

от метода, использованного организацией-заказчиком для выбора концессионера (будь то с помощью процедур конкурентного отбора, прямых переговоров или в результате рассмотрения незапрошенного предложения). Одна из возможных процедур может предусматривать требование о том, чтобы организация-заказчик публиковала уведомление о выдаче подряда на проект с указанием, в частности, таких существенных элементов предлагаемого соглашения, как а) наименование концессионера; б) описание работ и услуг, которые должны быть обеспечены концессионером; в) срок концессии; г) структура цен; д) резюме основных прав и обязанностей концессионера и гарантий, которые должны быть им предоставлены; е) резюме прав организации-заказчика в отношении надзора и средств правовой защиты в случае нарушения проектного соглашения; ж) резюме основных обязательств правительства, включая любые предлагаемые им платежи, субсидии или компенсационные выплаты; и з) любые другие существенные условия проектного соглашения, предусмотренные в запросе предложений.

Н. Отчет о процедурах отбора и принятии решения о выдаче подряда

124. В целях обеспечения прозрачности и отчетности, а также для содействия осуществлению участниками процедур, интересы которых нарушены, права на обжалование решений, принятых организацией-заказчиком, следует предусмотреть требование о том, чтобы организация-заказчик вела соответствующий отчет, в который должна включаться ключевая информация, касающаяся процедур отбора.

125. В отчет, который должна вести организация-заказчик, следует прежде всего должным образом включать такую общую информацию, касающуюся процедур отбора, которую обычно требуется включать в отчеты о публичных закупках (например, информацию, перечисленную в статье 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках), а также информацию, имеющую особое отношение к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Такая информация может включать следующее:

- а) описание проекта, в отношении которого организация-заказчик запрашивает предложения;
- б) наименования и адреса компаний, входящих в консорциумы, которые принимают участие в процедурах, и наименования и адреса участников процедур, с которыми заключается проектное соглашение, и описание требований к обеспечению гласности, включая копии опубликованных объявлений или разосланных приглашений;
- в) если впоследствии дается разрешение на изменение в составе участников процедур, прошедших предварительный отбор - заявление с указанием причин разрешения на эти изменения и выводы относительно квалификационных данных любой соответствующей замены или дополнительного консорциума;
- г) информация о квалификационных данных участников процедур или об отсутствии таковых данных; резюме результатов оценки и сопоставления предложений, включая применение любой преференциальной поправки;
- д) резюме выводов предварительных технико-экономических обоснований, подготовленных по поручению организации-заказчика, и резюме выводов технико-экономических обоснований, представленных участниками процедуры, отвечающими квалификационным требованиям;
- е) резюме любых запросов о разъяснении документации для предварительного отбора или запроса предложений и ответов на них, а также краткое изложение любого изменения такой документации;
- ж) если организация-заказчик сочла наиболее выгодным какое-либо другое предложение, помимо предложения, содержащего наиболее низкую удельную цену на ожидаемую продукцию, - обоснование причин для такого заключения комитета, принимавшего решение о выдаче подряда;
- з) резюме основных условий предложений и проектного соглашения;
- и) в случае отклонения всех предложений - заявление об этом с изложением оснований.
- й) если переговоры с консорциумом, который представил наиболее выгодное предложение, и любые последующие переговоры с остальными консорциумами, отвечающими формальным требованиям, не приведут к заключению проектного соглашения, - заявление об этом с изложением соответствующих оснований.

126. Для процедур отбора, связанных с прямыми переговорами (см. пункт 89), возможно, целесообразно включать в отчет о процедурах отбора следующую информацию:

- а) изложение оснований и обстоятельств, из которых исходила организация-заказчик при обосновании необходимости прямых переговоров;
- б) способ обеспечения гласности и наименование и адрес компании или компаний, прямо приглашенных к участию в таких переговорах;

с) наименование и адрес компании или компаний, которые выразили заинтересованность в участии и которым было в этом отказано, если таковые имеются, и изложение причин такого отказа;

д) если такие переговоры не приводят к заключению проектного соглашения - заявление об этом с изложением соответствующих оснований.

е) обоснование окончательного выбора концессионера.

127. Для процедур отбора, проводимых в связи с незапрошенными предложениями (см. пункты 107-117), возможно, целесообразно включать в отчет о процедурах отбора (помимо, возможно, применимых требований, упомянутых в пункте 125, следующую дополнительную информацию:

а) наименование и адрес компании или компаний, представивших незапрошенное предложение, и его краткое описание;

б) подтверждение организацией-заказчиком в отношении того, что незапрошенное предложение отвечает публичным интересам и связано, если это уместно, с новыми концепциями или технологиями;

с) способ обеспечения гласности и наименование и адрес компании или компаний, прямо приглашенных к участию в таких переговорах;

д) наименование и адрес компании или компаний, которые выразили заинтересованность в участии и которым было в этом отказано, если таковые имеются, и изложение причин такого отказа;

е) если такие переговоры не приводят к заключению проектного соглашения - заявление об этом с изложением соответствующих оснований;

ф) обоснование окончательного выбора концессионера.

128. Целесообразно, чтобы в правилах, касающихся требований к отчетности, оговаривалось, в какой степени должна раскрываться соответствующая информация и кто должен быть ее получателем. Установление параметров в отношении раскрываемой информации требует увязки таких факторов, как общая целесообразность широкого раскрытия информации с точки зрения подотчетности организаций-заказчиков; необходимость предоставления участникам процедур соответствующей информации, с тем чтобы они могли оценить свое участие в процедурах и определить, при каких обстоятельствах у них имеются законные основания для обжалования; и необходимость обеспечить защиту конфиденциальной коммерческой информации участников процедур. С учетом этих соображений, возможно, целесообразно предусмотреть два уровня раскрытия информации, как об этом говорится в статье 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках. Информация, которая должна предоставляться любому представителю общественности, может ограничиться основной информацией, связанной с требованием об отчетности организации-заказчика перед общественностью. В то же время целесообразно предусмотреть возможность раскрытия более подробной информации, касающейся проведения отбора, в интересах участников процедур, поскольку такая информация необходима им для того, чтобы они могли осуществлять контроль за относительными результатами своего участия в процедурах отбора и за действиями организации-заказчика по выполнению требований применимых законов и правил.

129. Кроме того, следует принять надлежащие меры по предотвращению раскрытия конфиденциальной коммерческой информации, представленной поставщиками и подрядчиками. Это особенно относится к раскрываемой информации, касающейся оценки и сопоставления предложений, поскольку чрезмерно широкое раскрытие подобной информации может нанести ущерб законным коммерческим интересам участников процедур. В качестве общего правила организация-заказчик не должна раскрывать более подробную информацию, касающуюся изучения, оценки и сопоставления и цен предложений, кроме как по приказу компетентного суда.

130. Положения об ограниченном раскрытии информации, касающейся процесса отбора, не будут препятствовать в государстве, принимающем соответствующее законодательство, применению к определенным частям отчета других законов, которые наделяют широкую общественность общим правом доступа к правительственным документам. Раскрытие содержащейся в отчете информации законодательным или парламентским надзорным органам может быть предписано законодательством, действующем в принимающей стране.

A/CN.9/471/Add.5

IV. СООРУЖЕНИЕ И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИНФРАСТРУКТУРЫ

СОДЕРЖАНИЕ

ПРИКЛ

РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	
КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	1-50
A. Общие положения проектного соглашения	1-11
1. Законодательные подходы	2-4
2. Право, регулирующее проектное соглашение	5-8
3. Заключение проектного соглашения	9-11
B. Организационное устройство концессионера	12-18
C. Строительная площадка, активы и сервитуты	19-32
1. Приобретение земельного участка, необходимого для осуществления проекта	20-22
2. Право собственности на активы проекта	23-29
3. Сервитуты	30-32
D. Финансовые положения	33-51
1. Финансовые положения концессионера	34-35
2. Установление тарифов и контроль над ними	36-46
3. Финансовые обязательства организации-заказчика	47-51
E. Обеспечительные интересы	52-61
1. Материальные активы в качестве обеспечения	54-55
2. Нематериальные активы в качестве обеспечения	56-57
3. Коммерческая дебиторская задолженность в качестве обеспечения	58-60
4. Акции проектной компании в качестве обеспечения	61
F. Уступка концессии	62-63
G. Передача контрольного пакета акций проектной компании	64-68
H. Строительные работы	69-79
1. Рассмотрение и утверждение планов строительства	72
2. Изменение условий проекта	73-76
3. Полномочия организации-заказчика по осуществлению контроля	77-78
4. Гарантийный срок	79
I. Эксплуатация инфраструктуры	80-97
1. Эксплуатационные стандарты	82-83
2. Расширение услуг	84-85
3. Непрерывный характер предоставления услуг	86-87
4. Равное отношение к клиентам или пользователям	88-89
5. Подключение и доступ к сетям инфраструктуры	90-93
6. Требования в отношении предоставления информации	94-95
7. Права концессионера по обеспечению выполнения контракта	96-97
J. Общие договорные механизмы	98-150
1. Субподряды	99-104
2. Ответственность в отношении пользователей и третьих сторон	105-107
3. Гарантии исполнения и страхование	108-120
4. Изменения условий	121-130
5. Положения, касающиеся освобождения от ответственности	131-139
6. Случаи неисполнения обязательств и средств правовой защиты	140-150

Рекомендации по законодательным вопросам

Принимающим странам, которые хотели бы стимулировать осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, рекомендуется реализовать в законодательном порядке нижеследующие принципы.

Общие положения проектного соглашения (см. пункты 1-11)

Рекомендация 39. В законодательстве могут быть определены ключевые условия для включения в проектное соглашение, в число которых могут входить условия, упомянутые в рекомендациях ___ ниже.

Рекомендация 40. Если не предусмотрено иное, проектное соглашение регулируется законодательством принимающей страны.

Организационное устройство концессионера (см. пункты 12-18)

Рекомендация 41. В распоряжение организации-заказчика должна быть предоставлена возможность потребовать, чтобы выбранные участники процедур учредили самостоятельное юридическое лицо с местонахождением в стране.

Рекомендация 42. В проектом 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 внесением существенных изменений в эти документы.

Строительная площадка, активы и сервитуты (см. пункты 19-32)

Рекомендация 43. В проектом 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 проектом соглашении следует далее указать те активы, которые концессионер должен передать организации-заказчику или новому концессионеру по истечении срока действия 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 срока действия или прекращении проектного соглашения.

Рекомендация 44. Организация-заказчик должна оказывать концессионеру помощь в приобретении тех сервитутов, 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 и эксплуатации объекта.

Финансовые положения (см. пункты 33-51)

Рекомендация 45. В законодательстве следует предусмотреть полномочия концессионера на взимание тарифов или сборов с пользователей за использование объекта или предоставляемых им услуг. В проектом соглашении должны предусматриваться методы и формулы корректировки таких тарифов или сборов с пользователей.

Рекомендация 46. В тех случаях, когда тарифы или сборы, взимаемые концессионером, подлежат внешнему контролю со стороны какого-либо регулирующего учреждения, в законодательстве должны устанавливаться механизмы для периодических и внеочередных пересмотров формул корректировки тарифов.

Рекомендация 47. 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.

Обеспечительные интересы (см. пункты 52-61)

Рекомендация 48. 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 концессий

или любого другого уместного обеспечения без ущерба для действия любых норм права, которые могут запрещать создание обеспечительных интересов в публичной собственности, находящейся во владении концессионера.

Уступка концессии (см. пункты 62 и 63)

Рекомендация 49. 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. Уступка концессии третьим сторонам без согласия организации-заказчика допускаться не должна.

Передача контрольного пакета акций проектной компании (см. пункты 64-68)

Рекомендация 50. Может быть установлено требование согласия организации-заказчика на передачу контрольного пакета акций компании-концессионера.

Строительные работы (см. пункты 69-79)

Рекомендация 51. 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.

Эксплуатация инфраструктуры (см. пункты 80-97)

Рекомендация 52. В проектном соглашении, если это уместно, должна устанавливаться степень ответственности концессионера за обеспечение следующего:

- a) приспособление услуги для удовлетворения фактического спроса на нее;
- b) непрерывность предоставления услуги;
- c) предоставление услуги всем пользователям на практически одних и тех же условиях;
- d) недискриминационный доступ, если это уместно, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером.

Рекомендация 53. В проектном соглашении должно быть указано следующее:

- a) степень ответственности концессионера за представление организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчетов и другой информации о своих операциях;
- 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.

Рекомендация 54. Концессионер должен обладать правом вводить, по согласованию с организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение.

Общие договорные механизмы (см. пункты 98-150)

Рекомендация 55. Организация-заказчик может зарезервировать за собой право пересматривать 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.

Рекомендация 56. Концессионер и его кредиторы, страховщики и другие договорные партнеры должны иметь возможность свободно выбрать применимое право для регулирования своих договорных отношений, за исключением случаев, когда такой выбор будет нарушать публичный порядок принимающей страны.

Рекомендация 57. В проектном соглашении должно устанавливаться следующее:

- а) форма, продолжительность и объем гарантий исполнения, предоставление которых может быть потребовано от концессионера в связи с сооружением и эксплуатацией объектов;
- б) страховые полисы, приобретение которых может быть потребовано от концессионера;
- в) компенсацию, 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;
- г) 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;
- е) средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении организации-заказчика и концессионера в случае неисполнения обязательств другой стороной.

Рекомендация 58. 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.

Рекомендация 59. 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.

КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

А. Общие положения проектного соглашения

1. "Проектное соглашение" между организацией-заказчиком проектного соглашения и концессионером является основным договорным документом по проекту в области инфраструктуры. В проектном соглашении определяются масштабы и цели проекта, а также права и обязательства сторон; в нем регламентируется осуществление проекта и устанавливаются условия в отношении эксплуатации инфраструктуры или предоставления соответствующих услуг. Проектные соглашения могут содержаться в одном документе или состоять из нескольких отдельных соглашений между организацией-заказчиком и концессионером. В настоящем разделе рассматривается взаимосвязь между проектным соглашением и законодательством принимающей страны, касающимся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. В нем также рассматриваются процедуры и формальности, касающиеся заключения и вступления в силу проектного соглашения.

1. Законодательные подходы

2. Внутреннее законодательство часто содержит положения, касающиеся содержания проектного соглашения. В некоторых странах в законодательство включена всего лишь ссылка на необходимость заключения соглашения между концессионером и организацией-заказчиком, в то время как законодательство других стран содержит обширные императивные нормы, касающиеся содержания положений, которые должны быть включены в такое соглашение. Промежуточный подход используется в таком законодательстве, в каком содержится перечень вопросов, которые необходимо решить в проектном соглашении, но при этом содержание его положений подробно не регламентируется.

3. Общие законодательные положения по отдельным важнейшим элементам проектного соглашения могут преследовать цель установления общих рамок для распределения прав и обязательств между сторонами. Они могут быть направлены на обеспечение последовательности в решении определенных договорных вопросов и ориентиров для публичных органов, ведущих переговоры о заключении проектных соглашений на различных уровнях управления (общенациональном, региональном или местном). Такие ориентиры могут оказаться особенно полезными для организаций-заказчиков, которые не обладают достаточным опытом в проведении переговоров по проектным соглашениям. И наконец, такое законодательство может оказаться необходимым для того, чтобы предоставить организации-заказчику полномочия в отношении согласования определенных видов положений.

4. В то же время в силу наличия общих законодательных положений, в которых подробно регламентируются права и обязательства сторон, организация-заказчик и концессионер могут быть лишены необходимой свободы действий при обсуждении условий соглашения, которое должно учитывать потребности и особенности конкретного проекта. В связи с этим целесообразно ограничить сферу действия общих законодательных положений, касающихся проектного соглашения, теми положениями, которые абсолютно необходимы, например, положениями по вопросам, в отношении которых может требоваться предварительное законодательное разрешение или которые могут затрагивать интересы третьих сторон, или же положениями, касающимися важнейших принципиальных вопросов, по которым отклонение от норм на основе соглашения является недопустимым.

2. Право, регулирующее проектное соглашение

5. Законодательные нормы по вопросу о праве, регулирующем проектное соглашение, во внутреннем законодательстве по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, встречаются нечасто. Даже в случае их существования они обычно предусматривают применение законов принимающей страны посредством общей ссылки на внутреннее законодательство или упоминания специальных законодательных или регламентирующих положений, распространяющихся на проектное соглашение. В некоторых правовых системах применение законов принимающей страны может подразумеваться даже при отсутствии соответствующей законодательной нормы.

6. Право, регулирующее проектное соглашение, обычно включает нормы, которые содержатся в законах и правилах принимающей страны, имеющих непосредственное отношение к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, если конкретное законодательство в этой области существует. Основные элементы этих законов были рассмотрены в предыдущих главах *Руководства*. В некоторых странах проектное соглашение может подпадать под действие административного права, а в других оно может регулироваться нормами частного права (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ____). Применимое право может также включать юридические нормы, которые относятся к другим областям права и которые распространяются на различные вопросы, возникающие в ходе осуществления проектов в области инфраструктуры (см. главу VIII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ____). Ряд таких норм может носить административный или иной публично-правовой характер, и их применение в принимающей стране может быть обязательным. Например, это относится к мерам по охране окружающей среды, здравоохранению и условиям труда. В некоторых странах во внутреннем законодательстве прямо оговариваются вопросы, подпадающие под действие императивных норм. Вместе с тем ряд вопросов, возникающих в связи с осуществлением проектного соглашения или эксплуатацией объекта, могут находиться за пределами действия императивных норм публично-правового характера. Это, как правило, касается большинства договорных вопросов, возникающих в связи с проектным соглашением (например, заключение, действительность и нарушение контракта, включая ответственность и возмещение ущерба за нарушение контракта и его неправомерное прекращение).

7. Принимающим странам, которые хотели бы принять законодательство по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, если подобного законодательства не имеется, потребуется, возможно, рассмотреть различные вопросы, связанные с такими проектами, в нескольких законодательных документах. Другие страны, возможно, пожелают принять законодательство, регулирующее только некоторые вопросы, которые не рассматриваются удовлетворительным образом в уже действующих законах и правилах. Например, специальное законодательство по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, может устанавливать особые правила для процедур выбора концессионера и, когда это уместно, отсылать - в том, что касается деталей управления этим процессом - к действующему законодательству, регулирующему выдачу правительственных контрактов. Аналогично, при принятии законодательства по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, принимающим странам, возможно, потребуется отменить действие некоторых законов и правил, которые, по мнению законодателя, создают препятствия для реализации таких проектов.

8. В целях обеспечения ясности было бы полезно предусмотреть предоставление потенциальным инвесторам информации относительно тех законодательных и нормативных текстов, которые прямо применимы к осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и, если это уместно, тех текстов, применение которых было отменено законодательным органом. В то же время, поскольку исчерпывающее перечисление в законодательстве всех законодательных или нормативных актов, имеющих прямое отношение к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, или затрагивающих такие проекты, будет невозможным, такой перечень наиболее целесообразно было бы, возможно, включить в какой-либо документ, не носящий законодательного характера, например рекламную брошюру или общий информационный документ, направляемый участникам процедур вместе с запросом предложений (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 60).

3. Заключение проектного соглашения

9. В случае таких сложных проектов, как проекты в области инфраструктуры, заключительные переговоры (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 83 и 84) нередко длятся несколько месяцев, прежде чем стороны будут готовы подписать проектное соглашение. Кроме того, дополнительное время может потребоваться для выполнения определенных формальностей, которые часто предписываются законодательством, например, для получения утверждения проектного соглашения вышестоящим органом. Для вступления в силу проектного соглашения или некоторых категорий проектных соглашений в ряде стран требуется акт парламента или даже принятие специального законодательства. Учитывая затраты, которые могут быть обусловлены задержкой в осуществлении проектного соглашения, целесообразно отыскивать средства, позволяющие ускорить заключительные переговоры, с тем чтобы избежать ненужных задержек в заключении проектного соглашения.

10. Задержки в переговорах могут вызывать различные факторы, такие, как недостаточная опытность сторон, плохая координация в деятельности различных публичных органов, неуверенность в объеме правительственной поддержки и трудности в создании обеспечительных механизмов, приемлемых для всех кредиторов. Правительством может внести существенный вклад за счет представления надлежащих рекомендаций участникам переговоров, действующим от имени национальной организации-заказчика. Чем более четко будут представлять себе стороны, какие вопросы необходимо урегулировать в положениях проектного соглашения, тем более высокими будут шансы на успешное завершение переговоров по нему. И, напротив, в тех случаях, когда после завершения процесса отбора остаются неурегулированными важные вопросы и когда участники переговоров не имеют достаточных указаний по существу проектного соглашения, может возникнуть существенная опасность того, что переговоры будут дорогостоящими и затянутыми, а также что будут поданы обоснованные жалобы на недостаточную прозрачность процесса отбора или на то, что в рамках этого процесса не были обеспечены достаточные возможности для конкуренции (см. также главу III "Выбор концессионера", пункты 83 и 84).

11. Следует также провести обзор процедур заключения и вступления в силу проектного соглашения с целью выявления возможностей для ускорения решения соответствующих вопросов и избежания неблагоприятных последствий задержек в графике осуществления проекта. В некоторых странах полномочия на принятие обязательств со стороны организации-заказчика или, если это уместно, правительства делегируются в соответствующих законодательных актах указанным должностным лицам и, таким образом, вступление проектного соглашения в силу происходит по подписанию или по завершении определенных формальностей, таких, как опубликование в официальном бюллетене. В тех странах, где подобная процедура не применяется и где может по-прежнему требоваться окончательное утверждение каким-либо другим органом, было бы целесообразно рассмотреть вопрос о рационализации процедур утверждения. В тех случаях, когда подобные процедуры могут быть сочтены произвольными или обременительными, к правительству могут быть обращены просьбы о предоставлении концессионеру и кредиторам достаточных гарантий от этого риска (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 45-50). В некоторых странах, в которых действуют требования об утверждении, организация-заказчик иногда уполномочивалась на выплату компенсации выбранному участнику процедур за расходы, понесенные им в ходе процесса отбора и подготовки проекта, если в окончательном утверждении будет отказано по причинам, не зависящим от выбранного участника процедур.

В. Организационное устройство концессионера

12. Во внутреннем законодательстве часто содержатся требования, которые касаются организационного устройства концессионера и которые затем более подробно регламентируются в положениях проекта соглашения. Как правило, эти требования касаются таких вопросов, как учреждение концессионера в качестве юридического лица, его капитал, сфера деятельности, уставные и другие принимаемые на их основе документы. В большинстве случаев выбранные участники процедур создают проектную компанию, которая является независимым юридическим лицом, обладающим самостоятельной правоспособностью, и которая впоследствии становится концессионером по проектному соглашению. Проектная компания, создаваемая в качестве самостоятельного юридического лица, является субъектом, обычно используемым для мобилизации финансовых средств в рамках механизма проектного финансирования (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункт 54). Ее учреждение облегчает координацию в деле реализации проекта, и она также является механизмом для защиты интересов проекта, которые не обязательно будут совпадать с отдельными интересами всех учредителей проекта. Этот аспект может иметь особую важность в тех случаях, когда значительная доля услуг или поставок, которые требуются для нужд проекта, должна быть предоставлена членами проектного консорциума.

13. Обычно проектную компанию требуется создать в течение короткого разумного срока после выдачи подряда на проект. Поскольку существенная часть финансовых и иных обязательств концессионера, включая долгосрочные обязательства (проектное соглашение, кредитные и обеспечительные соглашения и контракты на строительство), как правило, согласовывается на раннем этапе, самостоятельное представительство во время обсуждения этих документов может способствовать успешному осуществлению проекта. Однако ожидать, что кредиторы и другие

поставщики капитала примут на себя твердые и окончательные обязательства до окончательной выдачи концессии, было бы неразумно.

14. Часто предусматривается требование о том, чтобы предприятия, предоставляющие общедоступные услуги, учреждались в качестве юридических лиц в соответствии с законодательством принимающей страны. Это требование отражает заинтересованность законодательного органа в обеспечении, в том числе, того, чтобы поставщики общедоступных услуг соблюдали национальные правила в отношении отчетности и гласности (например, в отношении публикации финансовых ведомостей или требований о предании гласности информации об определенных корпоративных актах). В то же время это подчеркивает необходимость того, чтобы в принимающей стране действовали соответствующие законы, регулирующие деятельность компаний (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ____). Упрощенные процедуры учреждения проектной компании при надлежащем учете разумных требований, устанавливаемых исходя из публичных интересов, могут способствовать избежанию ненужных задержек в реализации проекта.

15. Еще один важный вопрос связан с инвестициями в акционерный капитал, необходимый для учреждения проектной компании. Организация-заказчик имеет законный интерес в том, чтобы размер акционерного капитала обеспечивал надежную финансовую основу для проектной компании и гарантировал ее способность выполнять свои обязательства. Однако, поскольку общий объем необходимых инвестиций, равно как и идеальное соотношение между заемным и акционерным капиталом различаются в зависимости от конкретного проекта, было бы нежелательно предусматривать законодательное требование о какой-либо фиксированной сумме в качестве минимального капитала для всех компаний, осуществляющих в соответствующей стране проекты в области инфраструктуры. Вместо этого организации-заказчику могут быть предоставлены более значительные возможности для проявления гибкости в обеспечении желаемой суммы инвестиций в акционерный капитал с учетом финансовых потребностей проекта. Например, ожидаемый объем инвестиций в акционерный капитал может быть выражен в качестве желательного соотношения между заемным и акционерным капиталом в запросе предложений и может быть включен в число критериев оценки финансовых и коммерческих предложений с тем, чтобы содействовать конкуренции между участниками процедур (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 75 и 76).

16. В любом случае целесообразно провести обзор законодательных положений и нормативных требований, касающихся организационного устройства концессионера, с тем чтобы обеспечить их соответствие международным обязательствам принимающей страны. Положения, ограничивающие конкретные виды юридических лиц или совместных предприятий, через которые поставщик услуг может предоставлять свои услуги, или требующие их создания в какой-либо конкретной форме, а также ограничения на участие иностранного капитала, установленные в виде максимальной процентной доли для иностранных держателей акций или общего объема отдельных или совокупных иностранных инвестиций, могут противоречить конкретным обязательствам, принятым на себя государствами, подписавшими некоторые международные соглашения об экономической интеграции или либерализации торговли услугами.

17. Во внутреннем законодательстве часто содержатся положения, касающиеся сферы деятельности проектной компании и требующие, например, чтобы такая деятельность ограничивалась реализацией и эксплуатацией какого-либо конкретного проекта. Такие ограничения могут способствовать обеспечению прозрачности отчетности по проекту и сохранению в целостности активов проекта за счет отделения активов, поступлений и обязательств по такому проекту от активов, поступлений и обязательств по другим проектам или другой деятельности, не связанной с ним. Кроме того, подобное требование может способствовать оценке показателей исполнения по каждому проекту, поскольку суммы дефицита или прибыли не могут быть покрыты за счет или зачтены против задолженности или поступлений по другим проектам или другим видам деятельности.

18. Организация-заказчик, возможно, также пожелает получить заверения в том, что устав и принимаемые на его основе нормативные акты проектной компании будут надлежащим образом отражать обязательства, принятые на себя компанией в проектном соглашении. По этой причине в проектных соглашениях иногда предусматривается, что вступление в силу изменений в уставах и принимаемых на их основе нормативных документов проектной компании происходит после утверждения организацией-заказчиком. В тех случаях, когда организация-заказчик или другой публичный орган участвует в проектной компании, иногда включаются положения о том, что для принятия некоторых решений требуется положительное голосование организации-заказчика на собраниях концессионеров или заседаниях правления. В любом случае важно сопоставить публичные интересы, которые представляет организация-заказчик, с необходимостью предоставления проектной компании возможностей для проявления требуемой гибкости в ее предпринимательской деятельности. Если будет сочтено необходимым предусмотреть требование утверждения организацией-заказчиком предлагаемых поправок к уставным или другим принимаемым на их основе нормативным документам проектной компании, то целесообразно ограничить действие этого требования случаями, затрагивающими положения, которые сочтены имеющими основополагающее значение (например, когда речь идет о размере капитала, классах и привилегиях акций или ликвидационных процедурах), причем такие случаи должны быть указаны в проектном соглашении.

С. Строительная площадка, активы и сервитуты

19. Важной частью большинства проектных соглашений являются положения, касающиеся строительной площадки. Обычно они касаются таких вопросов, как приобретение требуемых земельных участков, правовой титул на землю и активы проекта и сервитуты, необходимые концессионеру для выполнения работ или эксплуатации инфраструктуры. В той мере, в которой проектное соглашение предусматривает передачу концессионеру публичной собственности или создание права на использование публичной собственности, может потребоваться предоставление соответствующих полномочий в законодательном порядке. Может также потребоваться принять законодательство, облегчающее приобретение требуемой собственности или установление сервитутов в тех случаях, когда строительная площадка не является публичной собственностью.

1. Приобретение земельного участка, необходимого для осуществления проекта

20. В тех случаях, когда новый объект инфраструктуры предполагается построить на земельном участке, находящемся в публичной собственности (т.е. на участке, принадлежащем организации-заказчику или другому публичному органу), или когда речь идет о модернизации или реконструкции уже существующего объекта инфраструктуры, предоставление такого участка или объекта в распоряжение концессионера будет обычно осуществляться его собственником. В тех случаях, когда организация-заказчик еще не является собственником земельного участка и ей необходимо приобрести его у его владельцев, возникает более сложная ситуация. В большинстве случаев с учетом потенциальных задержек и расходов, связанных с переговорами, возможно, с большим числом отдельных собственников, и необходимости, которая может существовать в некоторых правовых системах, проводить сложные исследования документов, подтверждающих правовой титул, и изучение цепочки предыдущих передач права собственности, с тем чтобы установить законность правового титула отдельных собственников, концессионер не будет являться стороной, находящейся в наилучшем положении для того, чтобы взять на себя ответственность за приобретение земельного участка, необходимого для проекта. В силу этого организация-заказчик обычно принимает на себя ответственность за предоставление земельного участка, необходимого для реализации проекта, с тем чтобы избежать излишних задержек или увеличения проектных затрат в результате приобретения земли. Организация-заказчик может купить требуемый земельный участок у его собственников или, если это необходимо, приобрести его в принудительном порядке.

21. Процедура, с помощью которой частная собственность в принудительном порядке приобретает правительство при выплате собственникам надлежащей компенсации и которая в национальных правовых системах описывается с помощью различных технических терминов, таких как "экспроприация", в настоящем Руководстве именуется "приобретением в принудительном порядке". В странах, где законодательство предусматривает несколько видов процедур для приобретения в принудительном порядке, будет, возможно, целесообразно уполномочить компетентные публичные органы осуществлять все приобретения, необходимые для нужд проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствии с наиболее эффективной из этих процедур, например, с помощью специальных процедур, которые в ряде стран применяются по причинам настоятельных потребностей публичного характера (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ____).

22. Полномочиями на приобретение собственности в принудительном порядке обычно располагает правительство, однако законодательство ряда стран также разрешает операторам инфраструктуры или поставщикам общедоступных услуг (например, железнодорожным компаниям, учреждениям, отвечающим за вопросы энергоснабжения, или телефонным компаниям) предпринимать определенные действия в целях принудительного приобретения частной собственности, которая требуется для предоставления или расширения предоставления их услуг населению. Практика этих стран показала, что, особенно в случаях, когда решение о выплате компенсации владельцам собственности выносится с помощью судебных процедур, целесообразно делегировать концессионеру право предпринимать определенные действия, связанные с приобретением в принудительном порядке, при сохранении за правительством ответственности за принятие тех мер, которые согласно соответствующему законодательству рассматриваются в качестве необходимых условий для возбуждения процедур, направленных на приобретение соответствующей собственности. По приобретении земельный участок часто становится публичной собственностью, хотя в ряде случаев законодательство может разрешать организации-заказчику и концессионеру согласовывать иной порядок с учетом их соответствующих долей в затратах на приобретение собственности.

2. Право собственности на активы проекта

23. Как это уже отмечалось раньше, участие частного сектора в осуществлении проектов в области инфраструктур может принимать различные формы, начиная с принадлежащих государству и эксплуатируемых им объектов инфраструктуры и кончая полностью приватизированными проектами (см. "Введение в справочную информацию по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 47-53). Независимо от общей или секторальной политики принимающей страны важно, чтобы режим собственности на различные связанные с проектом активы был четко определен и основывался на достаточных законодательных полномочиях. В то же время настоятельной потребности в подробных законодательных положениях по этому вопросу может и

не иметься. В различных странах было сочтено достаточным предусмотреть законодательные рекомендации относительно порядка урегулирования этих вопросов в проектном соглашении.

24. В некоторых правовых системах материальная инфраструктура, которая требуется для предоставления общедоступных услуг, в целом рассматривается как публичная собственность даже в тех случаях, когда она была первоначально приобретена или создана за счет частных средств. Эта концепция будет, как правило, охватывать любую собственность, специально приобретенную для сооружения объекта, в дополнение к любой собственности, которая могла быть предоставлена в распоряжение концессионера организацией-заказчиком. В то же время в течение срока действия проекта концессионер может осуществить значительные усовершенствования объекта или произвести дополнительные работы. В соответствии с применимым правом не всегда легко установить, стали ли такие усовершенствования или добавления неотъемлемой частью публичных активов, находящихся во владении концессионера, или же некоторые из них могут быть отделены от публичной собственности, находящейся в распоряжении концессионера, и стать частной собственностью концессионера. В силу этого рекомендуется оговорить в проектном соглашении, если это уместно, какие активы будут являться публичной собственностью, а какие станут частной собственностью концессионера.

25. Необходимость ясности в отношении вопроса о праве собственности на проектные активы не ограничивается только теми правовыми системами, в которых материальная инфраструктура, которая требуется для предоставления общедоступных услуг, рассматривается в качестве публичной собственности. В целом в тех случаях, когда организация-заказчик предоставляет земельный участок или объект, необходимые для осуществления проекта, целесообразно, чтобы в проектном соглашении оговаривалось, если это необходимо, какие активы будут оставаться в публичной собственности, а какие станут частной собственностью концессионера. Концессионер может либо получить правовой титул на такие земельные участки или объекты или ему может быть предоставлено только право аренды или право на использование земельного участка или объектов и на застройку таких участков, особенно в тех случаях, когда земля остается в публичной собственности. В любом случае должен быть ясно установлен характер прав концессионера, поскольку это окажет непосредственное воздействие на способность концессионера создать обеспечительные интересы в проектных активах для целей мобилизации финансовых средств на реализацию проекта (см. пункты 54 и 55).

26. Помимо права собственности на активы в течение срока концессии, важно рассмотреть режим собственности по истечении или прекращении проектного соглашения. В законодательстве некоторых стран особое внимание уделяется интересу организации-заказчика в материальных активах, относящихся к проекту, и содержится общее требование о передаче организации-заказчику всех таких активов, тогда как в других странах проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, считаются главным образом одним из средств приобретения услуг в течение определенного периода времени, а не средством создания активов. Таким образом, в законодательстве последних стран обязательства концессионера по передаче активов ограничиваются публичными активами и собственностью, первоначально предоставленными в распоряжение концессионера, или определенными другими категориями активов, которые считаются необходимыми для обеспечения предоставления услуг. Иногда такая собственность передается от одного концессионера непосредственно другому концессионеру, который является его преемником в том, что касается предоставления соответствующей услуги.

27. Различия в законодательных подходах часто отражают разную роль, которую играют публичный и частный секторы в различных правовых и экономических системах, однако они могут быть и результатом практических соображений со стороны организации-заказчика. Одним таким практическим соображением, в силу которого организация-заказчик может разрешить концессионеру удерживать в конце проектного периода определенные активы, может быть стремление снизить расходы, которые будут определять стоимость предоставления услуг. Если считается, что проектные активы имеют для концессионера остаточную стоимость и эту стоимость можно учесть в процессе отбора, то организация-заказчик может рассчитывать на понижение тарифов, взимаемых за предоставление услуги. Так, если концессионер ожидает, что ему не придется покрывать всю стоимость активов в течение срока проекта и что он может покрыть ее часть за счет их дальнейшей продажи или использования в других целях после истечения срока проектного соглашения, то существует вероятность того, что услуги будут предоставляться по более низкой цене по сравнению с ситуацией, когда концессионеру пришлось бы покрывать всю стоимость в течение срока проекта. Более того, некоторые активы могут потребовать настолько серьезной реконструкции или технической модернизации в конце проектного периода, что для организации-заказчика может оказаться экономически невыгодным требовать их передачи. Могут также сохраняться остаточные обязательства или сопряженные расходы, например, в связи с ответственностью за причиненный экологический ущерб или затратами на снос сооружений.

28. По этим причинам в законодательстве некоторых стран не предусматривается безоговорочная передача всех активов организации-заказчику, а делается различие между тремя основными категориями активов:

а) активы, подлежащие передаче организации-заказчику. В эту категорию обычно входят активы, которые являются публичной собственностью и которые использовались концессионером для предоставления соответствующей услуги. Такие активы могут включать в себя как объекты, предоставленные концессионеру

организацией-заказчиком, так и новые объекты, сооруженные концессионером по условиям проектного соглашения. В некоторых странах закон требует передачи активов, материальных средств и имущества, впоследствии приобретенных концессионером для целей эксплуатации объекта, в частности, когда они стали частью или постоянной принадлежностью объекта инфраструктуры, подлежащего передаче организации-заказчику,

б) активы, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору. В эту категорию обычно входят активы, первоначально принадлежавшие концессионеру или впоследствии приобретенные им, которые, не будучи абсолютно или строго необходимыми для предоставления соответствующей услуги, могут способствовать повышению удобства или эффективности эксплуатации объекта или качества услуг;

с) активы, которые остаются в частной собственности концессионера. Ими являются принадлежащие концессионеру активы, которые не подпадают под пункт (б) выше. Организация-заказчик обычно не вправе претендовать на эти активы, которые могут свободно вывозиться или реализовываться концессионером.

29. В свете вышеизложенного, полезно включить в законодательство требование о том, чтобы в проектом соглашении, если это уместно, оговаривалось, какие активы будут являться публичной собственностью, а какие останутся в частной собственности концессионера. В проектом соглашении должны определяться те активы, которые концессионеру потребуются передать организации-заказчику или новому концессионеру по истечении или прекращении проектного соглашения; те активы, которые организация-заказчик может, по своему выбору, выкупить у концессионера; и те активы, которые концессионер может свободно вывезти или реализовать по истечении или прекращении проектного соглашения. Эти положения должны быть дополнены договорными критериями для расчета, если это уместно, той 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 (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ____).

3. Сервитуты

30. В тех случаях, когда для получения доступа к строительной площадке или выполнения любых работ или обслуживания любых объектов, необходимых для предоставления соответствующей услуги, концессионеру требуется право на транзитный проезд по территории или через территорию, принадлежащую третьим сторонам (например, для установления дорожных знаков на прилегающих земельных участках; для установления мачт или линий электропередачи на территории третьих сторон; для монтажа или обслуживания трансформаторного и релейного оборудования; для подрезки деревьев, которые мешают телефонным линиям и которые расположены на смежной территории или для укладки труб нефте-, газо- или водопровода), может возникнуть необходимость в специальных механизмах.

31. Для обозначения права использовать собственность другого лица с конкретной целью или выполнять на его территории определенные работы обычно применяется термин "сервитут". Сервитуты обычно требуют согласия владельца собственности, в отношении которой они устанавливаются, если только такие права не предусмотрены законом. Возложение на концессионера ответственности за получение сервитутов непосредственно от владельцев соответствующей собственности обычно не является достаточно оперативным или рентабельным решением. Вместо этого наиболее часто такие сервитуты в принудительном порядке приобретает правительство одновременно с приобретением участка для строительной площадки.

32. Несколько иной альтернативный вариант может состоять в том, чтобы предусмотреть в самом законодательстве право поставщиков общедоступных услуг на доступ к собственности третьих сторон, проезд по такой собственности и проведение на ней работ или установку объектов, как это необходимо для сооружения, эксплуатации или материально-технического обслуживания объектов публичной инфраструктуры. Такой подход, который может снять необходимость в приобретении сервитутов в отношении конкретных участков, может быть использован в отраслевом законодательстве в том случае, если будет сочтено возможным заранее установить определенные минимальные сервитуты, которые могут потребоваться концессионеру. Так, например, законодательство, непосредственно касающееся электроэнергетического сектора, может предусматривать условия, при которых концессионер получает право производить укладку кабеля с целью сооружения или эксплуатации основных или распределительных сетей на территории, принадлежащей третьим сторонам. Такое право может потребоваться для различных целей, например для того, чтобы укладывать или проводить подземный или антенный кабель, а также устанавливать опоры и монтируемое на них трансформаторное и релейное оборудование; осуществлять техническое обслуживание, ремонт и демонтаж любого из таких сооружений; устанавливать зону безопасности вдоль линии подземных или антенных кабелей; устранять препятствия вдоль линии электропроводки или в пределах зоны безопасности. Согласно некоторым правовым системам может предусматриваться право собственника на компенсацию, если объем предоставленных концессионеру прав будет таковым, что существенно затруднит возможности использования собственности ее владельца.

Д. Финансовые положения

33. Финансовые положения, как правило, включают положения, касающиеся обязательств концессионера по мобилизации средств для осуществления проекта, оговаривают механизмы расходования средств и соответствующей отчетности, устанавливают методы расчета и корректировки тарифов, взимаемых концессионером, и рассматривают те виды обеспечительных интересов, которые могут быть созданы в пользу кредиторов концессионера. Важно обеспечить, чтобы законодательство принимающей страны способствовало или, по крайней мере, не создавало препятствий финансовому управлению проектом.

1. Финансовые обязательства концессионера

34. При осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, концессионер, как правило, несет ответственность за мобилизацию средств, необходимых для сооружения и эксплуатации объекта инфраструктуры. Обязательства концессионера в этой связи обычно подробно оговариваются в положениях проектного соглашения. В большинстве случаев организация-заказчик или иной публичный орган будут заинтересованы в ограничении своих финансовых обязательств теми обязательствами, которые конкретно указаны в проектом соглашении, или теми формами прямой поддержки, которые правительство согласилось оказать проекту.

35. Сумма частного капитала, вносимого непосредственно акционерами проектной компании, как правило, является лишь частью общего объема предлагаемых инвестиций. Намного большая часть образуется за счет кредитов, предоставленных концессионеру коммерческими банками и международными финансовыми учреждениями, а также за счет поступлений от размещения облигаций и других оборотных документов на рынке капитала (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 54-67). В связи с этим весьма важно обеспечить, чтобы законодательство не устанавливало неадекватных ограничений на способность концессионера заключать финансовые договоренности, которые он считает целесообразными для цели обеспечения финансирования инфраструктуры.

2. Установление тарифов и контроль над ними

36. Тарифы и сборы за использование, взимаемые концессионером, могут быть основным (а иногда даже единственным) источником поступлений, используемых для возмещения инвестиций, вложенных в проект, в отсутствие субсидий или платежей, производимых организацией-заказчиком (см. пункты 47-51), или правительством (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 30-60). По этой причине концессионер будет стремиться к тому, чтобы он располагал возможностью устанавливать и сохранять такие тарифы и сборы на таком уровне, который обеспечивает достаточный приток наличности для проекта. Вместе с тем в некоторых правовых системах могут быть установлены ограничения в отношении свободы концессионера устанавливать тарифы и сборы. Плата за предоставление общедоступных услуг, как правило, является элементом политики правительства в отношении инфраструктуры и непосредственно затрагивает большие слои населения. Таким образом, рамки регулирования во многих странах включают специальные нормы, касающиеся контроля над тарифами и сборами за предоставление общедоступных услуг. Кроме того, статутные положения или общие нормы права в некоторых правовых системах устанавливают параметры ценообразования в отношении товаров или услуг, например, требуя, чтобы цены отвечали определенным стандартам "разумности", "честности" или "справедливости".

а) Правомочие концессионера взимать тарифы

37. В ряде стран может потребоваться предварительное законодательное разрешение для того, чтобы концессионер взимал тарифы за предоставление общедоступных услуг или требование уплаты сборов за пользование объектами публичной инфраструктуры. Отсутствие такого общего положения в законодательстве некоторых стран привело к возникновению судебных споров в отношении правомочий концессионера взимать тариф за предоставление услуг.

38. В тех случаях, когда положения, касающиеся уровня тарифов и сборов с пользователей, которые может взимать концессионер, считаются необходимыми, следует стремиться к достижению сбалансированности между интересами инвесторов и нынешних и будущих пользователей. Целесообразно, чтобы статутные критерии расчета тарифов и сборов учитывали, помимо социальных факторов, которые правительство считает уместными, заинтересованность концессионера в обеспечении притока наличности в таком объеме, какой обеспечивал бы экономическую жизнеспособность и коммерческую прибыльность проекта. Кроме того, целесообразно предоставлять сторонам необходимые правомочия по заключению соответствующих договоренностей, включая положения о компенсации, с тем чтобы учесть ситуации, в которых применение правил, касающихся контроля над тарифами и прямо или косвенно относящихся к предоставлению общедоступных услуг, может привести к установлению тарифов или сборов на уровне, который будет ниже уровня, требуемого для прибыльной эксплуатации проекта (см. пункт 124).

b) Методы контроля над тарифами

39. Согласно внутреннему законодательству тарифы и сборы с пользователей часто ставятся под контроль определенного механизма. Многие страны избрали такой вариант, при котором в законодательстве закрепляются лишь широкие принципы образования тарифов, а решение вопросов их практического применения оставляется на усмотрение соответствующего регулирующего органа или на урегулирование на основании условий лицензий или концессий. Такой подход является предпочтительным, поскольку для каждого сектора подходят свои особые формулы, которые могут потребовать корректировки в течение срока реализации проекта. В случаях использования мер контроля над тарифами законодательство, как правило, предусматривает, что тарифная формула должна разясняться в запросе предложений и включаться в текст проектного соглашения. Системы контроля над тарифами, как правило, включают формулы, используемые для корректировки тарифов, и положения о контроле для обеспечения соблюдения параметров, используемых для их корректировки. Методы контроля над тарифами, наиболее часто встречающиеся во внутреннем законодательстве, основываются на принципах использования нормы прибыли и верхнего предела цены. Встречаются также комбинированные системы, сочетающие элементы обоих этих принципов. Следует отметить, что для создания хорошо функционирующего механизма контроля над тарифами требуется проведение тщательного коммерческого и экономического анализа и что краткое обсуждение, проводимое ниже, содержит лишь общий обзор отдельных вопросов и возможных решений.

i) Метод, основанный на норме прибыли

40. В соответствии с методом, основанным на норме прибыли, механизм корректировки тарифов строится таким образом, чтобы обеспечить концессионеру получение согласованной нормы прибыли на его инвестиции. Тарифы на любой конкретный период устанавливаются с учетом общих поступлений, необходимых для эксплуатации концессионером соответствующего объекта, включая определение величины его расходов, инвестиций, произведенных для оказания услуг, и допустимой нормы прибыли. Обзор тарифов проводится периодически или в тех случаях, когда организация-заказчик или другие заинтересованные стороны сочтут, что фактическая прибыль выше или ниже, чем потребности объекта в прибыли. С этой целью организация-заказчик проверяет издержки объекта, определяет, в какой мере инвестиции, произведенные концессионером, могут быть включены в базу расчета нормы и рассчитывает поступления, которые необходимо получить для покрытия допустимых расходов и получения согласованной прибыли на инвестиции. Метод, основанный на норме прибыли, обычно используется в связи с предоставлением общедоступных услуг, применительно к которым можно составить прогноз постоянного спроса, например применительно к энерго-, газо- или водоснабжению. Применительно к объектам и услугам, для которых характерна более значительная эластичность спроса, например, применительно к платным дорогам поддержание нормы прибыли концессионера на постоянном уровне с помощью регулярных корректировок тарифов может оказаться невозможным.

41. Как считается, метод, основанный на норме прибыли, обеспечивает высокую степень надежности для операторов инфраструктуры, поскольку концессионеру гарантируется, что взимаемые тарифы будут достаточными для покрытия его эксплуатационных расходов и получения согласованной нормы прибыли. Поскольку корректировка тарифов проводится на регулярной основе, в связи с чем прибыль концессионера поддерживается на относительно постоянном уровне, инвестиции в компании, обеспечивающие общедоступные услуги, связаны с незначительным рыночным риском. Результатом этого являются, как правило, более низкие капитальные издержки. Возможный недостаток метода, основанного на норме прибыли, заключается в том, что он обеспечивает слабые стимулы для минимизации операторами инфраструктуры своих расходов, поскольку существует гарантия того, что эти расходы будут покрыты за счет корректировки тарифов. Однако определенные стимулы могут появиться, если тарифы не будут корректироваться немедленно или если корректировка не будет иметь ретроактивного действия. Следует отметить, что применение метода, основанного на норме прибыли, требует обработки большого объема информации, а также детальных переговоров (например, в отношении приемлемых расходов и распределения издержек).

ii) Метод установления верхнего предела цены

42. В соответствии с методом установления верхнего предела цены рассчитывается тарифная формула на определенный срок (например, на четыре-пять лет) с учетом будущей инфляции и будущего роста эффективности, ожидаемого от объекта. Колебания тарифов допускаются в пределах, определяемых этой формулой. В некоторых странах формула представляет собой средневзвешенную величину различных индексов, а в других она соответствует индексу потребительских цен за вычетом коэффициента производительности. В тех случаях, когда требуются значительные новые инвестиции, в формулу может включаться дополнительный компонент для покрытия этих особых затрат. Формула может применяться ко всем услугам, предоставляемым компанией, или лишь к отдельным "корзинам" услуг, причем к различным "корзинам" услуг могут применяться различные формулы. При этом периодическая корректировка формулы основывается на расчетах, аналогичных применяемым в случае метода, основанного на норме прибыли, для чего требуется обработка столь же подробной информации, о которой говорилось выше, хотя и на менее частой основе.

43. Применение механизма установления верхнего предела цены может оказаться менее сложным по сравнению с методом, основанным на норме прибыли. По имеющимся данным, метод установления верхнего предела цены обеспечивает более значительные стимулы для поставщиков общедоступных услуг, поскольку концессионер до следующего периода корректировки пользуется выгодами от снижения предполагавшегося размера затрат. Вместе с тем поставщики общедоступных услуг, как правило, подвергаются большему риску при использовании метода установления верхнего предела цены, чем при применении механизма, основанного на норме прибыли. В частности, концессионер рискует понести убытки, если издержки оказываются выше, чем предполагалось, поскольку до следующей корректировки тарифов концессионер не может их поднять. Повышение риска увеличивает стоимость капитала. В условиях запрета на рост прибыли проектной компании могут возникнуть сложности с привлечением новых инвестиций. Кроме того, компания может подвергнуться искушению снизить качество предоставляемых услуг, и тем самым уменьшить издержки.

iii) Комбинированные методы

44. Многие методы, используемые в настоящее время для корректировки тарифов, сочетают в себе элементы как механизма, основанного на норме прибыли, так и механизма установления верхнего уровня цены, для того, чтобы уменьшить риск для поставщиков услуг, а также обеспечить достаточные стимулы для повышения эффективности при эксплуатации инфраструктуры. В рамках одного из таких комбинированных методов для корректировки тарифов могут использоваться скользящие шкалы, которые обеспечивают корректировку в сторону повышения в тех случаях, когда норма прибыли опускается ниже определенного минимального уровня, и в сторону понижения, когда эта норма превышает определенный максимальный уровень, причем когда эта норма находится в установленных пределах, корректировка не осуществляется. Другие возможные подходы к обеспечению сбалансированности методов, основанных на норме прибыли и установлении верхнего предела цены, включают проведение организацией-заказчиком обзора инвестиций, произведенных концессионером, для определения того, отвечают ли они критериям полезности, с тем чтобы они могли учитываться при расчете потребностей концессионера в прибыли. Еще одним способом корректировки тарифов, который может использоваться для установления тарифов или, в более общем плане, для контроля за уровнем тарифов, является установление цены на основе ориентиров или базовых показателей. Путем сопоставления различных компонентов издержек одного поставщика общедоступных услуг с элементами расходов других поставщиков и с международными ставками организация-заказчик получает возможность определить, является ли просьба поставщика общедоступных услуг о корректировке тарифов обоснованной.

c) Программные соображения относительно контроля над тарифами

45. Каждый из рассмотренных выше основных методов корректировки тарифов имеет свои преимущества и недостатки, и каждый из них оказывает различное воздействие на принятие инвестиционных решений частным сектором (см. пункты 41 и 43). Этот момент должен учитываться законодательными органами при рассмотрении вопроса о соответствии методов контроля над тарифами внутренним условиям. Кроме того, в различных секторах инфраструктуры могут применяться различные методы. Так, некоторые законы разрешают организации-заказчику при выборе концессионеров применять либо метод установления верхнего предела цены, либо метод, основанный на норме прибыли, в соответствии с масштабами и характером инвестиций и услуг. При выборе метода контроля над тарифами важно учитывать воздействие различных принципиальных вариантов на принятие инвестиционных решений частным сектором. Какой бы механизм ни был выбран, должны быть тщательно проанализированы возможности организации-заказчика или регулирующего учреждения по обеспечению надлежащего контроля за деятельностью концессионера и по эффективному применению выбранного метода корректировки (см. также главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30-53).

46. Важно помнить о том, что формулы корректировки тарифов не могут быть установлены раз и навсегда, поскольку технология, обменные курсы, ставки заработной платы, производительность и другие факторы неизбежно будут существенно изменяться в течение срока концессии, причем порой непредсказуемо. Кроме того, формулы корректировки тарифов обычно составляются исходя из определенных предположений относительно объема продукции и уровня спроса на нее, и в случае существенного изменения в этих показателях результаты их применения могут быть неудовлетворительными. В связи с этим многие страны создали механизмы для пересмотра тарифных формул, включая периодический пересмотр (например, каждые четыре-пять лет) или специальный пересмотр во всех случаях, когда очевидно, что выбранная формула не может обеспечить концессионеру надлежащую компенсацию (см. также пункты 59-68). Тарифный режим также требует надлежащей стабильности и предсказуемости с тем, чтобы дать возможность поставщикам общедоступных услуг и пользователям соответствующим образом планировать свою деятельность и обеспечить финансирование на основе предсказуемой прибыли. Особую обеспокоенность в отношении осуществляемых в порядке регулирования изменений, влияющих на метод корректировки тарифов, могут проявлять инвесторы и кредиторы. Так, они, как правило, требуют, чтобы формула корректировки тарифов включалась в проектное соглашение.

3. Финансовые обязательства организации-заказчика

47. Если концессионер предлагает услуги непосредственно населению, то организация-заказчик или другой публичный орган могут взять на себя обязательство производить прямые платежи концессионеру в качестве замены сборов за услуги, которые должны уплачиваться пользователями, или в качестве дополнения к ним. Если концессионер производит товар или услугу для дальнейшей передачи или распространения другим поставщиком услуг, то организация-заказчик может взять на себя обязательство делать оптовые закупки такого товара или услуги по согласованной цене и на согласованных условиях. Основные примеры таких механизмов кратко рассматриваются ниже.

а) Прямые платежи

48. Прямые платежи со стороны организации-заказчика использовались в некоторых странах в качестве замены платежей конечных пользователей или дополнения к ним, в частности, в рамках проектов по строительству платных дорог, с помощью механизма, известного под названием "взимание косвенных сборов". Косвенные сборы представляют собой механизмы, с помощью которых концессионер принимает на себя обязательство проектировать, строить, финансировать и эксплуатировать какую-либо дорогу или иной транспортный объект в течение указанного ряда лет в обмен на периодические платежи вместо реальных или прямых сборов, уплачиваемых пользователями, или в дополнение к ним. Схемы косвенных сборов могут использоваться для уменьшения рисков, которые присущи проектам в области транспорта, в частности риска меньшей, чем ожидавшаяся, насыщенности дорожного движения (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункт 18). Кроме того, схемы косвенных сборов могут быть в политическом отношении более приемлемыми, чем прямые сборы, например тогда, когда существует опасение, что введение платы за проезд по публичным дорогам может привести к протестам со стороны пользователей этих дорог. В то же время, если подобные механизмы предусматривают субсидирование проектной компании в той или иной форме, должно быть тщательно проанализировано их соответствие определенным обязательствам принимающей страны по международным соглашениям о региональной экономической интеграции или либерализации торговли.

49. Косвенные сборы могут быть сопряжены со значительными расходами для организации-заказчика и могут требовать осуществления жесткого и широкого контроля с ее стороны. В странах, которые использовали косвенные сборы для осуществления проектов по строительству новых дорог, платежи концессионеру со стороны организации-заказчика основывались главным образом на фактической интенсивности дорожного движения, измеряемой в автомобиле-километрах. Считается целесообразным предусмотреть, чтобы такие платежи не производились до тех пор, пока не начнется дорожное движение, с тем чтобы стимулировать концессионера к скорейшему открытию дороги. В то же время было сочтено полезным исчислять платежи на основе фактической интенсивности дорожного движения в течение срока концессии. Такая система побуждает концессионера обеспечивать, чтобы на дороге в течение этого времени ремонтные работы проводились в минимальных объемах, поскольку они препятствуют дорожному движению. В качестве альтернативы проектное соглашение может содержать положение о выплате штрафа или о возмещении заранее оцененных убытков в связи с отсутствием свободных полос вследствие проведения ремонтных работ. От концессионера, как правило, требуется производить непрерывные подсчеты интенсивности дорожного движения в форме количества автомобиле-миль в течение года, которые периодически проверяются организацией-заказчиком. Несколько модифицированная система может сочетать косвенные сборы и прямые сборы, выплачиваемые пользователями. В такой системе косвенные сборы выплачиваются организацией-заказчиком только в том случае, если уровень интенсивности дорожного движения в течение определенного периода времени снижается ниже согласованного минимального уровня, необходимого для того, чтобы концессионер прибыльно эксплуатировал дорогу.

б) Закупочные обязательства

50. В случае отдельных электростанций и других объектов, производящих товары или услуги, которые могут предоставляться на долгосрочной основе конкретному приобретателю, организация-заказчик или другой публичный орган часто принимает на себя обязательство закупать такие товары и услуги по согласованной ставке, как они предлагаются концессионером. Договоры такого вида обычно называются "соглашениями о постоянном приобретении товаров или услуг". Соглашения о постоянном приобретении товаров или услуг часто предусматривают два вида платежей: платежи за наличие производственных мощностей и платежи за единицы фактического потребления. Например, в отношении проекта по строительству электростанции соглашение о приобретении электроэнергии может предусматривать следующие сборы:

а) сборы за наличие мощностей. Эти сборы подлежат уплате независимо от фактического производства электроэнергии в период, охватываемый счетом, и исчисляются таким образом, чтобы их было достаточно для возмещения всех финансируемых затрат концессионера на финансирование и техническое обслуживание проекта, включая обслуживание долга и другие текущие финансовые затраты, финансируемые затраты на эксплуатацию и техническое обслуживание и определенную норму прибыли. Выплата сборов за наличие мощностей часто

обуславливается соблюдением определенных стандартов, касающихся результатов использования мощностей или их наличия;

б) сборы за потребление. Эти сборы предназначаются не для охвата всех финансируемых затрат концессионера, а скорее для возмещения переменных или маргинальных затрат, которые концессионер должен нести для того, чтобы произвести и предоставить какую-либо единицу соответствующей услуги или товара (например, киловатт-час электроэнергии). Сбор за потребление, как правило, исчисляется таким образом, чтобы покрыть переменные эксплуатационные затраты концессионера, такие, как топливо, потребленное во время эксплуатации объекта, расходы на очистку воды и затраты на потребляемые товары. Переменные платежи часто увязываются с собственными переменными эксплуатационными затратами концессионера или с индексом, который в разумной степени отражает изменение в эксплуатационных затратах.

51. С точки зрения концессионера, комбинированная схема сборов за наличие мощностей и потребление является особенно полезной для обеспечения возмещения затрат в тех случаях, когда функция передачи или распространения товаров или услуг, производимых этим концессионером, является монопольной. Вместе с тем сборы за наличие мощностей, предусматриваемые соглашением о постоянном приобретении товаров и услуг, должны быть соразмерными с другими источниками мощностей, которыми располагает или которые фактически использует организация-заказчик. С целью обеспечения наличия средств для платежей, производимых организацией-заказчиком, в соответствии с соглашением о постоянной поставке товаров или услуг, целесообразно рассмотреть вопрос о том, требуются ли механизмы заблаговременного составления бюджета. Платежи в соответствии с соглашением о постоянном приобретении товаров или услуг могут быть поддержаны гарантией, выдаваемой правительством принимающей страны или каким-либо национальным или международным учреждением, предоставляющим гарантии (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 46 и 47).

Е. Обеспечительные интересы

52. В целом обеспечительные интересы в личной собственности предоставляют обеспеченному кредитору по существу два вида прав: имущественное право, позволяющее обеспеченному кредитору в принципе вступить во владение этой собственностью или разрешить третьей стороне вступить во владение ею и продать ее, а также преимущественное право на получение платежа за счет доходов от продажи собственности в случае неисполнения должником своих обязательств. В общей практике проектного финансирования обеспечительные механизмы, как правило, играют превентивную роль, поскольку позволяют в том случае, если какая-либо третья сторона приобретет предприятие должника (например, путем лишения права выкупа, в результате банкротства или непосредственно от должника), направлять все поступления от продажи таких активов в первую очередь на возмещение непогашенных кредитов. Тем не менее кредиторы будут, как правило, стремиться к получению обеспечительных интересов, которые позволяют им путем лишения залогодателя права выкупа вступить во владение проектом, которым они могут распоряжаться и управлять либо для восстановления его экономической жизнеспособности с целью перепродажи в надлежащее время, либо для сохранения в своем ведении данного проекта в течение неопределенного периода времени и получения поступлений от него.

53. Механизмы обеспечения играют центральную роль в финансировании проектов в области инфраструктуры, в частности, тогда, когда структура финансирования создана по схеме "проектного финансирования". Документы, касающиеся финансирования проектов в области инфраструктуры из частных источников, обычно включают обеспечение как в материальных активах, относящихся к этому проекту, так и в нематериальных активах, находящихся во владении концессионера. Ряд основных требований, касающихся успешного создания механизмов обеспечения, рассматриваются ниже. Следует отметить, однако, что в некоторых правовых системах предоставление кредиторам любого обеспечения, которое даст им возможность вступить во владение проектом, допускается только в исключительных обстоятельствах и при соблюдении ряда специальных условий, например, условий о том, что для предоставления такого обеспечения требуется согласие организации-заказчика; что обеспечение должно предоставляться с конкретной целью содействия финансированию или эксплуатации проекта; и что обеспечительные интересы не должны затрагивать обязательства, принятые на себя концессионером. Эти условия часто основываются на общих принципах права и законодательных положениях, и организация-заказчик не вправе отказаться от их соблюдения на основании заключения договоренностей об ином.

1. Материальные активы в качестве обеспечения

54. Создание механизмов обеспечения, необходимых для получения финансирования на цели проекта, может столкнуться с юридическими препятствиями в случаях, когда активы проекта являются публичной собственностью. Если концессионер не располагает правовым титулом на собственность, то во многих правовых системах он не будет иметь права (или будет иметь такое право в ограниченной степени) на обременение такой собственности. Если установлены ограничения такого рода, законодательство может тем не менее способствовать проведению переговоров о создании механизмов обеспечения, например, путем указания на те виды активов, в отношении

которых могут быть созданы такие обеспечительные интересы, или же на вид обеспечительных интересов, который разрешен. В некоторых правовых системах концессионер, которому предоставлен интерес в арендованной собственности или право использовать определенную собственность, может создать обеспечительный интерес на основе интереса в арендованной собственности или такого права пользования.

55. Кроме того, обеспечительные интересы могут также создаваться в том случае, когда концессия охватывает различные виды публичной собственности, например случай, когда правовой титул на прилежащий земельный участок (а не только право пользоваться им) предоставляется какой-либо железнодорожной компании в дополнение к праву пользования публичной инфраструктурой. Если есть возможность создать обеспечительные интересы в какой бы то ни было форме в отношении активов, которые принадлежат или которые требуется передать организации-заказчику, или активов, которые организация-заказчик может в соответствии с договором выкупить по своему выбору (см. пункт 28), то законодательство может требовать согласия организации-заказчика на создание таких обеспечительных интересов концессионером.

2. Нематериальные активы в качестве обеспечения

56. Основным нематериальным активом проекта в области инфраструктуры является сама концессия, т.е. право концессионера эксплуатировать инфраструктуру или предоставлять соответствующую услугу. В большинстве правовых систем концессия предоставляет ее держателю правомочие контролировать весь проект и дает концессионеру право на получение доходов от проекта. Таким образом, стоимость концессии намного превышает общую стоимость всех материальных активов, связанных с проектом. Поскольку держатель концессии обычно имеет право владения и распоряжения всеми активами проекта (с возможным исключением тех активов, которые принадлежат другим сторонам, например, публичной собственности, находящейся во владении концессионера), концессия, как правило, охватывает и нынешние, и будущие активы материального или нематериального характера. Поэтому кредиторы могут рассматривать концессию как важнейший компонент обеспечительных механизмов, согласованных с концессионером. Залог самой концессии может давать различные практические преимущества концессионеру и кредиторам, в частности, в тех правовых системах, которые в ином случае не разрешают создавать обеспечение на основе всех активов компании или которые в целом не признают непосредственные обеспечительные интересы (см. главу VII, "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ____). Такие преимущества могут включать следующее: устранение необходимости создавать отдельные обеспечительные интересы в каждом активе проекта, предоставление концессионеру возможности продолжать распоряжаться этими активами в ходе обычной предпринимательской деятельности и создание возможности вносить в залог определенные активы без передачи фактического владения этими активами кредиторам. Кроме того, залог концессии может дать кредиторам право предотвращать, в случае неисполнения своих обязательств концессионером, прекращение проекта посредством вступления во владение концессией и принятия мер для продолжения осуществления проекта при участии другого концессионера. Залог концессии может являться, таким образом, полезным дополнением к прямому соглашению между кредиторами и организацией-заказчиком относительно прав кредиторов на вмешательство или, при определенных обстоятельствах, заменой такого соглашения (пункты 147-150).

57. Вместе с тем в некоторых правовых системах могут существовать препятствия для залога концессии в отсутствие прямого законодательного разрешения. В различных правовых системах обеспечительные интересы могут быть созданы только в отношении активов, которые могут быть свободно переданы лицом, предоставившим обеспечение. Поскольку в большинстве случаев передача права на эксплуатацию инфраструктуры без согласия организации-заказчика не допускается (см. пункты 62 и 63), в некоторых правовых системах может не существовать возможности создания концессионером обеспечительных интересов в самой концессии. Принятое в последнее время в некоторых странах гражданского права законодательство устранило это препятствие путем установления специальной категории обеспечительных интересов, которая иногда обозначается с помощью таких терминов, как "hipoteca de concesión de obra pública" или "prenda de concesión de obra pública" ("ипотечный залог концессии на публичные работы" или "залог концессии на публичные работы"), и которая в целом позволяет кредиторам получать снабженный правовой санкцией обеспечительный интерес, охватывающий все права, которые были предоставлены концессионеру в соответствии с проектным соглашением. Вместе с тем в целях защиты публичных интересов закон требует согласия организации-заказчика с принятием кредиторами любой меры по реализации такого права на условиях, которые предусмотрены в соглашении между организацией-заказчиком и кредиторами. Несколько более ограниченное решение было достигнуто в некоторых странах общего права, в которых было проведено различие между не подлежащим передаче правом осуществлять определенный вид деятельности согласно правительственной лицензией (т.е. "публичными правами", возникающими из лицензии) и правом требования в отношении поступлений, полученных обладателем лицензии (т.е. "частными правами" последнего, вытекающими из лицензии).

3. Коммерческая дебиторская задолженность в качестве обеспечения

58. Другой формой обеспечения, которое, как правило, предоставляется в связи с большинством проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, является уступка кредиторам поступлений по договорам с клиентами концессионера. Эти поступления могут представлять собой поступления по одному контракту (например, обязательство о закупке электроэнергии со стороны предприятия по распределению

электроэнергии) или по большому количеству отдельных сделок (например, ежемесячные платежи за газ или воду). Эти поступления обычно включают тарифы, взимаемые с населения за использование инфраструктуры (например, сборы за использование платных автодорог), или цены, уплачиваемые клиентами за товары или услуги, предоставляемые концессионерам (например, плата за электроэнергию). Они могут также включать доходы от вспомогательных концессий. Обеспечение такого вида является обычным элементом механизмов финансирования, согласованных с кредиторами, и соглашения о кредитовании часто содержат требования о том, чтобы поступления от реализации проектов в области инфраструктуры депонировались на счете эскроу, управление которым осуществляет доверенное лицо, назначенное кредиторами. Такой механизм может также играть важную роль при выпуске концессионером облигаций и других оборотных инструментов.

59. Коммерческая дебиторская задолженность в качестве обеспечения играет центральную роль в механизмах финансирования, которые предусматривают размещение облигаций и других оборотных инструментов. Такие инструменты могут выдаваться самим концессионером, и в этом случае инвесторы, приобретающие ценную бумагу, становятся его кредиторами, или они могут выдаваться третьей стороной, которой была уступлена дебиторская задолженность по проекту с помощью механизма, известного как "секьюритизация". Секьюритизация предполагает создание финансового обеспечения на основе потока поступлений по проекту, которые передаются в залог для уплаты суммы долга и процентов по такому обеспечению. Сделки секьюритизации обычно предполагают учреждение юридического лица, независимого от концессионера, со специальной задачей проведения деловых операций по секьюритизации активов и дебиторской задолженности. Такое юридическое лицо часто называется "специальным целевым механизмом". Концессионер уступает дебиторскую задолженность по проекту такому специальному целевому механизму, который в свою очередь выпускает для инвесторов процентные инструменты, подкрепленные дебиторской задолженностью по проекту. Таким образом, при секьюритизации держатели облигаций приобретают право на поступления от сделок концессионера с его клиентами. Концессионер взимает с клиентов тарифы и переводит средства этому специальному целевому механизму, который затем переводит их держателям облигаций. В ряде стран принятое в последнее время законодательство прямо признает право концессионера уступать дебиторскую задолженность по проекту специальному целевому механизму, который держит дебиторскую задолженность и управляет ею в интересах кредиторов проекта. В целях защиты держателей акций от риска неплатежеспособности концессионера может быть целесообразным принятие необходимых законодательных мер, позволяющих разделить юридически концессионера и специальный целевой механизм.

60. В большинстве случаев у концессионера не будет иметься практической возможности индивидуально оговорить статьи дебиторской задолженности, уступаемые кредиторам. В силу этого уступка дебиторской задолженности при проектном финансировании принимает, как правило, форму оптовой уступки будущей дебиторской задолженности. В различных правовых системах в принятое недавно внутреннее законодательство были включены положения, признающие право концессионера на залог поступлений по проектам в области инфраструктуры. В то же время в различных правовых системах может существовать значительная неопределенность в вопросе о действительности оптовой уступки дебиторской задолженности или уступки будущей дебиторской задолженности. В силу этого важно обеспечить, чтобы внутреннее законодательство по вопросу об обеспечительных интересах не препятствовало способности сторон в юридически действительном порядке уступать коммерческую дебиторскую задолженность с целью получения финансирования на нужды проекта (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ____).

4. Акции проектной компании в качестве обеспечения

61. В тех случаях, когда концессия не может быть уступлена или передана без согласия организации-заказчика (см. пункты ____), законодательство иногда запрещает создание обеспечения в акциях проектной компании. Тем не менее следует отметить, что в случае сделок проектного финансирования кредиторы обычно требуют создания обеспечения в акциях проектной компании и что общие запреты в отношении создания такого обеспечения могут ограничить способность проектной компании мобилизовывать финансовые ресурсы для осуществления проекта. Поэтому, как и в случае других форм обеспечения, в законодательстве, возможно, было бы целесообразным разрешить акционерам компании-концессионера предоставлять такое обеспечение при условии получения предварительного согласия со стороны организации-заказчика, если такое согласие требуется для передачи доли в акционерном капитале проектной компании (см. пункты 64-68).

Р. Уступка концессии

62. Концессии предоставляются с учетом конкретных квалификационных данных и надежности концессионера, и в большинстве правовых систем они не подлежат свободной передаче. Так, внутреннее законодательство часто запрещает уступку концессии без согласия организации-заказчика. Цель этих ограничений заключается, как правило, в обеспечении контроля организации-заказчика в отношении квалификационных данных операторов инфраструктуры или поставщиков общедоступных услуг.

63. Некоторые страны сочли полезным упомянуть в своем законодательстве об условиях, на которых может быть дано согласие на передачу концессии до истечения срока ее действия, например, признание новым концессионером всех обязательств по проектному соглашению и подтверждение технической и финансовой способности нового концессионера предоставлять соответствующую услугу. Общие законодательные положения такого рода могут дополняться конкретными положениями проектного соглашения, устанавливающими сферу действия таких ограничений, а также условия, на которых может быть дано согласие организации-заказчика. Вместе с тем следует отметить, что такие ограничения, как правило, применимы к добровольной передаче концессионером своих прав; они не исключают принудительной передачи концессии какому-либо субъекту, назначенному кредиторами в соответствии с прямым соглашением между ними и организацией-заказчиком с целью предотвращения прекращения проекта вследствие серьезного неисполнения обязательств концессионером (см. также пункты 147-150).

С. Передача контрольного пакета акций проектной компании

64. Организация-заказчик может быть заинтересована в том, чтобы первоначальные члены консорциума, принимавшего участие в процедурах, сохранили свои обязательства по осуществлению проекта в течение всего срока его реализации и чтобы фактический контроль над проектной компанией не был передан субъектам, которые не известны организации-заказчику. Концессионеры выбираются для осуществления проекта в области инфраструктуры, по меньшей мере отчасти, на основе их опыта и способности реализовать такого рода проект (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 38-40). Поэтому организации-заказчики обеспокоены тем, что если акционеры компании-концессионера будут пользоваться полной свободой передачи своих инвестиций в какой-либо проект, то не будет никакой уверенности в том, кто фактически будет предоставлять соответствующие услуги.

65. Организации-заказчики могут опереться на опыт, который выбранный консорциум, принимавший участие в процедурах, продемонстрировал на этапе предварительного отбора, а также на гарантии исполнения, предоставленные организациями, образовавшими первоначальный консорциум, и его субподрядчиками. Вместе с тем в практике не следует переоценивать ту уверенность, которая может основываться на очевидном специализированном опыте акционеров компании-концессионера. Когда для осуществления проекта учреждается отдельное юридическое лицо, как это часто происходит на практике (см. пункт 12), то поддержка со стороны акционеров компании-концессионера в том случае, если в ходе осуществления проекта возникнут трудности, может ограничиваться их максимальной финансовой ответственностью. Таким образом, ограничения в отношении возможности передачи инвестиций сами по себе могут и не обеспечивать достаточной защиты от риска неисполнения концессионером своих обязательств. В частности, такие ограничения не являются заменой для соответствующих договорных средств защиты, предусмотренных проектным соглашением, таких, как осуществление контроля в отношении уровня предоставляемой услуги (см. пункты 147-150) или прекращение проекта без полной компенсации в случае неудовлетворительного функционирования (см. главу V. "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ___).

66. Помимо вышеизложенного, ограничения в отношении возможности передачи акций компаний, предоставляющих общедоступные услуги, могут быть также сопряжены с некоторыми недостатками для организации-заказчика. Как это отмечалось ранее (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 54-67), существуют многочисленные виды финансирования, которое можно привлекать у различных инвесторов при различных рисках и схемах вознаграждения. Первоначальные инвесторы, такие, как строительные компании и поставщики оборудования, будут стремиться получить вознаграждение в связи с более высокими рисками, которые они принимают на себя, тогда как последующим инвесторам может быть необходима меньшая прибыль, соизмеримая с уменьшенными рисками, которые они несут. Большинство первоначальных инвесторов располагают ограниченными средствами и должны обеспечивать оборот капитала, с тем чтобы они могли участвовать в осуществлении новых проектов. В связи с этим такие инвесторы могут не проявлять готовности к "привязыванию" капитала к долгосрочным проектам. В конце периода строительства первоначальные инвесторы могут предпочесть продать свой интерес какому-либо вторичному акционеру, необходимая норма прибыли которого является меньшей. Когда эксплуатация становится более определенной, может быть осуществлена еще одна операция рефинансирования. Вместе с тем, если способность инвесторов инвестировать и реинвестировать капитал в развитие проекта ограничивается факторами, касающимися возможности передачи акций в рамках проектов в области инфраструктуры, то возникает риск более высокой стоимости финансирования. При определенных обстоятельствах, возможно, нельзя будет обеспечить финансирование проекта вообще, поскольку некоторые инвесторы, участие которых может быть решающим для осуществления проекта, могут и не проявлять желания принимать в нем участие. С точки зрения долгосрочной перспективы развитие рынка инвестиций в публичную инфраструктуру может столкнуться с препятствиями в том случае, если инвесторы излишне ограничены в своей свободе передавать свой интерес в проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

67. По вышеизложенным причинам, возможно, было бы целесообразным сузить ограничения, касающиеся передачи контрольного пакета акций проектной компании, ограничив их определенным сроком (например, в

несколько лет после вступления в силу проектного соглашения) или ситуациями, когда такие ограничения оправданы публичными интересами. Одна из таких ситуаций может возникать тогда, когда во владении концессионера находится публичная собственность или когда концессионер получает кредиты, субсидии, акционерный капитал или прямую правительственную поддержку в других формах. В таких случаях ответственность организации-заказчика за надлежащее использование публичных средств требует гарантий того, что такие средства и активы поручаются надежной компании, обязательства в отношении которой первоначальные инвесторы будут сохранять в течение разумного срока. Другая ситуация, которая может оправдывать введение ограничений в отношении передачи акций компаний концессионеров, может возникать тогда, когда организация-заказчик заинтересована в предотвращении передачи акций конкретным инвесторам. Например, организация-заказчик, возможно, пожелает осуществлять контроль над приобретением контрольного пакета акций поставщиков общедоступных услуг во избежание формирования олигополий или монополий в либерализованных секторах. Кроме того, может считаться недопустимым такое положение, при котором услуги какой-либо компании, уличенной в прошлом в обманных действиях в отношении одного органа правительства, были привлечены другим органом правительства в результате приобретения ею дочерней компании.

68. В этих исключительных случаях было бы, возможно, целесообразно потребовать, чтобы первоначальные инвесторы заручились предварительным согласием организации-заказчика до передачи своей доли акций. В проектом соглашении следует разъяснить, что неоправданные отказы или ненадлежащие задержки в даче такого согласия не допускаются. Кроме того, для целей обеспечения прозрачности было бы, возможно, целесообразно предусмотреть в законе основания для отказа в одобрении и потребовать, чтобы организация-заказчик в каждом случае конкретно указывала причины любого отказа. Надлежащий срок действия таких ограничений - либо в течение конкретного этапа осуществления проекта, либо в течение всего срока концессии, - возможно, потребуются устанавливать с учетом обстоятельств каждого отдельного случая. В отношении некоторых проектов можно будет ослабить такие ограничения после завершения строительства объекта. Было бы также целесообразно уточнить в проектом соглашении, должны ли такие ограничения, если они установлены вообще, применяться только к передаче какого-либо долевого участия в деятельности концессионера или интересы организации-заказчика будут сосредоточиваться на одном конкретном инвесторе (например, строительной компании или проектировщике объекта) в течение этапа строительства или же в течение значительного периода времени после этого.

II. Строительные работы

69. Организации-заказчики, приобретающие услуги по осуществлению строительных работ, выступают, как правило, в качестве нанимателей по строительному подряду и оставляют за собой широкие права по наблюдению и инспектированию, включая право рассматривать строительный проект и требовать внесения в него изменений, внимательно следить за выполнением строительных работ и графиком строительства, инспектировать и официально принимать завершенные работы и давать разрешение на эксплуатацию объекта.

70. С другой стороны, во многих проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, организация-заказчик может предпочесть передать такую ответственность концессионеру. Вместо того, чтобы брать на себя прямую ответственность за управление деталями проекта, организация-заказчик может предпочесть передать такую ответственность концессионеру, потребовав от него взять на себя полную ответственность за своевременное завершение строительства. Концессионер в свою очередь будет также заинтересован в обеспечении своевременного завершения проекта в пределах сметы и будет, как правило, заключать контракты на сдачу объекта "под ключ" за фиксированную плату и с фиксированными сроками, включая гарантии исполнения со стороны строительных подрядчиков. Таким образом, в рамках проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, для большинства целей роль нанимателя по строительным подрядам обычно играет концессионер.

71. По этим причинам в некоторых странах законодательные положения, касающиеся строительства объектов инфраструктуры, финансируемых из частных источников, ограничиваются общим определением обязательства концессионера выполнить публичные работы в соответствии с положениями проектного соглашения и предоставляют организации-заказчику общее право следить за ходом работ для обеспечения их соответствия условиям соглашения. В этих странах более подробное регулирование осуществляется в проектных соглашениях.

1. Рассмотрение и утверждение планов строительства

72. В тех случаях, когда необходимо решать вопросы, касающиеся строительных работ, а также связанные с ними аспекты в законодательном порядке, целесообразно разработать процедуры, которые помогают сохранять согласованные сроки завершения работ и стоимость строительства в пределах оговоренных графиков и смет и уменьшить возможность возникновения споров между концессионером и соответствующими публичными органами. Например, если законодательные положения требуют, чтобы организация-заказчик рассматривала и утверждала строительный проект, в проектом соглашении следует установить предельный срок для рассмотрения строительного проекта и предусмотреть, что утверждение считается данным, если организация-заказчик в течение указанного срока не высказет никаких возражений. Кроме того, может оказаться полезным указать в проектом

соглашении причины, по которым организация-заказчик может высказать возражения или потребовать внести изменения в проект, например, по соображениям техники безопасности, обороны, общественной безопасности, окружающей среды или несоответствия спецификациям.

2. Изменение условий проекта

73. В ходе строительства объекта инфраструктуры часто возникают ситуации, делающие необходимым или желательным изменение определенных элементов строительства. В связи с этим организация-заказчик может пожелать сохранить за собой право требовать внесения изменений в такие элементы, как масштабы строительства, технические характеристики оборудования или материалов, которые станут частью объекта или будут использоваться при предоставлении строительных услуг, требуемых согласно спецификациям. В этой связи в настоящем Руководстве используется термин "изменения". Термин "изменения", как он используется в Руководстве, не охватывает корректировки или пересмотра тарифов в результате роста издержек или колебаний валютных курсов (см. пункты 39-44). Аналогично, пересмотр проектного соглашения в случае существенного изменения условий также не считается изменением согласно настоящему Руководству (см. пункты 126-130).

74. Учитывая сложность большинства проектов в области инфраструктуры исключить необходимость внесения изменений в строительные спецификации или другие условия проекта не представляется возможным. Однако эти изменения часто приводят к задержке сроков выполнения проекта или начала предоставления общедоступных услуг; они могут также затруднить для концессионера исполнение проектного соглашения. Кроме того, расходы в связи с выполнением распоряжений о внесении крупных изменений могут превысить собственные финансовые возможности концессионера, что потребует привлечения крупного дополнительного финансирования, обеспечить которое по приемлемой стоимости может оказаться сложно. В связи с этим организации-заказчику целесообразно рассмотреть вопрос о мерах, ограничивающих возможную необходимость внесения изменений. Важное значение имеет высокое качество технико-экономических обоснований, затребованных организацией-заказчиком, и спецификаций, предоставленных в ходе процесса отбора (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 61 и 64-66), что помогает избежать внесения последующих изменений в проект.

75. В проектном соглашении следует указать конкретные обстоятельства, при которых организация-заказчик может потребовать внести изменения в строительные спецификации, а также размеры компенсации, которую, возможно, потребуется выплатить концессионеру для покрытия дополнительных расходов и задержек, связанных с внесением таких изменений. В проектном соглашении следует также четко определить, в какой степени концессионер обязан вносить эти изменения и может ли он возразить против их внесения, а также указать основания таких возражений. В соответствии с договорной практикой, применяющейся в некоторых правовых системах, концессионер может быть освобожден от его обязательства, если сумма дополнительных расходов, обусловленных внесением изменений, превышает установленный максимальный предел.

76. Для определения того, в каких случаях подрядчик обязан вносить изменения и требуемые коррективы в смету расходов и сроки осуществления проекта, в крупных строительных контрактах используются различные подходы к урегулированию связанных с изменениями вопросов. Такие решения могут также *mutatis mutandis* применяться в отношении изменений, запрашиваемых организацией-заказчиком согласно проектному соглашению¹. Вместе с тем следует отметить, что в случае концессий в области инфраструктуры платежи проектной компании представляют собой сборы, взимаемые с пользователей, или цены, устанавливаемые на продукцию, выпускаемую объектом, а не общую стоимость строительных работ. Таким образом, методы компенсации, используемые в связи с концессиями в области инфраструктуры, иногда включают сочетание различных методов от единовременных платежей до повышения тарифов или продления срока действия концессии. Например, может возникать необходимость в изменениях, которые приводят к увеличению расходов, которое концессионер может покрыть или профинансировать самостоятельно и компенсировать с помощью соответствующей корректировки тарифов или платежных механизмов. Если концессионер не может самостоятельно рефинансировать или оплатить изменения, стороны могут договориться о единовременных выплатах в качестве альтернативы дорогостоящему и сложному механизму рефинансирования.

3. Полномочия организации-заказчика по осуществлению контроля

77. В некоторых правовых системах публичные органы, приобретающие услуги по выполнению строительных работ, обычно сохраняют за собой право требовать приостановления или временного прекращения работ исходя из публичных интересов. Однако, для того чтобы смягчить обеспокоенность потенциальных инвесторов, иногда бывает полезно ограничить возможность такого вмешательства и предусмотреть, что масштабы или продолжительность такого временного прекращения работ не могут превышать действительно необходимые

¹ Обсуждение подходов и возможных решений, используемых в контрактах на строительство крупных промышленных объектов см. Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № E.87.V.10), глава XXIII, "Оговорки о внесении изменений".

значения с учетом обстоятельств, которые явились причиной требования приостановить или временно прекратить работы. Может также оказаться полезным договориться о максимальном сроке приостановления и предусмотреть соответствующую компенсацию для концессионера. Кроме того, можно предусмотреть гарантии для обеспечения выплаты концессионеру компенсации или возмещения ущерба в результате приостановления проекта (см. также главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 48-50).

78. В некоторых правовых системах объекты, сооружаемые для использования в связи с предоставлением некоторых общедоступных услуг, сразу же после завершения строительства становятся публичной собственностью (см. пункт 24). В подобных случаях законодательство часто содержит требование о том, чтобы завершённый объект был официально принят организацией-заказчиком или другим публичным органом. Такая официальная приемка обычно происходит только после инспекции завершённого объекта и получения удовлетворительных результатов на испытаниях, необходимых для установления готовности объекта к эксплуатации и его соответствия спецификациям, а также техническим требованиям и требованиям техники безопасности. Даже в тех случаях, когда официальной приемки организацией-заказчиком не требуется (например, когда объект остается в собственности концессионера), могут быть часто необходимы положения в отношении проведения итоговой инспекции и приемки строительных работ организацией-заказчиком для обеспечения соблюдения норм, касающихся здравоохранения, техники безопасности, строительства и труда. В проектном соглашении следует в деталях описать характер приемочных испытаний или инспекции завершённого объекта; график испытаний (например, будет, возможно, целесообразно проводить через определенные периоды времени частичные испытания вместо одного итогового испытания в конце строительства); последствия непрохождения испытаний объектом; и ответственность за обеспечение ресурсов для проведения испытаний и покрытие соответствующих расходов. В некоторых странах было признано целесообразным разрешать ввод объекта в эксплуатацию на временной основе до подписания заключительного акта приемки организацией-заказчиком и предоставить концессионеру возможность исправить дефекты, которые могут быть обнаружены на этой стадии.

4. Гарантийный срок

79. Заключаемые концессионером договоры на строительство обычно предусматривают гарантии качества, согласно которым подрядчики принимают на себя ответственность за любые дефекты объекта и за неточности или неполноту технической документации на сдаваемый объект, причем предусматриваются, однако, и разумные исключения (например, обычный износ или ошибки концессионера в материально-техническом обслуживании или эксплуатации объекта). Законодательные положения или общие принципы применимого права могут также устанавливать дополнительную ответственность, например, применительно к строительным дефектам объекта, как это предусматривается в некоторых правовых системах. В проектном соглашении следует предусмотреть, что окончательная приемка объекта организацией-заказчиком не будет освобождать строительных подрядчиков от любой ответственности за дефекты объекта и за неточности или неполноту технической документации, как это может предусматриваться согласно договорам на строительство или применимым правом.

I. Эксплуатация инфраструктуры

80. Условия эксплуатации и материально-технического обслуживания такого объекта, а также стандарты качества и техники безопасности часто указываются в законах и детализируются в проектном соглашении. Помимо этого, особенно в области электроэнергетики, водоснабжения, канализации и общественного транспорта организация-заказчик или независимое регулирующее учреждение могут осуществлять надзор за эксплуатацией объекта. Подробное обсуждение правовых вопросов, касающихся условий эксплуатации объектов инфраструктуры, выходит за рамки настоящего Руководства. В связи с этим в последующих пунктах приводится лишь краткое изложение некоторых основных вопросов.

81. Нормативные положения, касающиеся регулирования эксплуатации инфраструктуры, и юридические требования, предъявляемые к предоставлению общедоступных услуг, направлены на достижение различных целей, представляющих публичный интерес. С учетом того, что проекты в области инфраструктуры являются обычно долгосрочными, в течение срока действия проектного соглашения в такие положения и требования, возможно, потребуется внести изменения. Однако важно помнить о потребности частного сектора в стабильной и предсказуемой нормативной основе. Изменения в положениях или частое введение новых и более жестких правил может негативно сказаться на осуществлении проекта и подорвать его финансовую состоятельность. Поэтому, в то время как стороны могут согласовать договорные условия для противодействия неблагоприятным последствиям будущих изменений нормативных положений (см. пункты 122-125), регулирующим учреждением рекомендуется избегать чрезмерного регулирования или неразумно частых изменений действующих правил.

1. Эксплуатационные стандарты

82. Поставщики общедоступных услуг обычно должны соблюдать комплекс технических стандартов и стандартов обслуживания. В большинстве случаев такие стандарты являются слишком подробными для включения в законодательство, и поэтому они могут устанавливаться в принятых во исполнение этого законодательства указах, постановлениях и других документах. Стандарты обслуживания часто подробно указываются в проектном соглашении. Они включают стандарты качества, такие как требования в отношении чистоты и напора воды, предельные сроки для осуществления ремонта, лимиты на количество сбоев или жалоб, своевременность оказания транспортных услуг, непрерывность снабжения и стандарты в области здравоохранения, техники безопасности и охраны окружающей среды. Однако в законодательных актах могут устанавливаться базовые принципы, которые будут лежать в основе разработки подробных стандартов или требовать соблюдения международных стандартов.

83. Организация-заказчик, как правило, сохраняет за собой право следить за соблюдением проектной компанией эксплуатационных стандартов, установленных в порядке регулирования. Концессионер будет заинтересован в том, чтобы, по мере возможности, избежать любого приостановления эксплуатации объекта и защитить себя от последствий такого приостановления. Он будет стремиться получить гарантии того, что выполнение организацией-заказчиком своих полномочий по контролю или регулированию не приведет к необоснованному нарушению или приостановлению эксплуатации объекта и не повлечет за собой необоснованных дополнительных издержек для концессионера.

2. Расширение услуг

84. В некоторых правовых системах считается, что предприятие, занимающееся обеспечением некоторых основных услуг по правительственной концессии, например, снабжением электроэнергией или питьевой водой общины или территории и ее жителей, обязано создать систему услуг, отвечающую разумным потребностям данной общины или территории. Эта обязанность часто обуславливается не только историческим спросом, сложившимся на момент выдачи концессии, но и подразумевает обязательство учитывать темпы роста обслуживаемой общины или территории и постепенно расширять систему в соответствии с возможным изменением разумного спроса общины или территории. В некоторых правовых системах эта обязанность носит характер общественного долга, на который может сослаться любой житель соответствующей общины или территории. В других правовых системах она носит характер установленного законом или договорного обязательства, соблюдение которого, в зависимости от конкретных обстоятельств, может быть обеспечено в принудительном порядке организацией-заказчиком или регулирующим учреждением.

85. В некоторых правовых системах такая обязанность не является абсолютной и безусловной. Обязанность концессионера расширять сеть предоставляемых услуг может зависеть от различных факторов, таких, как необходимость и стоимость расширения и доходы, которые могут быть получены в результате такого расширения; финансовое положение концессионера; публичная заинтересованность в осуществлении такого расширения; и масштабы обязательств, которые принимает на себя концессионер в этой связи по проектному соглашению. В некоторых правовых системах концессионер иногда обязан расширять свои объекты по оказанию услуг, даже если то или иное конкретное расширение не является прибыльным в ближайшей перспективе или даже если в результате проведенного расширения территория, на которой действует концессионер, может в итоге охватить неприбыльные районы. Тем не менее это обязательство имеет ряд ограничений, поскольку концессионер не обязан производить расширения, которые накладывают чрезмерное бремя на концессионера или его клиентов. В зависимости от конкретных обстоятельств расходы в связи с расширением объекта по оказанию услуг могут покрываться самим концессионером, компенсироваться за счет клиентов или конечных пользователей в результате повышения тарифов или введения специальных сборов или же полностью или частично покрываться организацией-заказчиком или другим публичным органом путем предоставления субсидий или грантов. С учетом разнообразия факторов, которые могут быть приняты во внимание для оценки степени целесообразности любого конкретного расширения, желательно оговорить в проектном соглашении те обстоятельства, при которых от концессионера может потребоваться расширение его объектов по оказанию услуг, и надлежащие методы финансирования расходов в связи с любым таким расширением.

3. Непрерывный характер предоставления услуг

86. Еще одной обязанностью поставщиков общедоступных услуг является обеспечение непрерывного предоставления услуг в большинстве случаев, за исключением небольшого числа событий, освобождающих от этой обязанности (см. также пункты 132-134). В некоторых правовых системах эта обязанность носит характер обязательства по закону, которое действует даже в том случае, если оно конкретно не оговорено в проектном соглашении. Следствием этого правила в тех правовых системах, в которых оно закреплено, является то, что различные обстоятельства, которые, согласно обычным принципам договорного права, могут позволить стороне контракта приостановить или прекратить выполнение ее обязанностей, например, в случае экономических трудностей или нарушения условий другой стороной, не могут использоваться концессионером в качестве основания для временного прекращения или приостановления предоставления общедоступных услуг, будь то в полном объеме

или частично. В некоторых правовых системах организация-заказчик может даже обладать специальными принудительными полномочиями, позволяющими ей заставить концессионера продолжать оказывать услуги в случае неправомерного прекращения.

87. Эта обязанность также регулируется общим правилом разумной обоснованности. Различные правовые системы признают право концессионера на справедливую компенсацию за продолжение оказания услуг в сложных экономических ситуациях (см. пункты 126-130). Кроме того, в некоторых правовых системах указывается, что от поставщика общедоступных услуг нельзя требовать продолжения оказания услуг, если соответствующая операция является в целом убыточной. В тех случаях, когда предприятие общественного пользования в целом, а не одно или несколько его отделений или территорий, перестает быть прибыльным, концессионер может получить право на прямую компенсацию от организации-заказчика или, в качестве альтернативы, на прекращение проектного соглашения. Однако для такого прекращения, как правило, требуется согласие со стороны организации-заказчика или судебное решение. В правовых системах, в которых такой порядок допускается, целесообразно уточнить в проектом соглашении те исключительные обстоятельства, которые могут оправдывать приостановление оказания услуг или даже освобождать концессионера от обязанностей по проектному соглашению (см. также главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ____).

4. Равное отношение к клиентам или пользователям

88. На предприятия, которые предоставляют определенные услуги населению, в некоторых правовых системах, накладывается особая обязанность обеспечивать услуги для всех пользователей и клиентов, подпадающих под одну и ту же категорию, практически на одинаковых условиях. Однако в этих правовых системах признается дифференциация, основанная на разумной и объективной классификации клиентов и пользователей, если аналогичные услуги предоставляются клиентам и пользователям, осуществляющим аналогичные операции при аналогичных обстоятельствах. В связи с этим, установление различных цен или неодинаковых условий доступа для различных категорий пользователей (например, для бытовых потребителей, с одной стороны, и коммерческих или промышленных пользователей, с другой) может быть совместимо с принципом равного отношения при условии, что дифференциация основана на объективных критериях и отражает действительные различия в положении потребителей или условиях, при которых им предоставляются услуги. Тем не менее, если различие в плате или других условиях оказания услуг основано на фактических различиях в предоставляемых услугах (например, более высокая плата за услуги, предоставляемые в часы пикового потребления), то оно, как правило, должно быть соизмеримым с величиной этих различий.

89. Помимо дифференциации, устанавливаемой самим концессионером, разное отношение к определенным пользователям или клиентам может быть результатом законодательных решений. Во многих странах закон предусматривает, что конкретные услуги должны предоставляться некоторым категориям пользователей и клиентов на особо благоприятных условиях, например, в случае льготного транспорта для школьников и престарелых или сниженных ставок за воду или электроэнергию для малоимущих или сельских пользователей. Поставщики общедоступных услуг могут компенсировать это бремя или расходы различными способами, в том числе с помощью правительственных субсидий, фондов и других официальных механизмов, создаваемых для распределения финансового бремени по выполнению этих обязанностей между всеми поставщиками общедоступных услуг, или через посредство перекрестного субсидирования за счет других более прибыльных услуг (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 42-44).

5. Подключение и доступ к сетям инфраструктуры

90. Компании, занимающиеся эксплуатацией сетей инфраструктуры в таких секторах, как железнодорожный транспорт, телекоммуникации, электро- или газоснабжение, в некоторых случаях обязаны предоставлять доступ к своим сетям другим компаниям. Это требование может оговариваться в проектом соглашении или закрепляться в законах или постановлениях по конкретным секторам. В одних секторах инфраструктуры требования в отношении подключения и доступа введены в качестве дополнения к структурным реформам в соответствующем секторе, а в других они были приняты с целью развития конкуренции в секторах, которые остаются полностью или частично интегрированными (краткую информацию по вопросам рыночной структуры см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 21-46).

91. От операторов сетей часто требуется обеспечивать доступ на условиях, которые являются справедливыми и недискриминационными с финансовой и технической точек зрения. Недискриминация подразумевает, что новый участник или поставщик услуг должен иметь возможность пользоваться инфраструктурой оператора сети на условиях, которые не могут быть менее благоприятными, чем те, которые предоставляются оператором сети своим собственным службам или службам конкурирующих поставщиков. Следует, однако, отметить, что во многих случаях режимы, регулирующие доступ к трубопроводам, не требуют, например, создания абсолютно равных условий для транспортировщика и конкурирующих пользователей. Обязанность в отношении предоставления доступа может оговариваться теми или иными условиями. Например, она может ограничиваться лишь незагруженными мощностями или обусловлена предоставлением разумных (а не на равных) условий.

92. Хотя цена за предоставление доступа, как правило, устанавливается с учетом фактических расходов, регулирующие учреждения часто сохраняют за собой право контролировать соответствующие тарифы, с тем чтобы они были достаточно высокими для обеспечения надлежащих стимулов для инвестиций в требуемую инфраструктуру и достаточно низкими для предоставления новым участникам возможности вести конкуренцию на справедливых условиях. Если оператор сети оказывает услуги в условиях конкуренции с другими поставщиками, может потребоваться раздельный бухгалтерский учет по каждому из его направлений деятельности, с тем чтобы определить фактическую стоимость использования сети или ее отдельных частей третьими сторонами.

93. Технические условия доступа могут иметь столь же важное значение, и от операторов сети может потребоваться приспособление их сетей к удовлетворению потребностей новых участников в доступе. Доступ может предоставляться к сети в целом или к отдельным ее частям или сегментам (которые иногда также называются узловыми или важными объектами). Многие правительства разрешают поставщикам услуг создавать свою собственную инфраструктуру или использовать альтернативную инфраструктуру, если таковая имеется. В таких случаях поставщику услуг может потребоваться только доступ к небольшой части сети, и, согласно многим правилам, его нельзя заставить платить большую цену, чем та, которая соответствует стоимости использования конкретного объекта, в котором он нуждается; речь может идти, например, об абонентском шлейфе в сетях связи, пропускных мощностях для энергоснабжения или использовании определенного путевого участка при железнодорожных перевозках.

6. Требования в отношении предоставления информации

94. Во многих странах законодательство налагает на поставщиков общедоступных услуг обязанность представлять регулирующему учреждению точную и своевременную информацию о своих операциях и наделают такие учреждения специальными правами по обеспечению соблюдения этого требования. К их числу может относиться право направления запросов и проведения аудиторских проверок, включая тщательные аудиторские проверки показателей исполнения и соблюдения соответствующих норм, право налагать санкции на компании, отказывающиеся от сотрудничества, и право устанавливать запреты или возбуждать штрафные процедуры, направленные на обеспечение представления информации.

95. Поставщики общедоступных услуг, как правило, обязаны вести финансовые счета и ведомости и предоставлять их в распоряжение регулирующего учреждения, а также составлять подробную калькуляцию издержек, которая позволит регулирующему учреждению отдельно контролировать различные аспекты деятельности компании. Может также потребоваться тщательная проверка финансовых операций в отношениях между концессионером и его дочерними компаниями, поскольку концессионеры могут попытаться перевести доходы в нерегулируемые предприятия или иностранные дочерние предприятия. У самих операторов инфраструктур также могут иметься требования в отношении подробной технической и производственной отчетности. В то же время, как правило, важно установить разумные пределы в отношении степени детализации и типа информации, которую должны предоставлять операторы инфраструктуры. Кроме того, необходимо принять надлежащие меры для защиты конфиденциальности любой защищенной правами собственности информации, которую концессионер и его дочерние компании могут представить регулирующему учреждению.

7. Права концессионера по обеспечению выполнения контракта

96. В странах с установившимися традициями выдачи концессий на предоставление общедоступных услуг концессионер может быть уполномочен устанавливать правила, предназначенные для облегчения предоставления услуги (например, инструкции для пользователей или правила техники безопасности), принимать разумные меры для обеспечения соблюдения этих правил и приостанавливать предоставление услуги в чрезвычайных обстоятельствах или по соображениям безопасности. В этой цели в большинстве правовых систем может потребоваться, чтобы такие полномочия были предусмотрены в общем законодательстве или чтобы законодательный орган наделал ими концессионера в каждом конкретном случае. Объем полномочий, предоставляемых концессионеру, обычно определяется в проектном соглашении и может подробно не оговариваться в законодательных актах. Возможно, будет целесообразно предусмотреть, что эти правила вступают в силу после их утверждения, в зависимости от конкретных обстоятельств, регулирующим учреждением или организацией-заказчиком. Однако право утверждать предложенные концессионером эксплуатационные правила не должно носить дискреционный характер, и концессионер должен иметь право обжаловать решение об отказе в утверждении предложенных правил (см. главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 49 и 50).

97. Особую важность для концессионера представляет вопрос о возможности прекращения предоставления услуг в результате неисполнения или несоблюдения правил со стороны пользователей. Несмотря на общую обязанность концессионера обеспечивать непрерывное предоставление услуг (см. пункты 86 и 87), во многих правовых системах признается, что предприятия, предоставляющие общедоступные услуги, могут устанавливать и обеспечивать соблюдение правил, предусматривающих прекращение предоставления услуг потребителю или пользователю, который не платит за предоставленные услуги или который серьезно нарушил условия, касающиеся пользования услугами. Это право зачастую считается важнейшим условием для предотвращения злоупотреблений и обеспечения

экономической жизнеспособности деятельности по оказанию услуг. Однако с учетом жизненной важности некоторых видов общедоступных услуг, в некоторых правовых системах для наделения такими правами может требоваться санкция законодательных органов. Кроме того, для осуществления этих полномочий может предусматриваться целый ряд прямо оговоренных или подразумеваемых ограничений или условий, таких, как специальные требования об уведомлении и специальные средства защиты потребителей. Дополнительные ограничения и условия могут вытекать из применения общих правил, касающихся защиты потребителей (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ___).

I. Общие договорные механизмы

98. В настоящем разделе рассматриваются отдельные договорные механизмы, которые, как правило, встречаются в проектных соглашениях в различных секторах и которые часто отражаются в стандартных договорных условиях, используемых национальными организациями-заказчиками. Рассматриваемые в настоящем разделе механизмы, хотя они по своей сути и являются в основном договорными, могут обуславливать некоторые важные последствия для законодательства принимающей страны с учетом существующей в ней особой правовой системы.

1. Субподряды

99. Учитывая сложность проектов в области инфраструктуры, концессионер для выполнения некоторых видов или основного объема строительных работ по проектному соглашению, как правило, привлекает услуги одного или нескольких строительных подрядчиков. Концессионер может также пожелать прибегнуть к услугам подрядчиков, имеющих опыт работы в области эксплуатации и материально-технического обслуживания инфраструктуры, на эксплуатационном этапе проекта. В законодательстве некоторых стран в целом признается право концессионера заключать контракты, необходимые для выполнения строительных работ. В других странах, где действуют положения, ограничивающие возможности правительственных подрядчиков заключать субподряды, может оказаться весьма полезным включить в законодательство положения, признающие за концессионером право заключать субподряды.

a) Выбор субподрядчиков

100. В некоторых странах право концессионера нанимать субподрядчиков ограничивается правилами, предписывающими использование торгов или аналогичных процедур для выдачи субподрядов поставщикам общедоступных услуг. Во многих случаях такие законодательные положения устанавливались в тот период, когда эксплуатация объектов инфраструктуры осуществлялась главным образом или исключительно правительством при небольшом или незначительном участии частного сектора. Цель этих законодательных положений состояла в том, чтобы обеспечить экономичное, эффективное, объективное и прозрачное использование публичных средств. Однако в случае проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, такие положения могут оттолкнуть потенциальных инвесторов, поскольку в число спонсоров проектов обычно входят инженерные и строительные компании, которые участвуют в проекте, рассчитывая на то, что им будут предоставлены главные подряды на выполнение строительных и других работ.

101. Однако свобода выбора концессионером своих субподрядчиков не безгранична. В некоторых странах концессионер должен указывать в своем предложении тех подрядчиков, услугами которых он намеревается воспользоваться, включая информацию об их технических возможностях и финансовом положении. Другие страны либо требуют, чтобы такая информация представлялась во время заключения проектного соглашения, либо распространяют на такие контракты процедуры предварительного рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком. Цель таких положений состоит в том, чтобы избежать возможных коллизий интересов проектной компании и ее акционеров, а этот аспект, как правило, представляет интерес и для кредиторов, которые могут пожелать удостовериться в том, что проектная компания не переплачивает своим подрядчикам. В любом случае, если будет сочтено необходимым, чтобы организация-заказчик имела право рассматривать и утверждать субподряды, выданные проектной компанией, в проектном соглашении должны четко указываться цель таких процедур рассмотрения и утверждения и условия, при которых организация-заказчик может не утвердить субподряды. Как правило, субподряды не утверждаются только в том случае, если в них содержатся положения, явно противоречащие публичным интересам (например, предусматривающие выплату завышенных сумм субподрядчикам или необоснованно ограничивающие ответственность) или противоречащие носящим публично-правовой характер императивным нормам, применяющимся в принимающей стране в отношении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

b) Применимое право

102. Концессионер и его подрядчики обычно выбирают то право, которое им знакомо и которое, по их мнению, надлежащим образом регулирует вопросы, отраженные в их контрактах. В зависимости от вида контракта могут возникать различные вопросы, касающиеся оговорки о применимом праве. Например, договоры о поставке

оборудования и другие договоры могут заключаться с иностранными компаниями, и стороны, возможно, пожелают выбрать знакомое им право, которое, например, обеспечивает надлежащий гарантийный режим в случае отказа оборудования или его несоответствия условиям договора. В свою очередь концессионер, возможно, согласится на применение права принимающей страны в отношении договоров, заключаемых с местными клиентами.

103. Внутреннее специальное законодательство по вопросам проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, редко содержит положения, касающиеся выбора права, регулирующего контракты, заключаемые концессионером. Так, большинство стран не нашли достаточных оснований для принятия специальных положений, касающихся права, регулирующего контракты между концессионером и его подрядчиками, и предпочли, чтобы этот вопрос решался путем включения в договоры оговорки о выборе права или в соответствии с применимыми нормами частного международного права. Следует, однако, отметить, что применительно к свободе выбирать право, применимое как к контрактам или другим юридическим взаимоотношениям, в ряде правовых систем предусматриваются условия и ограничения в соответствии с нормами частного международного права или некоторыми нормами публичного права принимающей страны. Например, государства-участники некоторых соглашений о региональной экономической интеграции обязываются принимать упрощенные положения частного международного права, регулирующие, в том числе, контракты между поставщиками общедоступных услуг и их подрядчиками. Хотя нормы частного международного права часто допускают значительную свободу выбора в отношении права, регулирующего коммерческие контракты, эта свобода в ряде стран ограничивается применительно к контрактам и юридическим взаимоотношениям, которые не квалифицируются как коммерческие, например, применительно к некоторым контрактам, заключаемым публичными органами принимающей страны (например, в том, что касается гарантий и заверений со стороны правительства или обязательств о приобретении электроэнергии и поставках топлива со стороны публичного органа), или к контрактам с потребителями.

104. В некоторых случаях во внутреннее законодательство в порядке уточнения включались соответствующие положения о том, что контракты, заключаемые концессионером и его подрядчиками, регулируются частным правом и что подрядчики не являются агентами организации-заказчика. Подобные положения в ряде стран могут иметь определенные практические последствия, такие как отсутствие у организации-заказчика субсидиарной ответственности за действия субподрядчиков или отсутствие у соответствующего публичного предприятия обязанности выплатить работникам субподрядчиков компенсацию за связанные с трудовой деятельностью заболевания, травму или смерть.

2. Ответственность в отношении пользователей и третьих сторон

105. Дефекты в конструкции или ненадлежащая эксплуатация объекта инфраструктуры могут привести к гибели или травмам персонала концессионера, пользователей объекта или других третьих сторон или же к причинению ущерба их имуществу. Вопросы, связанные с возмещением ущерба третьим сторонам в подобных случаях, являются сложными и могут подчиняться не нормам права, применимого к проектному соглашению и регулирующему вопросы ответственности из договора, а применимым юридическим нормам, регулирующим вопросы внедоговорной ответственности, причем такие нормы часто носят императивный характер. Кроме того, в некоторых правовых системах имеются специальные императивные нормы, которые регулируют вопросы внедоговорной ответственности публичных органов и которые могут распространяться на организацию-заказчика. Более того, проектное соглашение не может ограничивать ответственность концессионера или организации-заказчика применительно к компенсации третьим сторонам, не являющимся сторонами проектного соглашения. В силу этого организация-заказчик и концессионеру целесообразно предусмотреть внутренний порядок распределения рисков между ними в отношении компенсации, которая должна выплачиваться третьим сторонам в результате смерти, травмы и ущерба имуществу, в той мере, в которой такое распределение не регулируется императивными нормами. Сторонам также целесообразно предусмотреть страховое покрытие таких рисков (см. пункты 119 и 120).

106. Если третьей стороне нанесена травма или причинен ущерб ее имуществу в результате сооружения или эксплуатации объекта и если она предъявляет требование организации-заказчику, законодательство может предусматривать, что любая ответственность в этой связи должна лежать только на концессионере и что организация-заказчик не должна нести какой-либо ответственности в отношении таких требований третьих сторон, за исключением случаев, когда ущерб был причинен в результате серьезного неисполнения со стороны организации-заказчика или ее небрежности. В частности, было бы, возможно, полезно предусмотреть, что акт одобрения проектно-конструкторского решения объекта или его спецификаций организацией-заказчиком или акт приемки сооруженного объекта или окончательного разрешения на его эксплуатацию или использование населением сам по себе не влечет принятия на себя организацией-заказчиком какой-либо ответственности за ущерб, причиненный пользователям объекта или другим третьим сторонам в результате сооружения или эксплуатации объекта или недостатков утвержденного проектно-конструкторского решения или спецификаций. Кроме того, поскольку в соответствии с применимым правом положения о распределении ответственности могут не иметь исковой силы отношения третьих сторон, будет, возможно, целесообразно предусмотреть в проектном соглашении, что организация-заказчик должна быть защищена и освобождена от ответственности в том, что касается требований о компенсации, заявленных третьими сторонами, которым были причинены травмы или собственности которых был причинен ущерб в результате сооружения или эксплуатации объекта инфраструктуры.

107. В проектном соглашении следует также предусмотреть, что стороны должны информировать друг друга о любых требованиях или процессуальных действиях или о любых ожидаемых требованиях или процессуальных действиях в их отношении, применительно к которым организация-заказчик имеет право на освобождение от ответственности, и должны предоставлять друг другу разумную помощь в защите от таких требований или процессуальных действий в той мере, в которой это допускается законом страны, где возбуждаются такие действия.

3. Гарантии исполнения и страхование

108. В обязанности концессионера обычно входят предоставление в той или иной форме гарантий исполнения на случай неисполнения обязательств и обеспечение страхового покрытия ряда рисков. В некоторых странах закон обычно требует предоставления концессионером надлежащих гарантий исполнения, а вопрос о подробной регламентации этого требования оставляется на урегулирование в проектных соглашениях. В других странах законодательство содержит более детальные положения, например, требующие предоставления определенных гарантий в размере указанной процентной доли базовых инвестиций.

а) Виды, функции и характер гарантий исполнения

109. Как правило, существуют два вида гарантий исполнения. Согласно первому виду - денежной гарантии исполнения - гарант обязуется выплатить организации-заказчику денежные средства в пределах заранее оговоренной суммы для покрытия финансовой ответственности концессионера в случае неисполнения со стороны последнего. Денежные гарантии исполнения могут иметь форму договорной гарантии, резервного аккредитива или гарантии по требованию. В соответствии со вторым видом гарантий - обязательством по обеспечению исполнения - гарант выбирает один из двух следующих вариантов. а) самостоятельно исправить строительные дефекты или закончить незавершенное строительство; либо б) привлечь другого подрядчика для исправления дефектов или окончания незавершенного строительства и выплатить организации-заказчику компенсацию за убытки, причиненные неисполнением. В стоимостном выражении такое обязательство ограничено обусловленной суммой или определенной долей стоимости контракта. В соответствии с обязательством по обеспечению исполнения гарант часто оставляет за собой возможность исполнить свое обязательство только путем выплаты организации-заказчику соответствующей денежной суммы. Гарантии исполнения, как правило, предоставляются специализирующимися на гарантиях учреждениями, такими, как гарантийные и страховые компании. Особым видом гарантии исполнения является гарантия обслуживания, которая защищает организацию-заказчика от возможных будущих сбоев, которые могут произойти в период пуска или эксплуатации объекта, и служит гарантией того, что любые ремонтные работы или работы по материально-техническому обслуживанию в течение гарантийного периода после завершения строительства объекта будут осуществлены концессионером.

110. Что касается их характера, то гарантии исполнения в целом могут быть разделены на независимые гарантии и акцессорные гарантии. Гарантия считается "независимой", если обязательство гаранта не связано с обязательствами концессионера по проектному соглашению. В соответствии с независимой гарантией (которая часто называется гарантией по первому требованию) или резервным аккредитивом, гарант или эмитент обязан осуществить платеж по требованию бенефициара, и последний имеет право на его получение, если он представит документ или документы, указанные в условиях такой гарантии или резервного аккредитива. Такой документ может иметь вид простого заявления бенефициара о том, что подрядчик не исполнил свои обязательства по контракту. Гарант или эмитент не вправе удерживать платеж по той причине, что в действительности никакого неисполнения обязательств по основному контракту не имело места; в то же время, в соответствии с правом, применимым к гарантийному документу, в платеже в исключительных случаях при узко определенных условиях может быть отказано или он может быть задержан (например, когда требование бенефициара носит явно мошеннический характер). В отличие от этого гарантия является акцессорной, если обязательство гаранта предусматривает не только простое изучение документарного требования платежа, но и возможную оценку доказательств ответственности подрядчика за неисполнение контракта на производство работ. Характер этой связи в различных гарантиях может варьироваться и включать необходимость доказывания ответственности подрядчика в арбитражном порядке. По своей сути обязательство по обеспечению исполнения носит акцессорный характер по отношению к основному контракту.

б) Преимущества и недостатки различных видов гарантий исполнения

111. С точки зрения организации-заказчика денежные гарантии исполнения могут быть особенно полезными для покрытия дополнительных расходов, которые она может понести в результате задержки исполнения или неисполнения концессионером. Денежные гарантии исполнения могут также служить инструментом оказания давления на концессионера для обеспечения своевременного завершения строительства и исполнения других взятых им на себя обязательств в соответствии с условиями проектного соглашения. Однако сумма таких гарантий, как правило, составляет лишь часть экономической стоимости гарантированного обязательства и обычно является недостаточной для покрытия расходов по привлечению третьей стороны к выполнению работ вместо концессионера или его подрядчиков.

112. С точки зрения организации-заказчика гарантия по первому требованию имеет то преимущество, что она обеспечивает быстрое возмещение средств по гарантии без представления доказательств неисполнения со стороны подрядчика или размера убытков бенефициара. Кроме того, гаранты, предоставляющие денежные гарантии исполнения, в особенности банки, предпочитают гарантии по первому требованию, поскольку в них четко указаны условия, при которых возникает их ответственность по осуществлению платежа, и благодаря этому гаранты не участвуют в спорах между организацией-заказчиком и концессионером по вопросу о том, имело ли место неисполнение по проектному соглашению. Еще одно преимущество выдачи банком гарантии по первому требованию связано с возможностью быстрого и эффективного возмещения сумм, выплаченных в соответствии с гарантией по первому требованию, благодаря наличию прямого доступа к активам концессионера.

113. Недостаток гарантии по первому требованию или резервного аккредитива с точки зрения организации-заказчика состоит в том, что эти инструменты могут увеличить общие расходы по проекту, поскольку концессионер обычно вынужден получать и резервировать крупные суммы для контргарантий для учреждений, выдающих гарантии по первому требованию или резервные аккредитивы. Кроме того, концессионер, который предоставляет такую гарантию, может пожелать застраховаться от риска, связанного с выплатой организации-заказчику возмещения по гарантии или резервному аккредитиву, когда на деле никакого нарушения со стороны концессионера не было, и стоимость такого страхования включается в расходы по проекту. Концессионер может также включить в расходы по проекту потенциальные издержки в связи с любым иском, который может потребоваться возбудить в отношении организации-заказчика для возврата необоснованно востребованной с него суммы.

114. Недостаток гарантии по первому требованию или резервного аккредитива с точки зрения концессионера состоит в том, что, при получении организацией-заказчиком возмещения в случае, когда неисполнения со стороны концессионера не было, последний может понести немедленные убытки, если гарант или эмитент аккредитива взыщет причитающееся ему возмещение из активов концессионера после осуществления платежа организации-заказчику. Концессионер может также столкнуться с трудностями и задержками в связи с возмещением организацией-заказчиком необоснованно востребованной суммы.

115. Условия акцессорной гарантии, как правило, требуют от бенефициара доказать факт неисполнения обязательств подрядчиком и размеры убытков, понесенных бенефициаром. Кроме того, возражения, имеющиеся у должника, которому предъявлено требование из неисполнения обязательств, имеются и у гаранта. Соответственно, существует риск того, что организация-заказчик, заявляющая требование по гарантии, будет втянута в продолжительный спор. На практике такой риск может быть сокращен, например, если предъявление требований по условиям гарантии будет регулироваться процедурой, аналогичной той, которая предусматривается в статье 7(j)(i) Унифицированных правил для договорных гарантий, разработанных Международной торговой палатой². Статья 7(j)(i) Унифицированных правил предусматривает, что независимо от спора между принципалом и бенефициаром относительно исполнения договора или любого договорного обязательства, для целей платежа по требованию по договорной гарантии факт неисполнения считается установленным по выдаче сертификата неисполнения третьей стороной (которой, без каких-либо ограничений, может быть независимый архитектор, или инженер, или референт), если это предусмотрено гарантией, и по вручении такого сертификата или его заверенной копии гаранту. При использовании такой процедуры организация-заказчик может иметь право на получение платежа в случае наступления указанного в договорной гарантии события, даже несмотря на то, что ее право на такой платеж оспаривается концессионером.

116. По причине менее высокого риска для гаранта денежный предел ответственности гаранта может быть значительно выше, чем при гарантии по первому требованию, и тем самым гарантия будет охватывать гораздо более значительную часть работ по проектному соглашению. Обязательство по обеспечению исполнения может также иметь преимущества в том случае, если организация-заказчик не может сама эффективно организовать устранение дефектов или завершение строительства и вынуждена обратиться для этого за помощью к третьей стороне. Однако если строительство связано с использованием технологии, известной только концессионеру, устранение дефектов или завершение работ третьей стороной может оказаться невозможным, и в этом случае обязательство по обеспечению исполнения может не иметь вышеуказанного преимущества по сравнению с денежной гарантией исполнения. С точки зрения концессионера преимущество акцессорных гарантий заключается в том, что они не снижают возможности концессионера по займствованию, поскольку эти гарантии, в отличие от гарантий по первому требованию и резервных аккредитивов, не влияют на кредитную линию концессионера у кредиторов.

117. На основе вышеизложенных соображений можно сделать вывод о том, что различные обязательства, принимаемые на себя концессионером, могут эффективно обеспечиваться различными видами гарантий. Хотя целесообразно потребовать от концессионера предоставления надлежащих гарантий исполнения обязательств, желательно оставить на усмотрение сторон решение вопроса о том, в какой мере и какие гарантии должны предоставляться в отношении различных обязательств, принимаемых на себя концессионером, а не предусматривать

² Текст Унифицированных правил для договорных гарантий на английском языке воспроизводится в документе A/CN.9/459/Add.1.

в законодательстве только одну форму гарантий, исключив другие. Следует отметить, что проектной компании самой потребуется ряд гарантий исполнения со стороны своих подрядчиков (см. пункт 70) и что дополнительные гарантии в пользу организации-заказчика, как правило, ведут к увеличению общей стоимости проекта и усложняют его. В некоторых странах отечественным организациям-заказчикам даются практические руководства, в которых им рекомендуется тщательно рассмотреть вопрос о том, требуются ли такие гарантии и при каких условиях они необходимы, какие конкретные риски или убытки они должны покрывать и какой вид гарантий лучше всего подходит в том или ином конкретном случае. Способность проектной компании привлекать финансовые средства для проекта может быть поставлена под угрозу, если требования в отношении гарантий будут чрезмерно высокими.

118. Одна из особых проблем, касающихся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, связана со сроком действия гарантии. Организация-заказчик может быть заинтересована в получении гарантий исполнения, действующих в течение всего срока осуществления проекта и охватывающих как этап строительства, так и этап эксплуатации. Однако с учетом долгосрочного характера проектов в области инфраструктуры и трудности оценки различных потенциальных рисков, гаранту может оказаться сложно выдать гарантию исполнения на весь срок осуществления проекта или перестраховать свои обязательства по гарантии исполнения. На практике эта проблема осложняется оговорками, предусматривающими, что невозобновление гарантии исполнения является основанием для требования по гарантии, и тем самым выдача разрешения проектной компании представлять гарантии исполнения на более короткие сроки может оказаться не самым лучшим решением. Одно из возможных решений, к которому прибегают в некоторых странах, состоит в требовании обеспечить отдельные гарантии для этапа строительства и этапа эксплуатации, что дает возможность лучше оценить риски и перспективы перестрахования. Такая система может подкрепляться четким определением риска, страхуемого на этапе эксплуатации, что позволяет лучше оценить риски и сократить общую сумму гарантии. Другая возможность, которая должна быть рассмотрена организацией-заказчиком, состоит в том, чтобы потребовать представления гарантий исполнения на время конкретных критических периодов, а не на весь срок осуществления проекта. Например, можно потребовать гарантию на этап строительства, которая действовала бы в течение соответствующего периода времени после завершения объекта и покрывала бы те дефекты, которые могут быть обнаружены впоследствии. Затем такую гарантию можно бы заменить гарантией исполнения на соответствующий определенный срок эксплуатации, с тем чтобы проектная компания могла продемонстрировать свою способность вести эксплуатацию объекта в соответствии с предусмотренными стандартами. Если работа проектной компании получает удовлетворительную оценку, требование гарантии может быть отменено на остаток срока эксплуатации до оговоренного момента перед завершением срока действия концессии, когда от проектной компании может потребоваться представление новой гарантии для обеспечения ее обязательств в связи с передачей активов и другими соответствующими мерами по завершению проекта в установленном порядке (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ____).

с) Механизмы страхования

119. Механизмы страхования, используемые в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, как правило, варьируются в зависимости от этапов, к которым они применяются, причем на конкретных этапах осуществления проекта приобретаются только определенные виды страхования. Некоторые виды страхования, такие как страхование от приостановления коммерческой деятельности, могут приобретаться концессионером в его собственных интересах, другие же - в соответствии с требованиями законодательства принимающей страны. К последним видам страхования часто относится страхование от причинения ущерба объекту, страхование гражданской ответственности, страхование компенсационных выплат рабочим, страхование на случай загрязнения и причинения ущерба окружающей среде.

120. Обязательные страховые полисы, предусмотренные законодательством принимающей страны, часто приходится приобретать у местной страховой компании или другого учреждения, которому разрешено вести операции в соответствующей стране, что в некоторых случаях может быть сопряжено с рядом практических трудностей. В некоторых странах обычно предлагаемое покрытие может оказаться более ограниченным, чем стандартное покрытие, которое может быть приобретено на международном рынке, в связи с чем концессионер может остаться незастрахованным от ряда рисков, которые могут превысить его возможности по самострахованию. Этот риск является особенно серьезным в случае страхования ущерба окружающей среде. В некоторых странах могут также возникать трудности из-за ограниченности возможностей местных страховщиков по перестрахованию рисков на международных рынках страхования и перестрахования. В силу этого проектная компания порой нуждается в приобретении дополнительных страховых услуг за рубежом, что увеличивает общие издержки по финансированию проекта.

4. Изменение условий

121. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, обычно рассчитаны на длительный срок, в течение которого многие обстоятельства, касающиеся проекта, могут измениться. Последствия многих изменений могут быть заранее урегулированы в проектном соглашении либо с помощью финансовых механизмов, таких, как тарифная структура, включающая положение об индексации (см. пункты 39-46), либо путем

взятия на себя одной из сторон, непосредственно или путем исключения, определенных рисков (например, если цена на топливо или электроэнергию не учтена в механизмах индексации, то риск более высоких, чем предполагалось, цен ложится на концессионера). Однако существуют изменения, которые трудно предусмотреть в механизме автоматической корректировки или которые стороны могут предпочесть исключить из сферы действия такого механизма. С точки зрения законодательства особого внимания заслуживают две отдельные категории изменений: законодательные или нормативные изменения и непредвиденные изменения экономических условий.

а) Законодательные или нормативные изменения

122. Учитывая долгосрочный характер проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, концессионер может столкнуться с дополнительными расходами при исполнении своих обязательств по проектному соглашению в результате будущих непредвиденных изменений в законодательстве, которое регламентирует его деятельность. В экстремальных случаях законодательство может даже сделать невозможным осуществление проекта концессионером с финансовой или материальной точки зрения. В целях надлежащего решения проблемы изменений в законодательстве может оказаться полезным провести разграничение между законодательными изменениями, конкретно касающимися проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, или одного конкретного проекта, с одной стороны, и законодательными изменениями общего характера, которые влияют не только на эксплуатацию инфраструктуры, но и на другие виды экономической деятельности, с другой стороны.

123. Изменения в законодательстве затрагивают все коммерческие организации, будь то в частном или государственном секторе, и обычно им приходится решать вопросы, связанные с последствиями таких изменений для ведения деловых операций, включая воздействие изменений на цены и спрос на их продукцию. В числе возможных примеров можно упомянуть следующее: изменения налоговых скидок в связи с капитальными затратами, которые применяются ко всем видам активов, независимо от того, принадлежат ли они государственному или частному сектору и связаны ли они с проектами в области инфраструктуры; положения, касающиеся охраны здоровья и безопасности строительных рабочих в рамках всех строительных проектов, а не только проектов в области инфраструктуры; а также изменения в положениях, касающихся утилизации опасных веществ. Общие изменения в законодательстве могут рассматриваться как обычные коммерческие риски, а не как риски, конкретно связанные с деятельностью концессионера, и правительству может оказаться сложно обеспечить защиту операторов инфраструктуры от экономических и финансовых последствий изменений в законодательстве, которые в равной мере затрагивают все коммерческие организации. Таким образом, может не иметься оснований *prima facie* для того, чтобы концессионер не испытывал на себе последствий общих законодательных рисков, включая риск увеличения издержек в результате изменений в законах, относящихся ко всему коммерческому сектору.

124. Тем не менее важно учитывать возможную ограниченность способности концессионера реагировать на рост издержек, который является следствием общих законодательных изменений, или абсорбировать эти возросшие затраты. На деятельность операторов инфраструктуры часто распространяются стандарты обслуживания и механизмы контроля над тарифами, что затрудняет их возможности реагировать на изменения законов таким же образом, как и другие частные компании (например, путем повышения тарифов или сокращения услуг). Если механизмы контроля над тарифами предусмотрены в проектном соглашении, то концессионер будет пытаться получить у организации-заказчика или регулирующего учреждения, в зависимости от обстоятельств, заверения в отношении того, что ему будет позволено возместить дополнительные издержки, вызванные изменениями в законодательстве, путем увеличения тарифов. Если такие заверения не могут быть даны, целесообразно наделить организацию-заказчика полномочиями договариваться с концессионером о компенсации, на которую концессионер может быть вправе рассчитывать в том случае, если меры контроля над тарифами не позволяют полностью возместить дополнительные издержки, вызванные общими законодательными изменениями.

125. Иная ситуация возникает в том случае, когда концессионер сталкивается с ростом издержек в результате законодательных изменений специального характера, касающихся конкретного проекта, или класса аналогичных проектов, или же в целом проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Такие изменения нельзя рассматривать как обычный коммерческий риск, и они могут существенно изменить экономические и финансовые предположения, на основе которых было заключено проектное соглашение. Таким образом, организация-заказчик часто соглашается взять на себя дополнительные расходы, являющиеся следствием специальных законодательных изменений, касающихся конкретного проекта, или класса аналогичных проектов, или же в целом проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Например, в рамках проектов прокладки автомагистралей закон, касающийся конкретного проекта или дорожно-эксплуатационной компании, или же соответствующего класса проектов частных автодорог, может повлечь за собой корректировку тарифов согласно соответствующим положениям проектного соглашения.

б) Изменения экономических условий

126 В некоторых правовых системах действуют правила, которые допускают возможность пересмотра положений проектного соглашения в случае изменения экономических и финансовых условий, которое, хотя и не создает препятствий исполнению обязательств концессионера по контракту, существенно затрудняет их исполнение по

сравнению с тем, что предусматривалось первоначально в тот момент, когда концессионер брал на себя эти обязательства. В некоторых правовых системах возможность пересмотра условий соглашения обычно подразумевается во всех правительственных контрактах или конкретно оговаривается в соответствующем законодательстве.

127. Переговоры по финансовым и экономическим условиям для осуществления инвестиций концессионером ведутся на основе предположений, исходящих из обстоятельств, существующих в момент переговоров, и разумных ожиданий сторон в отношении того, как будут развиваться эти обстоятельства в период осуществления проекта. В определенной степени прогнозы относительно экономических и финансовых параметров и, иногда, даже определенные маргинальные значения рисков будут, как правило, включаться в финансовые предложения, подготовленные участниками процедур (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 68). В то же время могут произойти некоторые события, наступление которых стороны не могли разумно ожидать в момент переговоров по проектному соглашению и которые, если бы они были учтены, привели бы к иному распределению рисков или установлению иной нормы вознаграждения на инвестиции концессионера. Учитывая долгосрочный характер проектов в области инфраструктуры, важно разработать механизмы, которые регулировали бы финансовые и экономические последствия таких событий. В ряде стран применяются правила о пересмотре условий, которые помогают сторонам в поиске справедливых решений для сохранения экономической и финансовой жизнеспособности проектов в области инфраструктуры и предотвращают неисполнение со стороны концессионера, которое привело бы к краху проекта. Однако правила о пересмотре могут иметь и ряд недостатков, особенно с точки зрения правительства.

128. Как и в случае общих законодательных изменений, изменения экономических условий представляют собой риск, с которым сталкивается большинство коммерческих организаций, не имеющих возможности воспользоваться какой-либо общей гарантией правительства, которая могла бы защитить их от экономических и финансовых последствий этих изменений. Безусловное обязательство организации-заказчика выплатить концессионеру компенсацию в связи с изменениями экономических условий может привести к переносу на публичный сектор существенной доли коммерческих рисков, изначально возлагавшихся на концессионера, и представляет собой принятие на себя открытой финансовой ответственности. Кроме того, следует отметить, что предлагаемый уровень тарифов и основные элементы распределения рисков являются важными, если не определяющими, факторами при выборе концессионера. Чрезмерно льготное применение процедуры пересмотра условий проекта может привести к предложению в ходе процесса отбора нереалистично низких тарифов в расчете на их повышение после выдачи подряда на проект. Таким образом, организация-заказчик может быть заинтересована в установлении разумных пределов, в которых законодательные положения или положения договоров могут допускать пересмотр проектного соглашения из-за изменения экономических условий.

129. Может оказаться целесообразным предусмотреть в проектном соглашении, что изменение обстоятельств, оправдывающее пересмотр условий проектного соглашения, должно быть вне сферы контроля концессионера и что его характер должен быть таким, что концессионер не мог разумно его предвидеть в момент заключения проектного соглашения или избежать и преодолеть его последствия. Например, нельзя ожидать, что компания, осуществляющая эксплуатацию платной автомобильной дороги на основании исключительной концессии, будет учитывать возможность и нести риск снижения интенсивности дорожного движения из-за последующего ввода в эксплуатацию альтернативной бесплатной дороги какой-либо организацией, не являющейся организацией-заказчиком. Однако, как правило, будет ожидать, что концессионер должен учесть возможность разумного увеличения стоимости рабочей силы в течение срока осуществления проекта. Таким образом, при обычных условиях тот факт, что заработная плата оказалась выше, чем это первоначально предполагалось, не будет считаться достаточным основанием для пересмотра проектного соглашения.

130. Кроме того, возможно, будет желательно предусмотреть в проектном соглашении, что для представления просьбы о пересмотре проектного соглашения необходимо, чтобы стоимостное воздействие якобы произошедших изменений экономических и финансовых условий было выражено определенной минимальной процентной долей от общих расходов по проекту или поступлений концессионера. Такое правило может помочь избежать проведения трудных переговоров о корректировке в случае небольших изменений до тех пор, пока совокупное воздействие изменений не составит достаточно существенной величины. В некоторых странах действуют правила, предусматривающие установление максимального предела для совокупного числа периодических пересмотров проектного соглашения. Цель таких правил состоит в том, чтобы не допустить злоупотребления механизмом изменений как средством обеспечения общего финансового баланса, не имеющего ничего общего с тем, который предусматривался в первоначальном проектном соглашении. Однако с точки зрения концессионера и кредиторов такие ограничения могут представлять собой существенный риск в случае, например, быстрого роста издержек в результате крайне резкого изменения обстоятельств. Поэтому следует тщательно взвесить вопрос о целесообразности введения такого максимального предела, а также о его определении в количественном выражении.

5. Положения, касающиеся освобождения от ответственности

131. В ходе осуществления проекта в области инфраструктуры могут произойти события, которые воспрепятствуют исполнению одной из сторон своих договорных обязательств. События, создающие такие препятствия, как правило, не поддаются контролю любой из сторон и могут быть физическим явлением, таким, как стихийное бедствие, или результатом деятельности человека, таким, как войны, восстания или террористические акции. В правовых системах многих стран в целом признается, что сторона, которая не исполняет свои договорные обязательства в силу определенных событий, может освобождаться от последствий любого такого неисполнения.

а) Определение событий, освобождающих от ответственности

132. К числу препятствий, освобождающих от ответственности, как правило, относятся события, не поддающиеся контролю любой из сторон, которые препятствуют этой стороне исполнить свои обязательства и которые эта сторона не в состоянии преодолеть за счет проявления надлежащей осмотрительности. Примерами таких событий обычно являются стихийные бедствия (например, циклоны, наводнения, засухи, землетрясения, бури, пожары или удары молний); война (объявленная или необъявленная) или другая военная деятельность, включая восстания и гражданские волнения; аварии или саботаж объектов, террористические акты, преступное причинение ущерба или угрозы таких акций; радиоактивное или химическое заражение или ионизирующая радиация; последствия природных явлений, включая геологические условия, которые невозможно было предвидеть или предотвратить; особо крупные забастовки рабочей силы.

133. В некоторых законах делается лишь общая ссылка на препятствия, освобождающие от ответственности, в то время как в других содержится подробный перечень обстоятельств, которые освобождают стороны от исполнения обязательств по проектному соглашению. Последний метод может служить цели обеспечения единообразного подхода к решению этого вопроса во всех проектах, разработанных согласно соответствующему законодательству, что помогает избегать ситуаций, при которых для какого-либо концессионера распределение рисков является более благоприятным, чем то, которое предусмотрено в других проектных соглашениях. Однако важно рассмотреть возможные недостатки включения в законодательные или нормативные положения перечня событий, которые должны рассматриваться как препятствия, освобождающие от ответственности во всех случаях. Существует риск того, что этот перечень может оказаться неполным и не охватить важные препятствия. Кроме того, в определенное время года некоторые стихийные бедствия, такие, как бури, циклоны, наводнения, могут являться вполне обычным явлением в месте осуществления проекта. Сами по себе эти стихийные бедствия могут представлять собой риски, которые любой поставщик общедоступных услуг, действующий в данном регионе, должен заранее предвидеть.

134. Другой аспект, который нуждается в тщательном рассмотрении, состоит в том, могут ли те или иные действия других публичных органов, помимо организации-заказчика, представлять собой препятствия, освобождающие от ответственности, и если да, то в какой степени. От концессионера может потребоваться получить лицензию или иное официальное разрешение на исполнение некоторых из его обязательств. Таким образом, проектное соглашение может предусматривать, что если в выдаче лицензии или разрешения будет отказано или если они будут выданы, но потом отозваны из-за того, что концессионер не отвечает определенным критериям для выдачи лицензии или разрешения, то концессионер не может ссылаться на отказ в качестве препятствия, освобождающего от ответственности. Однако если в выдаче лицензии или разрешения будет отказано или же если они будут отозваны по посторонним или необоснованным причинам, то будет справедливо предусмотреть, что концессионер может ссылаться на отказ в качестве препятствия, освобождающего от ответственности. Другим возможным основанием для освобождения может служить приостановление проекта, произведенное публичным органом или каким-либо иным правительственным учреждением, помимо организации-заказчика, например, вследствие изменений правительственных планов и политики, которые требуют приостановления или серьезного пересмотра проекта, что существенно влияет на первоначальные планы. В таких случаях будет, возможно, важно рассмотреть институциональную взаимосвязь между организацией-заказчиком и публичным органом, в результате действий которого создано препятствие, а также степень их независимости друг от друга. Событие, квалифицируемое как препятствие, освобождающее от ответственности, может в некоторых случаях представлять собой прямое нарушение проектного соглашения организацией-заказчиком в зависимости от того, могла ли организация-заказчик осуществлять разумный контроль за действиями другого публичного органа или оказать на них влияние.

135. На стадии строительства возникновение обстоятельств, освобождающих от ответственности, как правило, оправдывает продление сроков, отведенных для завершения объекта. В этой связи важно изучить последствия любого такого продления для общей продолжительности проекта, в частности в тех случаях, когда этап строительства учитывается при расчете общей продолжительности срока концессии. Задержки в завершении строительства объекта сокращают продолжительность эксплуатационного периода и могут негативно сказаться на общей смете поступлений концессионера и кредиторов. Поэтому может оказаться целесообразным рассмотреть вопрос о том, при каких обстоятельствах продление срока концессии может быть оправданным, с тем чтобы учесть возможные задержки, которые возникают на этапе строительства. Наконец, желательно предусмотреть, что, если соответствующее обстоятельство носит постоянный характер, стороны могут прекратить проектное соглашение (см. также главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ___).

136. Другой важный вопрос состоит в том, будет ли концессионер иметь право на компенсацию в случае потери доходов или причинения ущерба имуществу в результате возникновения препятствий, освобождающих от ответственности. Ответ на этот вопрос обуславливается распределением рисков, предусмотренным в проектном соглашении. За исключением случаев, когда правительство оказывает прямую поддержку в той или иной форме, проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, осуществляются концессионером на свой страх и риск, включая риск убытков, которые могут являться следствием стихийных бедствий и других препятствий, освобождающих от ответственности, и в отношении которых концессионеру обычно требуется приобрести надлежащее страховое покрытие. Таким образом, некоторые законы прямо исключают любую форму компенсации концессионеру в случае убытков или ущерба, являющихся следствием возникновения препятствий, освобождающих от ответственности. Однако это необязательно подразумевает, что те или иные события, квалифицируемые как препятствия, освобождающие от ответственности, не могут в то же время служить основанием для пересмотра условий проектного соглашения в целях восстановления его экономической и финансовой сбалансированности (см. также пункты 126-130).

137. Вместе с тем для проектов, связанных с сооружением объектов, которые находятся в постоянной собственности организации-заказчика или должны быть переданы ей по завершении срока проекта, иногда предусматривается другое распределение рисков. В некоторых странах организация-заказчик имеет право заключать договоренности об оказании концессионеру помощи в ремонте или реконструкции объектов инфраструктуры, пострадавших в результате стихийных бедствий или аналогичных событий, указанных в проектном соглашении, при условии, что возможность такой помощи предусматривалась в запросе предложений. Иногда организация-заказчик вправе согласиться выплатить компенсацию концессионеру в случае приостановления работ на более чем определенное число дней в пределах какого-либо максимального срока, если это приостановление вызвано событием, произошедшим не по вине концессионера.

138. Если концессионер оказывается не в состоянии исполнять свои обязательства из-за любого такого препятствия и если сторонам не удается добиться приемлемого пересмотра условий контракта, согласно некоторым национальным законам концессионеру предоставляется право прекратить проектное соглашение без ущерба для той компенсации, которая может причитаться при таких обстоятельствах (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ____).

139. Законодательные и договорные положения, касающиеся обстоятельств, освобождающих от ответственности, также необходимо рассматривать в свете других правил, регулирующих предоставление соответствующих услуг. В некоторых правовых системах закон требует, чтобы поставщики общедоступных услуг прилагали все усилия для продолжения оказания услуг, несмотря на возникновение обстоятельств, определенных в качестве препятствий, освобождающих от ответственности по договору (см. пункты 86 и 87). В этих случаях целесообразно определить, в какой степени такое обязательство может, исходя из разумных соображений, накладываться на концессионера и какая компенсация может причитаться за дополнительные издержки и трудности, с которыми он сталкивается.

6. Случаи неисполнения обязательств и средства правовой защиты

140. В целом, существует широкий набор средств правовой защиты - вплоть до прекращения договора, - которые, по согласованию сторон, могут применяться для урегулирования последствий неисполнения обязательств. В нижеследующих пунктах рассматриваются общие соображения, касающиеся случаев неисполнения обязательств и средств правовой защиты, имеющихся у любой из сторон (см. пункты 141 и 142). В них рассматриваются законодательные последствия применения некоторых средств правовой защиты, которые направлены на устранение причин неисполнения и обеспечение непрерывного осуществления проекта, в частности мер вмешательства организации-заказчика (см. пункты 143-146) или замены концессионера (см. пункты 147-150). Конечное средство правовой защиты в виде прекращения проектного соглашения и последствия такого прекращения рассматриваются в других разделах Руководства (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ____).

а) Общие соображения, касающиеся неисполнения и средств правовой защиты

141. К средствам правовой защиты в случае неисполнения со стороны концессионера, как правило, относятся те, которые обычно используются в контрактах на строительство или долгосрочное оказание услуг, такие, как удержание гарантий, договорные штрафы и заранее оцененные убытки³. В большинстве случаев такие средства правовой защиты являются типично договорными по своему характеру и в связи с ними не возникает значительных вопросов, касающихся законодательства. Тем не менее важно установить надлежащие процедуры для удостоверения случаев неисполнения обязательств и создания возможности для исправления таких случаев. В некоторых странах для наложения договорных штрафов требуется заключение официальной инспекции и осуществление других

³ Рассмотрение вопроса о средствах правовой защиты, используемых в контрактах на строительство сложных промышленных объектов, см. Правовое руководство ЮНСИТРАД по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов, глава XVIII, "Просрочка, дефекты и прочие случаи невыполнения обязательств".

процедур, включая проведение старшими должностными лицами организации-заказчика соответствующей проверки перед наложением более серьезных санкций. Эти процедуры могут дополняться положениями, проводящими разграничение между поддающимися и не поддающимися исправлению дефектами и устанавливающими соответствующие процедуры и средства правовой защиты. Как правило, целесообразно предусмотреть, что концессионеру должно представляться уведомление с требованием исправить то или иное нарушение в надлежащий срок. Кроме того, возможно, целесообразно предусмотреть выплату концессионером штрафов или заранее оцененных убытков в случае неисполнения им основных обязательств и уточнить, что никакие штрафы не применяются при нарушениях второстепенных или вспомогательных обязательств, применительно к которым могут быть использованы другие средства правовой защиты согласно национальному законодательству. Кроме того, система контроля за исполнением обязательств, предусматривающая штрафы и заранее оцененные убытки, может дополняться системой премий, выплачиваемых концессионеру за превышение согласованных условий.

142. В то время как организация-заказчик может защитить себя от последствий неисполнения со стороны концессионера при помощи ряда различных договоренностей, соблюдение которых обеспечивается в судебном порядке, на средства правовой защиты, имеющиеся у концессионера, в соответствии с применимым законодательством могут накладываться некоторые ограничения. Важные ограничения могут вытекать из норм права, которые признают иммунитет публичных органов от судебных исков и принудительных мер. В зависимости от правовой природы организации-заказчика или других публичных органов, которые берут на себя обязательства перед концессионером, последний может быть лишен возможности принятия принудительных мер для обеспечения исполнения обязательств, взятых на себя этими публичными учреждениями (см. главу VI "Урегулирование споров", ____). В этой ситуации возрастает важность обеспечения механизмов для защиты концессионера от последствий неисполнения со стороны организации-заказчика, например, при помощи правительственных гарантий, охватывающих конкретные случаи неисполнения обязательств, или гарантий, предоставляемых третьими сторонами, такими, как многосторонние кредитные учреждения (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 61-71).

б) Права вмешательства организации-заказчика

143. В законодательстве некоторых стран прямо предусматривается, что организация-заказчик имеет право временно брать на себя функции по эксплуатации объекта, обычно в случае неисполнения концессионером его обязательств, в частности, если на организации-заказчике лежит по закону ответственность за обеспечение эффективного оказания соответствующих услуг в любое время. В некоторых правовых системах такая прерогатива рассматривается как неотъемлемая часть большинства правительственных контрактов и считается существующей, даже если о ней прямо не упоминается в законодательстве или проектном соглашении.

144. Следует отметить, что право организации-заказчика на принятие мер или "вмешательство" является крайней мерой. Частные инвесторы могут опасаться, что организация-заказчик может использовать это право или угрожать его использованием с целью навязать свои желания относительно порядка предоставления услуг или даже установить контроль над активами проекта. Поэтому целесообразно как можно более четко определить те обстоятельства, при которых может происходить вмешательство. Важно ограничить право организации-заказчика на вмешательство случаями серьезных сбоев в предоставлении услуг и не допускать такого вмешательства в случаях простой неудовлетворенности деятельностью концессионера. В законе, возможно, было бы полезно уточнить, что вмешательство организации-заказчика в осуществление проекта носит временный характер и направлено на исправление конкретной безотлагательной проблемы, которую концессионеру не удалось решить самостоятельно. После того, как чрезвычайная ситуация будет исправлена, концессионер должен вновь взять на себя ответственность за оказание услуг.

145. Право организации-заказчика на вмешательство может быть ограничено, поскольку иногда бывает сложно быстро найти и выбрать субподрядчика для принятия мер, ради которых организация-заказчик и вмешалась в работу концессионера. Помимо этого, существует опасность того, что частые вмешательства могут переложить на организацию-заказчика те риски, которые, согласно условиям проектного соглашения, были возложены на концессионера. Концессионер не должен полагаться на вмешательство организации-заказчика для устранения того или иного конкретного риска, а сам должен вести себя так, как это предусмотрено в проектном соглашении.

146. В проектном соглашении целесообразно указать, какая из сторон несет расходы в связи с вмешательством организации-заказчика. В большинстве случаев, если вмешательство обусловлено неисполнением по вине концессионера, то ответственность за расходы, понесенные организацией-заказчиком, должен нести концессионер. В некоторых случаях для предотвращения споров по поводу ответственности и соответствующего размера расходов в соглашении можно предусмотреть право организации-заказчика принимать меры для самостоятельного исправления ситуации и взыскивать фактические издержки, понесенные в связи с таким вмешательством (включая ее собственные административные расходы), с концессионера. Однако, если такое вмешательство происходит после возникновения препятствий, освобождающих от ответственности (см. пункты 131-139), стороны могут договориться об ином решении в зависимости от того, на кого был возложен конкретный риск в проектном соглашении.

с) Права кредиторов на вмешательство и принудительная передача концессии в другие руки

147. В ходе осуществления проекта могут возникнуть ситуации, когда в случае неисполнения со стороны концессионера или возникновения чрезвычайного события вне сферы контроля концессионера стороны, тем не менее, будут заинтересованы в том, чтобы избежать прекращения проекта (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение действия соглашения", ___) путем передачи ответственности за продолжение осуществления проекта другому концессионеру. Кредиторы, главным обеспечением которых являются поступления, получаемые от реализации проекта, в первую очередь обеспокоены риском приостановления или прекращения проекта до погашения кредитов. В случае неисполнения обязательств или возникновения препятствия для деятельности концессионера кредиторы будут заинтересованы в обеспечении того, чтобы работы не остались незавершенными и чтобы концессия приносила прибыль. Организация-заказчик также может быть заинтересована в том, чтобы проект мог быть продолжен новым концессионером в качестве альтернативы необходимости принять на себя ответственность за реализацию проекта и самостоятельно продолжить его осуществление.

148. Положения, которые позволяют кредиторам с согласия организации-заказчика выбрать нового концессионера для исполнения обязательств по действующему проектному соглашению, были включены в ряд недавних соглашений, касающихся крупных проектов в области инфраструктуры. Такие положения, как правило, дополняются прямым соглашением между организацией-заказчиком и кредиторами, которые предоставляют финансовые средства концессионеру. Главная цель такого прямого соглашения состоит в том, чтобы дать кредиторам возможность избежать прекращения проекта организацией-заказчиком в случае неисполнения со стороны концессионера путем его замены новым концессионером, который будет продолжать исполнять обязательства по проектному соглашению вместо концессионера, допустившего нарушение. В отличие от права организации-заказчика на вмешательство, которое связано с конкретным, временным и экстраординарным сбоем в предоставлении услуг, права кредиторов на вмешательство предусматриваются для тех случаев, когда непредоставление услуг концессионером носит неоднократный характер и может быть разумно сочтено необратимым. Опыт стран, которые в последнее время прибегали к таким прямым соглашениям, показывает, что возможность воспрепятствовать прекращению проекта и выбирать альтернативного концессионера обеспечивает кредиторам дополнительные гарантии на случай неисполнения обязательств концессионером. В то же время это дает организации-заказчику возможность избежать трудностей, связанных с прекращением проектного соглашения, и тем самым обеспечить непрерывность предоставления услуг.

149. Однако в некоторых странах, в которых такие положения не предусмотрены в законодательном порядке, их применение может быть сопряжено с трудностями. Неспособность концессионера исполнять свои обязательства обычно служит основанием для передачи эксплуатации объекта организации-заказчику или прекращения соглашения (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ___). Для выбора нового концессионера вместо концессионера, не исполняющего свои обязательства, организации-заказчику иногда необходимо использовать те же процедуры, которые применяются при выборе первоначального концессионера, и у организации-заказчика может не иметься возможности договориться с кредиторами о привлечении нового концессионера, который не был выбран в соответствии с этими процедурами. С другой стороны, даже когда организация-заказчик в чрезвычайных ситуациях имеет право вести переговоры с новым концессионером, может потребоваться заключение с ним нового проектного соглашения и его возможности по принятию на себя обязательств его предшественника могут быть ограниченными.

150. В связи с этим может быть целесообразно признать в законодательстве право организации-заказчика заключать соглашения с кредиторами, позволяющие им назначать, с согласия организации-заказчика, нового концессионера для исполнения обязательств по действующему проектному соглашению, если концессионер допускает серьезные нарушения при предоставлении услуг, предусмотренных в проектном соглашении, или в случае других оговоренных событий, которые могут являться основанием для прекращения проектного соглашения. В соглашении между организацией-заказчиком и кредиторами следует, в частности, указывать следующее: обстоятельства, при которых кредиторам разрешается назначать нового концессионера; процедуры замены концессионера; основания для отклонения организацией-заказчиком предлагаемой замены; и обязательства кредиторов по обеспечению услуг на тех же стандартах и на тех же условиях, которые требуются согласно проектному соглашению.

A/CN.9/471/Add.6

V. СРОК ДЕЙСТВИЯ, ПРОДЛЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ПРОЕКТНОГО СОГЛАШЕНИЯ

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Пункты</i>
РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	
КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	1-62
А. Общие соображения	1
В. Срок действия проектного соглашения	2-5
С. Продление проектного соглашения	6-8
Д. Прекращение	9-35
1. Прекращение организацией-заказчиком	14-27
2. Прекращение концессионером	28-33
3. Прекращение любой из сторон	34-35
Е. Последствия истечения или прекращения проектного соглашения	36-62
1. Передача активов, относящихся к проекту	37-42
2. Финансовые механизмы, регулирующие последствия прекращения	43-49
3. Этап завершения и меры в переходный период	50-62

Рекомендация по законодательным вопросам

Принимающим странам, которые хотели бы стимулировать осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, рекомендуется реализовать в законодательном порядке нижеследующие принципы.

Срок действия и продление проектного соглашения (см. пункты 2-8)

Рекомендация 60. Продолжительность концессии должна быть оговорена в проектном соглашении.

Рекомендация 61. Срок действия концессии не должен продлеваться, кроме как в оговоренных в законе обстоятельствах, например, в следующих:

- а) задержки в завершении или приостановление эксплуатации в результате наступления событий вне сферы разумного контроля любой из сторон;
- б) приостановление проектов в результате действий организации-заказчика или других публичных органов;
- в) 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 проектного соглашения (см. пункты 9-35)

Прекращение организацией-заказчиком

Рекомендация 62. Организация-заказчик должна иметь право прекратить проектное соглашение:

- а) 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;
- б) в силу публичных интересов при условии выплаты компенсации концессионеру.

Прекращение концессионером

Рекомендация 63. Концессионер должен иметь право прекратить проектное соглашение в случае оговоренных в законе исключительных обстоятельств, например, следующих:

- а) в случае серьезного нарушения организацией-заказчиком или другим публичным органом в том, что касается исполнения их обязательств по проектному соглашению;
- б) 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 любой из сторон

Рекомендация 64. 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.

Последствия истечения или прекращения проектного соглашения (см. пункты 36-62)

Передача активов организации-заказчику или новому концессионеру

Рекомендация 65. 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.

Финансовые механизмы, регулирующие последствия прекращения

Рекомендация 66. 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

Рекомендация 67. В проектном соглашении следует установить, если это уместно, права и обязательства сторон в отношении следующего:

- а) передача технологии, необходимой для эксплуатации объекта;
- б) подготовка персонала организации-заказчика или концессионера-преемника для эксплуатации и технического обслуживания объекта;
- в) предоставление концессионером услуг по эксплуатации и материально-техническому обслуживанию и поставка запасных частей, если это требуется, в течение разумного срока после передачи объекта организации-заказчику или концессионеру-преемнику.

КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

А. Общие замечания

1. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, в большинстве случаев осуществляются в течение определенного срока, по истечении которого ответственность за эксплуатацию объекта инфраструктуры передается концессионером организации-заказчику. Элементы, которые следует учитывать при определении срока концессии, рассматриваются в разделе В. В разделе С излагается вопрос о возможности и обстоятельствах продления проектного соглашения. В разделе D рассматриваются обстоятельства, позволяющие прекратить проектное соглашение до истечения его срока. Наконец, в разделе Е рассматриваются последствия истечения или прекращения проектного соглашения, включая передачу активов проекта и компенсацию, на которую могут иметь право стороны при прекращении соглашения, а также вопросы, связанные с этапом завершения проекта.

В. Срок действия проектного соглашения

2. Законодательство некоторых стран содержит положения, ограничивающие срок действия концессий в области инфраструктуры определенным числом лет. В некоторых случаях законодательство устанавливает общие ограничения в отношении большинства проектов в области инфраструктуры и специальные ограничения в отношении проектов в конкретных секторах инфраструктуры. В некоторых странах максимальная продолжительность установлена только в отношении определенных секторов инфраструктуры.

3. Желательный срок действия проектного соглашения может зависеть от целого ряда факторов, например от максимального срока эксплуатации объекта; вероятного срока, в течение которого будет сохраняться потребность в соответствующей услуге; предполагаемого срока полезной эксплуатации активов, связанных с проектом; степени изменяемости технологии, требуемой для проекта; и срока, необходимого концессионеру для погашения своей задолженности и амортизации первоначальных инвестиций. В данном контексте понятие экономической "амортизации" означает постепенное списание стоимости вложенных средств против получаемых доходов от проекта при том понимании, что к окончанию срока проекта остаточная стоимость объекта будет полностью списана. С учетом трудностей, связанных с установлением единого законодательного ограничения срока осуществления проекта в области инфраструктуры, целесообразно наделить организацию-заказчика определенными возможностями для проявления гибкости при проведении переговоров в отношении такого срока, который в каждом конкретном случае будет являться надлежащим для соответствующего проекта.

4. В некоторых правовых системах этот результат достигается с помощью положений, которые требуют, чтобы все концессии обуславливались максимальным сроком без указания при этом какого-либо числа лет. Иногда закон лишь указывает, какие элементы следует принимать во внимание при определении продолжительности концессии; к их числу могут относиться, например, характер и размер инвестиций, требуемых от концессионера, и обычный срок амортизации в отношении соответствующих конкретных объектов и сооружений. Некоторые законы, касающиеся конкретных проектов или секторов, предусматривают комбинированную систему, в рамках которой требуется, чтобы проектное соглашение предусматривало истечение концессии по истечении определенного срока или же после полного погашения концессионером своей задолженности и достижения определенного уровня поступлений, объема производства или пользования в зависимости от того, что наступает раньше.

5. Вместе с тем в тех случаях, когда считается необходимым установить законодательные ограничения, максимальный срок должен быть достаточно продолжительным для того, чтобы концессионер мог полностью погасить свою задолженность и получить разумную прибыль. Кроме того, возможно, было бы полезным предоставить организации-заказчику право на согласование в исключительных случаях более длительных сроков концессий с учетом объема инвестиций и требуемого для их возвращения срока, а также при условии соблюдения специальных процедур одобрения.

С. Продление проектного соглашения

6. В договорной практике некоторых стран организация-заказчик и концессионер могут договориться об однократном или многократном продлении срока концессии. Чаше, однако, внутреннее законодательство разрешает продлевать проектное соглашение лишь при наличии исключительных обстоятельств. В таком случае по истечении проектного соглашения организация-заказчик обязана, как правило, начать процесс отбора нового концессионера, с применением обычно тех же процедур, которые использовались при выборе концессионера, срок действия концессии которого истек (рассмотрение процедур отбора см. главу III "Выбор концессионера").

7. В ряде стран признано полезным требовать проведения периодических повторных процедур на получение исключительных концессий вместо свободного продления таких концессий сторонами. Проведение периодических процедур может дать концессионеру сильный стимул к повышению эффективности работы. Период между выдачей первоначального подряда и первыми (и последующими) повторными процедурами должен устанавливаться с учетом уровня инвестированных средств и других рисков, которым подвергается концессионер. Например, для концессий на сбор твердых отходов, не требующих крупных фиксированных инвестиций, периодичность может быть сравнительно короткой (например, от трех до пяти лет), тогда как для концессий на энергоснабжение или водоснабжение желательно устанавливать более длительные сроки. В большинстве стран проведение повторных процедур совпадает с окончанием срока проекта, однако в других странах концессия может выдаваться на длительный период (например, на 99 лет), с проведением периодических процедур (например, каждые 10 или 15 лет). В случае последнего механизма, принятого в нескольких странах, первые повторные процедуры проводятся до того, как концессионер полностью окупит свои инвестиции. Для стимулирования действующего оператора в законодательстве некоторых стран предусматривается, что концессионеру может быть отдано предпочтение перед остальными участниками процедур при выдаче последующих концессий на аналогичную деятельность. Вместе с тем концессионер может обладать правом на компенсацию, если он не выиграет очередной раунд процедур, и в этом случае все поступления от процедур или их часть должны будут быть выплачены действующему концессионеру. Требование о том, что участник, выигравший процедуры, должен выкупить у действующего концессионера его права собственности и неввозмещенные инвестиции, сокращает долгосрочный риск для инвесторов и кредиторов и предоставляет им ценную возможность выйти из осуществления проекта (см. пункты 39 и 40).

8. Несмотря на сказанное выше, целесообразно не исключать полностью возможность проведения переговоров о продлении срока концессии при возникновении исключительных обстоятельств. Срок проекта в области инфраструктуры является одним из основных факторов, учитываемых при обсуждении финансовых механизмов, и непосредственно влияет на цену на услуги, предоставляемые концессионером. Стороны могут прийти к выводу, что продление проектного соглашения (как альтернативы другим компенсационным механизмам или в комбинации с ними) может быть полезным вариантом решения при возникновении непредвиденных препятствий или других изменений в течение срока реализации проекта. К таким обстоятельствам могут относиться следующие: продление срока в качестве компенсации в случае приостановления проекта или утраты прибыли в силу наступления препятствующих событий (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 131-139); продление срока в качестве компенсации в случае приостановления проекта в результате действий организации-заказчика или других публичных органов (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 140 и 141); или продление срока для предоставления концессионеру возможности возместить издержки в связи с выполнением необходимых дополнительных работ на объекте, которые концессионер не смог бы возместить в течение нормального срока действия проектного соглашения без неоправданного повышения тарифов (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 73-76). Для целей прозрачности и отчетности в некоторых странах продление срока концессии обуславливается общим совокупным пределом или требует утверждения специально назначенным публичным органом.

Д. Прекращение

9. Основания для прекращения проектного соглашения до истечения его срока действия и последствия любого такого прекращения часто являются предметом регулирования внутреннего законодательства. Как правило, закон разрешает сторонам прекратить проектное соглашение при наступлении определенных событий. Все стороны, связанные с реализацией проекта в области инфраструктуры, финансируемого из частных источников, заинтересованы прежде всего в обеспечении успешного завершения строительства объекта и непрерывного и упорядоченного предоставления соответствующих общедоступных услуг. С учетом серьезных последствий прекращения соглашения, поскольку может быть прервано или даже остановлено предоставление услуг, такую меру следует в большинстве обстоятельств рассматривать в качестве последнего средства. Следует тщательно рассмотреть условия осуществления этого права той или другой стороной. Такие условия не обязательно должны быть одинаковыми, однако в целом желательно добиться широкого справедливого баланса прав и условий в отношении прекращения соглашения для обеих сторон.

10. Помимо указания обстоятельств или событий, которые могут дать право на прекращение, целесообразно, чтобы стороны проработали соответствующие процедуры установления того, имеются ли веские основания для прекращения проектного соглашения. Особую важность представляет вопрос о том, может ли проектное соглашение быть прекращено в одностороннем порядке или же для его прекращения необходимо решение судебного или иного органа по урегулированию споров.

11. Концессионер обычно не наделяется правом прекращать проектное соглашение без достаточных оснований, и в некоторых правовых системах прекращение концессионером даже в случае нарушения организацией-заказчиком ее обязательств требует вынесения окончательного судебного решения. В то же время в некоторых странах в силу норм, применимых к контрактам с правительственными учреждениями, такое право могут осуществлять публичные органы, при условии выплаты компенсации концессионеру. Между тем в других странах делается исключение в случае концессий на общедоступные услуги, договорный характер которых считается несовместимым с правом прекращать соглашение в одностороннем порядке. И наконец, в некоторых правовых системах не признается право публичных органов прекращать соглашения в одностороннем порядке. Вместе с тем учредители и кредиторы проекта будут обеспокоены по поводу риска преждевременного или необоснованного прекращения соглашения организацией-заказчиком даже в случае, когда решение о прекращении может быть обжаловано через механизм урегулирования споров. Следует также отметить, что наделение организации-заказчика правом в одностороннем порядке прекращать проектное соглашение не может адекватно заменить хорошо проработанные договорные механизмы контроля за исполнением или надлежащие гарантии исполнения (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 108-120).

12. Положения, касающиеся прекращения, должны таким образом быть приведены в соответствие с предусмотренными в проектном соглашении средствами правовой защиты в случае нарушения обязательства. В частности, полезно провести различие между условиями для прекращения и условиями для импедимента со стороны организации-заказчика (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 143-146). Важно также при рассмотрении вопроса о правах организации-заказчика на прекращение соглашения учитывать финансовые соглашения, которые концессионер заключил со своими кредиторами. В большинстве случаев события, которые могут привести к прекращению проектного соглашения, будут представлять собой также случаи нарушения условий кредитных соглашений, последствием чего может стать незамедлительное востребование всей непогашенной задолженности концессионера. Поэтому было бы полезно попытаться избежать риска прекращения соглашения за счет предоставления кредиторам возможности предложить кандидатуру нового концессионера в случае, когда прекращение проектного соглашения с первоначальным концессионером представляется необратимым (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 108-120).

13. В свете сказанного выше, в целом целесообразно предусмотреть, что в большинстве случаев для прекращения проектного соглашения требуется окончательное решение органа по урегулированию споров, оговоренного в соглашении. Такое требование позволило бы снизить опасения в отношении преждевременного или необоснованного прекращения соглашения. Вместе с тем оно не исключало бы возможность принятия надлежащих мер по обеспечению непрерывности предоставления услуг в ожидании вынесения окончательного решения органом по урегулированию споров, если в проектом соглашении предусмотрены договорные средства правовой защиты в случае неисполнения, такие как права вмешательства организации-заказчика и кредиторов. В странах, где такое требование будет несовместимо с общими принципами административного права, применимыми к правительственным контрактам, было бы важно, по меньшей мере обеспечить, чтобы право организации-заказчика на прекращение проектного соглашения не наносило ущерба праву концессионера добиваться последующего пересмотра решения о прекращении, принятого организацией-заказчиком, в судебном порядке.

1. Прекращение организацией-заказчиком

14. Права организации-заказчика на прекращение соглашения обычно распространяются на три категории обстоятельств: серьезное нарушение обязательств концессионером, несостоятельность или банкротство концессионера и прекращение соглашения в силу публичных интересов.

а) Серьезное нарушение обязательств концессионером

15. На организации-заказчике лежит обязанность обеспечить предоставление общедоступных услуг в соответствии с применимыми законами, правилами и договорными положениями. Так, в национальном законодательстве ряда стран организация-заказчик наделяется правом прекращать проектное соглашение в случае нарушения обязательств концессионером. В связи с перебоями, которые возникают при прекращении соглашения, и в интересах сохранения непрерывности предоставления услуг, нецелесообразно рассматривать прекращение в качестве санкции во всех и любых случаях неудовлетворительного исполнения соглашения концессионером. Наоборот, в целом желательно прибегать к этой крайней мере только в случаях "особо серьезного" или "неоднократного" неисполнения обязательств, особенно когда уже нельзя больше разумно ожидать, что концессионер будет способен или готов исполнять свои обязательства по проектному соглашению. Во многих правовых системах используются специальные технические термины для указания на ситуации, когда степень тяжести нарушения обязательств одной из договаривающихся сторон такова, что другая сторона может прекратить их договорные отношения до истечения их срока действия (например, "существенное нарушение", "материальное нарушение" или аналогичные формулировки). Такие ситуации называются в настоящем Руководстве "серьезным нарушением обязательств".

16. Ограничение возможности прекращения соглашения случаями серьезных нарушений может дать кредиторам и учредителям проекта гарантию того, что они будут защищены от принятия организацией-заказчиком необоснованных или поспешных решений. Закон может в целом наделять организацию-заказчика правом на прекращение проектного соглашения в случае серьезного нарушения обязательств концессионером, а вопросы определения понятия "серьезное нарушение обязательств" и, в случае необходимости, включения иллюстративных примеров могут быть оставлены на урегулирование в проектом соглашении. С практической точки зрения, нецелесообразно пытаться установить в законе или в проектом соглашении исчерпывающий перечень событий, являющихся основанием для прекращения.

17. В качестве общего правила целесообразно предоставлять концессионеру дополнительный срок для исполнения его обязательств и устранения последствий нарушения до обращения организации-заказчика к использованию средств правовой защиты. Например, концессионеру следует направить уведомление с указанием характера соответствующих обстоятельств и требованием их исправления в течение определенного срока. Следует также предоставить возможность кредиторам и гарантам, в зависимости от случая, устранить последствия нарушения обязательств концессионером путем временного привлечения услуг третьей стороны для исправления этих последствий в соответствии с условиями гарантий исполнения, предоставленных организацией-заказчику или условиями прямого соглашения между кредиторами и организацией-заказчиком (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 108-120 и 147-150). В проектом соглашении может быть также предусмотрено, что в случае, когда обстоятельства не исправлены до истечения соответствующего срока, организация-заказчик может прекратить проектное соглашение, при условии предварительного направления уведомления кредиторам и предоставления им возможности осуществить в течение определенного срока право замены концессионера, как оно может предусматриваться в прямом соглашении между ними и организацией-заказчиком. Вместе с тем необходимо установить разумные крайние сроки для исполнения, поскольку нельзя ожидать, что организация-заказчик будет в течение неопределенного времени нести дальнейшие издержки, обусловленные ситуацией нарушения проектного соглашения концессионером. Кроме того, установленные процедуры не должны наносить ущерб праву организации-заказчика вмешиваться в ситуацию для предотвращения риска перебоев в предоставлении услуг концессионером (см. главу V "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 145 и 146).

i) Серьезное нарушение обязательств до начала строительства

18. Концессионер обязан, как правило, выполнить ряд действий до начала осуществления строительных работ. Некоторые такие требования могут даже считаться предварительными условиями для вступления в силу проектного соглашения. К событиям, которые во многих случаях оправдывают отзыв решения о выдаче концессии на раннем этапе, относятся следующие:

- a) в течение установленного предельного срока не обеспечены необходимые финансовые средства, не подписано проектное соглашение или не создана проектная компания;
- b) не получены лицензии или разрешения, необходимые для проведения деятельности, являющейся предметом концессии;
- c) в течение установленного срока с момента выдачи концессии не развернуто строительство объекта, не начата разработка проекта или не представлены необходимые для этого планы и чертежи.

19. Прекращение соглашения должно в принципе ограничиваться ситуациями, когда организация-заказчик больше не может разумно ожидать, что выбранный концессионер примет необходимые меры для начала исполнения проекта. В связи с этим важно, чтобы организация-заказчик принимала во внимание любые обстоятельства, которые могли бы оправдать задержку в исполнении концессионером его обязательств. Кроме того, концессионер не должен страдать в результате последствий бездействия или ошибки со стороны организации-заказчика или других публичных органов. Например, прекращение проектного соглашения будет, как правило, неоправданным, если неполучение концессионером правительственных лицензий и разрешений в установленный графиком срок не вызвано виной самого концессионера.

ii) Серьезное нарушение обязательств на этапе строительства

20. К событиям, которые могут явиться основанием для прекращения проектного соглашения на этапе строительства, относятся следующие:

- a) не соблюдены строительные технические нормы, спецификации или минимальные стандарты проектирования и исполнения работ, а также имеет место неоправданная задержка в выполнении установленного графика работ;
- b) не предоставлены или не возобновлены необходимые гарантии на согласованных условиях;
- c) нарушены существенные обязательства, предусмотренные в законе или Договоре.

21. Прекращение соглашения должно быть соразмерно степени тяжести нарушения обязательств концессионером и последствиям такого нарушения для организации-заказчика. Например, организация-заказчик может иметь законный интерес в установлении даты завершения строительства и поэтому будет вправе считать задержку в завершении строительства нарушением обязательств, а значит основанием для прекращения соглашения. Однако одна лишь задержка, тем более незначительная по сравнению с установленным в проектом соглашении сроком, может и не быть достаточным основанием для прекращения соглашения, когда во всех других отношениях организация-заказчик в целом удовлетворена способностью и стремлением концессионера выполнить строительные работы, отвечающие установленным стандартам качества.

iii) Серьезное нарушение обязательств на этапе эксплуатации

22. К конкретным случаям нарушения обязательств, которые, как правило, являются основанием для прекращения концессии на этапе эксплуатации объекта, относятся следующие:

- a) серьезное несоответствие предоставляемых услуг законодательным и договорным стандартам качества, включая несоблюдение мер по контролю над ценами;
- b) неоправданное приостановление или временное прекращение предоставления услуг без предварительного согласия организации-заказчика;
- c) серьезное несоответствие установленным стандартам качества уровня технического обслуживания концессионером объекта, оборудования и аппаратуры или неоправданная задержка в исполнении работ по материально-техническому обслуживанию в соответствии с установленными планами, графиками и расписаниями;
- d) несоблюдение санкций, установленных организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, в зависимости от случая, в отношении концессионера за нарушение им его обязанностей.

23. В целях повышения прозрачности и беспристрастности в делах правительства, законодательством некоторых стран также предусмотрено прекращение проектного соглашения, если концессионер виновен в налоговом мошенничестве или в совершении других мошеннических деяний либо если его представители или сотрудники замешаны в подкупе государственных должностных лиц и в совершении других актов коррупции (см. также главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", пункты 50-52. Эти последние соображения подчеркивают важность разработки эффективных механизмов для борьбы с коррупцией

и взяточничеством и предоставления концессионеру возможности подавать жалобы на вымогательство незаконных платежей или противоправные угрозы со стороны должностных лиц принимающей страны.

b) Несостоятельность концессионера

24. Как правило, услуги в области инфраструктуры должны предоставляться непрерывно и по этой причине внутреннее законодательство большинства стран предусматривает возможность прекращения соглашения, если концессионер объявлен несостоятельным или банкротом. Для обеспечения непрерывности предоставления услуг активы и собственность, которые должны быть переданы организации-заказчику, могут быть изъяты из производства по делу о несостоятельности и закон может предусматривать необходимость получения предварительного разрешения правительства на совершение ликвидатором или управляющим по делу о несостоятельности любого действия по распоряжению любыми категориями активов, принадлежащих концессионеру.

25. В правовых системах, разрешающих создание обеспечительных интересов в самой концессии (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункт 57), в законодательстве обычно предусматривается, что организация-заказчик в целях обеспечения непрерывности предоставления соответствующих услуг может, в консультации с обеспеченными кредиторами, назначить временного управляющего на период, пока обеспеченные кредиторы, допущенные к участию в производстве по делу о несостоятельности, не примут решения, по рекомендации управляющего по делу о несостоятельности, в отношении целесообразности продолжения этой деятельности или выставления права на эксплуатацию концессии на торги.

c) Прекращение в силу публичных интересов

26. В договорной практике некоторых стран публичные органы, приобретающие строительные работы, традиционно сохраняют за собой право на прекращение контракта на строительство в силу публичных интересов (т.е. без предъявления каких-либо оснований, кроме объяснения такого прекращения контракта интересами правительства). В некоторых странах системы общего права такое право, которое иногда называется правом на "прекращение по соображениям удобства", может быть осуществлено только в том случае, если оно специально предусмотрено в законодательном акте или в соответствующем контракте. В ряде правовых систем, придерживающихся традиции римского права, также признаются подобные полномочия правительственных ведомств прекращать действие контрактов по соображениям публичных интересов или "общих интересов". В некоторых странах наличие такого права может подразумеваться как часть правительственных полномочий на заключение контрактов даже при отсутствии прямо выраженного законодательного или договорного положения на этот счет. Право правительства прекращать контракт в силу публичных интересов в тех правовых системах, где оно признается, считается весьма существенным для сохранения за правительством его неограниченной правоспособности выполнять свои функции, затрагивающие общественное благо.

27. Вместе с тем следует тщательно рассмотреть условия для осуществления такого права и его последствия. Поскольку право определять, что составляет публичный интерес, может целиком принадлежать правительству решение организации-заказчика о прекращении проектного соглашения может быть оспорено только при особых обстоятельствах (например, в случае ненадлежащей мотивировки или злоупотребления полномочиями). В то же время общее и неограниченное право прекращать соглашение в силу публичных интересов может представлять собой не поддающийся оценке риск, на который концессионер и кредиторы вряд ли будут согласны без достаточных гарантий того, что они получат незамедлительную компенсацию за понесенные убытки. Возможность прекращения в силу публичных интересов, если она предусматривается, должна быть поэтому как можно раньше доведена до сведения потенциальных инвесторов и ясно оговорена в проекте проектного соглашения, распространяемом вместе с запросом предложений (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 67). Компенсация в случае прекращения соглашения в силу публичных интересов может на практике включать те же позиции, которые принимаются во внимание при исчислении компенсации, причитающейся в случае прекращения на основании серьезного нарушения обязательства организацией-заказчиком (см. пункт 46). Кроме того, в целом целесообразно ограничить осуществление права на прекращение проектного соглашения ситуациями, когда такое прекращение обусловлено некой причиной необходимости обеспечения публичных интересов, которые должны толковаться ограничительно (например, в случаях, когда важные последующие изменения в планах и политике правительства требуют интеграции проекта в более крупную сеть или когда изменения в планах организации-заказчика требуют значительного пересмотра проекта, что существенно отразится на первоначальной структуре или коммерческой целесообразности проекта при его эксплуатации частным предприятием). В частности, нецелесообразно рассматривать право на прекращение соглашения в силу публичных интересов в качестве альтернативы другим договорным средствам правовой защиты в случае неудовлетворительного исполнения концессионером его обязательств (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 140-150).

2. Прекращение концессионером

28. В то время как в некоторых правовых системах организация-заказчик может сохранить за собой неограниченное право на прекращение проектного соглашения, то 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 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.

а) Серьезное нарушение обязательств организацией-заказчиком

29. В целом право концессионера на прекращение проектного соглашения ограничено ситуациями, когда установлено, что организация-заказчик нарушила существенную часть своих обязательств (например, неосуществление согласованных платежей концессионеру или несылка лицензий, необходимых для эксплуатации объекта, по иным причинам, чем вина самого концессионера). В тех правовых системах, где организация-заказчик имеет право требовать внесения изменений в осуществляемый проект, концессионер может обладать правом на прекращение проектного соглашения в случаях, если организация-заказчик вносит в первоначальный проект такие изменения или модификации, которые требуют существенного увеличения объема необходимых инвестиций, и если стороны не договорились о надлежащей сумме компенсации (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 73-76).

30. Помимо случаев серьезного нарушения обязательств самой организацией-заказчиком, было бы, возможно, справедливо предоставить концессионеру право прекратить соглашение, если он лишается возможности предоставлять услуги в результате действий других публичных органов, помимо организации-заказчика, таких как непринятие определенных мер поддержки, необходимых для обеспечения исполнения проектного соглашения (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 35-60).

31. Хотя для прекращения концессионером не всегда может требоваться окончательное определение суда или другого органа по урегулированию споров, могут существовать ограничения на средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении концессионером в случае нарушения обязательств организацией-заказчиком. Согласно правовой норме, закрепленной во многих правовых системах, сторона контракта может прекратить исполнение своих обязательств в случае нарушения другой стороной существенной части ее обязательств. Однако в некоторых правовых системах эта норма не распространяется на правительственные контракты и в законодательстве вместо этого предусматривается, что подрядчики правительства не освобождаются от исполнения их обязательств лишь на основании нарушения контракта организацией-заказчиком, если и до тех пор пока этот контракт не будет признан недействительным судебным или арбитражным решением.

32. Ограничения права концессионера прекратить исполнение своих обязательств, как правило, направлены на обеспечение непрерывности в предоставлении общедоступных услуг (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 86 и 87). Вместе с тем следует отметить, что если организация-заказчик имеет возможность смягчить последствия нарушения обязательств концессионером, используя свое право вмешательства, то концессионер обычно подобными средствами правовой защиты не обладает. В случае серьезного нарушения обязательств организацией-заказчиком концессионер может понести значительный или даже невосполнимый ущерб, в зависимости от времени, необходимого для получения окончательного решения об освобождении концессионера от его обязательств по проектному соглашению. Эти обстоятельства подчеркивают важность правительственных гарантий в отношении обязательств, взятых на себя организацией-заказчиком (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 45-50), и необходимость предоставления сторонам возможности выбора механизмов быстрого и эффективного урегулирования споров (см. главу VI "Урегулирование споров", пункты 3-42).

б) Изменение условий

33. Внутреннее законодательство часто позволяет концессионеру прекратить проектное соглашение, если исполнение концессионером его обязательств существенно затрудняется в результате непредвиденного изменения условий и если стороны не договорились о надлежащем рассмотрении проектного соглашения с учетом изменившихся условий (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 126-130).

3. Прекращение любой из сторон

а) Препятствия исполнению

34. В законодательстве некоторых стран предусматривается возможность прекращения проектного соглашения сторонами, если исполнение ими своих обязательств необратимо становится невозможным в результате появления обстоятельства, определяемого в проектном соглашении как препятствие, освобождающее от ответственности (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 132-139). В связи с этим в проектном соглашении целесообразно предусмотреть, что в случае, если освобождающее от ответственности препятствие будет действовать в течение определенного срока или если совокупная продолжительность двух или более освобождающих от ответственности препятствий превысит определенный срок, соглашение может быть прекращено любой из сторон. Если исполнение проекта становится невозможным по юридическим причинам, например вследствие изменений в законодательстве или в результате судебных решений, затрагивающих действительность проектного соглашения, такое право на прекращение может не обуславливаться истечением определенного срока и может быть осуществлено незамедлительно после изменения законодательства или возникновения другого препятствия юридического характера.

б) Обоюдное согласие

35. Некоторые правовые системы разрешают сторонам прекращать проектное соглашение по обоюдному согласию, как правило, с утверждением такого решения вышестоящим органом. В тех правовых системах, где прекращение по обоюдному согласию может рассматриваться как прекращение предоставления общедоступных услуг, за которое несет ответственность организация-заказчик, ей могут потребоваться надлежащие полномочия, предоставляемые в законодательном порядке.

Е. Последствия истечения или прекращения проектного соглашения

36. По истечении или прекращении проектного соглашения право концессионера на эксплуатацию объекта и предоставление соответствующих услуг, как правило, теряет свою силу. Если не предусмотрено, что инфраструктура будет находиться в полной собственности концессионера, то истечение или прекращение проектного соглашения часто требует передачи активов организации-заказчику или другому концессионеру, который берет на себя ответственность за эксплуатацию объекта. Это может повлечь за собой важные финансовые последствия, которые потребуют детального регулирования в проектом соглашении, особенно в случае прекращения соглашения любой из сторон. Сторонам будет также необходимо согласовать различные меры этапа завершения проекта в целях обеспечения упорядоченной передачи ответственности за эксплуатацию объекта и предоставление услуг.

1. Передача активов, относящихся к проекту

37. В большинстве случаев активы и собственность, первоначально предоставленные в распоряжение концессионера, и другие материальные средства, связанные с проектом, должны быть возвращены организации-заказчику по истечении или прекращении проектного соглашения (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 23-29). В рамках типичного проекта "строительство-эксплуатация-передача" концессионер также будет обязан передать организации-заказчику материальную инфраструктуру и другие связанные с проектом активы по истечении или прекращении проектного соглашения. Активы, которые требуется передать организации-заказчику, часто включают нематериальные активы, например непогашенную дебиторскую задолженность и другие права, существующие на момент передачи. В зависимости от проекта, активы, подлежащие передаче, могут включать специальную технологию или ноу-хау (см. пункты 51-55). Следует отметить, что в рамках некоторых проектов активы передаются от концессионера непосредственно другому концессионеру, который является преемником в предоставлении соответствующей услуги.

а) Передача активов организации-заказчику

38. В зависимости от вида активов, подлежащих передаче, могут потребоваться различные механизмы (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункт 28):

а) *активы, подлежащие передаче организации-заказчику.* Согласно правовой традиции некоторых стран, концессионер в конце срока проекта обязан передать организации-заказчику такие активы свободными от залоговых требований и долговых обязательств и безвозмездно, за исключением компенсации за произведенную, в целях обеспечения непрерывности предоставления услуг, реконструкцию или модернизацию сооружений стоимость которых еще не возмещена концессионером. На практике такая норма предполагает установление в ходе переговоров достаточно длительного срока концессии и достаточно высокого уровня доходности, с тем чтобы концессионер мог полностью амортизировать свои инвестиции и выплатить свою задолженность. В законах других стран допускается более гибкий подход, разрешающий организации-заказчику компенсировать концессионеру остаточную стоимость, если такая сохраняется, активов, построенных концессионером;

б) *активы, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору.* Если организация-заказчик примет решение использовать свое право выкупа этих активов, концессионер обычно вправе получить компенсацию, соответствующую их справедливой рыночной стоимости на соответствующий момент. Вместе с тем, если ожидается, что эти активы полностью амортизированы (т.е. финансовые механизмы концессионера не предусматривают какого-либо сохранения остаточной стоимости активов), то выплачиваемая цена может быть лишь номинальной. В договорной практике некоторых стран обычно предусматривается сохранение организацией-заказчиком некоторого обеспечительного интереса в таких активах в качестве гарантии их эффективной передачи;

в) *активы, которые остаются в частной собственности концессионера.* Как правило, такие активы могут свободно вывозиться или реализовываться концессионером.

б) Передача активов новому концессионеру

39. Как это указывалось выше, организация-заказчик в конце срока действия проектного соглашения, возможно, пожелает провести повторные процедуры по выдаче концессии, а не заниматься самостоятельно эксплуатацией объекта (см. пункт 7). Для этой цели полезно было бы предусмотреть в законе требование о том, чтобы концессионер передал активы в распоряжение нового концессионера. Для обеспечения упорядоченного переходного периода и непрерывности предоставления услуг концессионер должен быть обязан сотрудничать с новым концессионером в процессе передачи объекта. Передача активов одним концессионером другому может потребовать выплаты некоторой компенсации действующему концессионеру в зависимости от того, были или не были амортизированы активы в течение срока проекта.

40. Один из важных элементов, которые следует рассмотреть в этой связи, касается структуры финансового предложения, сформулированного концессионером в ходе процесса отбора (см. также главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункт 27). В рамках проекта в области публичной инфраструктуры одна из основных предпосылок финансовых предложений участников процедур состоит в том, что все активы, которые требуется построить или приобрести для нужд проекта, будут полностью амортизированы (т.е. их стоимость будет полностью возмещена) в течение срока действия проекта. Таким образом, финансовые предложения не будут, как правило, содержать каких-либо предположений об остаточной стоимости активов в конце срока действия проекта. В подобных случаях может не существовать причины *prima facie* для того, чтобы требовать от концессионера-преемника выплаты какой-либо компенсации первоначальному концессионеру, которому может быть предписано предоставить все активы в распоряжение концессионера-преемника бесплатно или лишь за номинальное вознаграждение. Так, если концессионер получил ожидавшуюся им прибыль, то платеж концессионера-преемника за передачу активов будет представлять для последнего дополнительные затраты, которые в конечном итоге будут возмещаться за счет цен, взимаемых преемником в соответствии со вторым соглашением. В то же время, если уровень тарифов, предусмотренный в первоначальном предложении концессионера, основывался на предположении сохранения какой-либо остаточной стоимости активов в конце срока действия проекта или если финансовое предложение исходило из предположения получения значительных поступлений от третьих сторон, то концессионер может иметь право на компенсацию за активы, передаваемые концессионеру-преемнику.

с) Состояние активов на момент передачи

41. При передаче активов организации-заказчику или непосредственно новому концессионеру по истечении срока концессии концессионер, как правило, обязан передать, свободными от залоговых требований или долговых обязательств и в таком состоянии, которое необходимо для нормального функционирования объекта инфраструктуры с учетом потребностей в соответствующей услуге. Право организации-заказчика на получение этих активов в таком рабочем состоянии подкрепляется в законодательстве некоторых стран обязательством концессионера содержать и передать объект в таком надлежащем состоянии, как того требуют разумные правила эксплуатации, и предоставить ту или иную гарантию этого (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункт 118). Когда организация-заказчик требует возврата активов в оговоренном состоянии, такие требования должны быть разумными. Если требование организации-заказчика о том, чтобы активы были пригодными для дальнейшей эксплуатации в течение какого-то определенного срока, представляется оправданным, то неразумно ожидать, что они будут в практически новом состоянии. Кроме того, эти требования могут быть неприменимы в случае прекращения проектного соглашения, в частности прекращения до успешного завершения этапа строительства.

42. Целесообразно разработать процедуры оценки состояния активов, которые должны быть переданы организации-заказчику. Полезным было бы, например, создать комитет в составе представителей организации-заказчика и концессионера для установления того, находятся ли объекты в надлежащем состоянии и отвечают ли они соответствующим требованиям, оговоренным в проектом соглашении. В проектом соглашении может также предусматриваться порядок назначения и круг ведения такого комитета, который может быть наделен полномочиями потребовать от концессионера принятия разумных мер по ремонту или устранению любых дефектов или недостатков, обнаруженных на объекте. Было бы целесообразно предусмотреть проведение за год до прекращения концессии специальной инспекции, по итогам которой организация-заказчик может потребовать от концессионера принятия дополнительных мер по материально-техническому обслуживанию для обеспечения того, чтобы в момент передачи материальные средства находились в надлежащем состоянии. Организация-заказчик, возможно, пожелает потребовать от концессионера предоставления специальных гарантий по обеспечению удовлетворительной передачи сооружений (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункт 118). Организация-заказчик могла бы использовать средства по таким гарантиям для оплаты ремонта поврежденных активов или имущества.

2. Финансовые механизмы, регулирующие последствия прекращения

43. Прекращение проектного соглашения может произойти до того, как концессионеру удалось возместить свои инвестиции, погасить задолженность и получить ожидаемую прибыль, что может причинить концессионеру значительные убытки. Убытки может также потерпеть и организация-заказчик, которой, возможно, придется осуществить дополнительные инвестиции или понести значительные расходы, например, для обеспечения завершения сооружения объекта или дальнейшего предоставления соответствующих услуг. В свете таких

обстоятельств, в проектные соглашения, как правило, включаются подробные положения, касающиеся финансовых прав и обязательств сторон по прекращении соглашения. Обычные стандарты компенсации, как правило, зависят от того, на каких основаниях было прекращено соглашение. Тем не менее, при выработке условий компенсации стороны обычно принимают во внимание следующие факторы:

а) *кредиторская задолженность, инвестиции в акционерный капитал и ожидаемая прибыль.* Прекращение проекта, как правило, входит в число событий неисполнения, которые оговариваются в кредитных соглашениях концессионера. Поскольку в кредитные соглашения обычно включается так называемая оговорка о досрочном наступлении срока погашения, согласно которой в момент наступления события неисполнения может наступить срок выплаты всей задолженности, то непосредственные убытки, которые несет концессионер при прекращении проектного соглашения, могут включать всю сумму кредиторской задолженности на момент прекращения. Могут ли эти убытки - и в каком объеме - быть компенсированы организацией-заказчиком, обычно зависит от того, на каком основании было прекращено проектное соглашение. Частичная компенсация может быть ограничена суммой, соответствующей стоимости работ, удовлетворительно выполненных концессионером, а полная компенсация может покрывать всю кредиторскую задолженность. Еще одной категорией убытков, которые иногда принимаются во внимание в механизмах компенсации, являются убытки учредителей проекта по инвестициям в акционерный капитал, в той части этих инвестиций, которая к моменту прекращения еще не была возмещена. Наконец, прекращение также лишает концессионера будущей прибыли, которую может принести объект. Хотя утраченная прибыль обычно не считается фактическим ущербом, в таких исключительных обстоятельствах, как неправомерное прекращение соглашения организацией-заказчиком, в сумму компенсации, причитающейся концессионеру, может быть включена текущая стоимость ожидаемой будущей прибыли:

б) *степень завершенности, остаточная стоимость и амортизация активов.* Договорные схемы компенсации на случай различных оснований прекращения соглашения обычно предусматривают выплату компенсации, соразмерной со степенью завершенности работ на момент прекращения. Стоимость работ обычно определяется на основе объема инвестиций, необходимых для сооружения объекта (в особенности, если прекращение происходит на этапе строительства), цены замещения или "остаточной" стоимости объекта. Под остаточной стоимостью понимается рыночная стоимость объекта инфраструктуры на момент прекращения соглашения. Определение рыночной стоимости может вызвать трудности или такой стоимости может просто не существовать в случае некоторых видов материальной инфраструктуры (таких как мосты или дороги) или объектов, срок эксплуатации которых близится к завершению. Иногда остаточную стоимость можно исчислить с учетом ожидаемой полезности объекта для организации-заказчика. Между тем трудности могут возникнуть в установлении стоимости незавершенных работ, особенно в том случае, если сумма инвестиций, которые еще потребуются произвести организации-заказчику для ввода объекта в эксплуатацию, будет превышать сумму средств, фактически вложенных концессионером. В любом случае полная выплата остаточной стоимости производится редко, особенно если поступления от проекта представляют собой единственный источник средств для возмещения инвестиций концессионера. Таким образом, вместо полной компенсации стоимости объекта концессионер часто получает компенсацию лишь за остаточную стоимость активов, которые не были полностью амортизированы к моменту прекращения соглашения.

а) Прекращение в результате нарушения обязательства концессионером

44. Концессионер обычно не имеет права на компенсацию убытков в случае прекращения соглашения, которое было вызвано нарушением обязательства с его стороны. В некоторых случаях концессионер может быть даже обязан выплатить компенсацию за ущерб, причиненный организации-заказчику, хотя на практике лиловный в нарушении концессионер, задолженность которого затребована кредиторами к погашению, редко будет иметь достаточно оставшихся финансовых средств для фактической выплаты компенсации за такой ущерб.

45. Следует отметить, что прекращение на основании нарушения обязательств, даже в том случае если оно рассматривается как санкция за серьезное неисполнение, не должно приводить к несправедливому обогащению любой из сторон. Таким образом, прекращение вовсе не обязательно влечет за собой появление у организации-заказчика права на получение активов без выплаты какой-либо компенсации концессионеру. Справедливым решением в урегулировании этой проблемы могло бы стать проведение разграничения между различными видами активов в зависимости от порядка распоряжения ими, предусмотренного в проектом соглашении (см. пункт 38):

а) *активы, подлежащие передаче организации-заказчику.* В случае, когда проектное соглашение после истечения его срока требует автоматической передачи проектных активов организации-заказчику, прекращение соглашения на основании нарушения обязательств обычно не влечет за собой выплаты компенсации концессионеру за эти активы, за исключением остаточной стоимости удовлетворительно выполненных работ в той ее части, которая еще не была амортизирована концессионером;

б) *активы, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору.* Некоторая финансовая компенсация может быть уместной в случаях, когда организация-заказчик имеет право по своему выбору выкупить активы по рыночной стоимости по истечении срока проектного соглашения либо право требовать, чтобы возможность выкупа этих активов была предоставлена победителю процедур по выдаче нового подряда на проект. Вместе с тем для стимулирования работы концессионера вполне оправданным было бы предусмотреть выплату финансовой компенсации в сумме, меньшей чем полная стоимость активов. Аналогично,

такая компенсация не обязательно должна покрывать все затраты по выплате кредиторской задолженности концессионера. Детали формулы финансовой компенсации целесообразно оговорить в проектном соглашении (например, охватывает ли покрытие лишь стоимость активов за вычетом обязательств либо сумму непогашенной кредиторской задолженности или стоимость альтернативного использования активов, в зависимости от того, какая из этих сумм является меньшей);

с) *активы, которые остаются в частной собственности концессионера.* Находящиеся в частной собственности концессионера активы, которые не подпадают под категории (а) или (б) выше, обычно могут свободно вывозиться и реализовываться концессионером, и таким образом, необходимость в механизмах компенсации возникает весьма редко. В то же время иная ситуация может возникнуть в случае полностью приватизированных проектов, когда все активы, включая те из них, которые абсолютно необходимы для предоставления услуг, находятся в собственности концессионера. В подобных случаях в целях обеспечения непрерывности предоставления услуг организация-заказчик может счесть необходимым взять на себя распоряжение активами, даже если это не предусмотрено проектным соглашением. В этих случаях было бы справедливым выплатить концессионеру компенсацию по справедливой рыночной стоимости активов. Вместе с тем в проектном соглашении может быть предусмотрено, что размер компенсации следует сократить на сумму затрат, понесенных организацией-заказчиком в связи с эксплуатацией объекта или привлечением услуг другого оператора.

б) Прекращение в результате нарушения обязательств организацией-заказчиком

46. Концессионер обычно имеет право на получение полной компенсации за убытки, понесенные в результате прекращения соглашения на основаниях, относимых на счет организации-заказчика. Компенсация, причитающаяся концессионеру, обычно включает компенсацию стоимости работ и сооружений в той ее части, которая еще не амортизирована, а также убытков, причиненных концессионеру, включая утраченную прибыль, которая обычно рассчитывается на основе доходов концессионера по предыдущим финансовым годам, когда прекращение происходит в ходе этапа эксплуатации, или на основе прогнозов в отношении ожидаемой прибыли в течение первоначально предусмотренного срока проекта. Концессионер может иметь право на полную компенсацию задолженности и акционерного капитала, включая обслуживание долга и утраченную прибыль.

с) Прекращение на иных основаниях

47. При рассмотрении механизмов компенсации в случае прекращения соглашения в результате появления обстоятельств, не связанных с нарушением обязательств любой из сторон, было бы полезно провести различие между прекращением на основании препятствий, освобождающих от ответственности, и прекращением организацией-заказчиком по таким причинам, как обеспечение публичных интересов или иные подобные основания.

i) Прекращение в результате препятствий, освобождающих от ответственности

48. По определению, препятствия, освобождающие от ответственности, представляют собой события, находящиеся вне сферы контроля сторон, и, как общее правило, прекращение соглашения при возникновении таких обстоятельств не может вызывать требований возмещения ущерба ни у одной из сторон. Вместе с тем могут существовать обстоятельства, при которых было бы справедливым предоставить некоторую компенсацию концессионеру, например справедливую компенсацию за уже выполненные работы, в частности, в случае, когда созданные активы, в силу их специфического характера, не могут быть вывезены концессионером или с пользой задействованы им, но могут быть эффективно использованы организацией-заказчиком для предоставления соответствующих услуг (например, мост). Однако, поскольку прекращение соглашения в таких случаях не может быть отнесено на счет организации-заказчика, компенсация, причитающаяся концессионеру, не обязательно должна быть "полной" (т.е. выплата задолженности, акционерного капитала и утраченной прибыли).

ii) Прекращение по соображениям удобства

49. В случае, когда в проектном соглашении признается право организации-заказчика на прекращение соглашения по соображениям удобства, компенсация, подлежащая выплате концессионеру, обычно покрывает компенсацию за те же позиции, которые включаются в компенсацию, выплачиваемую при прекращении соглашения в результате нарушения обязательств организацией-заказчиком (см. пункт 46), хотя и не обязательно в полном объеме. Для установления справедливого размера компенсации, причитающейся концессионеру, было бы целесообразно различать прекращение по соображениям удобства на этапе строительства и прекращение по соображениям удобства на этапе эксплуатации:

а) *прекращение по соображениям удобства на этапе строительства.* При прекращении проектного соглашения на этапе строительства условия компенсации могут быть аналогичными условиям, применяемым в связи с выполнением крупных строительных контрактов, в которых предусматривается возможность прекращения по соображениям удобства. В таких случаях подрядчик обычно имеет право на получение части цены, которая относится к удовлетворительно выполненному строительству, а также на компенсацию расходов и убытков, понесенных подрядчиком в результате прекращения контракта. Однако, поскольку организация-

заказчик обычно не оплачивает цену строительных работ, выполняемых концессионером, главным критерием при расчете компенсации, как правило, является общий объем инвестиций, действительно вложенных концессионером на момент прекращения, включая все суммы, фактически выплаченные по кредитным механизмам, предоставленным кредиторами концессионеру, на цели выполнения строительных работ по проектному соглашению, и расходы, связанные с расторжением кредитных соглашений. Еще одним дополнительным вопросом является вопрос о том, имеет ли концессионер право - и в каком объеме - на возмещение утраченной прибыли по той части контракта, действие которой было прекращено по соображениям удобства. С одной стороны, концессионер мог упустить другие деловые возможности, рассчитывая на завершение объекта и его эксплуатацию в течение предусмотренного срока концессии. С другой стороны, обязательство организации-заказчика компенсировать концессионеру утраченную им прибыль может стать запретительным с финансовой точки зрения для осуществления организацией-заказчиком права на прекращение соглашения по соображениям удобства. Одно из решений этой проблемы может заключаться в установлении в проектном соглашении шкалы выплат, которые должны быть произведены организацией-заказчиком в качестве компенсации утраченной прибыли; сумма выплат в соответствии с этой шкалой будет зависеть от стадии завершения строительства на момент прекращения проектного соглашения по соображениям удобства;

б) *прекращение по соображениям удобства на этапе эксплуатации.* В случае успешного завершения концессионером строительных работ условия компенсации могут быть теми же, что и при прекращении по соображениям удобства на этапе строительства. Вместе с тем справедливая компенсация в случае прекращения по соображениям удобства на этапе эксплуатации может потребовать выплаты справедливой компенсации за утраченную прибыль. Более высокая норма компенсации в этом случае может быть оправдана тем, что, в отличие от прекращения соглашения на этапе строительства, когда организация-заказчик может быть вынуждена завершить строительство объекта за свой счет, при прекращении на этапе эксплуатации организация-заказчик имеет возможность получить заверченный объект, готовый к рентабельной эксплуатации. Компенсация за утраченную прибыль часто рассчитывается на основе поступлений концессионера за ряд истекших финансовых лет, однако в некоторых случаях, возможно, потребуется принять во внимание и другие элементы, такие как предполагаемый доход на основе согласованных тарифов. Это объясняется тем, что при некоторых проектах в области инфраструктуры, таких как платные автодороги и другие аналогичные проекты, которые характеризуются большими финансовыми затратами и относительно низким доходом на начальных этапах эксплуатации, прекращение может произойти до того момента, когда будут существовать данные о доходности проекта.

3. Этап завершения и меры в переходный период

50. В случае, когда по истечении срока концессии объект передается организации-заказчику, сторонам может потребоваться осуществить ряд мероприятий, направленных на обеспечение того, чтобы организация-заказчик могла эксплуатировать объект в соответствии с установленными стандартами эффективности и безопасности. В проектном соглашении может быть предусмотрено обязательство концессионера о передаче определенной технологии или ноу-хау, необходимых для эксплуатации объекта инфраструктуры. В проектном соглашении может быть также предусмотрено дальнейшее исполнение концессионером в течение определенного переходного периода определенных обязательств по эксплуатации и материально-техническому обслуживанию объекта. В нем может быть далее закреплено обязательство со стороны концессионера обеспечить поставку или содействовать обеспечению поставок запасных частей, которые могут потребоваться организации-заказчику для производства ремонта на объекте. Следует отметить, однако, что концессионер может быть не в состоянии самостоятельно осуществить некоторые из мер переходного периода, упомянутые выше, поскольку в большинстве случаев компания-концессионер будет учреждаться с единственной целью реализации проекта и будет вынуждена, в силу этого, приобретать соответствующую технологию и запасные части у третьих сторон.

а) Передача технологии

51. В некоторых случаях объект, передаваемый организации-заказчику, будет включать различные технологические процессы, необходимые для производства определенной продукции, например, электроэнергии или питьевой воды, или предоставления соответствующих услуг, например, телефонной связи. Часто организация-заказчик желает получить знания о таких процессах и их применении. Организация-заказчик может также пожелать приобрести техническую информацию и производственные навыки, необходимые для эксплуатации и обслуживания объекта. Даже в тех случаях, когда организация-заказчик обладает базовыми возможностями для осуществления отдельных элементов эксплуатации и материально-технического обслуживания (например, для гражданских проектно-конструкторских и строительных работ), ей может потребоваться знание специальных технологических процессов, необходимых для соответствующей эксплуатации объекта. Передача организации-заказчику таких знаний, информации и производственных навыков часто называется "передачей технологии". Обязательства по передаче технологии не могут быть возложены на концессионера в одностороннем порядке, и на практике эти вопросы являются предметом обширных переговоров между заинтересованными сторонами. Хотя принимающая страна имеет законный интерес в получении доступа к технологии, необходимой для эксплуатации объекта, коммерческие интересы и деловые стратегии частных инвесторов должны быть надлежащим образом учтены.

52. Для урегулирования вопросов, касающихся передачи технологии и исполнения других обязательств, необходимых для сооружения и эксплуатации объекта, могут быть использованы различные договорные механизмы. Сама передача технологии может осуществляться различными путями, например, путем лицензирования промышленной собственности, создания совместного предприятия сторон или предоставления конфиденциального ноу-хау. Настоящее *Руководство* не направлено на всестороннее рассмотрение вопросов заключения и составления контрактов, касающихся лицензирования промышленной собственности или предоставления ноу-хау, поскольку этот вопрос уже подробно рассматривался в публикациях различных органов Организации Объединенных Наций¹. В нижеследующих пунктах лишь отмечаются некоторые основные вопросы, касающиеся передачи производственных навыков, необходимых для эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта, путем обучения персонала организации-заказчика или предоставления документации.

53. Наиболее важным методом передачи организации-заказчику технической информации и навыков, необходимых для надлежащей эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта, является подготовка персонала организации-заказчика. С тем чтобы дать возможность организации-заказчику принять решение относительно своих потребностей в подготовке персонала, организация-заказчик может в запросе предложений или в ходе переговоров по заключению контракта запросить у концессионера организационную схему, показывающую штатные потребности для эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта, с указанием основной технической и иной квалификации, которой должен обладать персонал. Такие потребности должны быть указаны достаточно подробно, с тем чтобы организация-заказчик могла определить объем необходимой подготовки с учетом имеющегося у нее персонала. Во многих случаях концессионер будет иметь возможность обеспечить такую подготовку. Однако в некоторых случаях подготовка персонала может быть более эффективно проведена инженером-консультантом или каким-либо учреждением, специализирующимся в области такой подготовки.

54. Техническая информация и навыки, необходимые для надлежащей эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта, могут также передаваться путем предоставления технической документации. Документация, которая должна быть предоставлена, может включать планы, чертежи, формулы, руководства по эксплуатации и материально-техническому обслуживанию и инструкции по технике безопасности. Целесообразно перечислить в проектом соглашении документы, которые должны быть предоставлены. Можно запросить у концессионера предоставить всесторонние и четко составленные документы на конкретном языке. Может быть целесообразным обязать концессионера провести по просьбе организации-заказчика демонстрационный показ операций, указанных в документации, если эти операции невозможно понять без такого показа.

55. Можно уточнить, в какое время должна быть предоставлена документация. В проектом соглашении может предусматриваться, что документация должна быть полностью представлена к установленному в контракте сроку завершения строительства. Стороны, возможно, пожелают также предусмотреть, что передача объекта не считается завершенной до тех пор, пока не предоставлена вся требуемая по контракту документация, относящаяся к эксплуатации объекта и подлежащая представлению до завершения строительства. Возможно, целесообразно предусмотреть, что некоторая часть документации, например руководства по эксплуатации, должна быть предоставлена в ходе строительства, поскольку такая документация может дать возможность персоналу организации-заказчика или инженеру понять действие машин или оборудования уже в ходе их монтажа.

b) Оказание помощи в связи с эксплуатацией и материально-техническим обслуживанием объекта после его передачи

56. Объем помощи со стороны концессионера, необходимой организации-заказчику в плане поставки запасных частей и услуг, будет зависеть от технологии и квалификации персонала, которыми располагает организация-заказчик. Если организация-заказчик не располагает персоналом, имеющим достаточную квалификацию для технической эксплуатации объекта, она, возможно, пожелает получить помощь концессионера в эксплуатации объекта, по крайней мере на первоначальном этапе. В некоторых случаях организация-заказчик может пожелать, чтобы концессионер обеспечил персонал для замещения многих технических постов на объекте, в то время как в других случаях она, возможно, пожелает, чтобы концессионер лишь предоставил технических экспертов, которые

¹ Вопросы, касающиеся заключения и составления контрактов на лицензирование промышленной собственности и предоставление ноу-хау, подробно рассматриваются в *Licensing Guide for Developing Countries* ("Руководство по лицензированию для развивающихся стран"), подготовленном Всемирной организацией интеллектуальной собственности (WIPO publication No. 620 (E), 1977). Основные вопросы, которые необходимо учитывать при заключении и составлении таких контрактов, изложены в *Руководящих принципах оценки соглашений о передаче технологии*, Серия изданий "Разработка и передача технологии", № 12 (ID/233, 1979 год), а также в *Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry* ("Руководство по составлению контрактов, касающихся международной передачи ноу-хау в машиностроительной промышленности") (United Nations publication, Sales No. E.70.II.E.15). Еще одной публикацией по данному вопросу является *Handbook on the Acquisition of Technology by Developing Countries* ("Справочник по приобретению технологии развивающимися странами") (United Nations publication, Sales No. E.78.II.D.15). Рассмотрение вопросов передачи технологии в контексте контрактов на строительство промышленных объектов, см. *Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.87.V.10), глава VI "Передача технологии".

в качестве консультантов будут сотрудничать с персоналом организации-заказчика в выполнении некоторых высокоспециализированных операций.

57. С целью оказания организации-заказчику помощи в эксплуатации и материально-техническом обслуживании объекта в проектном соглашении на концессионера может быть возложено обязательство представить перед передачей объекта программу эксплуатации и материально-технического обслуживания, предназначенную для поддержания функционирования объекта в оставшийся срок его службы на уровне эффективности, требуемой по проектному соглашению. Программа эксплуатации и технического обслуживания может включать такие вопросы, как составление организационной схемы, показывающей основной персонал, необходимый для технической эксплуатации объекта, а также функции каждого работника; периодическая инспекция объекта; смазка, чистка и регулировка оборудования; замена дефектных или изношенных частей. Материально-техническое обслуживание может также включать операции организационного характера, например, составление графика материально-технического обслуживания или регистрация работ по материально-техническому обслуживанию. Организация-заказчик может также потребовать от концессионера предоставить ей руководства по эксплуатации и материально-техническому обслуживанию, содержащие описание соответствующих процедур. Такие руководства должны быть составлены в формате и на языке, понятном для персонала организации-заказчика.

58. Эффективной формой обучения персонала организации-заказчика процедурам эксплуатации и материально-технического обслуживания, которую можно предусмотреть в проектном соглашении, является производственное обучение в ходе совместной работы персонала организации-заказчика с персоналом концессионера по эксплуатации и материально-техническому обслуживанию в течение определенного срока до или после передачи объекта. Затем можно определить должности, которые будет занимать нанятый организацией-заказчиком персонал, и указать его квалификацию и опыт. Чтобы избежать различных трений и обеспечить эффективную работу, целесообразно четко определить любые полномочия, которые будет иметь персонал каждой стороны по отношению к персоналу другой стороны в течение соответствующего срока.

с) Поставки запасных частей

59. В рамках проектов, предусматривающих передачу объекта организации-заказчику, ей потребуются запасные части для замены изношенных или поврежденных частей, а также услуги по материально-техническому обслуживанию, ремонту и эксплуатации объекта. Запасные части могут отсутствовать на местном рынке, и организации-заказчику придется полагаться в их поставке на концессионера. Для сторон будет гораздо проще планировать поставки запасных частей и предоставление услуг после передачи объекта, если они предусмотрят и отразят в проектном соглашении потребности организации-заказчика в этом отношении. Вместе с тем, с учетом значительной продолжительности большинства проектов в области инфраструктуры, сторонам, возможно, будет трудно предвидеть и предусмотреть в проектном соглашении потребности организации-заказчика после передачи объекта.

60. Возможным подходом к решению этой проблемы может стать заключение сторонами отдельного контракта, регулирующего эти вопросы². Такой контракт можно заключить ближе к моменту передачи объекта, когда организация-заказчик будет иметь более четкое представление о своих потребностях. В том случае, когда запасные части изготавливаются не концессионером, а для концессионера его поставщиками, организация-заказчик, возможно, предпочтет заключить контракты с этими поставщиками, а не с концессионером, или же, в качестве альтернативы, организация-заказчик может пожелать, чтобы концессионер приобретал их для нее в качестве ее агента.

61. Желательно, чтобы персонал организации-заказчика располагал техническими возможностями для установки запасных частей. С этой целью в проектном соглашении можно оговорить обязанность концессионера предоставить необходимые технические пособия, инструменты и оборудование. Технические пособия должны быть составлены в формате и на языке, понятном для персонала организации-заказчика. Контракт может также содержать требование к концессионеру предоставить чертежи объекта в его готовом виде, с указанием того, каким образом соединены между собой различные элементы оборудования, описанием и с доступа к таким элементам для установки запасных частей и для обеспечения возможности материально-технического обслуживания и ремонта. В некоторых случаях может быть целесообразным включить требование к концессионеру обучить персонал организации-заказчика установке запасных частей.

д) Ремонт

62. В интересах организации-заказчика заключить соглашения, которые обеспечат быстрый ремонт объекта в случае поломки. Во многих случаях концессионер обладает лучшей квалификацией для осуществления ремонта, чем какое-либо третье лицо. Кроме того, если по проектному соглашению организация-заказчик не может раскрывать третьим лицам технологию, поставленную ей концессионером, это может ограничить выбор третьих

² Европейская экономическая комиссия подготовила *Руководство по составлению международных договоров на услуги, связанные с материально-техническим обслуживанием, ремонтом и эксплуатацией промышленных и других сооружений*, которое может, mutatis mutandis, оказать помощь сторонам в составлении отдельного контракта или контрактов на материально-техническое обслуживание и ремонт объекта после его передачи организации-заказчику (ECE/TRADE/154).

лиц для осуществления ремонта теми сторонами, которые обеспечивают приемлемые для концессионера гарантии в отношении нераскрытия информации о технологии концессионера. С другой стороны, если значительная часть оборудования изготовлена для концессионера поставщиками, организация-заказчик может предпочесть заключить отдельные контракты на ремонт с этими поставщиками, поскольку они могут обладать лучшей квалификацией для ремонта такого оборудования. При установлении характера и сроков действия обязательств по ремонту, возлагаемых на концессионера, если таковые предусмотрены, целесообразно включить их ясное описание и разделить их с обязательствами, принимаемыми на себя концессионером по гарантиям качества применительно к устранению дефектов на объекте.

A/CN.9/471/Add.7

VI. УРЕГУЛИРОВАНИЕ СПОРОВ

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	
КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	1-46
A. Общие замечания	1-2
B. Споры между организацией-заказчиком и концессионером	3-42
1. Общие соображения относительно методов предупреждения и урегулирования споров	5-9
2. Часто используемые методы предупреждения и урегулирования споров	10-42
C. Споры между концессионером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками	43
D. Споры между концессионером и его клиентами	44-46

Рекомендации по законодательным вопросам

Споры между организацией-заказчиком и концессионером (см. пункты 3-42)

Рекомендация 68. Организация-заказчик должна иметь право свободно договариваться о таких механизмах урегулирования споров, которые, по мнению сторон, отвечают потребностям проекта, в том числе об арбитраже.

[Рекомендация 68 бис. В законодательстве следует указать, может ли - и, при положительном ответе на этот вопрос, в какой степени может - организация-заказчик ссылаться на суверенный иммунитет как в качестве препятствия для возбуждения арбитражного или судебного разбирательства, так и в качестве возражения против приведения в исполнение арбитражного или судебного решения.]

Споры между концессионером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками (см. пункт 43)

Рекомендация 69. 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.

Споры между концессионером и его клиентами (см. пункты 44-46)

Рекомендация 70. От концессионера может быть потребовано предусмотреть упрощенные и эффективные механизмы для рассмотрения претензий, представленных его клиентами или пользователями объекта инфраструктуры.

КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

А. Общие замечания

1. Важным фактором осуществления проектов, финансируемых из частных источников, является существующая в принимающей стране правовая основа для урегулирования споров. Инвесторы, подрядчики и кредиторы будут охотнее принимать участие в проектах в тех странах, где они уверены, что любые споры, возникающие из заключаемых в рамках проекта контрактов, будут урегулированы справедливо и эффективно. К тому же эффективные процедуры избежания споров или их быстрого урегулирования будут способствовать осуществлению контролирующих функций организацией-заказчиком и сокращению административных общих затрат. Для создания более благоприятного для инвесторов климата законодательные рамки принимающей страны должны закреплять ряд основополагающих принципов, включая, например, следующие: иностранным компаниям должен быть гарантирован доступ к судам на по сути тех же условиях, что и национальным компаниям; стороны частных контрактов должны иметь право выбирать иностранный закон в качестве права, применимого к их контракту; должны быть предусмотрены возможности для приведения в исполнение иностранных судебных решений; и не должно существовать ни неоправданных препятствий для доступа к несудебным механизмам урегулирования споров, ни юридических преград созданию условий для разрешения споров вне рамок судебной системы.

2. Для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, как правило, требуется создание сети взаимосвязанных договорных и других юридических отношений между различными сторонами. Законодательные решения, касающиеся урегулирования возникающих в контексте этих проектов споров, должны учитывать многообразие отношений, что может потребовать различных методов урегулирования споров в зависимости от вида спора и участвующих сторон. Основные виды споров можно разделить на три широкие категории:

а) споры, возникающие из соглашений между концессионером и организацией-заказчиком и другими правительственными учреждениями. В большинстве стран общего права проектное соглашение регулируется административным правом (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", пункты 24-27), тогда как в других странах это соглашение в принципе регулируется договорным правом, которое дополняется специальными положениями, разработанными для правительственных контрактов о предоставлении общедоступных услуг. Этот режим может повлиять на механизм урегулирования споров, о котором смогут договориться стороны проектного соглашения. Аналогичные соображения, возможно, применимы и к некоторым контрактам, заключаемым между концессионером и правительственными учреждениями или находящимися в правительственной собственности компаниями, которые поставляют товары или предоставляют услуги, необходимые для проекта, или закупают товары или услуги, произведенные объектом инфраструктуры;

б) споры, возникающие из контрактов и соглашений, заключенных учредителями проекта или концессионером со связанными с ними сторонами в целях осуществления проекта. К таким контрактам обычно относят по меньшей мере следующее: i) контракты между сторонами, владеющими акциями проектной компании (например, соглашения между акционерами, соглашения, касающиеся обеспечения дополнительного финансирования, или договоренности, касающиеся права голоса); ii) соглашения о финансировании и связанные с ними соглашения, в которых помимо проектной компании участвуют такие стороны, как коммерческие банки, правительственные кредитные учреждения, международные кредитные учреждения и страховщики экспортных кредитов; iii) контракты между проектной компанией и подрядчиками, которые могут, в свою очередь, представлять собой консорциум подрядчиков и поставщиков оборудования и услуг; iv) контракты между проектной компанией и сторонами, которые занимаются эксплуатацией и материально-техническим обслуживанием проектного объекта; и v) контракты между концессионером и частными компаниями на поставку товаров и услуг, необходимых для эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта;

с) споры между концессионером и другими сторонами. В число таких сторон входят пользователи или клиенты объекта. Круг таких пользователей может, например, включать находящуюся в правительственной собственности коммунальную компанию, которая закупает электроэнергию или воду у проектной компании с целью их перепродажи конечным пользователям; коммерческие компании, такие как авиакомпании или судоходные компании, заключающие контракты на использование аэропортов или портов; или отдельных лиц, вносящих плату за использование платных дорог; или отдельные лица, вносящие плату за использование платной автодороги. Стороны таких споров необязательно будут связаны какими-либо ранее установленными юридическими отношениями договорного или аналогичного характера.

В. Споры между организацией-заказчиком и концессионером

3. Споры, возникающие из проектного соглашения, часто связаны с проблемами, которые довольно редко возникают применительно к другим видам контрактов. Это обусловлено сложностью проектов в области

инфраструктуры и тем фактом, что их осуществление требует длительного времени, причем в этапах строительства и эксплуатации может принимать участие целый ряд предприятий. Кроме того, споры, возникающие из проектных соглашений, могут касаться сугубо технических вопросов, связанных со строительными процессами, технологией, используемой на объекте, и условиями эксплуатации. К тому же в таких проектах обычно участвуют правительственные учреждения и они сопряжены с публичными интересами высокого уровня. Эти обстоятельства подчеркивают необходимость в создании механизмов, которые позволяют, насколько это возможно, не допускать обострения противоречий между сторонами и способствуют сохранению деловых отношений; которые позволяют предотвратить срыв строительных работ или предоставления услуг; и которые приспособлены к особенностям потенциальных споров.

4. В настоящем разделе рассматриваются некоторые основные соображения, затрагивающие различные этапы осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Проблема урегулирования вопроса о жалобах концессионеров в связи с решениями регулирующих учреждений была обсуждена в контексте вопроса о полномочиях на регулирование услуг в области инфраструктуры (см. главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 51-53). Вопрос о спорах, возникающих в ходе процесса отбора концессионера (т.е. о преддоговорных спорах), был также рассмотрен в Руководстве ранее (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 118-122).

1. Общие соображения относительно методов предупреждения и урегулирования споров

5. Вопросы, которые наиболее часто вызывают споры в ходе осуществления проектного соглашения, связаны с возможными нарушениями соглашения в течение этапов строительства или эксплуатации объекта инфраструктуры или с истечением или прекращением проектного соглашения. Эти споры могут быть весьма сложными, и они часто связаны с сугубо техническими вопросами, которые требуется разрешить в оперативном порядке, с тем чтобы воспрепятствовать срывам в строительстве или эксплуатации объекта инфраструктуры. По этим причинам сторонам целесообразно разработать механизмы, позволяющие выбрать компетентных экспертов для оказания помощи в урегулировании споров. Кроме того, длительный срок проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, обуславливает важность разработки механизмов, предназначенных для предупреждения, насколько это возможно, возникновения споров в целях содействия сохранению деловых отношений между сторонами.

6. Для достижения вышеупомянутых целей в проектное соглашение часто включаются комплексные положения об урегулировании споров, направленные на предупреждение, насколько это возможно, возникновения споров, на содействие достижению согласованных решений и на создание эффективных процедур урегулирования споров для случаев, если такие споры, тем не менее, возникнут. Подобные положения обычно предусматривают определенную последовательность шагов, начиная от "раннего оповещения" о вопросах, которые могут перерасти в спор, если стороны не примут меры по избежанию такого спора. Для случаев, когда спор возникает, предусматривается, что стороны должны обмениваться информацией и обсудить существо спора с целью отыскания решения. Если стороны не способны разрешить спор самостоятельно, то любая из сторон может потребовать привлечения независимой и беспристрастной третьей стороны для оказания им помощи в отыскании приемлемого решения. В большинстве случаев механизмы урегулирования споров, связанные с тяжбой сторон, используются только тогда, когда споры не могут быть разрешены с помощью применения подобных примирительных методов.

7. В то же время свобода сторон договариваться об определенных методах предупреждения или урегулирования споров может быть ограниченной: одно из таких ограничений может быть обусловлено предметом спора, а другое ограничение может в некоторых правовых системах обуславливаться правительственной природой организации-заказчика. Подход, традиционно используемый в некоторых правовых системах, заключается в том, что правительство и его учреждения не могут соглашаться на определенные методы урегулирования споров, в частности на арбитраж. Этот подход часто толкуется ограничительно как не распространяющийся на публичные предприятия промышленного или коммерческого характера, которые в своих отношениях с третьими странами действуют в соответствии с частным или коммерческим правом.

8. Ограничения на свободу сторон договариваться о методах урегулирования споров, включая арбитраж, могут быть также связаны с юридической природой проектного соглашения. Согласно некоторым системам гражданского права проектные соглашения могут рассматриваться в качестве административных контрактов, вследствие чего споры, возникающие из таких соглашений, требуется разрешать в судах общей юрисдикции или в административных судах принимающей страны. Согласно другим правовым системам аналогичные запреты могут прямо оговариваться в законодательстве или вытекать из судебных прецедентов, непосредственно применимых к проектным соглашениям, или могут являться результатом установившейся договорной практики, обычно основывающейся на законодательных нормах или правилах.

9. Страна, желающим разрешить использование несудебных методов, включая арбитраж, для урегулирования споров, возникающих в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников,

важно ликвидировать возможные юридические препятствия и в четкой форме оговорить полномочия национальных организаций-заказчиков на согласование методов урегулирования споров. Отсутствие таких законодательных полномочий может вызвать сомнения в действительности оговорки об урегулировании споров и явиться причиной задержек в процессе разрешения таких споров. Если, например, арбитраж сочтет, что арбитражное соглашение является действительным, несмотря на любые последующие возражения на том основании, что организация-заказчик не имела полномочий на его заключение, этот вопрос может вновь возникнуть на этапе признания и приведения в исполнение в суде принимающей страны или в суде третьей страны, в которой должно быть признано или приведено в исполнение арбитражное решение.

2. Часто используемые методы предупреждения и урегулирования споров

10. В нижеследующих пунктах излагаются основные черты методов, используемых для предупреждения и урегулирования споров, а также рассматривается их приемлемость для различных этапов крупных проектов в области инфраструктуры, а именно этапа строительства, этапа эксплуатации и завершающего этапа после прекращения проекта. Хотя в проектных соглашениях обычно предусматриваются комплексные механизмы предупреждения и урегулирования споров, следует прилагать усилия к тому, чтобы избежать установления излишне сложных процедур или такого порядка, который будет характеризоваться излишней многосложностью различных процедур. Содержащееся в нижеследующих пунктах краткое описание отдельных методов предупреждения и урегулирования споров направлено на то, чтобы предоставить в распоряжение законодателей информацию об особенностях этих различных методов и о целесообразности их использования. Это описание не следует толковать как рекомендацию относительно использования того или иного сочетания подобных методов.

а) "Раннее оповещение"

11. Положения о "раннем оповещении" могут играть роль полезного инструмента, позволяющего избежать споров. Согласно некоторым таким положениям, если одна из сторон контракта считает, что произошедшие события или претензии, которые намеревается заявить эта сторона, могут вызвать споры, такие события или претензии должны быть доведены до сведения другой стороны в кратчайшие возможные сроки. Задержки в представлении таких претензий не только являются источником возможных конфликтов по той причине, что они могут быть неожиданными для другой стороны и, таким образом, вызвать реакцию отторжения и враждебности, но они также могут усложнить процедуру доказывания обоснованности таких претензий. По этой причине положения о "раннем оповещении" обычно предусматривают, что заявляющая претензию сторона должна представить свое требование, выраженное в количественной форме, вместе с необходимыми доказательствами в течение установленного срока. Для обеспечения эффективности такого положения часто предусматриваются санкции за его несоблюдение, например, утрата права на предъявление требования или отягченное бремя доказывания. Применительно к проектам в области инфраструктуры концепция "раннего оповещения" часто охватывает события, которые могут негативно сказаться на качестве работ или общедоступных услуг, повысить их стоимость, вызвать задержки или поставить под угрозу непрерывность предоставления услуги. В силу этого положения о "раннем оповещении" сохраняют свою полезность в течение всего срока осуществления проекта в области инфраструктуры.

б) Партнерство

12. Другим инструментом, который может быть использован в качестве средства избежания споров, является партнерство. Цель партнерства состоит в том, чтобы создать - с помощью совместно разработанных официальных стратегий и уже с самого начала осуществления проекта - обстановку доверия, коллективной работы и сотрудничества в отношениях между всеми ключевыми сторонами, принимающими участие в проекте. Опыт показывает, что партнерство играет полезную роль, так как оно позволяет избегать споров и укрепляет приверженность сторон эффективной работе, направленной на достижение целей проекта. Партнерские отношения разрабатываются ключевыми сторонами проекта на специальных семинарах, которые обычно организует организация-заказчик. На первом семинаре участники достигают общего понимания концепции партнерства, определяют цели проекта для всех сторон и разрабатывают процедуры оперативного решения важнейших вопросов. В конце этого семинара составляется проект "устава партнерства", который подписывается участниками в ознаменование их приверженности совместной работе в интересах успешной реализации проекта. В таком уставе обычно предусматривается процедура решения возникающих вопросов, предназначенная для определения порядка рассмотрения претензий и урегулирования других проблем, начиная с наименьшего возможного уровня управления и, по возможности, на наиболее раннем этапе. Если в установленные сроки решение не достигнуто, то соответствующий вопрос передается на следующий уровень управления проектом. Посторонние для проекта лица привлекаются к урегулированию соответствующего вопроса только в том случае, если лица, ответственные за реализацию проекта, не пришли к согласию.

с) Переговоры при участии помощника

13. Цель этой процедуры состоит в том, чтобы оказать содействие сторонам в процессе переговоров. В начале осуществления проекта стороны назначают помощника. Его функция состоит в оказании содействия сторонам в урегулировании любых споров, причем он не высказывает своего субъективного мнения по спорным вопросам, а, скорее, побуждает стороны к тщательному анализу существа их дела. Такая процедура является особенно полезной в случае участия нескольких сторон, когда без услуг такого помощника будет трудно организовать переговоры и согласовать различные мнения.

д) Посредничество и согласительные процедуры

14. Термин "согласительные процедуры" используется в настоящем Руководстве для отражения широкой концепции, охватывающей процедуру, в рамках которой какое-либо лицо или группа лиц на независимой и беспристрастной основе оказывают помощь сторонам в их усилиях добиться добровольного урегулирования спора. Согласительная процедура отличается от переговоров между сторонами в споре (которые стороны, как правило, начинают после возникновения спора) в том, что согласительная процедура предполагает помощь в урегулировании спора со стороны независимого и беспристрастного лица, тогда как в переговорах между сторонами по урегулированию спора никакое такое третье лицо не участвует. Различие между согласительной процедурой и арбитражем заключается в том, что согласительная процедура приводит либо к урегулированию спора на основе согласия сторон, либо заканчивается безрезультатно, в то время как при арбитраже третейский суд выносит решение, обязательное для сторон, если только сторонам не удалось урегулировать свой спор до вынесения такого решения. На практике для обозначения таких согласительных процедур используются различные термины, включая "посредничество". В то же время в правовой традиции некоторых стран между "согласительными процедурами" и "посредничеством" проводится разграничение, с тем чтобы подчеркнуть тот факт, что при согласительных процедурах третья сторона стремится сблизить стороны в споре, с тем чтобы помочь им снять свои разногласия, в то время как посредничество представляет собой более далеко идущую процедуру, т.к. посреднику разрешается предлагать условия урегулирования спора. Вместе с тем термины "согласительные процедуры" и "посредничество" практически всегда используются в качестве синонимов.

15. Согласительные процедуры все более часто используются в различных частях мира, в том числе в таких регионах, где они в прошлом не были распространены. Эта тенденция нашла свое отражение, в частности, в создании ряда частных и публичных органов, предлагающих заинтересованным сторонам свои услуги по организации согласительных процедур. Обычно согласительные процедуры носят частный, конфиденциальный и неформальный характер, что облегчает их применение. Такие процедуры могут быть также оперативными и недорогими. В рамках согласительных процедур посредник может выполнять разнообразные функции и, как правило, действует более активно, чем простой помощник. Он часто может оспаривать позиции сторон, с тем чтобы подчеркнуть их слабые стороны, что обычно облегчает достижение соглашения, и, если ему будут предоставлены соответствующие полномочия, может предлагать возможные сценарии урегулирования. Эта процедура, как правило, не носит обязательного характера, и функции посредника состоят в том, чтобы содействовать урегулированию путем обращения внимания сторон на спорные вопросы и их возможное решение, а не в вынесении решения по существу дела. Такая процедура особенно полезна в тех случаях, когда в споре участвуют несколько сторон и достижение соглашения путем прямых переговоров развивается, таким образом, сложности.

16. Если стороны предусмотрят в проектном соглашении согласительную процедуру, то им будет необходимо согласовать ряд процедурных вопросов с тем, чтобы повысить вероятность урегулирования споров. Решению таких процедурных вопросов во многом способствует включение в контракт ссылки на какой-либо согласительный регламент, например на Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ¹. Различные международные и национальные организации разработали другие своды правил согласительной процедуры.

¹ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тринадцатой сессии см. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать пятая сессия, Дополнение № 17 (A/35/17, пункт 106 (Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, том XI: 1989 год, часть первая, II, А (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.81.V.8)). Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ также издан в виде брошюры (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.81.V.6). Регламент дополнен типовой оговоркой о согласительной процедуре, которая гласит: "Если в случае спора, возникающего из настоящего договора или в связи с ним, стороны пожелают попытаться урегулировать этот спор миром посредством согласительной процедуры, такая процедура будет осуществляться в соответствии с действующим в настоящее время Согласительным регламентом ЮНСИТРАЛ". Примечание Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ рекомендовано Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в ее резолюции 32/52 от 4 декабря 1980 года.

е) Необязательная экспертная оценка

17. Такая оценка представляет собой процедуру, в рамках которой нейтральной третьей стороне поручается провести оценку существа спора и предложить возможное решение. Она служит своего рода "проверкой фактов", показывающей сторонам в споре возможный результат более дорогостоящих и обычно требующих более значительных затрат времени обязательных процедур, таких как арбитражное или судебное разбирательство. Эта процедура играет полезную роль в том случае, когда сношения сторон затруднены, поскольку они занимают непримиримые позиции, или когда они четко не осознают слабых сторон своих позиций и сильных сторон позиций противной стороны. Вслед за необязательной экспертной оценкой обычно проводятся переговоры, будь то прямые или при содействии помощника.

ф) Мини-разбирательство

18. Эта процедура представляет собой инсценировку разбирательства, в рамках которой оперативный персонал каждой стороны представляет дело в "суд", состоящий из старших должностных лиц с каждой стороны и третьего нейтрального лица. После представления материалов по делу, которое обычно осуществляется в заранее установленные сроки, должностные лица проводят переговоры при содействии помощника, функции которого выполняет нейтральное лицо, с тем чтобы попытаться достичь соглашения на основе вопросов, проясненных в ходе "разбирательства". В них часто принимают участие юридические советники сторон, которые помогают выделить соответствующие вопросы. Основная цель такого мини-разбирательства состоит в том, чтобы проинформировать старших должностных лиц о вопросах, относящихся к существу спора, и дать возможность провести проверку фактов дела, которые поможет спрогнозировать возможные результаты реального разбирательства.

г) Оценка старшими должностными лицами

19. Эта процедура аналогична мини-разбирательству, однако она в меньшей мере носит характер тяжбы сторон и в большей мере строится на основе подхода, ориентированного на достижение консенсуса. Эта процедура начинается с представления документов, содержащих резюме позиций каждой из сторон, вслед за чем стороны в краткой форме представляют свои ответы. На "совещании по оценке", работой которого руководит помощник, старшие должностные лица каждой из сторон выступают с краткими устными заявлениями, в которых разъясняются вопросы, содержащиеся в документах с изложением позиций, или другие моменты, поднятые сторонами или помощником. После этого совещания с целью достижения соглашения проводятся переговорные заседания, также под председательством помощника. И мини-разбирательство, и оценка старшими должностными лицами являются, как представляется, менее жесткими процедурами проверки фактов дела, чем обязательная экспертная оценка, и в силу этого они, по всей видимости, будут в меньшей степени стимулировать принятие трудных решений в отсутствие соответствующего коммерческого давления.

h) Рассмотрение технических споров независимыми экспертами

20. Применительно к этапу строительства стороны, возможно, пожелают предусмотреть, что некоторые виды споров должны передаваться на рассмотрение независимых экспертов, назначенных обеими сторонами. Такая процедура может быть особенно полезной в связи с разногласиями, касающимися технических аспектов сооружения объектов инфраструктуры (например, по вопросу о том, отвечает ли объект договорным спецификациям или техническим стандартам).

21. Стороны могут, например, назначить инспектора по проектно-конструкторским вопросам или инженера-контролера для рассмотрения, соответственно, их разногласий, касающихся инспекции и утверждения проектно-конструкторских работ или хода строительных работ (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 69-79). Независимые эксперты должны обладать опытом в проектно-конструкторских и строительных вопросах, связанных с аналогичными проектами. Полномочия независимого эксперта (например, в вопросе о том, выносит ли независимый эксперт рекомендации или же принимает обязательные решения), а также обстоятельства, при которых стороны могут запросить консультации независимого эксперта или поручить ему принять соответствующее решение, должны быть оговорены в проектном соглашении. В некоторых крупных проектах в области инфраструктуры консультации независимого эксперта могут быть, например, запрошены концессионером во всех случаях, когда между концессионером и организацией-заказчиком возникают разногласия по вопросу соответствия некоторых аспектов проектно-конструкторских или строительных работ применимым спецификациям или договорным обязательствам. Передача соответствующего дела на рассмотрение инспектора по проектно-конструкторским вопросам или, если это уместно, инженера-контролера может сыграть особенно полезную роль применительно к тем положениям проектного соглашения, которые требуют предварительного согласия организации-заказчика на осуществление концессионером определенных действий, например, в случае окончательного разрешения на эксплуатацию объекта инфраструктуры (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункт 78).

22. Услуги независимых экспертов часто использовались для разрешения технических споров, возникающих из контрактов на строительство, причем в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, могут быть использованы, *mutatis mutandis*, различные механизмы и процедуры, разработанные в практике строительной промышленности. Вместе с тем следует отметить, что содержание споров между организацией-заказчиком и концессионером не обязательно будет соответствовать содержанию споров, которые обычно возникают из контрактов на строительство. Это объясняется тем, что относительные позиции организации-заказчика и концессионера по проектному соглашению не в полной мере сравнимы с положением собственника и исполнителя работ по контракту на строительство. Например, споры в отношении суммы платежа, причитающегося подрядчику за фактически выполненный объем работ, которые часто возникают в случае контрактов на строительство, не являются типичными для отношений между организацией-заказчиком и концессионером, поскольку последний обычно не получает платежа от организации-заказчика до завершения строительных работ.

i) Комиссии по рассмотрению споров

23. В соответствии с проектными соглашениями по крупным проектам в области инфраструктуры часто учреждаются комиссии, состоящие из экспертов, назначаемых обеими сторонами, возможно, при помощи какого-либо компетентного органа, для цели оказания помощи в урегулировании споров, которые могут возникнуть на этапах строительства и эксплуатации (в настоящем Руководстве используется термин "комиссии по рассмотрению споров"). Процедуры рассмотрения споров такой комиссией могут носить неформальный и оперативный характер, а также могут быть приспособлены к особенностям спора, находящегося на рассмотрении. Назначение комиссии по рассмотрению споров может предотвратить перерастание недопониманий или разногласий между сторонами в формальные споры, которые потребуют урегулирования в ходе арбитражного или судебного разбирательства. Так, эффективность комиссии по рассмотрению споров в качестве инструмента, позволяющего избежать таких споров, является одной из особенно сильных сторон этой процедуры, однако такие комиссии могут также выполнять функции по разрешению споров, особенно если они будут уполномочены на вынесение обязательных решений.

24. В соответствии с процедурой учреждения комиссий по рассмотрению споров стороны обычно выбирают в начале осуществления проекта трех экспертов, которые пользуются авторитетом в силу их специальных знаний в проектной области и которые образуют эту комиссию. Такие эксперты могут быть заменены, если проект охватывает различные стадии, для которых может быть необходима различная специализация (т.е. для этого этапа сооружения объекта будет необходима специализация, отличная от той, которая потребуется впоследствии в ходе управления предоставлением общедоступной услуги), и в рамках некоторых крупных проектов в области инфраструктуры создавалось несколько таких комиссий. Например, одна комиссия по рассмотрению споров может заниматься исключительно спорами, касающимися вопросов технического характера (например, проектно-конструкторских аспектов или вопросов применимости некоторых технологий и соблюдения экологических стандартов), в то время как другая комиссия может заниматься спорами договорного или финансового характера (в отношении, например, сумм компенсаций, причитающихся за задержки в выдаче лицензий, или разногласий по вопросам применения формул корректировки цен). Каждый член комиссии должен обладать опытом по конкретным видам проектов, в том числе опытом по толкованию проектных соглашений и управлению их осуществлением, и должен принимать на себя обязательства сохранять беспристрастность и независимость по отношению к сторонам. Таким лицам могут представляться периодические доклады о ходе строительства или эксплуатации объекта инфраструктуры, если это уместно, и до их сведения могут незамедлительно доводиться разногласия, возникающие между сторонами. Они могут встречаться со сторонами - либо регулярно, либо по мере необходимости - для рассмотрения возникших разногласий и предлагать возможные пути их урегулирования.

25. Действуя в качестве лиц, ответственных за предотвращение возникновения споров, члены комиссии могут периодически посещать строительную площадку, встречаться со сторонами и получать информацию о ходе работ. Такие совещания помогают раннему выявлению моментов, которые могут потенциально привести к конфликтам, до их обострения и перерастания в полномасштабные споры. Когда выявлены моменты, которые потенциально могут вызвать конфликты, комиссия предлагает решения, на которые с учетом опыта и репутации ее членов стороны, по всей вероятности, дадут свое согласие. После передачи какого-либо спора на рассмотрение комиссии, она проводит оценку существа спора при использовании неформальных процедур, как правило, путем обсуждения соответствующих вопросов со сторонами в ходе регулярного посещения строительной площадки. Комиссия контролирует ход обсуждений, однако каждой стороне предоставляются полные возможности для изложения со мнений, причем комиссия по рассмотрению спора имеет право задавать вопросы и запрашивать представление документов и других доказательств. Преимущества проведения слушаний по месту работ вскоре после того, как произошли соответствующие события, и до того, как сформировались позиции противостоящих сторон, являются очевидными. Затем комиссия проводит закрытые совещания, на которых она пытается выработать рекомендацию или решение. Если стороны не соглашаются с этими предложениями и возникает спор, комиссия, когда она уполномочена на это сторонами, обладает уникальными возможностями для оперативного урегулирования таких споров, поскольку она уже ознакомлена с возникшими проблемами и договорной документацией.

26. Учитывая, как правило, длительный срок реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, многие обстоятельства, имеющие отношение к осуществлению таких проектов, могут изменяться до истечения срока концессии. Хотя воздействие таких изменений может автоматически регулироваться проектным соглашением (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 126-130), могут существовать такие изменения, которые будет нелегко учесть с помощью механизма автоматической корректировки и которые стороны, возможно, пожелают исключить из действия такого механизма. В силу этого сторонам важно создать механизмы для рассмотрения споров, которые могут возникнуть в связи с изменившимися обстоятельствами. Это имеет особое значение на этапе эксплуатации проекта. В тех случаях, когда стороны согласовали нормы, позволяющие пересматривать условия проектного соглашения при определенных обстоятельствах, может возникнуть вопрос о том, произошли ли соответствующие события и, если они имели место, каким образом следует изменить или дополнить договорные условия. С тем чтобы содействовать урегулированию возможных споров и избежать создания тупиковой ситуации в случае, если стороны не способны договориться о пересмотре контракта, сторонам целесообразно разъяснить вопрос о том, может ли и в какой мере может комиссия по рассмотрению споров изменять или дополнять определенные договорные условия. В этом контексте можно отметить, что стороны, возможно, не всегда будут иметь возможность обратиться в этих целях к арбитражу или соответствующему национальному суду. Так, согласно некоторым правовым системам вопрос об изменении или дополнении договорных условий не входит в компетенцию судов или арбитров. Согласно другим правовым системам суды и арбитры могут принять соответствующие меры только в том случае, если они прямо уполномочены на это сторонами. Согласно еще одной группе правовых систем соответствующей компетенцией могут наделаться арбитры, но не суды.

27. Вопрос о том, в какой степени стороны могут уполномочивать арбитров или суды пересматривать решения комиссии по рассмотрению споров, может решаться законодательством, регулирующим арбитражную или судебную процедуру. Исключение возможности такого обжалования обладает тем преимуществом, что решение комиссии по рассмотрению споров будет сразу же приобретать окончательный и обязательный характер. В то же время, если такое обжалование будет допускаться, то это укрепит уверенность сторон в том, что вынесенное решение будет правильным. Первоначально положения о комиссиях по рассмотрению споров не предусматривали, что их рекомендации приобретают обязательный характер, если они не оспариваются в рамках арбитражного или судебного разбирательства. На практике, однако, убедительная сила единогласных рекомендаций, совместно вынесенных независимыми экспертами, согласованными сторонами, привела к тому, что и организации-заказчики, и проектные компании в добровольном порядке соглашались с этими рекомендациями и отказывались от тяжб. Положения о комиссиях по рассмотрению споров, содержащиеся в недавно заключенных договорах, обычно предусматривают, что решение комиссии, хотя оно и не приобретает сразу же обязательного для сторон характера, становится обязательным, если только одна из сторон или обе стороны не передают спор на арбитраж или не возбуждают судебного разбирательства в течение оговоренного срока. Помимо стремления избежать потенциальных затрат времени на проведение длительных судебных тяжб стороны часто учитывают потенциальные сложности, связанные с попыткой опротестовать решение комиссии, которое может рассматриваться судом или арбитражем в качестве авторитетной рекомендации, поскольку оно было вынесено независимыми экспертами, знакомыми с проектом с самого начала его осуществления, и поскольку оно основывается на непосредственном наблюдении за ходом осуществления проекта до момента и в момент первоначального возникновения спора.

28. Хотя такой порядок предусматривается очень редко, стороны могут договориться о том, чтобы придать решениям комиссии окончательный и обязательный характер. Следует отметить, однако, что, несмотря на согласие сторон на обязательную силу решений комиссии, согласно многим правовым системам решение комиссии по рассмотрению споров, хотя оно и будет признаваться как имеющее обязательную силу в качестве договора, может не подлежать приведению в исполнение в упрощенном порядке, как это имеет место, например, в случае процедур по приведению в исполнение арбитражного решения, поскольку решение комиссии статуса арбитражного решения не имеет. Если стороны хотели бы оговорить процедуры работы комиссии по рассмотрению споров, то им будет необходимо урегулировать различные аспекты таких процедур в проектном соглашении. Было бы целесообразно оговорить в проектном соглашении с максимальной точностью полномочия, которыми наделяется комиссия по рассмотрению споров. Что касается характера ее функций, то в соответствии с проектным соглашением комиссия по рассмотрению споров может быть уполномочена выносить заключения по фактам дела и принимать распоряжения о временных мерах. Можно оговорить те функции, которые должна выполнять комиссия по рассмотрению споров, и виды споров, которые она может рассматривать. Если сторонам разрешается возбуждать арбитражное или судебное разбирательство в течение оговоренного срока после вынесения решения, то стороны могут оговорить, что заключение по фактам дела, вынесенное комиссией по рассмотрению споров, должно рассматриваться в качестве окончательного в ходе арбитражного или судебного разбирательства. В проектном соглашении может быть также включено обязательство сторон выполнять вынесенные комиссией по рассмотрению споров решения относительно временных мер или решения по существу оговоренных вопросов; если стороны этого не сделают, то это будет рассматриваться в качестве неисполнения договорного обязательства. Что касается срока полномочий комиссии, то в проектном соглашении может быть предусмотрено, что комиссия будет выполнять свои функции в течение определенного срока после истечения или прекращения проектного соглашения, с тем чтобы имела возможность для рассмотрения споров, которые могут возникнуть на этом этапе (например,

споры в отношении состояния активов, передаваемых организации-заказчику, и компенсации, причитающейся за эти активы).

j) Необязательный арбитраж

29. Эта процедура иногда используется в тех случаях, когда методы, в меньшей мере носящие характер тяжбы сторон, такие, как переговоры при участии помощника, согласительная процедура или урегулирование комиссией по рассмотрению споров, не привели к успеху. Необязательный арбитраж проводится таким же образом, что и обязательный арбитраж, и к нему могут применяться те же правила, за тем исключением, что эта процедура заканчивается вынесением рекомендации. Согласно этой процедуре предусматривается, что стороны в случае, если спор по-прежнему останется неразрешенным после необязательного арбитража, перейдут непосредственно к его судебному урегулированию. Стороны, обращающиеся к такой процедуре, делают это по следующим соображениям: а) у них имеются оговорки относительно обязательного характера арбитража; или б) они рассматривают ее в качестве стимула, позволяющего избежать арбитражного или судебного разбирательства, так как - применительно к арбитражу - возвращаться во второй раз к той же процедуре было бы нецелесообразно, а - применительно к судебному разбирательству, - так как оно связано с большими затратами времени и средств.

k) Арбитраж

30. За последние годы арбитраж все более широко используется для урегулирования споров, возникающих в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников. Арбитраж, как правило, используется для урегулирования как споров, возникающих в ходе строительства или эксплуатации объекта инфраструктуры, так и споров, связанных с истечением или прекращением проектного соглашения. Арбитражу отдают предпочтение частные инвесторы и кредиторы, особенно иностранные, поскольку стороны могут придать арбитражным процедурам менее формальный, по сравнению с судебным разбирательством, характер и поскольку такие процедуры лучше отвечают потребностям сторон и особенностям споров, которые могут возникнуть в рамках проектного соглашения. Стороны могут избрать арбитрами лиц, которые обладают специальными знаниями по конкретным видам проектов. Они могут избрать место проведения арбитражного разбирательства. Они также могут избрать язык или языки для использования в ходе арбитражного разбирательства. Арбитражные процедуры, как считается, менее опасны с точки зрения нанесения ущерба деловым отношениям между сторонами, чем судебное разбирательство. Может быть сохранен конфиденциальный характер процедур и арбитражных решений, тогда как в случае судебных процедур и решений это, как правило, невозможно. Кроме того, приведение в исполнение арбитражных решений в других странах, чем страна их вынесения, облегчено в результате широкого круга участников Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года².

31. Что касается, в частности, проектов в области инфраструктуры при участии иностранных инвесторов, то можно отметить, что рамки для урегулирования споров между организацией-заказчиком и иностранными компаниями, участвующими в проектом консорциуме, могут быть обеспечены путем присоединения к Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств³. В соответствии с этой Конвенцией, к которой в настоящее время присоединилось 131 государство, был учрежден Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС). МЦУИС является самостоятельной международной организацией, поддерживающей тесные связи со Всемирным банком. МЦУИС предоставляет возможности для согласительной процедуры и арбитражного разбирательства споров между странами-участниками и инвесторами, являющимися физическими или юридическими лицами других участвующих в Конвенции государств. Обращение к согласительной процедуре и арбитражу в МЦУИС является добровольным. Однако после того, как стороны какого-либо договора или спора согласились передать свой спор в соответствии с Конвенцией на арбитраж в МЦУИС, ни одна из них не может в одностороннем порядке отозвать свое согласие. Согласно Конвенции требуется, чтобы все члены МЦУИС, независимо от того, являются ли они сторонами в споре или нет, признавали и приводили в исполнение арбитражные решения МЦУИС. Согласие сторон на арбитраж МЦУИС может быть дано как в отношении существующего спора, так и в отношении определенного класса будущих споров. В то же время необходимости в выражении согласия сторон в отношении какого-либо конкретного проекта не имеется; принимающая сторона в своем законодательстве о содействии инвестированию может предложить распространить на споры, возникающие в связи с определенными категориями инвестиций, компетенцию МЦУИС, и инвестор может в письменной форме дать свое согласие на это предложение.

² См. United Nations, *Treaty Series*, Vol. 330, p. 38, № 4739 (1959), воспроизведена в Регистре текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли, том II (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.73.V.3).

³ United Nations, *Treaty Series*, Vol. __, № 8359, p. 160.

32. Рамки для урегулирования споров между организацией-заказчиком и иностранными компаниями могут также предусматриваться в двусторонних инвестиционных соглашениях. Согласно таким договорам принимающее государство обычно предоставляет инвесторам, являющимся физическими или юридическими лицами другого подписавшего государства, ряд заверений и гарантий (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", пункты 4-6) и выражает свое согласие на арбитраж, например, путем передачи спора на урегулирование в МЦУИС или в какой-либо третейский суд, применяющий Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ.

i) Суверенный иммунитет

33. В тех случаях, когда арбитраж допускается и когда стороны проектного соглашения пришли к согласию о его применении, выполнение арбитражного соглашения может быть сорвано или затруднено, если организация-заказчик имеет возможность сослаться на суверенный иммунитет либо в качестве препятствия для возбуждения арбитражного разбирательства, либо в качестве возражения против признания и приведения в исполнение арбитражного решения. Иногда законодательство по этому вопросу не является достаточно ясным, что может вызвать беспокойство заинтересованных сторон (например, концессионеров, учредителей проекта и кредиторов) по поводу того, что арбитражное соглашение окажется неэффективным. Для того чтобы рассеять такие возможные сомнения, целесообразно провести обзор законодательства по этому вопросу и обозначить пределы, в рамках которых организация-заказчик может сослаться на суверенный иммунитет.

34. Кроме того, организация-заказчик, против которой было вынесено арбитражное решение, может сослаться на иммунитет от исполнительных действий в отношении публичной собственности. Существуют различные подходы к вопросу о суверенном иммунитете от исполнительных действий. Например, согласно законам некоторых стран иммунитет не распространяется на правительственные учреждения, которые занимаются коммерческой деятельностью. Согласно другим национальным законам требуется наличие связи между собственностью, на которую должно быть обращено исполнение, и соответствующим иском в том отношении, например, что ссылки на иммунитет в отношении средств, выделенных для экономической или коммерческой деятельности, регулируемой нормами частного права, на которых основывается иск, не допускаются, или в том отношении, что не допускаются ссылки на иммунитет, когда речь идет об активах, выделенных государством на ведение своей коммерческой деятельности. В некоторых странах считается, что бремя доказывания того, что активы, на которые должно быть обращено взыскание, не используются в коммерческих целях, должно возлагаться на правительство.

35. В некоторые контракты с участием субъектов, которые могли бы сослаться на суверенный иммунитет, включались оговорки, предусматривающие отказ правительства от своего права сослаться на суверенный иммунитет. Такое согласие или такой отказ могут закрепляться в проектом соглашении или в международном соглашении; они могут ограничиваться признанием того, что определенная собственность используется или предназначена для использования в коммерческих целях. Подобные письменные оговорки могут быть необходимыми в тех случаях, когда не ясно, представляют ли собой заключение арбитражного соглашения правительственным учреждением и его участие в арбитражных процедурах подразумеваемый отказ от суверенного иммунитета от исполнительных действий.

36. Законодатель может пожелать провести обзор своего законодательства по этому вопросу и в той мере, в которой это будет сочтено целесообразным, разъяснить, в каких областях организации-заказчики не могут сослаться на суверенный иммунитет.

ii) Эффективность арбитражного соглашения и возможность приведения арбитражного решения в исполнение

37. Эффективность арбитражного соглашения зависит от законодательного режима в месте арбитража. Если законодательный режим арбитража в принимающей стране считается неудовлетворительным, поскольку, например, установлено, что он налагывает неразумные ограничения на автономию сторон, одна из сторон может пожелать договориться о каком-либо месте арбитража за пределами принимающей страны. В силу этого принимающей стране важно обеспечить, чтобы ее внутренний законодательный режим арбитража разрешал принципиальные процессуальные вопросы таким образом, который отвечал бы потребностям международного арбитража. Такой режим устанавливается, например, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже⁴.

⁴ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее восемнадцатой сессии, см. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 17 (A/40/17), пункт 332 и приложение I. В своей резолюции 40/72 от 11 декабря 1985 года Генеральная Ассамблея рекомендовала всем государствам должным образом принимать во внимание Типовой закон о международном торговом арбитраже, имея в виду желательность единообразия закона о процедурах арбитража и конкретные потребности практики международного торгового арбитража.

38. Если арбитражное разбирательство происходит за пределами принимающей страны или если арбитражное решение, вынесенное в принимающей стране, потребуется привести в исполнение за границей, то эффективность арбитражного соглашения будет также зависеть от законодательства, регулирующего вопросы признания и приведения в исполнение арбитражных решений. В Конвенции о признании и приведении в исполнение арбитражных решений (см. пункт 30) регулируются в том числе такие вопросы, как признание арбитражного соглашения и основания, по которым суд может отказать в признании решения или в его приведении в силу. Конвенция, по общему мнению, обеспечивает приемлемый и сбалансированный режим признания и приведения в исполнение арбитражных решений. Тот факт, что принимающая страна является участником Конвенции, будет, по всей вероятности, рассматриваться в качестве важнейшего элемента оценки юридической определенности обязательств и надежности арбитража в качестве метода урегулирования споров со сторонами из этого государства в арбитражном порядке. Кроме того, участие в Конвенции облегчит приведение в исполнение за границей арбитражного решения, вынесенного в принимающей стране.

1) Судебное разбирательство

39. Как это указывалось ранее, в некоторых правовых системах в силу императивных норм публично-правового характера урегулирование споров, возникающих из проектных соглашений, по которым концессионеру поручается предоставление общедоступных услуг, является вопросом, отнесенным к исключительной компетенции национальных судов общей юрисдикции или административных судов. В некоторых странах правительственные учреждения не имеют права соглашаться на арбитраж, кроме как в специально оговоренных обстоятельствах (см. пункты 7-9), в то время как в других правовых системах стороны свободны в выборе между судебными и арбитражными процедурами.

40. В тех случаях, когда стороны имеют возможность выбирать между судебными и арбитражными процедурами, у организации-заказчика могут иметься причины для того, чтобы оставить любые споры на урегулирование в судах принимающей страны. Эти суды знакомы с национальным правом, которое часто содержит специальные законодательные положения, непосредственно применимые к проектным соглашениям. Кроме того, организация-заказчик и другие правительственные учреждения принимающей страны, которые могут участвовать в споре, могут отдать предпочтение местным судам по причине языка судопроизводства и осведомленности о судебных процедурах. Может также учитываться и то, что в той мере, в которой проектные соглашения затрагивают вопросы публичного порядка и защиты публичных интересов, государственные суды находятся в лучшем положении, чтобы должным образом обеспечить выполнение соответствующих положений.

41. Вместе с тем такой подход организации-заказчика может не найти поддержки у потенциальных инвесторов, финансистов и других частных сторон. Эти стороны могут отдать предпочтение арбитражу перед судебными процедурами, поскольку арбитраж, который в большей степени, чем судопроизводство, зависит от согласия сторон, лучше подходит для эффективного урегулирования споров. Частные инвесторы, особенно иностранные, могут также неохотно идти на то, чтобы подчинить свои споры юрисдикции национальных судов, функционирующих на основании неизвестных им правил. Согласно опыту ряда стран, предоставление сторонам возможности выбора механизма урегулирования споров помогает привлечению иностранных инвестиций на цели развития инфраструктуры.

42. При рассмотрении вопроса о том, следует ли предусмотреть урегулирование любых споров в рамках судебных разбирательств или же следует заключить арбитражное соглашение, когда такая возможность допускается применимым правом, в число факторов, обычно учитываемых сторонами, входит, например, их уверенность в том, что суды, компетентные разрешать спор, будут действовать беспристрастно и что спор будет разрешен без ненадлежащих задержек. Эффективность национальной судебной системы и наличие форм судебной защиты, отвечающих потребностям споров, которые могут возникнуть из проектного соглашения, являются дополнительными факторами, которые следует принимать во внимание. Кроме того, с учетом высокотехнического характера и большой сложности вопросов, связанных с проектами в области инфраструктуры, стороны будут также учитывать последствия использования услуг арбитров, выбранных на основе их особых знаний и опыта, по сравнению с использованием внутренних судов, которым может не доставать специальных знаний или опыта в решении технических вопросов в той области, в которой возник спор. Еще одно соображение может быть связано с конфиденциальностью арбитражного разбирательства, относительной неформальностью арбитражных процедур и, возможно, более значительной гибкостью, которой могут обладать арбитры при вынесении решения о надлежащих средствах правовой защиты, причем все эти факторы могут благоприятно сказаться на поддержании и развитии долгосрочных отношений, установление которых предполагается в проектных соглашениях.

С. Споры между концессионером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками

43. Во внутреннем законодательстве обычно признается, что стороны коммерческих сделок, и в особенности международных коммерческих сделок, имеют право договариваться о том, в каком судебном органе будут

приниматься обязывающие их решения по любому спору, который может возникнуть из таких сделок. Что касается международных сделок, то предпочтительным методом стал арбитраж, независимо от того, проводится ли при этом согласительная процедура как до арбитража, так и в сочетании с ним. Что касается контрактов между концессионером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками, которые неизбежно являются составной частью проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, то во многих странах стороны имеют право передавать свои споры на арбитраж, выбирать место арбитража и принимать решение о том, следует ли проводить арбитражное разбирательство по тому или иному делу при арбитражном учреждении. Такие контракты в целом рассматриваются как коммерческие соглашения, к которым в том, что касается оговорки об урегулировании споров, применяются общие нормы о коммерческих договорах. Принимающим странам, которые хотели бы создать благоприятный правовой климат для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, можно рекомендовать провести обзор своего законодательства в отношении таких контрактов с тем, чтобы устранить любую неопределенность применительно к свободе сторон согласовывать механизмы урегулирования споров по своему выбору.

D. Споры между концессионером и его клиентами

44. В зависимости от вида проекта в круг клиентов концессионера могут входить различные физические и юридические лица, такие, например, как находящиеся в государственной собственности коммунальные компании, закупающие у концессионера электроэнергию или воду с целью их перепродажи конечным пользователям; коммерческие компании, такие, как авиационные и судоходные линии, заключающие договор об использовании аэропорта или морского порта; или же отдельные лица, оплачивающие использование платных автодорог. Соображения и принципиальные подходы в отношении контрактов с конечными приобретателями товаров или услуг, предоставляемых проектной компанией, могут изменяться в зависимости от того, кто является стороной таких контрактов, условий, на которых предоставляется услуга, и применимого режима регулирования.

45. В некоторых странах законодательство требует от поставщиков общедоступных услуг создания специальных упрощенных и эффективных механизмов для рассмотрения претензий клиентов. Такое специальное регулирование, как правило, ограничивается определенными секторами промышленности и применяется к приобретению клиентами товаров или услуг. Законодательные требования о создании таких механизмов урегулирования споров могут применяться в целом к претензиям, заявляемым любыми клиентами концессионера, или могут ограничиваться теми клиентами, которые являются физическими лицами, выступающими в некоммерческом качестве. Обязательство концессионера может ограничиваться созданием механизма для получения и рассмотрения жалоб от отдельных клиентов. Такие механизмы могут включать специальные подразделения или отделы в рамках проектной компании для получения и оперативного рассмотрения претензий, например, путем предоставления в распоряжение клиентов стандартных бланков для изложения претензий или выделения специальных бесплатных телефонных номеров, по которым могут быть сообщены жалобы. Если соответствующий вопрос не разрешен удовлетворительным образом, то клиент может иметь право подать жалобу в регулирующее учреждение, если таковое имеется, которое в некоторых странах может обладать полномочиями на вынесение обязательного решения по такому вопросу. Обращение клиентов к подобным механизмам обычно носит факультативный характер и, как правило, не исключает обращения лиц, которым были причинены убытки, к судам.

46. Если клиентами являются коммунальные компании (например, компания по водоснабжению) или коммерческие предприятия (например, крупная фабрика, закупающая электроэнергию непосредственно у независимого производителя), которые свободно выбирают услуги, предоставляемые концессионером, и согласовывают условия своих контрактов в ходе переговоров, то стороны, как правило, будут разрешать любые споры с помощью методов, обычно применяемых в коммерческих контрактах, включая арбитраж. Соответственно, необходимости в рассмотрении вопроса об урегулировании таких споров в законодательстве, касающемся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может и не существовать. В то же время в тех случаях, когда клиентами концессионера являются предприятия, находящиеся в государственной собственности, их способность согласовывать методы урегулирования споров может быть ограничена нормами административного права, которым подчиняются вопросы об урегулировании споров с участием государственных учреждений. Странам, которые хотели бы допустить использование несудебных методов, включая арбитраж, для урегулирования споров между концессионером и его клиентами - предприятиями, находящимися в государственной собственности, важно ликвидировать возможные юридические барьеры и ясно оговорить полномочия этих предприятий на согласование методов урегулирования споров (см. пункты 7-9).

A/CN.9/471/Add.8

VII. ДРУГИЕ ОБЛАСТИ ПРАВА, ИМЕЮЩИЕ ОТНОШЕНИЕ К РАССМАТРИВАЕМЫМ ВОПРОСАМ

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
A. Общие замечания	1-2
B. Другие области законодательства, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам	3-52
1. Поощрение и защита инвестиций	4-6
2. Правовое регулирование вопросов собственности	7-9
3. Обеспечительные интересы	10-16
4. Правовое регулирование вопросов интеллектуальной собственности	17-21
5. Правила и процедуры принудительного приобретения частной собственности	22-23
6. Правила, касающиеся правительственных контрактов, и административное право	24-27
7. Правовое регулирование вопросов, относящихся к частным договорам	28-29
8. Правовое регулирование деятельности акционерных обществ	30-33
9. Правовое регулирование вопросов налогообложения	34-39
10. Правила и процедуры отчетности	40-41
11. Охрана окружающей среды	42-44
12. Правовое регулирование вопросов защиты потребителей	45-46
13. Правовое регулирование вопросов несостоятельности	47-49
14. Меры по борьбе с коррупцией	50-52
C. Международные соглашения	53-57
1. Членство в многосторонних финансовых учреждениях	54
2. Общие соглашения об облегчении и развитии торговли	55
3. Международные соглашения по отдельным секторам	56-57

A. Общие замечания

1. Важными элементами общей правовой базы, касающейся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, являются уровень развития соответствующего законодательства принимающей страны, стабильность ее правовой системы и наличие надлежащих средств правовой защиты, доступных для частных сторон. С помощью проведения обзора и, если это уместно, усовершенствования своего законодательства в тех областях, которые имеют непосредственное отношение к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, принимающая страна может внести существенный вклад в обеспечение благоприятного климата для частных инвестиций в инфраструктуру. Повышение юридической определенности и благоприятная правовая база позволят кредиторам и спонсорам проектов лучше оценить имеющиеся в стране риски. Это окажет положительное воздействие на затраты по мобилизации частного капитала и уменьшит необходимость правительственной поддержки или гарантий (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 30-60).

2. В разделе B рассматривается ряд отдельных аспектов законодательства принимающей страны, которые, хотя и необязательно имеют прямое отношение к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, могут оказать воздействие на их осуществление (см. пункты 3-52). В разделе C описывается возможное влияние некоторых международных соглашений на осуществление в принимающей стране проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников (см. пункты 53-57).

В. Другие области законодательства, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам

3. Помимо вопросов, относящихся к законодательству, непосредственно затрагивающему проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, правовая база, благоприятствующая таким проектам, может также потребовать включения положений из других областей законодательного регулирования. Наличие законодательных положений, поощряющих и защищающих частные инвестиции в экономическую деятельность в целом, будет стимулировать и частные инвестиции в инфраструктуру. В нижеследующих пунктах затрагиваются лишь немногочисленные отдельные аспекты других областей права, которые могут оказать воздействие на реализацию проектов в области инфраструктуры. Наличие надлежащих норм права в таких других областях может облегчить ряд операций, необходимых для выполнения проектов в области инфраструктуры, и способствовать сокращению предполагаемого правового риска инвестиций в принимающей стране.

1. Поощрение и защита инвестиций

4. Один из вопросов, вызывающих особую обеспокоенность у проектных консорциумов и кредиторов, связан со степенью защиты, предоставляемой инвестициям в принимающей стране. Иностранным инвесторам к принимающей стране потребуются заверения в том, что они будут защищены от национализации или реквизиции без решения суда и выплаты надлежащей компенсации в соответствии с нормами, действующими в принимающей стране, и в соответствии международным правом. Учредители проектов будут также обеспокоены тем, смогут ли они, в частности, направлять в страну без каких-либо необоснованных ограничений квалифицированный персонал, который требуется для работы по проекту, импортировать необходимые товары и оборудование, получать по мере потребности доступ к иностранной валюте и переводить за границу или репатриировать свои доходы или суммы, необходимые для погашения кредитов, которые компания взяла для реализации проекта в области инфраструктуры. Помимо конкретных гарантий, которые могут быть предоставлены правительством (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 45-50), важную роль применительно к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, может играть законодательство по поощрению и защите инвестиций. Странам, в которых уже имеется надлежащее законодательство по защите инвестиций, может оказаться целесообразным рассмотреть вопрос о принятии положений, прямо распространяющих предусмотренную в таком законодательстве защиту на частные инвестиции в проекты в области инфраструктуры.

5. Все большее число стран заключают двусторонние инвестиционные соглашения, направленные на поощрение и защиту инвестиционных потоков между договаривающимися сторонами. Соглашения о защите инвестиций обычно содержат положения, касающиеся принятия иностранных инвестиций и их режима; перевода капитала между договаривающимися сторонами (например, выплаты дивидендов за границей или репатриации инвестиций); доступности иностранной валюты для перевода или репатриации доходов от инвестиций; защиты от экспроприации и национализации; и урегулирования инвестиционных споров. Существование такого соглашения между принимающей страной и страной происхождения инвестиций или странами спонсоров проекта может сыграть важную роль в принятии ими решения об инвестировании в принимающей стране. В зависимости от содержащихся в таком соглашении условий оно может сократить необходимость в заверениях или гарантиях со стороны правительства применительно к отдельным проектам в области инфраструктуры. Источником положений о защите инвестиций могут также являться и многосторонние договоры.

6. Кроме того, в ряде стран нормы, направленные на содействие инвестиционным потокам и их защиту (в том числе, в таких областях, как иммиграционное законодательство, контроль за импортом и валютные правила), содержатся в законодательстве, которое может и не основываться на двусторонних или многосторонних договорах.

2. Правовое регулирование вопросов собственности

7. Желательно, чтобы в законах принимающей страны, касающихся вопросов собственности, были отражены приемлемые международные стандарты, содержались надлежащие положения, касающиеся собственности на земельные участки и здания, а также на движимое и нематериальное имущество, и должным образом гарантировалась возможность концессионера приобретать, продавать и передавать собственность, а также лицензировать ее использование. Конституционные положения, защищающие права собственности, сыграли важную роль в стимулировании частных инвестиций во многих странах.

8. Если земельный участок, на котором сооружается объект, передается в собственность концессионера, важно, чтобы собственность на земельный участок могла быть четко и безоговорочно установлена с помощью надлежащих процедур регистрации и публичного оповещения. Концессионеру и кредиторам потребуются ясные доказательства того, что право собственности на земельный участок не будет оспариваться. В силу этого они с нежеланием будут идти на выделение средств на проект, если законы принимающей страны не обеспечивают надлежащих средств утверждения права собственности на земельный участок.

9. Кроме того, необходимо обеспечить эффективные механизмы для защиты в принудительном порядке права собственности и имущественных прав, предоставленных концессионеру, от нарушения со стороны третьих лиц. Такая защита должна также распространяться на сервитуты и права прохода, которые могут потребоваться концессионеру для предоставления соответствующих услуг на постоянной основе (например, в том, что касается установки столбов и укладки кабеля на участках, находящихся в частной собственности, для обеспечения электроснабжения) (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 30-35).

3. Обеспечительные интересы

10. Как это указывалось ранее (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 52-61), в случае проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, обеспечительные механизмы могут быть сложными и состоять из различных форм обеспечения, в том числе фиксированного обеспечения в материальных активах концессионера (например, ипотека и залог активов), залога акций концессионера и уступки нематериальных активов (дебиторской задолженности) проекта. Хотя кредитные механизмы обычно регулируются правом, выбранным сторонами, виды обеспечения, при которых на активы, расположенные в принимающей стране, может быть обращено взыскание, и имеющие средства правовой защиты будут определяться законодательством принимающей страны.

11. Различия в видах обеспечения или ограничения применительно к средствам правовой защиты, предусмотримым законодательством принимающей страны, могут вызвать обеспокоенность потенциальных кредиторов. В силу этого важно обеспечить, чтобы внутреннее законодательство предусматривало надлежащую правовую защиту обеспеченных кредиторов и не препятствовало способности сторон договариваться о надлежащих обеспечительных механизмах. Поскольку для разных правовых систем характерны большие различия в законодательстве, относящемся к обеспечительным интересам, технические подробности необходимого правового регулирования в *Руководстве* не рассматриваются, а в нижеследующих пунктах лишь в общем виде описываются элементы современного режима обеспеченных сделок.

12. В некоторых правовых системах обеспечительные интересы могут создаваться практически в любых активах, включая интеллектуальную собственность, а в других - обеспечительные интересы могут создаваться лишь в ограниченной категории активов, таких как земельные участки и здания. В некоторых странах обеспечительные интересы могут распространяться на еще не существующие активы (будущие активы), и в качестве обеспечения могут выступать все активы компании при сохранении за ней возможности дальнейшего использования этих активов в обычной коммерческой деятельности. В некоторых правовых системах предусмотрены обеспечительные интересы без права владения, и таким образом, активы могут быть приняты в качестве обеспечения без вступления в фактическое владение ими; в других системах, применительно к тем активам, на которые распространяется система регистрации правового титула, обеспечение может быть принято лишь путем вступления в физическое или конструктивное владение. Ряд систем предусматривает возможность взыскания обеспечения без участия суда; в других системах такое взыскание допускается лишь на основе судебного решения. В одних странах предусмотрены средства правовой защиты, которые включают не только продажу активов, но и возможность для обеспеченного кредитора оперировать этими активами либо посредством вступления во владение, либо путем назначения управляющего; в других странах продажа через суд может выступать в качестве основного механизма взыскания. В некоторых системах определенные виды обеспечения имеют преимущественную силу по сравнению с требованиями привилегированных кредиторов; в других системах требования привилегированных кредиторов имеют преимущественную силу по сравнению с любыми видами обеспечения. В ряде стран оформление обеспечительных интересов не сопряжено с большими расходами, так как установленные платежи и сборы минимальны, тогда как в других странах это может быть связано со значительными издержками. В одних странах стоимость обеспечения может быть неограниченной, в других - она не может быть чрезмерной по сравнению с величиной причитающегося долга. В некоторых правовых системах на обеспеченного кредитора налагаются определенные обязательства, связанные с взысканием обеспечения, например, обязательство продать активы по справедливой рыночной цене.

13. В базу юридической защиты могут быть включены положения, устанавливающие, что фиксированное обеспечение (например, ипотека) является подлежащим регистрации интересом и что после регистрации такого обеспечения в регистре правовых титулов или ином публичном регистре любой приобретатель имущества, с которым связано такое обеспечение, приобретает такое имущество, обремененное этим обеспечением. Это может быть сопряжено с трудностями, поскольку во многих странах специальных регистров правовых титулов не существует. Кроме того, должна предусматриваться возможность принудительного взыскания обеспечения с третьих сторон, в связи с чем может потребоваться, чтобы обеспечение по своему характеру рассматривалось как относящееся к имущественным правам, а не просто к числу обязательств и чтобы оно давало лицу, получившему обеспечение, право продать принятые в качестве обеспечения активы в рамках исполнительного производства.

14. Другой важный аспект связан с наделением сторон возможностями для проявления гибкости в определении активов, предоставляемых в обеспечение. В некоторых правовых системах сторонам предоставляется широкая свобода действий по определению тех активов, которые могут быть предоставлены в качестве обеспечения. В ряде правовых систем допускается создание обеспечительного интереса, охватывающего все активы предприятия, и,

таким образом, имеется возможность продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, что может позволить сохранить предприятие, испытывающее финансовые трудности, и одновременно увеличить сумму возмещения, причитающегося обеспеченному кредитору. В то же время в других правовых системах допускается создание только такого обеспечительного интереса, который связан с конкретными активами, а обеспечение, охватывающее активы должника в целом, не признается. Кроме того, могут существовать ограничения на способность должника осуществлять коммерческие операции с товарами, предоставленными в качестве обеспечения. Наличие подобных ограничений и запретов затрудняет - и даже иногда делает невозможным - для должника предоставление в качестве обеспечения активов, описанных по родовым признакам, или активов, используемых в ходе обычных коммерческих операций.

15. Учитывая долгосрочный характер проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, стороны, возможно, пожелают определить в конкретном или общем порядке те активы, которые предоставляются в качестве обеспечения. Кроме того, они могут пожелать, чтобы такое обеспечение охватывало нынешние или будущие активы и активы, которые могут измениться в течение срока действия обеспечения. Поэтому, возможно, целесообразно провести обзор действующих положений, регулирующих обеспечительные интересы, с тем чтобы включить нормы, позволяющие сторонам согласовывать механизмы обеспечения, отвечающие их потребностям.

16. К настоящему времени международные межправительственные органы еще не разработали всеобъемлющего унифицированного режима или модели для разработки внутренних законодательных положений, регулирующих вопросы обеспечения. Вместе с тем, правительствам можно порекомендовать принять во внимание те усилия, которые в настоящее время предпринимаются в этой области различными организациями. Модель для подготовки современного законодательства по обеспечительным интересам может быть найдена в Типовом законе об обеспеченных сделках, который был подготовлен Европейским банком реконструкции и развития (ЕБРР) для оказания помощи усилиям по реформированию законодательства, предпринимаемым в странах Центральной и Восточной Европы. Помимо общих положений во вопросам о том, кто может создавать и кто может получить обеспечительное право, а также общих норм относительно обеспеченной задолженности и обремененного имущества, в Типовом законе ЕБРР об обеспеченных сделках охвачены и другие вопросы, такие как создание обеспечительных прав, интересы третьих сторон, обращение взыскания на обеспечение и процедуры регистрации.

[Примечание для Комиссии: соответствующая ссылка будет сделана на проект конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность, подготовленный Рабочей группой по международной договорной практике, а также на другие международные инициативы (например, проект межамериканского типового закона об обеспеченных сделках, рассматриваемый в настоящее время Организацией американских государств в рамках подготовки к шестой Межамериканской конференции по международному частному праву, и проект конвенции МИУЧП о международных интересах в мобильном оборудовании).]

4. Правовое регулирование вопросов интеллектуальной собственности

17. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, часто связаны с использованием новых или передовых технологий, защищенных патентами или аналогичными правами интеллектуальной собственности. Они также могут предусматривать разработку и представление оригинальных или повторских решений; такие решения могут содержать информацию, которая находится в собственности лица, представившего проектное предложение, и которая защищается авторскими правами. Таким образом, частным инвесторам - как национальным, так и иностранным, - ввозящим в принимающую страну новую или передовую технологию или разрабатывающим оригинальные решения, потребуются гарантии в том, что их права интеллектуальной собственности будут защищены и что они смогут обеспечить принудительную защиту таких прав от нарушений, а это может потребовать принятия уголовно-правовых положений, направленных на борьбу с нарушениями прав интеллектуальной собственности.

18. Правовые рамки для защиты интеллектуальной собственности могут быть созданы за счет присоединения к международным соглашениям, касающимся защиты и регистрации прав интеллектуальной собственности. Защиту этих прав целесообразно укрепить в соответствии с такими документами, как Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 года¹. Конвенция распространяется на промышленную собственность в самом широком смысле, включая изобретения, знаки, промышленные образцы, полезные модели, фирменные наименования, географические указания и устранение недобросовестной конкуренции. Конвенция предусматривает, что в отношении защиты промышленной собственности каждое государство-участник должно предоставлять национальный режим. Она также предусматривает право приоритета применительно к патентам, знакам и промышленным образцам и устанавливает ряд общих норм, которыми все государства-участники должны

¹ Как она пересмотрена в Брюсселе 14 декабря 1900 года, в Вашингтоне 2 июня 1911 года, в Гааге 6 ноября 1925 года, в Лондоне 2 июня 1934 года, в Лиссабоне 31 октября 1958 года и в Стокгольме 14 июля 1967 года и с поправками, внесенными 2 октября 1979 года.

руководствоваться в отношении патентов, знаков, промышленных образцов, фирменных наименований, указаний источника, недобросовестной конкуренции и национальных административных органов. Правовой базой для международной защиты патентов служит также Договор о патентной кооперации 1970 года, который позволяет ходатайствовать о патентной защите одновременно во многих странах путем подачи международной патентной заявки. В некоторых странах международные стандарты дополняются законодательством, направленным на предоставление юридической защиты технологическим новшествам, например, законодательством о защите прав интеллектуальной собственности в области компьютерного программного обеспечения и конфигурации компьютерного аппаратного обеспечения.

19. Другими важными документами в области международной защиты прав промышленной собственности являются Мадридское соглашение относительно международной регистрации знаков 1891 года, Протокол к Мадридскому соглашению 1989 года² и Общая инструкция к Мадридскому соглашению и Протоколу к ней 1998 года. Мадридское соглашение предусматривает международную регистрацию знаков (как товарных знаков, так и знаков обслуживания) в Международном бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС). Международная регистрация знаков в соответствии с Мадридским соглашением действительна во многих странах, а потенциально и во всех государствах-участниках (за исключением страны происхождения). Кроме того, Договор о правовом режиме торговых знаков 1994 года упрощает и унифицирует процедуры подачи заявок на регистрацию торговых знаков, внесения изменений после регистрации и возобновления действия.

20. Применительно к промышленным образцам Гагское соглашение о международном депонировании промышленных образцов 1925 года³ предусматривает международное депонирование промышленных образцов в Международном бюро ВОИС. Международное депонирование имеет одинаковую силу в каждом из государств-участников, указанном заявителем, как если бы заявитель выполнил все требуемые внутренним законодательством формальности и как если бы все необходимые для этого административные действия были совершены соответствующим органом данной страны.

21. Наиболее всеобъемлющим многосторонним соглашением по вопросам интеллектуальной собственности является в настоящее время Соглашение о связных с торговлей аспектах прав интеллектуальной собственности ("Соглашение ТРИПС"), которое было заключено под эгидой Всемирной торговой организации (ВТО) и вступило в силу 1 января 1995 года. Оно охватывает следующие области интеллектуальной собственности: авторские и смежные права (т.е. права исполнителей, производителей звуковых записей и организаций вещания); торговые знаки, включая знаки обслуживания; географические указания, включая наименования мест происхождения; промышленные образцы; патенты, включая защиту новых разновидностей растений; топология интегральных микросхем; и нераскрываемая информация, включая коммерческую тайну и исследовательские данные. В отношении каждой из основных областей интеллектуальной собственности, охватываемых Соглашением ТРИПС, в Соглашении устанавливаются минимальные стандарты защиты, которые должны быть обеспечены каждой договаривающейся стороной, причем в первую очередь требуется соблюдение основных обязательств, в том числе по Парижской конвенции в ее последнем варианте. Большинство основных положений Парижской конвенции включены в Соглашение ТРИПС путем ссылки и стали, таким образом, обязательствами по этому последнему Соглашению. Соглашение ТРИПС также вводит значительное число дополнительных обязательств по вопросам, которые не рассматривались или, как представляется, не регулировались надлежащим образом в ранее принятых конвенциях по вопросам интеллектуальной собственности. В дополнение к этому в Соглашении закрепляются некоторые общие принципы, применимые к процедурам принудительной защиты прав интеллектуальной собственности. Кроме того, Соглашение ТРИПС содержит положения по гражданской и административной процедурам и средствам правовой защиты, временным мерам, специальным требованиям, связанным с мерами пограничного контроля и уголовными процедурами, в которых с определенными подробностями оговариваются процедуры и средства правовой защиты, которые должны быть предусмотрены с целью обеспечения возможности эффективной принудительной защиты прав интеллектуальной собственности их держателями.

5. Правила и процедуры принудительного приобретения частной собственности

22. Если правительство принимает на себя ответственность за предоставление необходимого для реализации проекта земельного участка, он может быть либо выкуплен у его владельцев, либо, если это необходимо, приобретен в принудительном порядке с выплатой надлежащего возмещения в соответствии с процедурой, которая иногда называется "принудительным приобретением" или "экспроприацией" (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 20-22). Во многих странах существует законодательство, регулирующее процедуры

² Как оно пересмотрено в Брюсселе 14 декабря 1900 года, в Вашингтоне 2 июня 1911 года, в Гааге 6 ноября 1925 года, в Лондоне 2 июня 1934 года, в Ницце 15 июня 1957 года и в Стокгольме 14 июля 1967 года.

³ С Монахским дополнительным актом 1961 года, Стокгольмским дополнительным актом 1967 года с поправками, внесенными 28 сентября 1979 года, и Инструкцией к Гагскому соглашению о международном депонировании промышленных образцов 1925 года.

принудительного приобретения, и это законодательство, вероятно, будет применяться к принудительному приобретению собственности, необходимой для реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

23. Принудительное приобретение может быть произведено в судебном или административном порядке или может потребовать принятия специального законодательного акта. В большинстве случаев эти процедуры предусматривают как административный, так и судебный этап и могут быть длительными и сложными. В связи с этим правительство принимающей страны, возможно, пожелает провести обзор действующих положений о принудительном приобретении в публичных интересах, с тем чтобы оценить их адекватность для потребностей крупных проектов в области инфраструктуры и определить, предусматривают ли такие положения оперативные и экономичные процедуры, должным образом учитывающие права собственников. Особливо важно, чтобы у правительства имелась возможность без излишних задержек принять собственность в свое владение, в разрешенных законом рамках, с тем чтобы избежать повышения проектных затрат.

6. Правила, касающиеся правительственных контрактов, и административное право

24. Во многих правовых системах, относящихся к традиции гражданского права или сформировавшихся под ее воздействием, предоставление общедоступных услуг может регулироваться сводом правовых норм, известным как "административное право" и регулирующим широкий диапазон правительственных функций. Такие системы действуют в соответствии с принципом, согласно которому правительство может осуществлять свои полномочия и функции посредством либо административного акта, либо административного договора. При этом существует общее понимание того, что в качестве альтернативы правительство может заключать частный договор, на который распространяется правовое регулирование, относящееся к коммерческим договорам. Различия между этими двумя видами договоров могут быть значительными.

25. В соответствии с концепцией административного договора свобода и автономия, которыми пользуются стороны частного договора, имеют подчиненное значение по отношению к публичным интересам. В некоторых правовых системах правительство имеет право изменять условия административных договоров или даже прекращать их в публичных интересах, причем обычно предусматривается компенсация убытков, понесенных частной договаривающейся стороной (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ____). Дополнительные права могут включать широкие права на контроль и инспекцию, а также право налагать на частного оператора санкции за неисполнение. Это часто уравновешивается требованием о том, что в договор могут вноситься другие изменения, которые окажутся необходимыми для восстановления первоначального финансового равновесия между сторонами и сохранения общей привлекательности договора для частной договаривающейся стороны (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 126-130). В некоторых правовых системах урегулирование споров, вытекающих из правительственных договоров, отнесено к исключительной компетенции специальных судебных органов, занимающихся рассмотрением только административных дел, причем в ряде стран эти органы не являются составной частью судебной системы (см. главу VI "Урегулирование споров", ____).

26. Специальные правовые режимы, применимые к операторам инфраструктуры и поставщикам общедоступных услуг, существуют не только в правовых системах, упомянутых выше. Хотя в других правовых системах, относящихся к традиции гражданского права или сформировавшихся под ее воздействием, такого принципиального разграничения между административными и частными договорами не проводится, аналогичные последствия могут достигаться различными способами. В таких правовых системах обычно считается, что правопорядок лучше всего обеспечивается в том случае, если деятельность правительства регулируется обычным частным правом, однако в целом признается, что осуществление своих суверенных функций не может быть ограничено административными органами на основании договора. Органы управления не могут создавать препятствий для будущего проявления исполнительной власти при осуществлении тех правительственных функций, которые затрагивают публичные интересы. Согласно доктрине суверенных актов, которой придерживаются некоторые системы общего права, правительство как сторона договора освобождается от исполнения своих договоров, если оно как суверенный субъект издает в публичных интересах законы, правила или постановления, которые не позволяют ему исполнить договоры. Таким образом, закон может разрешать публичному органу вмешательство в закрепленные договором права. Обычно такие действия имеют ограниченный характер, с тем чтобы изменения не могли приобрести таких масштабов, к которым другая сторона не могла бы добросовестно приспособиться. В подобных случаях частная сторона обычно получает право на определенную компенсацию или справедливую корректировку. С учетом такой возможности в некоторых странах в правительственные контракты включают стандартную оговорку об "изменениях", которая позволяет правительству изменять условия контракта в одностороннем порядке или которая предусматривает возможность изменений в результате принятия суверенного акта.

27. Наделение особыми прерогативами правительственных учреждений в некоторых правовых системах объясняется наличием публичных интересов. Вместе с тем признается, что особые правительственные прерогативы, в частности, право на односторонние изменения условий контракта, могут, в случае ненадлежащего использования такого права,

нанести ущерб безусловным правам правительственных подрядчиков. По этой причине для защиты прав правительственных подрядчиков от произвольных или ненадлежащих действий со стороны публичных органов в странах с установившейся практикой частного участия в проектах в области инфраструктуры разработан целый ряд контрольных механизмов и средств правовой защиты, таких как возможность обращения в беспристрастные органы урегулирования споров и схемы полной компенсации за неправомерные действия правительства. Если подобной защиты не предоставляется, потенциальные инвесторы могут отказаться от инвестирования средств в страну, правовая система которой наделяет правительственные учреждения особыми прерогативами, поскольку это сопряжено с непредсказуемым риском. По этой причине ряд стран пересмотрели свое законодательство, касающееся правительственных контрактов, с тем чтобы обеспечить определенную защиту, необходимую для стимулирования частных инвестиций, и отменить те положения, которые вызывают обеспокоенность в отношении долгосрочной стабильности договорных отношений, требуемых для реализации проектов в области инфраструктуры.

7. Правовое регулирование вопросов, относящихся к частным договорам

28. Правовое регулирование вопросов, относящихся к частным договорам, играет важную роль в связи с контрактами, заключаемыми концессионером с субподрядчиками, поставщиками и другими сторонами. Внутреннее законодательство по вопросу о частных договорах должно содержать надлежащие решения, удовлетворяющие потребностям договаривающихся сторон, в том числе в том, что касается возможности проявления гибкости при составлении контрактов, необходимых для сооружения и эксплуатации объекта инфраструктуры. Помимо закрепления некоторых ключевых элементов законодательства, должным образом регулирующего вопросы договоров, таких как общее признание автономии сторон, судебная защита договорных обязательств и адекватные средства правовой защиты в случае нарушения договора, законодательство принимающей страны может способствовать созданию благоприятных условий для реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, за счет содействия использованию тех договорных механизмов, которые, по всей вероятности, будут применяться в рамках таких проектов. Такое же важное значение имеет надлежащий свод норм частного международного права, учитывая вероятность того, что контракты, заключаемые концессионером, будут содержать определенные международные элементы.

29. В тех случаях, когда планируется сооружение новой инфраструктуры, концессионеру может потребоваться осуществить импорт крупных партий материалов и оборудования. Более высокая юридическая определенность применительно к таким сделкам может быть обеспечена в том случае, если законодательство принимающей страны будет содержать положения, специально приспособленные к международным договорам купли-продажи. Особенно хорошая правовая база может быть обеспечена за счет присоединения к Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год)⁴ или другим международным документам, регулирующим отдельные виды договоров, таким как Конвенция МИУЧП о международном финансовом лизинге (Оттава, 1988 год)⁵, разработанная Международным институтом по унификации частного права (МИУЧП).

8. Правовое регулирование деятельности акционерных обществ

30. В большинстве проектов, связанных с развитием новой инфраструктуры, учредители проекта будут создавать проектную компанию в качестве отдельного юридического лица в принимающей стране (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 12-18). Следует признать, что в разных странах проектные компании могут создаваться в различных формах и совсем не обязательно в форме корпорации. Вместе с тем, поскольку в большинстве случаев выбирается как раз форма корпорации, для принимающей страны особенно важно иметь надлежащие законодательные положения, регулирующие деятельность акционерных обществ и содержащие современные нормы по таким ключевым вопросам, как процедуры образования юридического лица, управление компанией, выпуск акций и их продажа или передача, бухгалтерская и финансовая отчетность и защита акционеров, не обладающих контрольным пакетом. Кроме того, упрощению заключения сделок по проектному финансированию может способствовать признание за инвесторами возможности учреждать отдельные предприятия в качестве специальных целевых механизмов, предназначенных для привлечения финансовых средств и их распределения (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункт 59).

31. Хотя могут использоваться различные формы корпораций, общий момент заключается в том, что владельцы компании-концессионера (или акционеры) потребуют ограничить свою ответственность стоимостью своих акций в капитале компании. Если предполагается, что концессионер предложит свои акции в открытую продажу, то ограниченная ответственность будет необходима, поскольку потенциальные инвесторы будут, как правило,

⁴ Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, Вена, 10 марта - 1 апреля 1980 года (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.82.V.5), часть I.

⁵ Acts and Proceedings of the Diplomatic Conference for the adoption of the draft Unidroit Conventions on International Factoring and International Financial Leasing, Ottawa, 9-23 May 1988, vol. I.

приобретать такие акции в целях инвестирования и не будут активно участвовать в функционировании концессионера. Поэтому важно, чтобы законы принимающей страны предусматривали надлежащее ограничение ответственности акционеров. Кроме того, наличие адекватных положений, регулирующих выпуск коммерческими компаниями облигаций, долговых обязательств или иных ценных бумаг, позволит концессионеру привлечь средства инвесторов на рынке ценных бумаг, что облегчит финансирование некоторых проектов в области инфраструктуры.

32. В законодательстве следует оговаривать обязанности директоров и управляющих концессионера, включая базовые нормы, регулирующие порядок привлечения к уголовной ответственности. В то же время, можно предусмотреть положения о защите третьих сторон от любого нарушения корпоративной ответственности. Современные законодательные нормы, регулирующие деятельность акционерных обществ, часто содержат конкретные положения, регламентирующие поведение руководителей и направленные на то, чтобы предотвратить коллизии интересов. Положения такого вида требуют, чтобы руководители действовали добросовестно в наилучших интересах компании и не использовали свое положение в ущерб компании в своих собственных финансовых интересах или в интересах любого иного лица. Положения, преследующие цель предотвратить коллизии интересов при управлении акционерными обществами, могут быть особенно полезны в связи с проектами в области инфраструктуры в тех случаях, когда концессионер на определенном этапе реализации проекта, возможно, пожелает привлечь своих собственных акционеров к выполнению работ или предоставлению услуг в связи с таким проектом (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 100 и 101).

33. Важно надлежащим образом урегулировать в законе процесс принятия решений как на собраниях акционеров, так и на заседаниях органов управления компанией (например, совета директоров или наблюдательного совета). Защита прав акционеров и, в особенности акционеров, не обладающих контрольным пакетом, от злоупотреблений со стороны акционеров, осуществляющих руководство или обладающих контрольным пакетом акций, является важным элементом современного законодательства, регулирующего деятельность акционерных обществ. В то же время ключевое значение имеют механизмы урегулирования споров между акционерами. Целесообразно признать право акционеров регулировать ряд дополнительных вопросов, касающихся управления концессионером, через соглашения, заключаемые между самими акционерами, или через договоры об управлении, заключаемые с директорами концессионера.

9. Правовое регулирование вопросов налогообложения

34. Помимо возможных налоговых стимулов, которые в целом могут действовать в принимающей стране или которые могут быть специально предоставлены для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 51-54). Важную роль в принятии инвестиционных решений частными компаниями играет общий режим налогообложения в принимающей стране. Кроме оценки воздействия налогообложения на затраты по проекту и ожидаемую норму прибыли, частные инвесторы учитывают такие вопросы, как общая прозрачность внутренней системы налогообложения, свобода усмотрения, которой наделены налоговые органы, ясность руководящих принципов и инструкций, подготовленных для налогоплательщиков, и объективность критериев, используемых для расчета причитающихся сумм налога. Это может оказаться трудным делом, в частности, в тех странах, в которых полномочия по установлению или увеличению налоговых ставок или по обеспечению исполнения налогового законодательства децентрализованы.

35. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, связаны с привлечением значительных заемных средств и требуют, чтобы поток наличности был предсказуемым. По этой причине все потенциальные налоговые последствия должны легко поддаваться оценке в течение всего срока реализации проекта. Непредвиденные изменения в налогообложении, уменьшающие поток наличности, могут иметь серьезные последствия для проекта. В некоторых странах правительство уполномочено заключать с инвесторами соглашения, содержащие гарантии того, что поток наличности по проекту не пострадает в результате неожиданных изменений в налогообложении. Такие договоренности иногда называют "соглашениями о стабильном налоговом режиме". Вместе с тем правительство, по конституционным или политическим соображениям, может не иметь возможности предоставить такого рода гарантии, и в этом случае стороны могут договориться о механизмах компенсации или пересмотра условий контракта для решения проблем, связанных с увеличением издержек в результате налоговых изменений (см. также главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 122-125).

36. Большинство национальных налоговых режимов подпадают под одну из трех общих категорий. Один из подходов заключается в глобальном налоговом зачете, при котором весь доход, полученный в любой точке мира, облагается налогом в стране регистрации инвестора, а двойное налогообложение устраняется за счет использования системы зачета иностранного налога; величина налогов в стране регистрации уменьшается на сумму уже выплаченных иностранных налогов. Если страна регистрации инвестора руководствуется этим подходом, то сумма налоговых обязательств инвестора не может быть меньше той суммы, которую он должен был бы выплатить в стране регистрации. В соответствии с другим подходом к налогообложению иностранный доход, с которого уже был

выплачен иностранный налог, освобождается от налогов страны регистрации инвестора. Согласно территориальному подходу, иностранный доход инвестора полностью освобождается от налогов страны его регистрации. Инвесторы, зарегистрированные в странах, где используются две последние системы налогообложения, получают выгоду от налоговых каникул и более низких налоговых ставок в принимающей стране, хотя подобные налоговые льготы вряд ли заинтересуют инвестора, расположенного в "налоговой гавани".

37. Стороны, участвующие в проекте, могут преследовать различные интересы в отношении потенциальных налоговых обязательств. Инвесторов, обычно, интересуют размеры налогов на прибыль, полученную в принимающей стране, налоги на платежи подрядчикам, поставщикам, инвесторам и кредиторам и налоговый режим на любой прирост (или убыль) капитализированной стоимости активов в случае ликвидации концессионера. Инвесторы могут прийти к выводу, что платежи, используемые для уменьшения налогов в соответствии с режимом страны их регистрации (например, выплата процентов на заемные средства, исследовательские расходы, расходы по участию в торгах и убытки, связанные с валютным курсом), могут не признаваться в принимающей стране или наоборот. Поскольку иностранные налоговые зачеты разрешены только в отношении иностранных подоходных налогов, инвесторам необходимо удостовериться в том, что любой подоходный налог, выплачиваемый в принимающей стране, соответствует определению подоходного налога, используемому налоговым органом его собственной страны. Аналогичным образом, в принимающей стране проектная компания как объект налогообложения может рассматриваться в качестве предприятия другого типа, чем в стране своей регистрации. В рамках проектов, предусматривающих передачу активов в публичную собственность, это может воспрепятствовать применению скидок на сокращение стоимости активов в соответствии с законами страны регистрации.

38. Одна из особых проблем, возникающая применительно к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников и связанным с иностранными инвестициями, заключается в возможности того, что иностранные компании, участвующие в проектном консорциуме, могут подвергнуться двойному налогообложению, т.е. налогообложению прибыли, роялти и процентов как в своей собственной стране, так и в принимающей стране. Дополнительные проблемы могут также создавать график платежей и требования оплатить налог с суммы дивидендов, распределяемых среди держателей акций. Ряд стран заключили двусторонние соглашения с целью устранения или, по крайней мере, уменьшения негативных последствий двойного налогообложения, и наличие таких соглашений между принимающей страной и странами регистрации спонсоров проекта нередко играет важную роль в учете соображений, связанных с вопросами налогообложения.

39. В конечном итоге, необходимо принимать во внимание общее воздействие всех налогов в целом. Например, могут существовать налоги, взимаемые налоговыми органами различных уровней; помимо налогов, взимаемых национальным правительством, концессионер может также выплачивать муниципальные и провинциальные налоги. Помимо подоходного налога могут взиматься определенные сборы, которые нередко начисляются и должны выплачиваться до получения концессионером каких-либо доходов. К их числу относятся налоги на продажи, иногда называемые "налогами с оборота", налоги на добавленную стоимость, налоги на собственность, гербовые сборы и импортные пошлины. В ряде случаев можно принять специальные положения, предоставляющие льготы и на эти виды платежей.

10. Правила и процедуры отчетности

40. Законодательство ряда стран требует от компаний соблюдать международно признанные стандартные процедуры отчетности и использовать услуги дипломированных бухгалтеров или бухгалтеров-аудиторов. Это, в частности, объясняется тем, что во многих странах принятие стандартных процедур отчетности используется в качестве меры, направленной на достижение единообразия в стоимостной оценке коммерческих операций. Применительно к выбору концессионера использование стандартных процедур отчетности может также облегчить решение задачи оценки финансового положения участников процедур для установления их соответствия критериям предварительного отбора, установленным организацией-заказчиком (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 38-40). Кроме того, стандартные процедуры отчетности чрезвычайно важны для аудиторских проверок доходов компаний, которые, возможно, потребуются провести регулирующему органу для применения тарифных структур и контроля за исполнением со стороны концессионера (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 39-46).

41. В некоторых странах были также приняты специальные правила отчетности для операторов инфраструктуры с тем, чтобы учесть особую схему поступлений по проектам в области инфраструктуры. Проекты, связанные с сооружением объектов инфраструктуры, в частности, строительством автодорог и других транспортных объектов, обычно характеризуются относительно коротким периодом осуществления инвестиций, когда производятся большие финансовые затраты и не имеется никаких поступлений, и последующим более длительным периодом, в течение которого поступления возрастают, финансовые затраты сокращаются, а эксплуатационные затраты остаются, при обычных обстоятельствах, стабильными. Соответственно, если будут применены традиционные правила отчетности, особая финансовая структура таких проектов должна будет быть отражена в счетах проектной компании как период непрерывных отрицательных результатов, за которым будет следовать долгий период получения чистой прибыли. Это не только вызовет негативные последствия, например, для кредитного рейтинга проектной компании в течение

этапа строительства, но может также привести к непропорциональной задолженности по налогообложению в течение эксплуатационного этапа проекта. С тем чтобы избежать таких искажений, некоторые страны приняли специальные правила отчетности для компаний, осуществляющих проекты в области инфраструктуры, с тем чтобы учесть тот факт, что финансовые результаты проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, могут стать положительными только на среднесрочной основе. В силу этих специальных правил создателям инфраструктуры обычно разрешается отнести часть финансовых затрат, понесенных в ходе убыточного этапа, на последующие финансовые годы в соответствии с финансовыми графиками, предусмотренными в проектном соглашении. Однако специальные правила отчетности обычно не наносят ущерба применению других норм права, которые могут запрещать распределение дивидендов в течение финансовых лет, завершаемых с отрицательным сальдо.

11. Охрана окружающей среды

42. Охрана окружающей среды включает широкий круг вопросов от утилизации отходов и вредных веществ до переселения людей, перемещаемых в результате осуществления крупных проектов землепользования. Широко признано, что охрана окружающей среды является важнейшим условием устойчивого развития. Вероятно, что на реализацию проектов в области инфраструктуры на самых различных уровнях будет оказывать прямое воздействие природоохранительное законодательство, причем экологические вопросы чаще всего вызывают споры. Законодательство в области окружающей среды может включать многие требования, такие как согласие различных экологических органов, доказательство отсутствия неисполненных экологических обязательств, заверения в постоянном соблюдении экологических стандартов, обязательства возместить ущерб окружающей среде и требования об уведомлении. Такое законодательство нередко требует получения предварительного разрешения на осуществление некоторых видов коммерческой деятельности, и это требование может быть особенно жестким в отношении определенных видов инфраструктуры (например, очистка сточных вод, сбор отходов, угольные электростанции, передача электроэнергии, дорожное строительство и железные дороги).

43. В силу этого целесообразно включить в законодательство меры, которые обеспечивают прозрачность обязательств, обусловленных законодательными нормами об охране окружающей среды. Важно обеспечить по возможности самую высокую степень ясности положений, касающихся критериев, которые могут быть применены природоохранительными властями; документальных и иных требований, которые должны быть соблюдены заявителями; условий, при которых должны выдаваться лицензии; и обстоятельств, которые обосновывают отказ в лицензии или ее изъятие. Особенно важное значение имеют положения, которые в надлежащих случаях гарантируют быстрый доступ к процедурам обжалования и средствам судебной защиты. Кроме того, было бы, возможно, целесообразно до вынесения окончательного решения о выдаче подряда на проект установить, по мере возможности, соблюдаются ли условия для получения необходимых экологических лицензий. В некоторых странах специальные публичные органы или общественные группы, проявляющие активный интерес к соответствующим вопросам, могут обладать правом обращаться за возбуждением юридических процедур, направленных на предотвращение экологического ущерба, в том числе правом ходатайствовать об изъятии лицензии, которая, по их мнению, была выдана в нарушение применимых экологических стандартов. В ряде из этих стран доказала свою целесообразность практика привлечения представителей общественности к участию в процедурах, ведущих к выдаче экологических лицензий. В законодательстве могут быть также установлены подлежащие применению штрафные санкции и указаны стороны, которые могут нести ответственность за нанесение ущерба окружающей среде.

44. Присоединение к договорам об охране окружающей среды может способствовать укреплению международного режима защиты экологии. В последние десятилетия был разработан целый ряд международных документов, направленных на установление общих международных стандартов в этой области. К ним относятся: Повестка дня на XXI век⁶ и Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию, принятые на Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию⁷ в 1992 году; Всемирная хартия природы (резолюция 37/7 Генеральной Ассамблеи, приложение); Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением 1989 года; Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте 1991 года и Конвенция о защите и использовании трансграничных водных путей и международных озер 1992 года.

12. Правовое регулирование вопросов защиты потребителей

45. В ряде стран приняты специальные нормы по защите потребителей. Эти нормы имеют большие различия в разных странах как по структуре, так и по существу. Вместе с тем, законодательство в области защиты потребителей

⁶ Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3-14 июня 1992 года (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.93.I.8 и исправления), том I: Резолюции, принятые Конференцией, резолюция I, приложение II.

⁷ Там же, приложение I.

часто включает такие положения, как льготные сроки для предъявления требований или принудительного исполнения договорных прав; специальные нормы толкования договоров, условия которых обычно не согласуются с потребителем (которые иногда называются "договорами присоединения"); продление гарантийных сроков в пользу потребителей; особые права на прекращение договора; доступ к упрощенным процедурам урегулирования споров (см. также главу VI "Урегулирование споров", ____); или другие защитные меры.

46. С точки зрения концессионера важное значение имеет вопрос о том, может ли законодательство принимающей страны о защите потребителей ограничивать или затруднять способность концессионера обеспечить в принудительном порядке исполнение, например, его права получать платежи за оказанные услуги, корректировать цены или прекращать оказание услуг клиентам, которые не исполняют существенные условия своих договоров или которые нарушают существенные условия предоставления услуг.

13. Правовое регулирование вопросов несостоятельности

47. Несостоятельность оператора инфраструктуры или поставщика общедоступных услуг создает целый ряд проблем, которые заставили некоторые страны принять специальные нормы для регулирования подобных ситуаций, в том числе нормы, позволяющие организации-заказчику принимать меры, которые требуются для обеспечения продолжения реализации проекта (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ____). Обеспечение непрерывности предоставления услуг может быть достигнуто за счет разработки правовых рамок, которые позволяют спасать предприятия, столкнувшиеся с финансовыми трудностями, например, через реорганизацию или аналогичные процедуры. Если процедуры банкротства становятся неизбежными, особый интерес для обеспеченных кредиторов будут представлять положения, касающиеся обеспеченных требований, в особенности правила о том, могут ли обеспеченные кредиторы взыскать обеспечение, несмотря на открытие производства по делу о банкротстве, предусматриваются ли выплаты обеспеченным кредиторам в преимущественном порядке за счет средств, полученных от обеспечения, и какой порядок очередности устанавливается для требований обеспеченных кредиторов. Как было отмечено выше, значительная доля задолженности концессионера выступает в форме "первостепенных" ссуд, погашения которых кредиторы требуют в приоритетном порядке по сравнению с погашением субординированной задолженности концессионера (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункт 58). Возможности кредиторов по принудительному исполнению таких соглашений о субординации будут зависеть от наличия в стране правил и законодательных положений, регулирующих установление очередности требований кредиторов по делам о несостоятельности. Правовое признание автономии сторон в установлении договорной субординации различных типов ссуд может облегчить финансирование проектов в области инфраструктуры.

48. В законодательном порядке целесообразно урегулировать следующие вопросы: очередность требований кредиторов; отношения между управляющим в деле о несостоятельности и кредиторами; правовые механизмы реорганизации несостоятельного должника; специальные нормы, направленные на обеспечение непрерывности предоставления общедоступных услуг в случае несостоятельности концессионера; и положения о признании действительными сделок, совершенных должником непосредственно перед открытием производства по делу о несостоятельности.

49. В случае крупных проектов в области инфраструктуры несостоятельность концессионера затронет, по всей вероятности, кредиторов из нескольких стран или активы, расположенные в нескольких государствах. В силу этого было бы желательно, чтобы в принимающей стране действовали положения, направленные на облегчение судебного сотрудничества, доступа к судам для иностранных управляющих в делах о несостоятельности и признания иностранного производства. Хорошей моделью, которая может быть использована странами, стремящимися принять в этих целях соответствующее законодательство, является Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

14. Меры по борьбе с коррупцией

50. Созданию благоприятного инвестиционного и делового климата могут также способствовать меры по борьбе с коррупцией при реализации правительственных контрактов. Особое значение для принимающей страны имеет проведение действенных и конкретных мероприятий по борьбе со взяточничеством и связанной с ним незаконной практикой и, в частности, эффективное обеспечение соблюдения действующего законодательства, запрещающего взяточничество.

51. Важным шагом в этом направлении может стать принятие законов, учитывающих международные соглашения и стандарты, касающиеся обеспечения объективности при ведении публичной коммерческой деятельности. Важные стандарты содержатся в двух резолюциях Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций: в резолюции 51/59 от 12 декабря 1996 года, в которой Ассамблея приняла Международный кодекс поведения государственных должностных лиц, и в резолюции 51/191 от 16 декабря 1996 года, в которой она приняла Декларацию Организации Объединенных Наций о борьбе с коррупцией и взяточничеством в международных

коммерческих операциях. В число других важных документов входит Конвенция по борьбе со взяточничеством иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках 1997 года, которая была разработана под эгидой Организации экономического сотрудничества и развития.

52. Кроме того, важно, чтобы нормы, регулирующие деятельность организаций-заказчиков и осуществление контроля за исполнением публичных контрактов, обеспечивали необходимую степень прозрачности и объективности. В случае отсутствия таких норм следует разработать и принять надлежащие законодательные и регламентирующие положения. В этой связи следует принять во внимание такие дополнительные элементы, как простота и последовательность в сочетании с отменой необязательных требований, которые затягивают административные процедуры или делают их обременительными.

С. Международные соглашения

53. Помимо внутреннего законодательства принимающей страны на реализацию проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, могут оказывать воздействие международные соглашения, заключенные принимающей страной. В дополнение к другим международным соглашениям, уже упоминавшимся в различных других частях руководства для законодательных органов, ниже кратко рассматриваются последствия некоторых международных соглашений.

1. Членство в многосторонних финансовых учреждениях

54. Членство в международных финансовых учреждениях, таких как Всемирный банк, Международная ассоциация развития, Международная финансовая корпорация, Многостороннее агентство по гарантированию инвестиций и региональные банки развития, может оказывать непосредственное воздействие на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, по самым различным вопросам. Во-первых, членство принимающей страны в таких учреждениях, как правило, является необходимым условием предоставления ими финансирования и гарантий на цели проектов в принимающей стране. Во-вторых, правила финансирования и выдачи гарантийных документов, установленные этими учреждениями, обычно содержат целый ряд условий, имеющих прямое отношение к условиям проектного соглашения и кредитных соглашений, заключаемых концессионером (например, оговорка о негативном залоге публичных активов и положение о контргарантиях в пользу многостороннего финансового учреждения). Наконец, многосторонние финансовые учреждения обычно преследуют ряд программных целей, достижение которых они стремятся обеспечить в связи с поддерживаемыми ими проектами (например, соблюдение международно признанных экологических стандартов; долгосрочная устойчивость проекта, распространяющаяся за пределы срока первоначальной концессии; прозрачность и объективность при отборе концессионера и распределении предоставленных кредитов).

2. Общие соглашения об облегчении и развитии торговли

55. Для содействия развитию свободной торговли на глобальном уровне был заключен ряд многосторонних соглашений. Наиболее важные из этих соглашений были заключены под эгидой Генерального соглашения о тарифах и торговле, а впоследствии - ВТО. Эти соглашения могут содержать общие положения о содействии развитию торговли и облегчении торговли товарами (например, оговорка о наиболее благоприятствуемой нации, запрещение использования количественных ограничений и других дискриминационных торговых барьеров) и о содействии применению справедливых видов торговой практики (например, запрещение демпинга и ограничения на использование субсидий). Некоторые специальные соглашения направлены на ликвидацию барьеров, препятствующих предоставлению услуг иностранцами в договаривающихся государствах, или на содействие прозрачности и устранение дискриминации поставщиков при публичных закупках. Эти соглашения могут иметь отношение к национальному законодательству по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, когда в таком законодательстве предусматриваются ограничения на участие иностранных компаний в проектах в области инфраструктуры или устанавливаются преференции для национальных предприятий или для закупок предметов снабжения на местном рынке.

3. Международные соглашения по отдельным секторам

56. В контексте переговоров по основным видам телекоммуникаций, результаты которых были оформлены как часть Генерального соглашения о торговле услугами (ГСТУ), ряд государств - членов ВТО, представляющих большую часть мирового рынка телекоммуникационных услуг, приняли на себя конкретные обязательства по содействию развитию торговли телекоммуникационными услугами. Следует отметить, что общие правила ГСТУ об услугах, включая специальные требования, касающиеся режима наиболее благоприятствуемой нации, прозрачности, регулирования, монополий и коммерческой практики, имеют обязательную силу для всех государств - членов ВТО (даже для тех, которые не приняли на себя специальных обязательств в области телекоммуникаций). На основании

соглашения ВТО о телекоммуникациях к общему соглашению ГСТУ добавлены специальные обязательства по этому сектору и отдельным странам. Обычно обязательства охватывают открытие для конкуренции и иностранных инвестиций различных сегментов рынка, включая речевую телефонную связь, передачу данных и развитие услуг. Таким образом, законодатели государств, нынешних или возможных членов ВТО, должны будут обеспечить, чтобы национальное законодательство в области телекоммуникаций соответствовало соглашению ГСТУ и их конкретным обязательствам, принятым в секторе связи.

57. Другим важным специальным секторальным международным соглашением является заключенный в Лиссабоне 17 декабря 1994 года и вступивший в силу 16 апреля 1998 года Договор об Энергетической хартии, цель разработки которого состояла в содействии развитию долгосрочного сотрудничества в области энергетики. В Договоре предусматриваются различные коммерческие меры, такие как развитие открытых и конкурентных рынков для энергетических материалов и продуктов, облегчение транзита и доступ к энергетическим технологиям и их передача. Кроме того, Договор направлен на то, чтобы избежать искажений и барьеров на рынке, препятствующих экономической активности в энергетическом секторе, а также способствовать открытию рынков капитала в целях стимулирования потоков капитала для финансирования торговли материалами и продуктами. В этот Договор также включены положения о поощрении и защите инвестиций: равноправные условия для инвесторов, перевод денежных средств в связи с инвестициями, компенсация убытков в результате войн, гражданских беспорядков или иных аналогичных событий, и компенсация за экспроприацию.

A/CN.9/471/Add.9

СВОДНЫЕ РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
I. ОБЩИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ РАМКИ . . .	1-11
Конституционные и законодательные рамки	1
Объем полномочий на выдачу концессий	2-5
Административная координация	6
Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры	7-11
II. РИСКИ, СВЯЗАННЫЕ С ПРОЕКТАМИ, И ПРАВИТЕЛЬСТВЕННАЯ ПОДДЕРЖКА	12-13
Риски, связанные с проектами, и распределение рисков	12
Правительственная поддержка	13
III. ВЫБОР КОНЦЕССИОНЕРА	14-38
Общие соображения	14
Предварительный отбор участников процедур	15-17
Процедура запроса и предложений	18-27
Прямые переговоры	28-29
Незапрошенные предложения	30-35
Процедуры обжалования	36
Уведомление о выдаче подряда на проект	37
Отчет о процедурах отбора и принятия решения о выдаче подряда	38
IV. СООРУЖЕНИЕ И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИНФРАСТРУКТУРЫ	39-59
Общие положения проектного соглашения	39-40
Организационное устройство концессионера	41-42
Строительная площадка, активы и сервитуты	43-44
Финансовые положения	45-47
Обеспечительные интересы	48
Уступка концессии	49
Передача контрольного пакета акций проектной компании	50
Строительные работы	51
Эксплуатация инфраструктуры	52-54
Общие договорные механизмы	55-59

V. СРОК ДЕЙСТВИЯ, ПРОДЛЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ПРОЕКТНОГО СОГЛАШЕНИЯ	60-67
Срок действия и продление проектного соглашения	60-61
Прекращение проектного соглашения	62-64
Последствия истечения или прекращения проектного соглашения	65-67
VI. УРЕГУЛИРОВАНИЕ СПОРОВ	68-70
Споры между организацией-заказчиком и концессионером	68-68 бис
Споры между концессионером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками	69
Споры между концессионером и его клиентами	70

Предисловие

В каждой главе Руководства содержится свод рекомендуемых законодательных принципов под названием "Рекомендации по законодательным вопросам". Рекомендации по законодательным вопросам преследуют цель оказать помощь в создании законодательных рамок, благоприятных для реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Вслед за рекомендациями по законодательным вопросам, включенными в Руководство, приводятся комментарии, в которых содержится аналитическое введение со ссылками на финансовые, регулятивные, правовые, политические и прочие вопросы, возникающие в рассматриваемой предметной области. Ниже в настоящем документе для целей облегчения использования воспроизводится полный текст всех рекомендаций по законодательным вопросам, содержащихся в Руководстве. Пользователям рекомендуется читать рекомендации по законодательным вопросам вместе с комментариями, в которых приводится справочная информация, способствующая лучшему пониманию этих рекомендаций.

Рекомендации по законодательным вопросам касаются тех аспектов, которые важно урегулировать в законодательстве, непосредственно затрагивающем проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. В них не рассматриваются другие области права, которые, как об этом говорится в комментариях к рекомендациям по законодательным вопросам, также оказывают воздействие на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. Кроме того, для успешной реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, как правило, требуются различные меры, выходящие за рамки создания надлежащей 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.

Принимающим странам, которые хотели бы стимулировать осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, рекомендуется реализовать в законодательном порядке нижеследующие принципы.

1. ОБЩИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ РАМКИ

Конституционные и законодательные рамки (см. главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 2-14)

Рекомендация 1. 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 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, касающимися 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 неадекватного 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 независимой и беспристрастной орган принятые в порядке регулирования решения и следует предусмотреть основания для возможного обжалования, а также возможные процедуры обжалования в судебном порядке.

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 статутных 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.

III. ВЫБОР КОНЦЕССИОНЕРА

Общие соображения (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 1-33)

Рекомендация 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.

Предварительный отбор участников процедур (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 34-50)

Рекомендация 15. Участники процедур должны продемонстрировать, что они удовлетворяют критериям предварительного отбора, которые были сочтены организацией-заказчиком уместными применительно к соответствующему конкретному проекту, включая следующие:

а) 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;

б) достаточные возможности по управлению финансовыми аспектами проекта и потенциальные возможности для удовлетворения финансовых потребностей инженерно-конструкторского, строительного и эксплуатационного этапов проекта;

с) соответствующие управленческие и организационные возможности, репутация и опыт, включая предшествующий опыт по эксплуатации публичной инфраструктуры.

Рекомендация 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.

Рекомендация 17. Организации-заказчику следует составлять краткий список прошедших предварительный отбор участников процедур, которым впоследствии по завершении этапа предварительного отбора будет предложено представить предложения.

Процедура запроса предложений (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 51-84)

Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений

Рекомендация 18. По завершении процедур предварительного отбора организации-заказчику следует пригласить прошедших предварительный отбор участников процедур представить окончательные предложения.

Рекомендация 19. Независимо от вышеизложенного, организация-заказчик может использовать двухэтапную процедуру для запроса предложенной от прошедших предварительный отбор участников процедур, когда организация-заказчик 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:

а) 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;

б) организации-заказчику следует провести встречу с участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся первоначального запроса предложений;

с) 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 окончательного запроса предложений

Рекомендация 20. В окончательный запрос предложений следует включать по меньшей мере следующую информацию:

- a) общая информация, 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, придаваемого каждому из этих критериев, и порядок применения критериев при оценке предложений.

Разъяснения и изменения

Рекомендация 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

Рекомендация 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) техническая обоснованность;
- b) оперативная осуществимость;
- c) качество услуг и меры по обеспечению непрерывности их предоставления;
- d) открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития.

Рекомендация 23. Критерии оценки и сопоставления финансовых и коммерческих предложений могут включать, если это уместно, следующее:

- a) текущая стоимость предлагаемых видов вознаграждения, оплаты и иных сборов в течение периода концессии;
- b) текущая 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, текущая стоимость капитальных затрат и затрат на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание;
- d) объем финансовой поддержки, ожидаемой со стороны правительства, если такая предполагается;
- e) обоснованность предлагаемых механизмов финансирования;
- f) степень согласия с предлагаемыми условиями договора.

Представление, вскрытие, сопоставление и оценка предложений

Рекомендация 24. Организация-заказчик может устанавливать минимальные требования в отношении качественных, технических 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.

Рекомендация 25. Независимо от того, использует ли она процедуры 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, документации для предварительного отбора. В тех случаях, когда процедуры предварительного отбора проводились, должны применяться те же критерии, что и при процедурах предварительного отбора.

Заключительные переговоры

Рекомендация 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.

Рекомендация 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 пригласить 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.

Прямые переговоры (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 85-96)

Рекомендация 28. В законодательстве следует оговорить исключительные обстоятельства, при которых организация-заказчик может быть уполномочена высшестоящим органом произвести выбор концессионера с помощью прямых переговоров, например, следующие:

- 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 было опубликовано приглашение к участию в процедурах предварительного отбора или когда был опубликован запрос предложений, однако заявок или предложений не было представлено, или когда все предложения не удовлетворяют критериям оценки, изложенным в запросе предложений, и когда, по мнению организации-заказчика, опубликование нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект;
- f) другие случаи, когда высшестоящий орган разрешает прибегнуть к такому исключению по веским причинам, связанным с публичными интересами.

Рекомендация 29. Законодательство может предусматривать требование о соблюдении в ходе прямых переговоров следующих процедур:

- a) организации-заказчику следует публиковать уведомление о процедурах переговоров и проводить переговоры с настолько широким кругом компаний, которые считаются способными выполнить проект, насколько это позволяют обстоятельства;
- b) организации-заказчику следует установить и сообщить участникам процедур квалификационные критерии и критерии для оценки предложений и определить относительное значение, которое будет придаваться каждому такому критерию, и способ их применения при оценке предложений;
- c) организации-заказчику следует обращаться с предложениями таким образом, чтобы избежать разглашения их содержания конкурирующим участникам процедур;
- d) любые такие переговоры между организацией-заказчиком и участниками процедур должны носить конфиденциальный характер, и ни одна из сторон переговоров не должна разглашать какому-либо другому лицу любую техническую, ценовую или иную коммерческую информацию, касающуюся переговоров, без согласия другой стороны;
- e) после завершения переговоров организация-заказчик должна обратиться ко всем оставшимся участникам процедур с запросом представить к оговоренной дате их наилучшую и окончательную оферту в отношении всех аспектов их предложений;

f) предложения должны оцениваться и расставляться в порядке полученных ими оценок в соответствии с критериями оценки предложений, установленными организацией-заказчиком.

Незапрошенные предложения (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 97-117)

Рекомендация 30. В порядке исключения из применения процедур отбора, описанных в законодательных рекомендациях 14-27, организация-заказчик 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.

Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений

Рекомендация 31. После получения и предварительного изучения незапрошенного предложения организация-заказчик должна 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, организация-заказчик должна 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.

Рекомендация 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.

Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений, которые не связаны с концессиями или технологиями, защищенными правами собственности

Рекомендация 33. Организация-заказчик должна 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 являются уникальными или новыми. Автор незапрошенного предложения должен быть приглашен к участию в таких процедурах, и ему могут быть предоставлены льготы за представление предложения.

Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений, которые связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности

Рекомендация 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, организация-заказчик должна попытаться получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением. Для этой цели организация-заказчик должна опубликовать описание основных элементов, касающихся продукции предлагаемого проекта, с приглашением другим заинтересованным сторонам представить альтернативные или сопоставимые предложения в течение определенного разумного срока.

Рекомендация 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, организация-заказчик должна пригласить все представившие их стороны к переговорам в соответствии с положениями законодательной рекомендации 29 (b)-(f).

Процедуры обжалования (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 118-122)

Рекомендация 36. 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.

Уведомление о выдаче подряда на проект (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 123)

Рекомендация 37. Организация-заказчик должна 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 о выдаче подряда (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 124-130)

Рекомендация 38. Организация-заказчик должна вести надлежащую отчетность, в которую включается ключевая информация, касающаяся процедур отбора и принятия решения о выдаче подряда. В законодательстве должны устанавливаться требования об обеспечении публичного доступа к такой отчетности.

IV. СООРУЖЕНИЕ И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИНФРАСТРУКТУРЫ

Общие положения проектного соглашения (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 1-11)

Рекомендация 39. В законодательстве могут быть определены ключевые условия для включения в проектное соглашение, в число которых могут входить условия, упомянутые в рекомендациях ___ ниже.

Рекомендация 40. Если не предусмотрено иное, проектное соглашение регулируется законодательством принимающей страны.

Организационное устройство концессионера (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 12-18)

Рекомендация 41. В распоряжение организации-заказчика должна быть предоставлена возможность потребовать, чтобы выбранные участники процедур учредили самостоятельное юридическое лицо с местонахождением в стране.

Рекомендация 42. 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.

Строительная площадка, активы и сервитуты (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 19-32)

Рекомендация 43. 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.

Рекомендация 44. Организация-заказчик должна оказывать концессионеру помощь в приобретении тех сервитутов, 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 и эксплуатации объекта.

Финансовые положения (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 33-51)

Рекомендация 45. В законодательстве следует предусмотреть полномочия концессионера на взимание тарифов или сборов с пользователей за использование объекта или предоставляемых им услуг. В проектном соглашении должны предусматриваться методы и формулы корректировки таких тарифов или сборов с пользователей.

Рекомендация 46. В тех случаях, когда тарифы или сборы, взимаемые концессионером, подлежат внешнему контролю со стороны какого-либо регулирующего учреждения, в законодательстве должны устанавливаться механизмы для периодических и внеочередных пересмотров формул корректировки тарифов.

Рекомендация 47. 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 фиксирующих количеств товаров или услуг.

Обеспечительные интересы (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 52-61)

Рекомендация 48. 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, находящейся во владении концессионера.

Уступка концессии (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 62-63)

Рекомендация 49. В проектом 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 проектом соглашению и представление доказательств наличия у нового концессионера технических и финансовых возможностей, необходимых для предоставления услуги. Уступка концессии третьим сторонам без согласия организации-заказчика допускаться не должна.

Передача контрольного пакета акций проектной компании (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 64-68)

Рекомендация 50. Может быть установлено требование согласия организации-заказчика на передачу контрольного пакета акций компании-концессионера.

Строительные работы (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 69-79)

Рекомендация 51. В проектом 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.

Эксплуатация инфраструктуры (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 80-97)

Рекомендация 52. В проектом соглашении, если это уместно, должна устанавливаться степень ответственности концессионера за обеспечение следующего:

- a) приспособление услуги для удовлетворения фактического спроса на нее;
- b) непрерывность предоставления услуги;
- c) предоставление услуги всем пользователям на практически одних и тех же условиях;
- d) недискриминационный доступ, если это уместно, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером.

Рекомендация 53. В проектом соглашении должно быть указано следующее:

- a) степень ответственности концессионера за представление организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчетов и другой информации о своих операциях;
- 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.

Рекомендация 54. Концессионер должен обладать правом вводить, по согласованию с организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение.

Общие договорные механизмы (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры", пункты 98-150)

Рекомендация 55. Организация-заказчик может зарезервировать за собой право пересматривать 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.

Рекомендация 56. Концессионер и его кредиторы, страховщики и другие договорные партнеры должны иметь возможность свободно выбрать применимое право для регулирования своих договорных отношений, за исключением случаев, когда такой выбор будет нарушать публичный порядок принимающей страны.

Рекомендация 57. В проектном соглашении должно устанавливаться следующее:

- a) форма, продолжительность и объем гарантий исполнения, предоставление которых может быть потребовано от концессионера в связи с сооружением и эксплуатацией объектов;
- b) страховые полисы, приобретение которых может быть потребовано от концессионера;
- 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;
- 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;
- e) средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении организации-заказчика и концессионера в случае неисполнения обязательств другой стороной.

Рекомендация 58. 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.

Рекомендация 59. 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.

V. СРОК ДЕЙСТВИЯ, ПРОДЛЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ПРОЕКТНОГО СОГЛАШЕНИЯ

Срок действия и продление проектного соглашения (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункты 2-8)

Рекомендация 60. Продолжительность концессии должна быть оговорена в проектном соглашении.

Рекомендация 61. Срок действия концессии не должен продлеваться, кроме как в оговоренных в законе обстоятельствах, например, в следующих:

- a) задержки в завершении или приостановление эксплуатации в результате наступления событий вне сферы разумного контроля любой из сторон;
- b) приостановление проектов 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 проектного соглашения (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункты 9-35)

Прекращение организацией-заказчиком

Рекомендация 62. Организация-заказчик должна иметь право прекратить проектное соглашение:

- а) 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;
- б) в силу публичных интересов при условии выплаты компенсации концессионеру.

Прекращение концессионером

Рекомендация 63. Концессионер должен иметь право прекратить проектное соглашение в случае оговоренных в законе исключительных обстоятельств, например, следующих:

- а) в случае серьезного нарушения организацией-заказчиком или другим публичным органом в том, что касается исполнения их обязательств по проектному соглашению;
- б) 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 любой из сторон

Рекомендация 64. 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.

Последствия истечения или прекращения проектного соглашения (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", пункты 36-62)

Передача активов организации-заказчику или новому концессионеру

Рекомендация 65. В проектном соглашении должны быть установлены критерии для определения, если это уместно, размеров компенсации, которая может причитаться концессионеру в связи с активами, передаваемыми организацией-заказчику или новому концессионеру или выкупаемыми организацией-заказчиком по истечении или прекращении проектного соглашения.

Финансовые механизмы, регулирующие последствия прекращения

Рекомендация 66. 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

Рекомендация 67. В проектном соглашении следует установить, если это уместно, права и обязательства сторон в отношении следующего:

- а) передача технологии, необходимой для эксплуатации объекта;
- б) подготовка персонала организации-заказчика или концессионера-преемника для эксплуатации и технического обслуживания объекта;

с) предоставление концессионером услуг по эксплуатации и материально-техническому обслуживанию и поставка запасных частей, если это требуется, в течение разумного срока после передачи объекта организации-заказчику или концессионеру-преемнику.

VI. УРЕГУЛИРОВАНИЕ СПОРОВ

Споры между организацией-заказчиком и концессионером (см. главу VI "Урегулирование споров", пункты 3-42)

Рекомендация 68. Организация-заказчик должна иметь право свободно договариваться о таких механизмах урегулирования споров, которые, по мнению сторон, отвечают потребностям проекта, в том числе об арбитраже.

Рекомендация 68 бис. В законодательстве следует указать, может ли - и, при положительном ответе на этот вопрос, в какой степени может - организация-заказчик ссылаться на суверенный иммунитет как в качестве препятствия для возбуждения арбитражного или судебного разбирательства, так и в качестве возражения против приведения в исполнение арбитражного или судебного решения.]

Споры между концессионером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками (см. главу VI "Урегулирование споров", пункт 43)

Рекомендация 69. 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.

Споры между концессионером и его клиентами (см. главу VI "Урегулирование споров", пункты 44-46)

Рекомендация 70. От концессионера может быть потребовано предусмотреть упрощенные и эффективные механизмы для рассмотрения претензий, представленных его клиентами или пользователями объекта инфраструктуры.

II. УСТУПКА ПРИ ФИНАНСИРОВАНИИ ПОД ДЕБИТОРСКУЮ ЗАДОЛЖЕННОСТЬ

А. Доклад Рабочей группы по международной договорной практике
о работе ее тридцать первой сессии (Вена, 11-22 октября 1999 года)
(A/CN.9/466) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
I. ВВЕДЕНИЕ	1-15
II. ПРЕНИЯ И РЕШЕНИЯ	18-19
III. СТАТЬИ ПРОЕКТА КОНВЕНЦИИ ОБ УСТУПКЕ [ПРИ ФИНАНСИРОВАНИИ ПОД ДЕБИТОРСКУЮ ЗАДОЛЖЕННОСТЬ] [ДЕБИТОРСКОЙ ЗАДОЛЖЕННОСТИ В МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛЕ]*	20-164
Статья 24. Коллизия прав нескольких цессионариев	20-24
"Место нахождения" сторон	25-30
Статья 25. Коллизия прав цессионария и кредитора цедента или управляющего, назначенного для проведения процедур банкротства	32-41
Статья 26. Коллизия прав в отношении платежей	42-53
Статья 4. Исключения	54-86
Статья 2. Уступка дебиторской задолженности	87-91
Статья 3. Международный характер	92-93
Статья 5. Определения и правила толкования	94-95
Место нахождения сторон (продолжение)	96-100
Форма уступки	101-103
Статья 10. Договорные ограничения на уступку	104-106
Статья 12. Ограничения в отношении административных и иных государственных органов	107-115
Статья 15. Право на уведомление должника	116-117
Статья 16. Право на платеж	118-123
Статья 19. Освобождение должника от ответственности в результате платежа	124-132
Статья 20. Возражения и права на зачет со стороны должника	133-136
Статья 21. Договоренность не ссылаться на возражения и права на зачет	137-140
Статья 22. Изменение первоначального договора	141-142
Статья 23. Истребование уплаченных сумм	143-144
Сфера применения и цель главы V	145-149
Статья 27. Право, применимое к договору уступки	150-153
Статья 28. Право, применимое к правам и обязательствам цессионария и должника	154-158
Статья 29. Право, применимое к коллизии приоритетов	159-160
Статья 30. Императивные нормы	161-162
Статья 31. Публичный порядок	163-164
IV. ПРИЛОЖЕНИЕ К ПРОЕКТУ КОНВЕНЦИИ	165-191
А. Общие замечания	165-166
В. Обсуждение проектов статей приложения	167-187

* В настоящем докладе перечислены только статьи и вопросы, обсуждавшиеся на данной сессии. За исключением предложения по вопросу о месте нахождения сторон, вопросы перечислены в том порядке, в котором они обсуждались. В приложении к настоящему докладу содержится сводный текст проекта конвенции и приложения к проекту конвенции в целом в том виде, в каком он был утвержден Рабочей группой.

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	Страницы
Раздел I. Правила определения преимущественных прав на основе регистрации	167-170
Статья 1. Преимущественные права в отношениях между несколькими цессионариями	167-168
Статья 2. Преимущественные права в отношениях между цессионарием и управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами cedenta	169-170
Раздел II. Регистрация	171-180
Статья 3. Создание системы регистрации	171-172
Статья 4. Регистрация	173-178
Статья 5. Поиск данных в регистре	179-180
Раздел III. Правила определения преимущественных прав на основе момента заключения договора уступки	181-187
Статья 6. Преимущественные права в отношениях между несколькими цессионариями	181-185
Статья 7. Преимущественные права в отношениях между цессионарием и управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами cedenta	186-187
C. Предложение по вопросу о применении приложения	188-191
V. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ПРОЕКТА КОНВЕНЦИИ	192-208
Статья 33. Коллизии с международными соглашениями	192-195
Статья 34. Применение главы V	196-197
Статья 35. Другие исключения	198-201
Статья 36. Применение приложения	202-203
Статья 37. Правила или процедуры по вопросам несостоятельности, не затрагиваемые настоящей Конвенцией	204-205
Положения, предусматривающие предварительное применение проекта конвенции	206
Пересмотр и внесение поправок	207-208
VI. ДОКЛАД РЕДАКЦИОННОЙ ГРУППЫ	209-214
VII. БУДУЩАЯ РАБОТА	215
Приложения	
I. Сводный текст проекта конвенции	299
II. Изменение нумерации статей проекта конвенции	311

I. ВВЕДЕНИЕ

1. Во исполнение решения Комиссии, принятого на ее двадцать восьмой сессии (Вена, 2-26 мая 1995 года)¹, Рабочая группа по международной договорной практике продолжила на нынешней сессии работу по подготовке унифицированного закона об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность. Данная сессия была восьмой сессией, посвященной подготовке этого унифицированного закона, который в предварительном порядке именуется проектом конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность.

2. Решение провести работу по вопросу об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность было принято Комиссией на основе предложений, высказанных, в частности, на Конгрессе ЮНСИТРАЛ "Унифицированное торговое право в XXI веке" (проходившем в Нью-Йорке одновременно с двадцать пятой сессией, 17-21 мая 1992 года). Кроме того, на Конгрессе было предложено, чтобы Комиссия возобновила работу по вопросу об обеспечительных интересах в целом, проведение которой Комиссия на своей тридцатой сессии (1980 год) решила отложить до более позднего этапа.

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 17 (A/50/17), пункты 374-381.

3. На своих двадцать шестой - двадцать восьмой сессиях (1993-1995 годы) Комиссия рассмотрела три доклада Секретариата, касающиеся некоторых правовых проблем в области уступки дебиторской задолженности (A/CN.9/378/Add.3, A/CN.9/397 и A/CN.9/412). Рассмотрев эти доклады, Комиссия сделала вывод о том, что было бы не только желательным, но и целесообразно подготовить свод унифицированных правил, цель которых будет состоять в устранении препятствий финансированию под дебиторскую задолженность, возникающих в результате существующей в различных правовых системах неопределенности относительно действительности трансграничных уступок (при которых цедент, цессионарий и должник находятся в разных странах) и относительно последствий таких уступок для должника и других третьих сторон².
4. На своей двадцать четвертой сессии (Вена, 8-19 ноября 1995 года) Рабочая группа начала работу с рассмотрением ряда предварительных проектов унифицированных правил, содержащихся в докладе Генерального секретаря, озаглавленном "Обсуждение и предварительный проект унифицированных правил" (A/CN.9/412). На этой же сессии к Рабочей группе был обращен настоятельный призыв стремиться к выработке такого правового текста, который повлек бы за собой расширение доступности менее дорогостоящего кредита (A/CN.9/420, пункт 16).
5. На своей двадцать девятой сессии (1996 год) Комиссия рассмотрела доклад о работе двадцать четвертой сессии Рабочей группы (A/CN.9/420). Комиссия высоко оценила проделанную работу и просила Рабочую группу продолжить работу быстрыми темпами³.
6. На своих двадцать пятой и двадцать шестой сессиях (Нью-Йорк, 8-19 июля 1996 года, и Вена, 11-22 ноября 1996 года, соответственно) Рабочая группа продолжала свою работу и рассмотрела различные варианты проектов унифицированных норм, которые содержались в двух подготовленных Секретариатом записках (A/CN.9/WG.II/WR.87 и A/CN.9/WG.II/WR.89, соответственно). На этих сессиях Рабочая группа исходила из рабочей гипотезы, что разрабатываемый текст будет подготовлен в форме конвенции (A/CN.9/432, пункт 28) и будет включать положения о коллизии норм права (A/CN.9/434, пункт 262).
7. На своей тридцатой сессии (1997 год) Комиссия рассмотрела доклады о работе двадцать пятой и двадцать шестой сессий Рабочей группы (A/CN.9/432 и A/CN.9/434). Комиссия отметила, что Рабочая группа достигла договоренности по ряду вопросов и что к основным неурегулированным вопросам относятся последствия уступки для третьих сторон, т.е. кредиторов цедента и управляющего в деле о несостоятельности цедента⁴. Кроме того, Комиссия отметила, что органы и организации, занимающиеся вопросами финансирования дебиторской задолженности, а также правительства проявили интерес к проекту конвенции, поскольку потенциально он обеспечивает расширение возможностей для получения кредита по более доступным ставкам⁵.
8. На своих двадцать седьмой и двадцать восьмой сессиях (Вена, 20-31 октября 1997 года, и Нью-Йорк, 2-13 марта 1998 года, соответственно) Рабочая группа рассмотрела две записки, подготовленные Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WR.93 и A/CN.9/WG.II/WR.96, соответственно). На своей двадцать седьмой сессии Рабочая группа приняла решение о том, что основные правила определения приоритета, которые будут включены в проект конвенции, будут составлены в виде норм частного международного права и что государства будут иметь возможность выразить свое согласие на применение материально-правовых правил проекта конвенции, касающихся вопросов приоритета (A/CN.9/445, пункты 26-27), на своей двадцать восьмой сессии Рабочая группа одобрила содержание проектов статей 14-16, касающихся взаимоотношений между цедентом и цессионарием, и статей 18-22, касающихся взаимоотношений между цессионарием и должником (A/CN.9/447, пункты 161-164).
9. На своей тридцать первой сессии (1998 год) Комиссия рассмотрела доклады о работе двадцать седьмой и двадцать восьмой сессий Рабочей группы (A/CN.9/445 и A/CN.9/447). Комиссия высоко оценила проделанную работу и просила Рабочую группу продолжить работу быстрыми темпами, с тем чтобы завершить ее в 1999 году и представить проект конвенции на утверждение Комиссии на ее тридцать третьей сессии (2000 год)⁶.
10. На своих двадцать девятой и тридцатой сессиях (Вена, 5-16 октября 1998 года и Нью-Йорк, 1-12 марта 1999 года, соответственно) Рабочая группа рассмотрела три записки, подготовленные Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WR.96, A/CN.9/WG.II/WR.98 и A/CN.9/WG.II/WR.102), а также записку, содержащую доклад группы экспертов, подготовленный Постоянным бюро Гаагской конференции по международному частному праву (A/CN.9/WG.II/WR.99). На этих сессиях Рабочая группа одобрила содержание преамбулы и проектов статей 1(1) и

² Там же, сорок восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/48/17), пункты 297-301; там же, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункты 208-214; и там же, пятидесятая сессия, Дополнение № 17 (A/50/17), пункты 374-381.

³ Там же, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункт 234.

⁴ Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17), пункт 254.

⁵ Там же, пункт 256.

⁶ Там же, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункт 230.

(2), 5(g)-(j), 18(5 бис), 23-33 и 41-50 (A/CN.9/455, пункт 17), а также название, пресамбулу и проекты статей 1-24 (A/CN.9/456, пункт 18).

11. На своей тридцать второй сессии (1999 год) Комиссия рассмотрела доклады двадцать девятой и тридцатой сессий Рабочей группы (A/CN.9/455 и A/CN.9/456). Комиссия высоко оценила работу, сделанную Рабочей группой, и просила Рабочую группу продолжить работу быстрыми темпами, с тем чтобы проект конвенции мог быть распространен вместе с докладом о следующей сессии Рабочей группы среди правительств для представления замечаний в надлежащий срок и с тем чтобы проект конвенции мог быть рассмотрен Комиссией с целью утверждения на ее тридцать третьей сессии (2000 год). Что касается последующей процедуры принятия проекта конвенции, то Комиссия отметила, что на ее следующей сессии ей потребуется принять решение о том, следует ли ей рекомендовать принятие проекта конвенции Генеральной Ассамблеей или же дипломатической конференцией, которая должна быть специально созвана Генеральной Ассамблеей для этой цели⁷.

12. Рабочая группа, в состав которой входили все государства - члены Комиссии, провела нынешнюю сессию в Вене 11-22 октября 1999 года. В работе сессии приняли участие представители следующих государств - членов Рабочей группы: Австралия, Австрия, Алжир, Болгария, Венгрия, Германия, Гондурас, Египет, Иран (Исламская Республика), Испания, Италия, Камерун, Китай, Колумбия, Литва, Мексика, Нигерия, Российская Федерация, Румыния, Сингапур, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Уругвай, Финляндия, Франция и Япония.

13. В работе сессии приняли участие наблюдатели от следующих государств: Бенин, Боливия, Габон, Гватемала, Греция, Грузия, Индонезия, Ирак, Ирландия, Камбоджа, Канада, Конго, Ливан, Ливийская Арабская Джамахирия, Намибия, Нидерланды, Польша, Республика Корея, Саудовская Аравия, Словакия, Тунис, Турция, Чешская Республика, Швейцария и Швеция.

14. В работе сессии приняли участие наблюдатели от следующих международных организаций: Коллегии адвокатов города Нью-Йорка, Ассоциации коммерческого финансирования (АКФ), Европейской федерации национальных ассоциаций факторинга (ЕВРОПАФАКТОРИНГ), "Факторз чейн интернэшнл", Банковской федерации Европейского союза, Латиноамериканской федерации банков и Международного института унификации частного права (МИУЧП).

15. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Давид Моран Бовно (Испания)
Докладчик: г-жа Виктория Гаврилеску (Румыния)

16. Рабочая группа рассмотрела следующие документы: предварительную повестку дня (A/CN.9/WG.II/WR.103), записку Секретариата, озаглавленную "Проект конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность: текст с примечаниями и предложениями" (A/CN.9/WG.II/WR.104), еще две записки Секретариата, озаглавленные "Комментарий к проекту конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность" (A/CN.9/WG.II/WR.105 и 106).

17. Группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц
2. Утверждение повестки дня
3. Подготовка проекта конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность
4. Другие вопросы
5. Утверждение доклада.

II. ПРЕНИЯ И РЕШЕНИЯ

18. Рабочая группа рассмотрела неурегулированные вопросы, обозначенные в тексте проекта конвенции формулировками в квадратных скобках или указанные в замечаниях Секретариата (A/CN.9/WG.II/WR.104). Отмечая, что положения проекта конвенции, касающиеся коллизии приоритетов, не были в достаточной степени обсуждены на предыдущей сессии, Рабочая группа приняла решение начать свою работу с рассмотрения проектов статей 23-26 и в этой связи рассмотреть вопрос о "месте нахождения". Отмечая также важное значение охвата и исключений, Рабочая группа прежде чем продолжить рассмотрение проектов статей по порядку их нумерации рассмотрела вначале исключения в проекте статьи 4.

⁷ Там же, пятьдесят четвертая сессия, Пополнение № 17 (A/54/17), пункт 330.

19. Прения и выводы Рабочей группы, включая рассмотрение различных проектов положений, излагаются ниже в главах III-V. Рабочая группа рассмотрела проекты статей 1(3), 2-5, 8, 10-12, 16, 19-29 и 33-42 проекта конвенции, а также статьи 1-7 приложения к проекту конвенции. За исключением формулировок в квадратных скобках, переданных на рассмотрение Комиссии, Рабочая группа утвердила проект конвенции и приложения к нему в целом и направила их в редакционную группу, учрежденную Секретариатом для согласования переводов на различные языки. Завершив свою работу, Рабочая группа приняла решение представить проект конвенции Комиссии на утверждение на ее тридцать третьей сессии (Нью-Йорк, 12 июня - 7 июля 2000 года).

III. СТАТЬИ ПРОЕКТА КОНВЕНЦИИ ОБ УСТУПКЕ [ПРИ ФИНАНСИРОВАНИИ ПОД ДЕБИТОРСКУЮ ЗАДОЛЖЕННОСТЬ] [ДЕБИТОРСКОЙ ЗАДОЛЖЕННОСТИ В МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛЕ]

Статья 24. Коллизия прав нескольких цессионариев

20. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 24:

"1) Приоритет в отношениях между несколькими цессионариями, получившими одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же cedenta, регулируется правом государства, в котором находится cedent.

2) Цессионарий, обладающий приоритетом, может в любой момент в одностороннем порядке или по договоренности уступить свой приоритет любому из существующих или будущих цессионариев".

21. С тем чтобы не оставлять вопросы, касающиеся места нахождения, которые предполагается охватить проектом конвенции (например, вопрос о том, может ли цессионарий направить уведомление в отношении будущей дебиторской задолженности, с тем чтобы получить приоритет согласно закону места нахождения cedenta), на усмотрение закона места нахождения cedenta, Рабочая группа приняла решение включить в начале пункта 1 формулировку, аналогичную вступительной фразе проекта статьи 27(1): "За исключением вопросов, урегулированных в настоящей Конвенции".

22. Подтверждая свое мнение, согласно которому пункт 1 применяется к коллизии приоритетов между иностранным и отечественным цессионарием одной и той же внутренней дебиторской задолженности от одного и того же cedenta (A/CN.9/445, пункт 22), Рабочая группа решила включить в конце пункта 1 примерно следующую формулировку: "Данное правило применяется даже в том случае, если один из цессионариев является цессионарием по внутренней уступке внутренней дебиторской задолженности".

23. Был поднят вопрос о том, будет ли проект статьи 24 охватывать случай коллизии с лицом, финансирующим товарные запасы, или лицом, поставляющим товары с сохранением права собственности на них, которые имеют право на средства, вырученные от продажи этих товарных запасов или товаров. В ответ было указано, что содержащейся в проекте статьи 25(1) ссылки на "кредиторов cedenta" достаточно для того, чтобы охватить случай коллизии с лицами, финансирующими товарные запасы, и лицами, поставляющими товары в кредит. В любом случае, как было указано, если право таких лиц на эти вырученные средства вытекает из контракта, их следует рассматривать в качестве цессионариев.

24. После обсуждения Рабочая группа приняла проект статьи 24 с поправками.

"Место нахождения" сторон

25. В связи с обсуждением проекта статьи 24 Рабочая группа рассмотрела значение термина "место нахождения" (определение которого дается в пунктах (j) и (k) проекта статьи 5). Обсуждение в Рабочей группе велось на основе следующего проекта, подготовленного Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WR.104, примечание 4 к проекту статьи 5):

- i) сторона находится в государстве, в котором расположено ее коммерческое предприятие;
- ii) если cedent или цессионарий имеет более чем одно коммерческое предприятие, коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с договором уступки. Если должник имеет более чем одно коммерческое предприятие, коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором. Если сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание обычное место жительства этой стороны;

iii) для целей статей 24-26 место, в котором центральное управление юридическим лицом осуществляется де-факто, считается местом нахождения коммерческого предприятия, имеющего наиболее тесную связь с договором уступки [;

iv) несколько цедентов или цессионариев находятся в том месте, в котором находится их уполномоченный агент или доверенное лицо]”.

26. Было отмечено, что данный текст представляет собой попытку развить те общие моменты, которые возникли в результате дискуссии на предыдущей сессии Рабочей группы. Эти моменты заключались в следующем: необходимость определенности является более значительной в положениях, касающихся приоритета, чем в положениях, касающихся охвата; сферу применения проекта конвенции следует сделать максимально широкой; в целях достижения достаточной степени защиты должника, по крайней мере в том, что касается места нахождения должника, следует принимать во внимание соответствующее место нахождения коммерческого предприятия; решение в отношении положений, касающихся приоритета, должно строиться вокруг концепции центрального управления/главной конторы соответствующего юридического лица (A/CN.9/456, пункты 35-37).

27. Вышеупомянутый текст получил поддержку. Вместе с тем высказывалась озабоченность в отношении того, что применение двух различных норм, касающихся места нахождения, может дать несоответствующие результаты. Высказывалась также озабоченность в отношении того, что если будет принят критерий центрального управления, то это может привести к коллизиям приоритетов, затрагивающим отделения, в отношении которых неправомерно будет применяться закон места нахождения главной конторы, даже несмотря на то, что данная юрисдикция не имеет никакого отношения к сделкам, в связи с которыми возникли такие коллизии. С тем чтобы снять эти опасения, был высказан ряд предложений. Согласно одному из них следует, установить более гибкую норму по примеру проекта статьи 5(k)(iv), предоставляющую сторонам возможность доказать, что место центрального управления не является тем местом, которое имеет наиболее тесную связь с соответствующей сделкой. Против данного предложения высказывалось возражение, основанное на том, что подобная норма привнесла бы неприемлемую степень неопределенности.

28. Другое предложение заключалось в том, что следует выработать норму, аналогичную вышеупомянутому тексту, сделав исключение для отделений банков. В поддержку этого предложения указывалось, что, хотя отделения не обладают отдельной от главной конторы правосубъектностью, они в своей деятельности в стране своего нахождения подпадают под правила предоставления финансовых услуг, действующие в этой стране. Указывалось также, что данное исключение относится только к отделениям банков, поскольку согласно обычной практике банки действуют через свои отделения, в то время как другие предприятия скорее действуют через свои дочерние компании, которые являются отдельными юридическими лицами, даже если действуют в соответствии с инструкциями, получаемыми от материнской компании. Хотя к данному предложению был проявлен интерес, было высказано мнение о том, что нет оснований ограничивать данное исключение отделениями банков. Указывалось также, что выработка формулировки такого ограниченного исключения была бы чрезвычайно сложной задачей, учитывая отсутствие общепринятого определения термина “банк”. В связи с этим предлагалось распространить данное исключение на отделения в целом. Против этого предложения высказывалось возражение, основанное на том, что такое исключение нарушило бы ту определенность, которая устанавливается нормой, основанной на критерии центрального управления, поскольку третьим сторонам в этом случае потребовалось бы проводить расследование для того, чтобы установить, какое отделение имеет наиболее тесную связь со сделкой. Отмечалось, что могут возникать проблемы при двойной уступке одной и той же дебиторской задолженности главной конторой и отделением. Отмечалось также, что решение, аналогичное вышеупомянутому тексту, обеспечивающее две различные нормы, касающиеся места нахождения, было бы предпочтительным по сравнению с одной нормой, устанавливающей широкое исключение для отделений в целом.

29. В ходе обсуждения было согласовано, что следует исключить подпункт (iv) вышеупомянутого текста. Отмечалось, что на практике редко встречаются уступки несколькими цедентами и что в любом случае применение проекта конвенции только к уступке права в дебиторской задолженности, что подпадает под действие положений главы I проекта конвенции, дает надлежащий результат. Что касается уступки нескольким цессионариям, то было указано, что такие уступки являются частью сложившейся практики, при которой стороны обычно регулируют вопрос, касающийся местонахождения, в своих соглашениях. Было также решено, что ссылка на центральное управление “де-факто” в подпункте (iii) является излишней и может быть исключена при том понимании, что имеется в виду фактическое место центрального управления. Отмечалось, что использование слов “де-факто” произвольно может вызвать вопросы толкования, касающегося того, есть ли еще и другое центральное управление “де-юре” (т.е. искусственно указанное в уставных или других документах юридического лица). Указывалось также, что слово “осуществляется”, которое должно отражать существующий факт, достаточно для уточнения того, что здесь имеется в виду фактическое место центрального управления.

30. После обсуждения Рабочая группа приняла решение о том, что в целях продолжения дискуссии в текст проекта статьи 5 следует включить два альтернативных варианта определения термина “место нахождения”, один из которых должен быть сформулирован на основе текста, упомянутого в пункте 25 выше, а другой - следующим образом:

"Лицо находится в государстве, в котором расположено его коммерческое предприятие. Если цедент или цессионарий имеет более чем одно коммерческое предприятие, он находится в государстве, в котором он имеет свое центральное управление. Если должник имеет более чем одно коммерческое предприятие, он находится в государстве, где находится то его коммерческое предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором. [Отделение лица], осуществляющего коммерческую деятельность в форме приема депозитов или предоставления других банковских услуг,] считается отдельным лицом]. Если лицо не имеет коммерческого предприятия, оно находится в государстве своего обычного места жительства".

Рабочая группа оставила конкретные формулировки этих альтернативных вариантов на усмотрение редакционной группы (продолжение обсуждения вопроса о месте нахождения см. пункты 96-100).

Обратная отсылка

31. Во избежание возникновения риска обратной отсылки (т.е. применения закона, определяемого нормами международного частного права при коллизии норм права, действующими в государстве, не являющемся государством суда), Рабочая группа приняла решение включить в проект статьи 5 новый подпункт следующего содержания: "'право" означает право, действующее в каком-либо государстве, иное, чем его нормы международного частного права".

Статья 25. Коллизия прав цессионария и кредиторов цедента или управляющего, назначенного для проведения процедур банкротства

32. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 25:

"1) Приоритет в отношениях между цессионарием и кредиторами цедента регулируется правом государства, в котором находится цедент.

2) В случае процедуры банкротства приоритет в отношениях между цессионарием и кредиторами цедента регулируется правом государства, в котором находится цедент.

3) Независимо от пунктов 1 и 2, суд или иной компетентный орган может отказать в применении какого-либо положения права государства, в котором находится цедент, только в том случае, если это положение явно противоречит публичному порядку государства суда.

4) Если процедура банкротства начинается в каком-либо ином государстве, чем государство, в котором находится цедент, то, за исключением предусмотренного в настоящей статье, настоящая Конвенция не затрагивает прав управляющего, назначенного для проведения процедур банкротства, или прав кредиторов цедента.

5) Если процедура банкротства начинается в каком-либо ином государстве, чем государство, в котором находится цедент, то любое [внедоговорное] [преференциальное] право или интерес, которые согласно праву государства суда будут являться приоритетными по отношению к интересу цессионария, обладает таким приоритетом, независимо от пункта 2. [Государство может в любой момент сдать на хранение заявление, в котором будут определены [внедоговорные] [преференциальные] права и интересы, имеющие приоритет по отношению к интересам цессионария, независимо от применения положения о приоритете, содержащегося в пункте 2.]

6) Цессионарий, заявляющий права на основании настоящей статьи, обладает не меньшими правами, чем цессионарий, заявляющий права на основании других норм права".

33. В отношении пунктов 1 и 2 Рабочая группа подтвердила свое мнение о том, что эти положения должны применяться независимо от места начала процедуры банкротства.

34. Напоминая о своем решении включить в начале проекта статьи 24 слова "За исключением вопросов, урегулированных в настоящей Конвенции" (A/CN.9/WG.II/XXXI/CRP.1/Add.1, пункт 2), Рабочая группа приняла решение о том, что эту же формулировку следует включить в проект статьи 25 применительно к пунктам 1 и 2.

35. Рабочая группа отметила, что в пункте 2 термин "управляющий, назначенный для проведения процедур банкротства", был заменен термином "кредиторы цедента", поскольку в некоторых правовых системах управляющий по делу о несостоятельности не становится держателем прав кредиторов, а при некоторых производствах, предусматривающих реорганизацию, может и не быть управляющего по делу о несостоятельности. Однако с учетом того, что в других правовых системах управляющий по делу о несостоятельности действительно становится

держателем прав кредиторов. Рабочая группа решила, что в пункт 2 следует включить ссылку на такого управляющего.

36. Что касается подхода, лежащего в основе пункта 3, было отмечено, что он направлен на установление определенного баланса между необходимостью обеспечения определенности и необходимостью сохранения решений, принимаемых согласно праву государства суда в рамках основного порядка. Соответственно, право государства суда отменить то или иное положение применимого права признается и в то же время ограничивается случаями, когда это положение явно противоречит публичному порядку государства суда. Отмечалось, что по определению пункт 3 касается международного публичного порядка, применение норм которого может привести к отмене действия нормы применимого права, касающейся приоритета, но не может обусловить позитивное применение касающейся приоритета нормы, отражающей публичный порядок государства суда. Рабочая группа отметила, что данный вопрос надлежащим образом разъясняется в комментарии (см. A/CN.9/WG.II/WP.106, пункты 89-90).

37. В отношении охвата положений пункта 3 был высказан ряд предложений. Согласно одному из них, пункт 3 следует пересмотреть таким образом, чтобы он был применим только в случае коллизии приоритетов, возникающей при процедуре банкротства. В поддержку этого мнения указывалось, что более широкое исключение, основанное на соображениях публичного порядка, создало бы неопределенность и, таким образом, отрицательно сказалось бы на наличии и стоимости кредитов. Отмечалось также, что такой подход соответствовал бы положениям пункта 5, который направлен на сохранение преимущественного характера прав, вытекающих из применения закона, только в случае процедуры банкротства. Против этого предложения высказывалось возражение, основанное на том, что право какого-либо суда или иного органа применять собственные нормы публичного порядка не может быть ограничено. Было указано, что такое ограничение могло бы уменьшить степень приемлемости проекта конвенции. Было заявлено также, что в любом случае сомнительно, чтобы суды руководствовались таким ограничением, даже если оно будет включено в пункт 3. Согласно другому предложению пункт 3 следует пересмотреть таким образом, чтобы он применялся только к случаям, когда процедура начинается в государстве, ином, чем государство нахождения цедента. Хотя было согласовано, что коллизия между применимым правом и публичным порядком государства суда может возникнуть только в том случае, когда в рассмотрении вопроса участвуют две юрисдикции, было выражено общее мнение о том, что необходимости в каких-либо изменениях нет. Было сочтено, что пункты 1 и 2 в целом в достаточной степени отражают то мнение, что если право, применимое к вопросу о приоритете, и право, регулирующее любые дела о несостоятельности или другие виды разбирательства, относятся к одной судебной системе, то любые коллизии будут урегулированы внутренними нормами этой системы. Согласно другому мнению, слова "независимо от пунктов 1 и 2" являются излишними и их следует исключить. Рабочая группа одобрила это предложение, исходя из того, что даже без этих слов пункт 3 в достаточной степени отражает тот факт, что он применяется как в рамках, так и вне рамок процедуры банкротства.

38. В отношении пункта 4 Рабочая группа отметила, что он направлен на сохранение прав управляющего по делу о несостоятельности или кредиторов цедента в случае, когда процедура банкротства начинается в каком-либо государстве, ином, чем государство, в котором находится цедент ("вторичная процедура банкротства"). Хотя такие права не отражают норм публичного порядка государства суда, они основаны на императивных нормах права (например, что касается права оспаривать действительность уступки на том основании, что она является преференциальной или мошеннической передачей). Отмечалось также, что поскольку пункты 1 и 2 касаются вопросов приоритета, не затрагивая специальных прав, основанных на нормах права, регулирующих несостоятельность, пункт 4 является излишним и может быть исключен. Указывалось также, что слова "за исключением предусмотренного в настоящей статье" вызывают сомнения в отношении того, действительно ли защищаются те права, которые должны защищаться. После обсуждения Рабочая группа приняла решение о том, что следует исключить пункт 4.

39. В отношении пункта 5 отмечалось, что он направлен на то, чтобы сохранить преимущественный характер прав (например, в пользу государства по налоговым искам или же по выплате заработной платы служащим) в случае, когда процедура банкротства начинается в ином государстве, чем государство, где находится цедент. Был высказан целый ряд предложений относительно того, каким образом следует отразить этот преимущественный характер прав. Согласно одному из них, эти права должны быть квалифицированы как внедоговорные права. Против этого предложения было высказано возражение, основанное на том, что оно, возможно, в недостаточной степени охватывает преференциальные права, вытекающие из договорных отношений. Согласно другому предложению, следует использовать термин "преференциальные". Против этого предложения было высказано возражение, основанное на том, что это произвольно привело бы к расширению охвата исключения из нормы, содержащейся в пункте 2, и к тому, что преимущественные права получили бы кредиторы цедента, имеющие имущественные права на дебиторскую задолженность, признанные судебным решением. Согласно другому предложению, нет необходимости оговаривать права, вытекающие из права государства суда. Против этого предложения также было высказано возражение, основанное на том, что по существу это может полностью изменить норму, изложенную в пункте 2, и подчинить вопрос о преимущественных правах закону государства суда. Согласно еще одному предложению, преимущественные права, о которых идет речь в пункте 5, можно охарактеризовать, как преференциальные права, возникающие в связи с правом суда и имеющие преимущественный характер при процедуре банкротства в государстве суда. Это предложение получило достаточную поддержку.

40. В отношении пункта 6 Рабочая группа отметила, что первоначально он был призван обеспечить, чтобы цессионарий, заявляющий преимущественное право на основании материально-правовых положений проекта конвенции, обладал не меньшими правами, чем если бы он заявлял преимущественное право на основании материально-правовых норм за пределами проекта конвенции (A/CN.9/455, пункт 40; и A/CN.9/445, пункт 44). Отмечалось также, что поскольку Рабочая группа решила преобразовать нормы проекта конвенции, касающиеся преимущественных прав, в нормы международного частного права (A/CN.9/445, пункт 22), пункт 6 не представляется уместным. Как было отмечено, пункт 6, по-видимому, предполагает, что хотя коллизия приоритетов охватывается проектом конвенции, может быть применимо иное право, нежели право места нахождения цедента. После обсуждения Рабочая группа решила, что следует исключить пункт 6.

41. Рабочая группа приняла проект статьи 25 с поправками и направила его в редакционную группу.

Статья 26. Коллизия прав в отношении платежей

42. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 26:

"1) Если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цессионарию, цессионарий имеет имущественное право на весь платеж, который был получен по уступленной дебиторской задолженности.

2) Если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цеденту, цессионарий имеет имущественное право на весь платеж, который был получен по уступленной дебиторской задолженности, если:

a) полученный платеж представляет собой деньги, чеки, электронные переводы, положительное сальдо на депозитных счетах или аналогичные активы ("поступления в форме денежной наличности");

b) цедент инкассировал поступления в форме денежной наличности по указанию цессионария осуществлять хранение поступлений в форме денежной наличности в его пользу; и

c) цедент осуществляет хранение поступлений в форме денежной наличности в пользу цессионария отдельно от своих активов, как то в виде отдельного депозитного счета, на котором хранятся только поступления в форме денежной наличности от дебиторской задолженности, уступленной цессионарию.

3) В отношении имущественных прав, о которых говорится в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, цессионарий обладает тем же приоритетом, что и в уступленной дебиторской задолженности.

4) Если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цеденту и при этом установленные в пункте 2 требования не соблюдены, приоритет в отношении всего полученного платежа определяется следующим образом:

a) если полученный платеж представляет собой дебиторскую задолженность, приоритет регулируется правом государства, в котором находится цедент;

b) если полученный платеж представляет собой иные активы, чем дебиторская задолженность, приоритет регулируется правом государства, в котором находятся эти активы.

5) В случае возникновения коллизии приоритета между цессионарием и управляющим, назначенным для проведения процедур банкротства, или кредиторами цедента в отношении всего полученного платежа применяются пункты 3-5 статьи 25."

43. Рабочая группа отметила, что пункты 1 и 2 имеют целью предоставлять цессионарию право *in rem* в поступлениях, не затрагивая порядка приоритетов, установленного в пунктах 3 и 4. Было также отмечено, что для того чтобы лучше отразить это понимание, Секретариат решил отделить вопрос приоритета в поступлениях от вопроса о средствах защиты, имеющихся у цессионария, который обладает приоритетом в таких поступлениях, и рассмотреть эти вопросы в двух отдельных следующих положениях:

"Статья 26. Приоритет в поступлениях

"1) Приоритет между несколькими цессионариями одной и той же дебиторской задолженности от одного и того же цедента и между цессионарием и кредиторами цедента или управляющим, назначенным для

проведения процедур банкротства, в отношении того, что получено в виде платежа [, или иного погашения.] уступленной дебиторской задолженности, определяется следующим образом:

- a) если полученный платеж представляет собой дебиторскую задолженность, приоритет регулируется правом государства, в котором находится цедент;
 - b) если полученный платеж представляет собой иные активы, чем дебиторская задолженность, приоритет регулируется правом государства, в котором находятся эти активы.
- 2) В случае возникновения коллизии приоритетов между цессионарием и кредиторами цедента или управляющим, назначенным для проведения процедур банкротства, в отношении всего полученного платежа [, или иного погашения.] уступленной дебиторской задолженности применяются пункты 3-5 статьи 25.

Статья 26 бис. Права in rem в поступлениях

1) За исключением случаев, предусмотренных в пунктах 2-4 настоящей статьи, вопрос о том, [имеет ли цессионарий право in rem или ad personam в том,] [вправе ли цессионарий истребовать и удерживать то,] что было получено в виде платежа [, или иного погашения.] уступленной дебиторской задолженности, решается в соответствии с правом, регулирующим приоритет согласно статье 26 настоящей Конвенции.

2) Если платеж [, или иное погашение,] по уступленной дебиторской задолженности произведен цессионарию, цессионарий, обладающий приоритетом по сравнению с кредиторами цедента или управляющим, назначенным для проведения процедур банкротства, согласно статье 26 настоящей Конвенции, имеет [право in rem в том,] [право удерживать то,] что было получено, вплоть до суммы, причитающейся ему в дебиторской задолженности [, включая проценты].

3) Если платеж [, или иное погашение,] по уступленной дебиторской задолженности произведен цеденту, цессионарий, обладающий приоритетом по сравнению с кредиторами цедента или управляющим, назначенным для проведения процедур банкротства, согласно статье 26 настоящей Конвенции, имеет [право in rem в том,] [право удерживать то,] что было получено, вплоть до суммы, причитающейся ему в дебиторской задолженности [, включая проценты,] если:

- a) цедент получил платеж [, или иное погашение,] по указанию цессионария осуществлять хранение всего, что получено, в пользу цессионария; и
- b) все, что получил цедент, хранится цедентом в пользу цессионария отдельно от своих активов, и все это является в разумной степени отличным от его активов, как то в виде отдельного депозитного счета, на котором хранятся только поступления в форме денежной наличности от дебиторской задолженности, уступленной цессионарию."

44. Рабочая группа решила использовать эти проекты статей в качестве основы для продолжения своей работы.

Приоритет в поступлениях

45. Было достигнуто общее согласие в отношении того, что приоритет в поступлениях, являющихся дебиторской задолженностью, включая дебиторскую задолженность в виде оборотных документов, а также сальдо на депозитных счетах и счетах ценных бумаг, должен регулироваться правом места нахождения цедента.

46. Что касается приоритета в отношении других видов поступлений, таких как товары, то был высказан ряд предложений. Согласно одному из них, следует сохранить проект статьи 26(1)(b), предложенный Секретариатом, в нынешней формулировке или же добавить к нему формулировку, призванную обеспечить, чтобы права третьих лиц в товарах не затрагивались. Это предложение не получило достаточной поддержки. Другое предложение заключалось в том, что приоритет в поступлениях в виде товаров должен регулироваться правом места нахождения цедента. В поддержку этой точки зрения отмечалось, что применение права какой-либо одной легко определяемой юрисдикции способствовало бы повышению определенности. Указывалось также, что такой подход соответствовал бы принятому подходу в вопросе о приоритете в отношении дебиторской задолженности, который отличается от традиционного подхода, основанного на праве "места нахождения" дебиторской задолженности (т.е. того места, где она подлежит выплате). Против этого предложения высказывалось возражение, основанное на том, что такой подход мог бы нанести ущерб ожиданиям третьих сторон в стране нахождения товаров и уменьшить степень приемлемости проекта конвенции. Еще одно предложение состояло в том, что следует провести различие между товарами и полученными в рамках полного или частичного погашения дебиторской задолженности и возвращенными товарами (например, в связи с наличием дефекта в них и расторжением договора купли-продажи

или же в связи с тем, что договор купли-продажи позволял покупателю вернуть эти товары после испытательного периода). Было указано, что товары первого вида являются одной из форм той же дебиторской задолженности и что приоритет в отношении этих товаров должен определяться той же нормой, что и приоритет в отношении дебиторской задолженности, в то время как товары второго вида не имеют связи с дебиторской задолженностью, и приоритет в отношении их должен определяться правом места их нахождения. Это предложение получило достаточную поддержку. Рабочая группа просила включить в комментарий разъяснение понятия "возвращенные товары".

47. В ходе обсуждения Рабочая группа отметила, что вопрос поступлений возникает также в контексте статьи 16 в отношении связи между цедентом и цессионарием. Был поднят вопрос о том, должно ли право цессионария в поступлениях в отношении цедента распространяться на товары, предоставленные в рамках полного или частичного погашения уступленной дебиторской задолженности. Рабочая группа отложила обсуждение этого вопроса до завершения рассмотрения проекта статьи 16 (см. пункт 120).

48. Было согласовано, что следует определить термин "поступления" без ущерба для вопроса о том, будут ли "возвращенные товары" охватываться проектом статьи 16 (см. пункт 120). В целом приемлемой была сочтена формулировка, аналогичная проекту пункта 1 статьи 16 ("все полученное по уступленной дебиторской задолженности") с добавлением понятий платежа и погашения уступленной дебиторской задолженности, будь то полного или частичного. Высказывались возражения против использования термина "исполнение обязательств" на том основании, что этот термин предполагает полную выплату.

49. После обсуждения Рабочая группа приняла проект статьи 26 с поправками и передала в редакционную группу вопрос о ее формулировке, а также формулировке определения термина "поступления".

Права *in rem* в поступлениях

50. Было высказано несколько озабоченностей в отношении проекта статьи 26 бис. Одна из них заключалась в том, что проект статьи 26 бис является сложным и неадекватным образом затрагивает вопросы материального права в пункте 1 и вопросы международного частного права в пунктах 2 и 3. Другая озабоченность заключалась в том, что создавая права *in rem* в поступлениях, проект статьи 26 бис является несовместимым с основными понятиями права во многих странах, где такие права не признаются и где вместе с тем обеспечивается достаточная защита цессионариев. Еще одна озабоченность высказывалась в отношении того, что проект статьи 26 бис является ненужным, поскольку стороны могут строить свои сделки с учетом своих потребностей.

51. В ответ было указано, что право *in rem* в ограниченном числе случаев, указанных в пунктах 2 и 3 проекта статьи 26 бис, может существенно облегчить не требующие уведомления факторные операции, операции с ценными бумагами и операции с дебиторской задолженностью государств, при которых цеденты получают платежи в пользу цессионариев и обычно хранят такие выплаченные средства на отдельных счетах, поскольку, имея такое право, цессионарии получают защиту в случае банкротства цедентов. Если для того, чтобы получить защиту, цессионариям будет требоваться уведомлять должников и строить свои сделки таким образом, чтобы самим получать платежи, то будет нанесен ущерб сделкам, не требующим уведомления, и другой вышеупомянутой практике и возрастут расходы, связанные с такими сделками. Было также отмечено, что поскольку имущество цедента увеличивается в результате предоставления цеденту цессионарием кредита в обмен на дебиторскую задолженность, что даст возможность управляющему по делу о несостоятельности или кредиторам цедента получить платеж этой дебиторской задолженности, это должно рассматриваться как несправедливое обогащение. Более того, указывалось, что хотя такие права *in rem* в доходах по дебиторской задолженности, возможно, незнакомы многим судебным системам, отношения в рамках доверенности, по которой цедент получает платежи в пользу цессионария и несет определенные обязательства в отношении такого цессионария, встречаются если не в статутном, то по крайней мере в прецедентном праве этих судебных систем. В связи с этим было высказано мнение, что в том случае, когда цессионарий имеет приоритет в отношении уступленной дебиторской задолженности, цессионарий или цедент получают платеж и платеж получен цедентом в пользу цессионария, а средства от этого платежа хранятся цедентом отдельно от своих активов, этот цессионарий должен иметь приоритет в отношении этих поступлений. Данное предложение получило достаточную поддержку.

52. В ходе обсуждения высказывалось мнение о том, что подготавливаемые нормы должны также охватывать вопрос о степени права цессионария в уступленной дебиторской задолженности, о существовании и степени права цессионария в поступлениях, а также о существовании и степени права кредитора, имеющего право в другом имуществе цедента, каковое (право) в силу закона распространяется на уступленную дебиторскую задолженность. Это предложение также получило достаточную поддержку.

53. После обсуждения Рабочая группа просила редакционную группу сформулировать конкретную норму по вопросу о приоритете в отношении поступлений, аналогичную положениям пунктов 51 и 52 выше. Рабочая группа оставила на усмотрение редакционной группы вопрос об объединении касающихся приоритета норм, содержащихся в разделе III главы IV проекта конвенции, в рамках одной или нескольких норм.

Статья 4. Исключения

54. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 4:

"[1] Настоящая Конвенция не применяется к уступкам:

- a) совершаемым для личных, семейных или домашних целей;
- b) в той мере, в какой уступка совершается путем вручения оборотного документа с любым необходимым подосаментом;
- c) совершаемым в рамках продажи или изменения собственника или правового положения коммерческого предприятия, из которых возникла уступленная дебиторская задолженность.

[2] Настоящая Конвенция не применяется к уступкам, перечисленным в заявлении, сделанном согласно проекту статьи 35 государством, в котором находится кредитор, или - в отношении положений настоящей Конвенции, касающихся прав и обязательств должника, - государством, в котором находится должник.]"

Общие замечания

55. Были выражены определенные сомнения относительно необходимости в проекте статьи 4. Рабочая группа напомнила свое решение о том, что сфера применения проекта конвенции не должна ограничиваться ссылками на коммерческую или финансовую цель сделок. Рабочая группа также напомнила свое решение о том, что уступки, совершаемые в потребительских целях, и некоторые виды практики, необходимость в регулировании которых не возникает, должны быть исключены. Поэтому Рабочая группа подтвердила свое решение сохранить статью 4 и постановила спаять квадратные скобки в пункте 2 при том понимании, что проект статьи 35 будет пересмотрен на более позднем этапе (в отношении скобок вокруг проекта статьи 4(2) см. пункты 86, 199-201 и 211).

56. Затем Рабочая группа перешла к рассмотрению исключений, связанных с уступками в потребительских целях, уступками дебиторской задолженности, возникающей из финансовых инструментов, поручений о переводе средств, платежных систем и систем расчетов по ценным бумагам и депозитных счетов, а также уступками дебиторской задолженности, возникающей из продажи и аренды летательных аппаратов и других видов мобильного оборудования.

Уступки в потребительских целях

57. Было отмечено, что цель подпункта (a) состоит в ограничении сферы действия проекта конвенции коммерческими сделками, независимо от того, связаны ли они с торговой или с потребительской дебиторской задолженностью. В то же время было отмечено, что подпункт (a) в его нынешней формулировке может привести к ненадлежащему результату, поскольку будут исключаться некоторые коммерческие сделки, такие, как уступки страховых полисов потребителями финансовым учреждениям и уступки финансовым учреждениям, совершаемые потребителями в обмен на ссуды, используемые в потребительских целях. Для решения этой проблемы был сделан ряд предложений. Одно из них состояло в том, чтобы обеспечить только исключение уступок, совершаемых "исключительно" в потребительских целях. Другое предложение сводилось к тому, чтобы исключить уступки, совершаемые физическим лицом физическому лицу для личных, семейных или домашних целей". Было сочтено, что ни одно из этих предложений не отражает в достаточной степени общее понимание Рабочей группы, заключающееся в том, что исключаться должны только уступки потребителя потребителю. Еще одно предложение состояло в том, чтобы сделать прямую ссылку на "потребителя". Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что термин "потребитель" не имеет универсального единообразного толкования.

58. Другое предложение состояло в том, чтобы заменить подпункт (a) общим положением, направленным на обеспечение того, чтобы права потребителей не затрагивались проектом конвенции. Было указано, что это положение может ограничиваться законодательством о защите потребителей. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что такое положение будет являться излишним с учетом того факта, что проект конвенции не преследует цели установить преимущественный порядок по отношению к правовым нормам, касающимся защиты потребителей; кроме того, оно может непреднамеренно привести к исключению важных видов практики, связанных с уступкой потребительской дебиторской задолженности. Рабочая группа подтвердила свое решение о том, что в отличие от Конвенции МИУЧП о международном факторинге (Оттава, 1998 год; далее в тексте - "Оттавская конвенция"), применение которой ограничивается коммерческой дебиторской задолженностью, проект конвенции должен охватывать и те виды коммерческой практики, которые связаны с уступкой потребительской дебиторской задолженности.

59. После обсуждения Рабочая группа постановила, что исключаться должны только уступки, совершаемые коммерческим предприятием или потребителем потребителю, и только в том случае, если они совершены в

потребительских целях; Рабочая группа приняла подпункт (а) при этом понимании и передала вопрос о его точной формулировке на рассмотрение редакционной группы.

Уступки дебиторской задолженности, возникающей из финансовых инструментов, поручений о переводе средств, платежных систем или систем расчетов по ценным бумагам и депозитных счетов

60. Было указано, что такие финансовые инструменты, как инструменты денежного рынка или биржевые инструменты, свопы и производные инструменты традиционно регулируются международными стандартными соглашениями, такими, как Генеральное соглашение Международной ассоциации свопов и производных инструментов (МАСПИ) и Генеральное соглашение Международной ассоциации рынка ценных бумаг (МАРУБ) или другими национальными стандартными соглашениями. Было также отмечено, что эти стандартные соглашения обычно содержат положение, оговаривающее, что одна сторона не может уступать свое требование к другой стороне без согласия такой другой стороны. Было указано, что в случае нарушения такой оговорки сторона имеет право прекратить не только соответствующую сделку, но и все сделки, регулируемые генеральным соглашением. Кроме того, было указано, что во многих генеральных соглашениях содержится оговорка о перекрестном неисполнении, в силу которой в случае любого подобного нарушения все сделки, регулируемые этими генеральными соглашениями, могут быть прекращены. В дополнение к этому было указано, что согласно стандартным договоренностям в отношении исполнения поручений о переводе средств и платежей по ценным бумагам в отношениях между участниками платежных систем или систем расчетов по ценным бумагам уступка дебиторской задолженности по поручениям о переводе средств обычно запрещается. Кроме того, было отмечено, что обычная практика финансовых учреждений состоит в том, что по общим условиям банковских операций клиентам запрещается уступать дебиторскую задолженность, возникающую по депозитным счетам. Было разъяснено, что такая дебиторская задолженность обычно используется в качестве обеспечения по кредитным услугам, предоставляемым финансовыми учреждениями своим клиентам.

61. Отмечалось, что в отличие от такой практики согласно проекту статьи 10(1) признается действительность уступок, совершаемых в нарушение оговорки о недопустимости уступки, при этом, однако, должнику не запрещается прекращать соответствующие сделки или все сделки, регулируемые генеральным соглашением или несколькими генеральными соглашениями, содержащими оговорку о перекрестном неисполнении. Было также указано, что такой результат может привести к подрыву международных финансовых рынков. Кроме того, было отмечено, что признание действительности уступок дебиторской задолженности, возникающей по депозитным счетам, в нарушение оговорки о недопустимости уступки может подорвать взаимоотношения между финансовыми учреждениями и их клиентами, создать трудности в связи с использованием таких депозитных счетов в качестве обеспечения для кредитных услуг, предоставляемых подобными учреждениями, и повысить опасность отмывания денег. Кроме того, было указано, что проект статьи 20(3), согласно которому должник не может ссылаться в отношении цессионария на какие-либо требования, которые у него могут иметься в отношении цедента в связи с нарушением оговорки о недопустимости уступок, создает серьезные проблемы для рынков свопов и производных инструментов. Было разъяснено, что подобное положение делает бесполезными механизмы взаимных расчетов, являющиеся ключевым компонентом подобных финансовых сделок. Было также указано, что подобное положение будет противоречить обычной практике, существующей согласно генеральным соглашениям об обратной перекуике и генеральным соглашениям о взаимных расчетах.

62. Рабочая группа пришла к общему согласию о необходимости урегулировать вышеуказанные моменты, вызывающие беспокойство. В то же время по вопросу о наиболее целесообразных путях решения этих проблем были высказаны различные точки зрения. Одно из мнений состояло в том, что с тем, чтобы не допустить подрыва хорошо функционирующей практики, сделки, связанные с инструментами денежного рынка или биржевыми инструментами, свопами и производными инструментами, а также дебиторская задолженность, возникающая из поручений о переводе средств или из расчетов через платежную систему или систему расчетов по ценным бумагам, должны быть исключены из сферы действия проекта конвенции путем прямого общего исключения в проекте статьи 4. В поддержку этого мнения было отмечено, что исключение в проекте статьи 4 является предпочтительным по причинам простоты и предсказуемости. Альтернативно - если Рабочая группа не сможет достичь консенсуса относительно такого общего исключения - подобные сделки могли бы охватываться проектом конвенции при условии, что уступка, совершенная без согласия должника, будет считаться ничтожной. Было также сделано предложение о том, что этот последний подход в любом случае мог бы быть использован применительно к дебиторской задолженности, возникающей по депозитным счетам.

63. С тем чтобы реализовать первое вышеупомянутое предложение, было указано, что в преамбулу следует добавить новый пункт с целью отразить особые свойства дебиторской задолженности, возникающей по депозитным счетам, а также дебиторской задолженности, возникающей из сделок, связанных с такими финансовыми инструментами.

64. Что касается дебиторской задолженности, возникающей по депозитным счетам, то была предложена формулировка примерно следующего содержания:

"Статья 1. Сфера применения"

1. Настоящая Конвенция применяется:

...

d) к дебиторской задолженности, возникающей по депозитным счетам, с учетом применения условий статьи 8(3).

Глава III. Юридическая сила и последствия уступки

Статья 8. Юридическая сила и действительность оптовых уступок, уступок будущей дебиторской задолженности, частичных уступок и уступок дебиторской задолженности, возникающей по депозитным счетам

...

3) Уступка дебиторской задолженности, возникающей по депозитным счетам, обладает юридической силой и является действительной при условии предварительного прямого согласия должника. Любая уступка, совершенная в нарушение настоящего положения, считается ничтожной согласно настоящей Конвенции".

65. Что касается дебиторской задолженности, возникающей из сделок, связанных с финансовыми инструментами, то была предложена формулировка примерно следующего содержания:

"Статья 4. Исключения"

[3)] Настоящая Конвенция не применяется к дебиторской задолженности, возникающей из:

- a) сделок, связанных с финансовыми инструментами, такими, как инструменты денежного рынка или биржевые инструменты, свопы и другие производные инструменты;
- b) сделок, связанных с временной уступкой ценных бумаг за наличные;
- c) поручений о переводе средств или расчетов через платежную систему или систему расчетов по ценным бумагам".

66. В качестве альтернативы, если консенсуса относительно изменений, предложенных в пункте 65 выше, достичь не удастся, то была предложена формулировка примерно следующего содержания:

"Статья 1. Сфера применения"

1) Настоящая Конвенция применяется:

...

- e) к дебиторской задолженности, возникающей из сделок:
- i) связанных с финансовыми инструментами, такими, как инструменты денежного рынка и биржевые инструменты, свопы и другие производные документы, а также к дебиторской задолженности, возникающей из сделок, связанных с временной уступкой ценных бумаг за наличные, и, в обоих случаях, к любому связанному с этими сделками обеспечению в соответствии с прямо выраженной оговоркой в статье 10(2)(i);
- ii) из поручений о переводе средств или из расчетов через платежную систему или систему расчетов по ценным бумагам в соответствии с прямо выраженной оговоркой в статье 10(2)(ii).

Статья 10. Договорные ограничения на уступку

2) Пункт 1 не применяется к дебиторской задолженности, возникающей из:

- i) сделок, связанных с финансовыми инструментами, такими, как инструменты денежного рынка и биржевые инструменты, свопы и другие производные инструменты, а также к дебиторской задолженности, возникающей из сделок, связанных с временной уступкой ценных бумаг за наличные, если только должник не даст прямого согласия на уступку, независимо от наличия договорного положения, ограничивающего каким бы то ни было образом право цедента уступать свою дебиторскую задолженность;
- ii) поручений о переводе средств или расчетов через платежную систему или систему расчетов по ценным бумагам, если только правила таких систем прямо не допускают такую уступку".

67. Независимо от того, какой формулировке - в пункте 65 или в пункте 66 выше - отдаст предпочтение Рабочая группа, в проект статьи 5 было предложено дополнительно включить следующие определения:

"... производные инструменты" означают форвардные сделки, связанные с биржевыми или рыночными ценами на ценные бумаги, инструменты денежного рынка, валюты, расчетные единицы, сырьевые товары, драгоценные металлы или с процентными ставками или другими доходами или с кредитоспособностью должников, включая сделки спот и форвардные сделки с иностранными валютами и опционы на вышеуказанные сделки или любые их сочетания, или аналогичные сделки;

"... платежные системы или системы расчетов по ценным бумагам" означает договорные механизмы между тремя или более участниками с общими правилами расчетов по платежам или поручениям о передаче ценных бумаг и любого связанного с этим обеспечения в отношениях между участниками при помощи центрального контрагента, агента по расчетам или расчетной палаты;

"... временная уступка ценных бумаг за наличные" означает сделки перекупки или обратной перекупки, а также заемные и ссудные сделки по финансовым инструментам, таким как ценные бумаги или инструменты денежного рынка, и аналогичные сделки".

68. Хотя вышеизложенные предложения были встречены с большим интересом, было высказано мнение, что прямое исключение или признание недействительности уступок не только в отношении должника, но и в отношении всех сторон будет намного выходить за рамки того, что необходимо для учета отмеченных выше моментов, вызывающих обеспокоенность в связи с положением должника. Было указано, что такой подход будет без какой-либо необходимости лишать цессионариев даже права в поступлениях после уплаты должником финансовой дебиторской задолженности. Кроме того, было отмечено, что общее исключение может привести к исключению смешанных сделок, при которых используется уступка как торговой, так и финансовой дебиторской задолженности. В силу этого было высказано предположение о том, что подобные сделки было бы предпочтительно включить в сферу действия проекта конвенции при внесении необходимых изменений, направленных на учет связанных с положением должника моментов, вызывающих обеспокоенность.

69. Что касается вида изменений, которые потребуется внести, было указано, что правила, касающиеся платежа новому кредитору (проект статьи 17-19), прав должника на зачет (проект статьи 20(2) и (3)) и права должника на изменение первоначального договора (проект статьи 22), должны применяться только к торговой дебиторской задолженности (т.е. к дебиторской задолженности, возникающей из купли-продажи товаров или предоставления услуг) и к сделкам, при которых в первоначальном договоре не устанавливается каких-либо ограничений на уступку. Было указано, что в результате этого, если имеются договорные ограничения на уступку дебиторской задолженности, иной, чем торговая дебиторская задолженность, уступка не будет иметь каких-либо последствий для прав и обязательств должника (т.е. должник не будет должен производить платеж цессионарию и не будет утрачивать своих прав на зачет или прав на изменение первоначального договора), если только должник не даст своего согласия на уступку. С учетом такой дополнительной защиты и с тем, чтобы избежать вышеописанных проблем в связи с правилами о неисполнении и перекрестном неисполнении в генеральных соглашениях (см. пункты 66 и 67), должник по дебиторской задолженности, иной, чем торговая дебиторская задолженность, не будет иметь права заявлять требования из нарушения первоначального договора или прекращать такой договор на основании произведенной уступки.

70. Было указано, что такой подход обладает рядом преимуществ, включая следующие: он позволяет учесть особые интересы должников по финансовой дебиторской задолженности; он сохраняет приемлемый режим защиты должников для должников по торговой и потребительской дебиторской задолженности; в случае уступки финансовой дебиторской задолженности он будет допускать применение проекта конвенции в отношениях между цедентом и цессионарием и в отношении случаев коллизии требований цессионарием, кредиторов цедента и управляющего в деле о несостоятельности цедента; и он позволит избежать трудностей в связи с определением термина финансовая дебиторская задолженность, подготовить которое будет трудно, как это указывалось в вышеизложенном предложении (см. пункт 67).

71. Была предложена формулировка примерно следующего содержания:

"Статья 5. Определения и правила толкования"

...) "торговая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, возникающую из первоначального договора купли-продажи или аренды товаров или предоставления услуг.

Статья Специальные положения, касающиеся должников по дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью

1) Настоящая статья применяется только к дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью, и только в той мере, в которой в соглашении устанавливается ограничение на уступку, как это описано в статьях 10(1) и 11(2).

2) Несмотря на статьи 17, 18 и 19, уступка дебиторской задолженности и получение должником уведомления об уступке или платежных инструкций не имеют последствий согласно настоящей Конвенции для прав или обязательств должника кроме как в той мере, в которой должник дает свое согласие.

3) Несмотря на статью 20(2), ничто в настоящей Конвенции не ограничивает какого-либо права должника сослаться в отношении цессионария на любые возражения или права на зачет, имеющиеся у должника, даже если такие возражения или права на зачет возникают у должника после момента получения уведомления об уступке.

4) Несмотря на статью 22, ничто в настоящей Конвенции не ограничивает действительности в отношении цессионария какого-либо соглашения, заключенного в любой момент между цедентом и должником для изменения первоначального договора.

5) Несмотря на статьи 10(2) и 11(3), цедент, уступающий дебиторскую задолженность, не несет ответственности перед должником за нарушение ограничения на уступку и такое нарушение не имеет последствий".

72. Было также предложено добавить в конце статей 10, 11, 17, 18, 19, 20 и 22 формулировку примерно следующего содержания:

"...) в случае дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью, настоящая статья применяется с учетом статьи ...".

Было указано, что в случае необходимости в статью 4 может быть также добавлено положение, в котором внимание будет обращать на специальные положения, изложенные выше.

73. К предложению, изложенному в пунктах 71 и 72 выше, был проявлен интерес. Что касается политики, то широко высказывалось мнение о том, что Рабочей группе следует попытаться сохранить максимально широкую сферу применения, обеспечив в то же время, чтобы были учтены озабоченности, высказанные представителями отрасли. Если после консультации с данной отраслью этот подход окажется неприменимым, можно будет рассмотреть вопрос о полном исключении. В ответ на вопрос относительно последствий данного предложения для правового режима, регулирующего уступку финансовой дебиторской задолженности, указывалось, что некоторые положения проекта конвенции не будут применяться к вопросам, касающимся должника (например, к вопросу об освобождении должника от ответственности или правах должника на зачет), которые в результате будут оставлены на усмотрение применимого права вне проекта конвенции. Вместе с тем указывалось, что остальные положения проекта конвенции применяться будут (например, проект статьи 10(1) и в результате уступка будет иметь силу в отношениях между цедентом или кредиторами цедента и цессионарием). В дополнение к тому было указано, что пункт 5 основан на том предположении, что, поскольку уступка не затрагивает прав должника, для должника не возникает необходимости прекращения действия какого-либо соглашения. Было пояснено, что пункт 5 направлен на урегулирование затронутой проблемы в отношении общих рисков, возникающих при нарушении положения о неуступке в случае генеральных соглашений, содержащих положения о перекрестном неисполнении обязательств.

74. Что касается достоинств подхода, основанного на определении торговой дебиторской задолженности, то было указано, что, определяя хорошо известное понятие торговой дебиторской задолженности, предлагаемый текст позволяет устранить необходимость указания перечня финансовой дебиторской задолженности, который не может быть ни однородным, ни исчерпывающим. Вместе с тем высказывались некоторые озабоченности. Одна из них заключалась в том, что ссылка на услуги в определении торговой дебиторской задолженности может произвольно привести к тому, что финансовая дебиторская задолженность будет рассматриваться как торговая дебиторская задолженность. С тем чтобы снять эту озабоченность, было предложено сделать ссылку на "услуги, помимо финансовых услуг". Это предложение получило широкую поддержку. Еще одна озабоченность заключалась в том,

что при определении финансовой дебиторской задолженности в негативной форме данное предложение может произвольно привести к неоправданному применению специального режима в отношении уступки некоторых видов торговой дебиторской задолженности (например, торговой дебиторской задолженности, имеющейся у какого-либо финансового учреждения, уступленной другому финансовому учреждению). С тем чтобы снять эту озабоченность, было предложено тщательно изучить предлагаемый текст в консультации с соответствующей отраслью, с тем чтобы обеспечить надлежащий режим для всех различных видов практики. Это предложение также получило достаточную поддержку. Была также высказана озабоченность в отношении того, что, возможно, нецелесообразно было бы определить по существу сферу применения проекта конвенции в негативной форме. В ответ было отмечено, что такой подход часто применяется в законодательных текстах и что в данном случае он имеет то очевидное преимущество, что основан на хорошо известном понятии торговой дебиторской задолженности.

75. Что касается предусматриваемого в этом предложении специального режима для уступки финансовой дебиторской задолженности, было указано, что это соответствует политике Рабочей группы, направленной на то, чтобы охватить максимально широкий круг сделок и в то же время снять озабоченности, высказываемые представителями отрасли. Вместе с тем была выражена озабоченность в отношении того, что предлагаемый текст недостаточно четко указывает, охвачен ли проектом конвенции специальный режим, применяющийся в отношении уступки финансовой дебиторской задолженности, или же он оставлен на усмотрение права, применимого вне проекта конвенции. Высказывалась также озабоченность относительно того, что пункты 1-4 предлагаемого текста, как представляется, могут наделять должников по финансовой дебиторской задолженности позитивными правами, а не создавать для них специальный режим по проекту конвенции.

76. В связи с вышеизложенным было сделано предложение о том, что проекты статей 10, 11, 17, 18, 19, 20 и 22 не должны применяться в отношении уступки дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью, и что в отношении таких уступок вопросы, затрагиваемые в этих положениях, должны быть оставлены на усмотрение права вне проекта конвенции. Данное предложение получило поддержку. Было указано, что оно, возможно, лучше позволяет снять озабоченности, высказываемые отраслью. Было также отмечено, что это предложение соответствует политике, лежащей в основе предложения, упомянутого в пунктах 64-67. Вместе с тем была высказана озабоченность относительно того, что данное предложение выходит за пределы своей предполагаемой цели, заключающейся в обеспечении защиты должников по финансовой дебиторской задолженности, поскольку оно без необходимости приведет к тому, что положение о неуступке будет лишать силы уступку, даже совершенную между cedentом или кредиторами cedента и цессионарием.

77. После обсуждения Рабочая группа не смогла прийти к заключению относительно данного вопроса и приняла решение о том, что новую статью 4 бис с двумя альтернативными вариантами в формулировке, аналогичной предложениям, указанным выше в пунктах 71, 72 и 76, следует включить в текст проекта конвенции для продолжения рассмотрения после консультаций с соответствующей отраслью. Вопрос о формулировке нового проекта статьи 4 бис был передан в редакционную группу.

Уступка дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или арендой воздушных судов и других видов мобильного оборудования

78. Было отмечено, что в настоящее время Международный институт унификации частного права (МИУЧП) в сотрудничестве с Международной организацией гражданской авиации (ИКАО) подготавливает проект конвенции по вопросу об обеспечительных и других интересах в мобильном оборудовании и протокол по воздушным судам, в то время как в сотрудничестве с другими организациями подготавливаются дальнейшие протоколы по конкретным видам оборудования. Было также указано, что эти тексты направлены на снижение затрат по финансированию мобильного оборудования, применение *lex situs*, к которому вызывает неопределенность в отношении эффективности обеспечительных и аналогичных интересов ввиду перемещения такого оборудования через государственные границы, а также ввиду некоторых императивных норм национального права государства, регулирующего обеспеченные сделки. Кроме того, было указано, что в проекте конвенции и протоколах рассматривается уступка дебиторской задолженности, возникающая в связи с продажей и арендой мобильного оборудования, а также уступка средств, получаемых в рамках страхового возмещения в случае повреждения или утраты такого оборудования. Что касается главных различий между проектом конвенции и этими текстами, то было отмечено, что в отличие от проекта конвенции эти тексты обеспечивают систему самопомощи, включающую право финансирующего лица вновь вступить во владение мобильным оборудованием, даже после возбуждения дела о несостоятельности; в них приоритет в отношении оборудования и дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей и арендой оборудования, определяется на основе времени регистрации в регистре конкретного оборудования; и с учетом высокой стоимости соответствующего оборудования в них предусматривается, что обеспеченное обязательство (дебиторская задолженность в размере цены дебиторской задолженности) определяется правовым режимом, регулирующим вспомогательное обеспечительное или иное аналогичное право в мобильном оборудовании.

79. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, каким образом можно избежать коллизии между проектом конвенции и этими текстами. Отмечалось, что для определения того, можно ли исключить из проекта конвенции

или этих других проектов конвенций и протоколов уступку дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей и арендой мобильного оборудования. Рабочей группе необходимо либо знать состояние действующего в настоящее время права и практики, либо быть готовой к тому, чтобы сделать выводы в отношении любой общепринятой новой практики, которая, будучи недостаточно полно учтена в существующем праве, могла бы быть учтена в новом единообразном законе.

80. Вместе с тем высказывалось то мнение, что из сферы действия проекта конвенции следует исключить по меньшей мере дебиторскую задолженность, возникающую в связи с продажей и арендой воздушных судов и космических аппаратов. В поддержку этой точки зрения было указано, что уступка такой дебиторской задолженности является неотъемлемой частью финансирования воздушных судов и космических аппаратов и должна быть оставлена на усмотрение права, регулирующего финансирование воздушных судов и космических аппаратов. Указывалось, что потенциальные лица, осуществляющие финансирование под такую дебиторскую задолженность, как правило, будут сверяться с регистром воздушных судов, с тем чтобы определить свой приоритетный статус и принять решение относительно предоставления кредита и его цены. С другой стороны, было указано, что дебиторская задолженность, возникающая в связи с продажей билетов, является обычно частью схем секьюритизации и не должна исключаться из сферы действия проекта конвенции. Было также отмечено, что любые попытки рассмотреть уступку такой дебиторской задолженности в проекте конвенции могут уменьшить степень приемлемости проекта конвенции для авиационной промышленности. В этой связи высказывалось мнение о том, что коммерческий финансовый сектор, который включает лиц, финансирующих авиационную промышленность, и выступает за максимально широкий охват проекта конвенции, мог бы рассмотреть данный вопрос в консультации с авиационной промышленностью для достижения более скоординированного режима в отношении воздушных судов и вопросов финансирования под дебиторскую задолженность в проекте конвенции.

81. После обсуждения Рабочая группа выразила общее мнение о том, что она не располагает конкретной информацией, необходимой для вынесения решения относительно прямого исключения дебиторской задолженности в связи с воздушными судами и космическими аппаратами из сферы действия проекта конвенции.

82. Затем Рабочая группа обратилась к вопросу о том, можно ли оставить на усмотрение права договоров любые коллизии между проектом конвенции и положениями других текстов. Высказывались различные точки зрения. Согласно одной из них, достаточно проекта статьи 33(2), в котором государству предоставляется право заявить в случае коллизии, какому тексту оно намерено отдавать предпочтение, и проекта статьи 35, в котором государствам предоставляется право исключить другие виды практики. Вместе с тем было указано, что такой подход привел бы к неравенству в правовом режиме, регулирующем соответствующие вопросы, а также к неопределенности в той степени, в какой государства будут принимать различные подходы. Согласно еще одной точке зрения, этот вопрос следует оставить на усмотрение общих принципов права договоров, согласно которым преимущественную силу будут иметь более конкретные или недавно принятые положения. Вместе с тем указывалось, что такой подход должен служить лишь последней возможностью, если не удастся согласовать другой подход, поскольку для коммерческих сделок требуется более высокая определенность, чем та, которая может быть достигнута при применении такого подхода, основанного на праве договоров.

83. Согласно еще одной точке зрения, в проекте конвенции следует предоставить единообразно для всех государств преимущество другим текстам, касающимся сделок под обеспечение, по крайней мере в том, что касается дебиторской задолженности в связи с воздушными судами, обеспеченной этими воздушными судами или связанной с ними и зарегистрированной в регистре воздушных судов.

Предлагалась следующая формулировка:

"Настоящая Конвенция не имеет преимущественной силы по отношению к любой международной конвенции или другому многостороннему или двустороннему соглашению, которое было или может быть заключено Договаривающимся государством и которое содержит положения, касающиеся обеспечительных интересов, условной продажи при резервировании правового титула или договоров аренды в отношении воздушных судов и дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или арендой, обеспеченной таким оборудованием или связанной с ним".

84. Была выражена та точка зрения, что того же подхода, возможно, необходимо придерживаться в отношении уступки дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или арендой космических аппаратов, а также в отношении уступки любых выручных средств в рамках страхового возмещения в случае повреждения или утраты космических аппаратов.

85. Еще одна точка зрения заключалась в том, что решение о преимущественной силе того или иного протокола по сравнению с проектом конвенции может быть принято в рамках каждого протокола на основе решения относительно того, должна ли дебиторская задолженность являться частью конкретного оборудования, а не финансированием под дебиторскую задолженность. Вместе с тем отмечалось, что для того чтобы оставить в проекте конвенции решение этого вопроса на усмотрение каждого протокола, эти тексты должны носить окончательный

характер, и Рабочей группе необходимо достаточно полно знать их содержание. Было указано, что достаточно ясным, в частности, должен быть вопрос о сфере охвата этих текстов. В этой связи отмечалось, что в отсутствие окончательного перечня охватываемых видов оборудования возникает озабоченность в отношении возможности охвата создания обеспечительных и аналогичных прав в "любом уникально идентифицируемом объекте". С другой стороны было указано, что эта озабоченность не обоснована, поскольку среди членов группы, занимающейся подготовкой конвенции и протоколов, существует общее понимание в отношении того, что работа будет ограничиваться лишь дорогостоящим мобильным оборудованием. Вместе с тем указывалось, что данная озабоченность высказывается вполне обоснованно, поскольку термин "дорогостоящее мобильное оборудование" является недостаточно ясным или по меньшей мере не везде понимается одинаково. В связи с вышеизложенным было высказано мнение о том, что Рабочей группе не следует считать себя обязанной принимать какое-либо решение. Указывалось, что необходима дополнительная информация и консультации с соответствующими промышленными секторами и что этот вопрос носит политический характер и, возможно, решение его необходимо оставить за Комиссией.

86. После обсуждения Рабочая группа пришла к согласию в отношении того, что текст проекта статьи 4(2) следует оставить без изменений и снять квадратные скобки (см., однако, пункт 211). Было также согласовано, что в целях продолжения обсуждений в проект статьи 33 следует включить третий пункт в квадратных скобках в формулировке, аналогичной той, которая приводится в пункте 83 выше. Этот вопрос был передан редакционной группе. В целом было выражено то общее понимание, что в любом случае к проекту статьи 33 необходимо будет вернуться для обеспечения того, чтобы в нем надлежащим образом был урегулирован вопрос о коллизии положений с другими международными текстами (см. пункты 192-195).

Статья 2. Уступка дебиторской задолженности

87. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 2:

"Для целей настоящей Конвенции:

а) "уступка" означает передачу по договоренности одним лицом ("цедентом") другому лицу ("цессионарию") договорного права цедента на платеж денежной суммы ("дебиторской задолженности"), причитающейся с третьего лица ("должника"). Создание прав в дебиторской задолженности в качестве обеспечения долга или иного обязательства считается передачей;

б) в случае уступки первоначальным или любым другим цессионарием ("последующие уступки") лицо, совершающее эту уступку, является цедентом, а лицо, в пользу которого совершается эта уступка, является цессионарием".

88. Было отмечено, что согласно подпункту (а) вопрос о том, что представляет собой "договорное" право, оставлен для решения на основе норм права, применимых за пределами сферы действия проекта конвенции. Во избежание неопределенности, которая может возникнуть в результате различий между правовыми системами, как было отмечено, термин "договорное" право можно было бы определить в проекте конвенции от обратного (например, "право на получение платежа денежной суммы, иной, чем сумма, возникающая в силу закона или установленная в судебном решении"). Было также отмечено, что Рабочая группа, возможно, пожелает пояснить, включает ли термин "дебиторская задолженность" убытки от нарушения договора (заранее оцененные или нет), проценты за просрочку платежа (установленный договором процент, установленный законом проект или процент, заранее оцененный в судебном решении), суммы, причитающиеся в качестве дивидендов (нынешних или будущих) по акциям, и дебиторскую задолженность, основывающуюся на арбитражных решениях.

89. В отношении убытков от нарушения договора были высказаны различные точки зрения. Одна из точек зрения заключалась в том, что эти убытки не следует рассматривать как дебиторскую задолженность. Отмечалось, что требование продавца о выплате покупной цены за товары, проданные согласно договору купли-продажи, представляет собой право на получение платежа, вытекающее непосредственно из договора. И напротив, требование о возмещении убытков покупателя, например, за поставку не отвечающих требованиям товаров продавцом, является результатом нарушения договора и, как таковое, не должно рассматриваться в качестве "договорного права", если только оно не было заранее оценено в соглашении об урегулировании. Однако преобладающая точка зрения заключалась в том, что убытки за нарушение договора следует рассматривать таким же образом, что и договорную дебиторскую задолженность. В поддержку этой точки зрения было указано, что цессионарию должны принадлежать все права на платеж, которыми обладал цедент в соответствии с первоначальным договором. Было разъяснено, что если исключить убытки, то в некоторых случаях права цессионария в дебиторской задолженности будут нарушены. В связи с этим было высказано сожаление по поводу того, что сфера применения проекта конвенции ограничивается договорными правами на платеж, исключая при этом договорные права, иные, чем права на платеж и внедоговорную дебиторскую задолженность.

90. Что касается процентов за просрочку платежа, то в целом было сочтено, что они включены в термин "дебиторская задолженность", если такие проценты причитаются согласно первоначальному договору. В отношении дивидендов было решено, что они должны рассматриваться в качестве договорной дебиторской задолженности независимо от того, были ли они объявлены или же они появятся в будущем, поскольку они возникают из договорных взаимоотношений, отраженных в акции. В отношении дебиторской задолженности, основывающейся на арбитражных решениях, в целом было сочтено, что она не должна охватываться проектом конвенции.

91. После обсуждения Рабочая группа приняла проект статьи 2 без изменений. Было решено, что по всем вышеупомянутым вопросам можно было бы с пользой для дела дать разъяснения в комментарии.

Статья 3. Международный характер

92. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 3:

"Дебиторская задолженность является международной, если в момент ее возникновения цедент и должник находятся в разных государствах. Уступка является международной, если в момент заключения договора уступки цедент и цессионарий находятся в разных государствах".

93. С точки зрения разработки формулировки было отмечено, что для согласования первого предложения текста проекта статьи 3 со вторым предложением этого текста и уменьшения в тексте числа ссылок на момент возникновения дебиторской задолженности слова "в момент заключения первоначального договора" можно было бы заменить словами "в момент ее возникновения". С учетом этого изменения Рабочая группа приняла проект статьи 3 и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Статья 5. Определения и правила толкования

94. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 5:

"Для целей настоящей Конвенции:

a) "первоначальный договор" означает договор между цедентом и должником, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность;

b) дебиторская задолженность считается возникшей в момент заключения первоначального договора;

c) "существующая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает в момент заключения договора уступки или до его заключения; "будущая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает после заключения договора уступки;

[d) "финансирование под дебиторскую задолженность" означает любую сделку, в рамках которой имущество, кредит или связанные с ними услуги предоставляются в обмен на имущество в виде дебиторской задолженности. Финансирование под дебиторскую задолженность включает факторинг, форфейтинг, секьюритизацию, проектное финансирование и рефинансирование;]

e) "письменная форма" означает любую форму, в которой информация является доступной для ее последующего использования. В случаях, когда настоящая Конвенция требует, чтобы письменная форма была подписана, это требование считается выполненным, если в этой письменной форме с помощью общепризнанных средств или процедуры, одобренной лицом, подпись которого требуется, идентифицируется это лицо и указывается на согласии этого лица с информацией, содержащейся в письменной форме;

f) "уведомление об уступке" означает сообщение в письменной форме, в котором разумно идентифицируется уступленная дебиторская задолженность и цессионарий;

g) "управляющий, назначенный для проведения процедур банкротства", означает лицо или учреждение - включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, - которое уполномочено в рамках процедур банкротства управлять реорганизацией или ликвидацией активов или деловых операций цедента;

h) "процедура банкротства" означает коллективное судебное или административное производство - включая временное производство, - в рамках которого активы и деловые операции цедента подлежат

контролю или наблюдению со стороны суда или иного компетентного органа в целях реорганизации или ликвидации;

i) "приоритет" означает преимущественное право какой-либо стороны по отношению к другой стороне;

[j) [для целей статей 24 и 25] физическое лицо считается находящимся в государстве, в котором оно имеет свое обычное место жительства; корпорация считается находящейся в государстве, в котором она инкорпорирована; юридическое лицо, иное, чем корпорация, считается находящимся в государстве, в котором зарегистрирован его учредительный документ, а в отсутствие зарегистрированного документа - в государстве, в котором находится его центральный орган управления.];

[k) [для целей статей 1 и 3]:

i) цедент находится в государстве, в котором расположено то его коммерческое предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с уступкой;

ii) цессионарий находится в государстве, в котором расположено то его коммерческое предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с уступкой;

iii) должник находится в государстве, в котором расположено то его коммерческое предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором;

iv) в отсутствие доказательств противного считается, что местом нахождения центрального административного органа какой-либо стороны является место нахождения ее коммерческого предприятия, которое имеет наиболее тесную связь с соответствующим договором. Если какая-либо сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее обычное место жительства[;

v) несколько цедентов или цессионариев находятся в том месте, в котором находится их уполномоченный агент или доверенное лицо]]".

95. При том понимании, что в проектах статей 3 и 8(2) будет сделана прямая ссылка на момент заключения первоначального договора, Рабочая группа решила исключить подпункт (b). В отношении подпункта (d) Рабочая группа решила отложить обсуждение до завершения его рассмотрения названия и преамбулы проекта конвенции. Что касается подпунктов (j) и (k), то Рабочая группа напомнила о своем решении заменить их новым положением (см. пункты 25-30).

"Место нахождения" сторон (продолжение)

96. Сославшись на свое предыдущее обсуждение вопроса о месте нахождения, затрагиваемого в подпунктах (j) и (k) (см. пункты 25-30), Рабочая группа вновь приступила к его обсуждению на основе следующего текста:

"Для целей настоящей Конвенции:

...

j) i) лицо находится в государстве, в котором расположено его коммерческое предприятие;

ii) Вариант А

если цедент или цессионарий имеет более чем одно коммерческое предприятие, коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с договором уступки. Для целей статей 24-[...] коммерческим предприятием, имеющим наиболее тесную связь с договором уступки, считается предприятие, находящееся в месте, где осуществляются функции центрального административного органа цедента;

Вариант В

если цедент или цессионарий имеет более чем одно коммерческое предприятие, то коммерческим предприятием является то предприятие, которое находится в месте, где осуществляются функции его центрального управления [. Филиал [лица, осуществляющего коммерческую деятельность в форме приема депозитов или предоставления других банковских услуг,] считается отдельным лицом];

- iii) если должник имеет более чем одно коммерческое предприятие, коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором;
- iv) если лицо не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание обычное место жительства этого лица;

97. На том основании, что была бы предпочтительной одна норма, касающаяся места нахождения, Рабочая группа решила исключить вариант А подпункта (j)(ii). Обсуждение было сосредоточено на формулировке варианта В, взятой в квадратные скобки. В ряде случаев была выражена обеспокоенность. Обеспокоенность в одном из таких случаев обуславливалась тем, что когда речь идет об уступке одной и той же дебиторской задолженности главной конторой и филиалом в другой стране, то применение формулировки, взятой в квадратные скобки, приведет к тому, что приоритет между коллидирующими уступками одной и той же дебиторской задолженности одним и тем же цедентом будет регулироваться законодательством двух государств. В другом случае обеспокоенность обуславливалась тем, что в формулировке, взятой в квадратные скобки, как представляется, проводится различие между местонахождением коммерческого предприятия и местонахождением филиала. В еще одном случае обеспокоенность обуславливалась тем, что использование термина "филиал" представлялось проблематичным с учетом того обстоятельства, что все большее число сделок заключаются через региональные бюро, отделения или подразделения, находящиеся в различных странах. И в еще одном случае обеспокоенность обуславливалась тем, что отнесение каждой уступки к филиалу, которым она была совершена, может создать неопределенность, поскольку третьи стороны могут и не быть осведомлены о внутренней структуре цедента и могут и не быть в состоянии определить место, в котором принимались решения. А в еще одном случае обеспокоенность обуславливалась тем, что, поскольку не было проведено различие между филиалами, находящимися в одной и той же стране, и филиалами, находящимися в разных странах, существует риск восприятия одного юридического лица как группы отдельных юридических лиц.

98. Для снятия этих обеспокоенностей было внесено несколько предложений. Одно из предложений заключалось в том, что взятую в квадратные скобки формулировку в тексте варианта В необходимо заменить следующей формулировкой: "или, в случае филиалов, место, в котором находится филиал, имеющий наиболее тесную связь с уступкой". Смежное предложение заключалось в том, чтобы норма, касающаяся местонахождения и соответствующая формулировке варианта В, с только что упомянутым исключением, относилась только к филиалам банков. Хотя эти предложения получили определенную поддержку, против них были высказаны возражения на том основании, что в случае уступок, совершенных филиалами, находящимися в разных странах, эти предложения приведут к тому, что определение приоритета между коллидирующими уступками будет регулироваться разным законодательством. Еще одно предложение заключалось в том, что во избежание этой проблемы следует сделать ссылку на место, с которым имеет наиболее тесную связь первоначальный договор. Хотя это предложение было воспринято с некоторым интересом, против него также были высказаны возражения на том основании, что в случае оптовых уступок, связанных с многочисленными первоначальными договорами, вопросы приоритета будут решаться на основании множества норм права. Еще одно предложение заключалось в том, что необходимо сделать ссылку на тот филиал, в бухгалтерские книги которого была занесена уступленная дебиторская задолженность. Было предложено включить вместо формулировки в квадратных скобках в подпункте (j)(ii) следующую формулировку:

"Независимо от предыдущего предложения текста, если непосредственно перед совершением уступки дебиторская задолженность заносится в бухгалтерские книги филиала поставщика финансовых услуг, то цедент находится в том государстве, в котором находится данный филиал. Если непосредственно после совершения уступки дебиторская задолженность заносится в бухгалтерские книги филиала поставщика финансовых услуг, то цессионарий находится в том государстве, в котором находится данный филиал."

99. Кроме того, было предложено включить в проект статьи 5 следующие определения:

"...)" поставщиком финансовых услуг" является банк или другое финансовое учреждение, которое в ходе своей обычной предпринимательской деятельности принимает депозиты, предоставляет займы или [оказывает другие финансовые услуги].

"...)" филиалом" поставщика финансовых услуг является то коммерческое предприятие этого поставщика финансовых услуг, которое находится в ином государстве, чем государство местонахождения центрального административного органа этого поставщика финансовых услуг, и которое отдельно регулируется тем государством, в котором находится данный филиал, в соответствии с законодательством, применимым к поставщикам финансовых услуг в этом государстве.

"...)" дебиторская задолженность "заносится в бухгалтерские книги" филиала поставщика финансовых услуг, если:

- i) либо в соответствии со стандартами [ведения бухгалтерского учета] [регулирования], применимыми к этому филиалу, данная дебиторская задолженность представляет собой актив этого филиала; или
- ii) в случаях, в которых по той причине, что интерес поставщика финансовых услуг в дебиторской задолженности представляет собой всего лишь обеспечение, эта дебиторская задолженность [не является активом] [не считается активом] этого поставщика финансовых услуг, права, в отношении которых эта дебиторская задолженность играет роль обеспечения, представляют собой актив этого филиала."

100. Из-за отсутствия времени Рабочая группа не смогла обсудить предложенный текст. Было достигнуто понимание, согласно которому включение предложенного текста в доклад позволит государствам рассмотреть его по существу в ходе их подготовки к следующей сессии Комиссии.

Форма уступки

101. Было отмечено, что после исключения положения, которое касалось формы уступки, вопрос о формальной действительности оставлен для решения на основе норм права, применимых за пределами сферы действия проекта конвенции. С учетом того обстоятельства, что приоритет предполагает как действительность по существу, так и формальную действительность, было отмечено, что цессионарию потребуется обеспечить, чтобы он располагал действительной уступкой согласно положениям проекта конвенции и нормам права, регламентирующим формальную действительность, а также приоритетом согласно праву места нахождения цедента. Во избежание возникновения таких осложнений было предложено прямо рассмотреть в проекте конвенции формальную действительность уступки как передачи имущества, возможно, путем ссылки на нормы права места нахождения цедента.

102. Вместе с тем были высказаны различные точки зрения в отношении норм права, которые являются наиболее приемлемыми для регламентирования формальной действительности. Одна из точек зрения заключалась в том, что распространение на формальную действительность действия норм права места нахождения цедента увеличило бы определенность и упростило бы соблюдение проекта конвенции цессионарием, что могло бы повлиять на вопрос о том, будет ли приоритет предоставлен цессионарию. Другая точка зрения заключалась в том, что нынешним тенденциям в области международного частного права в большей мере соответствовало бы альтернативное положение, согласно которому уступка была бы действительной в том случае, если она удовлетворяет требованиям права места нахождения цедента или права государства, в котором уступка была совершена. Еще одна точка зрения заключалась в том, что ссылка на право места нахождения цедента может противоречить практике, закрепленной в нормах международного частного права. Было также подчеркнуто, что такой подход может оказать неблагоприятное воздействие на практику международной торговли, поскольку право места нахождения цедента может и не иметь какого-либо отношения к данной сделке.

103. После обсуждения было решено, что проект конвенции не должен содержать какого бы то ни было положения, касающиеся формальной действительности, и что этот вопрос следует оставить для решения на основе норм права, применимых за пределами сферы действия проекта конвенции.

Статья 10. Договорные ограничения на уступку

104. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 10:

"1) Уступка дебиторской задолженности является действительной независимо от любой договоренности между первоначальным или любым последующим цедентом и должником или любым последующим цессионарием, ограничивающей каким бы то ни было образом право цедента уступать свою дебиторскую задолженность.

2) Ничто в настоящей статье не затрагивает никакого обстоятельства или ответственности цедента за нарушение такой договоренности. Лицо, не являющееся стороной такой договоренности, не несет ответственности в силу этой договоренности за ее нарушение".

105. Было отмечено, что во втором предложении текста пункта 2, как представляется, указывается очевидное (т.е. то, что цессионарий не может нести договорную ответственность за нарушение договора, стороной которого данный цессионарий не является). Для того чтобы отразить смысл, который придаст этому положению Рабочая группа (A/CN.9/455, пункты 50 и 51), было высказано предположение о том, что слова "в силу этой договоренности за ее нарушение" можно было бы заменить следующей формулировкой: "даже если оно знало о таком соглашении" или "лишь на том основании, что оно знало о таком соглашении", или "если только это лицо не действовало с

конкретным намерением причинить убытки или по грубой неосторожности и с фактическим знанием того, что такие убытки, по всей вероятности, будут иметь место".

106. Было решено, что третий вариант сопряжен с ненадлежащим ограничением какой-либо ответственности, которую цессионарий может нести в соответствии с правом, применимым за пределами сферы действия проекта конвенции. После обсуждения было сочтено, что второй вариант является предпочтительным на том основании, что он более ясно отражает отсутствие намерения устанавливать ответственность цессионария в том случае, если речь идет о чем-то большем, чем простая осведомленность. С учетом этого изменения и любых других изменений, которые согласовала Рабочая группа для рассмотрения вопросов, касающихся финансовой дебиторской задолженности (см. пункт 86), Рабочая группа приняла проект статьи 10 и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Статья 12. Ограничения в отношении административных и иных
государственных органов

107. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 12:

"Статьи 10 и 11 не затрагивают прав и обязательств должника или любого лица, предоставляющего личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, если этот должник или лицо является правительственным ведомством [устройством, органом или иной организацией или любым их подразделением, за исключением случая, когда:

- a) должник или лицо является коммерческой организацией; или
- b) дебиторская задолженность или предоставление права возникает из коммерческой деятельности этого должника или лица.]"

108. Напоминалось о том, что проект статьи 12 является результатом решения, принятого на предыдущей сессии Рабочей группы с целью обеспечить, чтобы государственные органы-должники не затрагивались уступками, совершенными в нарушение оговорок о недопустимости уступок, включенных в договоры о государственных закупках или в другие аналогичные договоры. Рабочая группа сочла, что следует избежать любого вмешательства в правовой режим таких договоров, поскольку это может серьезно воздействовать на приемлемость проекта конвенции (A/CN.9/456, пункт 115).

109. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что ссылка на "коммерческую организацию" и "коммерческую деятельность", содержащаяся в подпунктах (a) и (b), приведет к тому, что проект статьи 12 не будет обеспечивать защиту государственных органов-должников в тех странах, в которых административные органы обычно не функционируют и не осуществляют свою деятельность на основе конкретной совокупности норм публичного права, но регулируются теми же нормами права, что и "коммерческие" организации и деятельность. С целью снять эту обеспокоенность и при этом более решительно отразить вышеупомянутое программное решение в качестве замены проекта статьи 12 был предложен следующий текст:

- "1) Статьи 10 и 11 не применяются к уступке дебиторской задолженности, возникающей из договора, по которому должником является какая-либо государственная организация.
- 2) "Государственная организация" включает правительственное ведомство, федеральный, региональный или местный орган или же орган, контролируемый государственной организацией.
- 3) "Органом, контролируемым государственной организацией", является любой орган,
 - a) учрежденный с конкретной целью удовлетворения потребностей в общих интересах, не имеющий промышленного или коммерческого характера;
 - b) обладающий правосубъектностью; и
 - c) финансируемый главным образом государственной организацией или функционирующий под управленческим контролем государственной организации, или же имеющий административный управленческий или контрольный орган, более половины членов которого назначаются государственной организацией".

110. Это предложение получило некоторую поддержку. Вместе с тем была высказана обеспокоенность по поводу того, что предлагаемое исключение является чрезмерно широким и может иметь своим результатом обеспечение ненадлежащей защиты государственных органов-должников, которые действуют в качестве коммерческих сторон или в контексте коммерческих сделок. Для того чтобы снять эту обеспокоенность, было предложено ограничить

данное исключение государственными организациями, действующими во исполнение своих государственных функций. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что определение того, какие виды государственных организаций государство желает защищать, представляет собой прерогативу каждого государства.

111. Однако в целом было сочтено, что как предлагаемый текст, так и текст проекта статьи 12 при установлении нормы, которая будет применимой ко всем государственным органам-должникам, возможно, выходят за пределы своей предполагаемой цели. Было отмечено, что такая норма будет иметь своим результатом обеспечение защиты государственных органов-должников, которые могут и не нуждаться в такой защите или защита которых может быть обеспечена с помощью других средств (например, посредством статутного ограничения оговорки о недопустимости уступки в той мере, в какой она не затрагивается проектом конвенции). Указывалось, что, хотя такие государственные органы-должники могут принимать решение о том, следует ли воспользоваться защитой, предоставляемой им в силу проекта статьи 12, посредством определения того, следует ли включать оговорку о недопустимости уступки в их договоры, проект статьи 12 все же можно будет рассматривать как кодифицирующий общепризнанную разумную практику; Рабочая группа никогда не приходила к такому выводу.

112. Кроме того, было указано, что возможность договорного ограничения уступки, лишаящего эту уступку действительности по отношению к государственному органу-должнику, может непреднамеренно создать риск неполучения платежа от государственного органа-должника и тем самым увеличить стоимость кредита для всех государственных органов-должников независимо от того, нуждаются ли они в защите, предусматриваемой согласно проекту статьи 12. Более того, было подчеркнуто, что разрешение включать оговорки о недопустимости уступок в договоры о государственных закупках с целью лишения уступок действительности по отношению к государственному органу-должнику может непреднамеренно увеличить стоимость кредита для малых и средних поставщиков товаров и услуг, что еще больше затруднит их участие в конкурсах по договорам о государственных закупках в конкуренции с крупными поставщиками, которые, как правило, располагают альтернативными источниками кредита.

113. В качестве компромисса было предложено пересмотреть проект статьи 12 таким образом, с тем чтобы разрешить государствам свободно определять, какие организации они хотели бы защищать, но только посредством оговорки в отношении применения проектов статей 10 и 11 к государственным органам-должникам. Было в целом сочтено, что к заключительным положениям проекта конвенции необходимо добавить следующее новое положение: "Государство может в любое время заявить, что оно не будет связано проектами статей 10 и 11, если должник или любое лицо, предоставляющее личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, находится в этом государстве в момент заключения первоначального договора и является правительственным, центральным или местным органом, любым их подразделением, или любой государственной организацией. Если государство сделало такое заявление, то статьи 10 и 11 не затрагивают права и обязательства такого должника или лица". Было также предложено уточнить в таком заявлении виды органов, на которые распространяется режим защиты. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что оно неадекватным образом ограничило бы способность государств эффективно использовать свое право делать такое заявление.

114. В ходе обсуждения были выражены некоторые сомнения по поводу того, заслуживают ли такие всесильные должники, как государственные органы-должники, какой-либо особой защиты. Была также высказана точка зрения о том, что защита государственных органов-должников могла бы обеспечиваться таким же образом, что и защита должников по финансовой дебиторской задолженности. В ответ было указано, что вопросы, касающиеся государственных органов-должников, отличаются от вопросов, возникающих в отношении должников по финансовой дебиторской задолженности, и включают необходимость обеспечения особой защиты государственных средств, а также необходимость того, чтобы государственные органы-должники были способны определять, имеют ли они дело с надежными учреждениями.

115. После обсуждения Рабочая группа решила исключить проект статьи 12, приняла новое положение, упомянутое выше в пункте 113, и передала вопрос о его конкретной формулировке и его точном местонахождении в главе VI (заключительные положения) на рассмотрение редакционной группы.

Статья 15. Право на уведомление должника

116. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 15:

"1) Если цедент и цессионарий не договорились об ином, цедент или цессионарий или и тот, и другой могут направить должнику уведомление об уступке и платежную инструкцию, однако после направления уведомления платежную инструкцию может направлять только цессионарий.

2) Уведомление об уступке или платежная инструкция, направленные в нарушение любой договоренности, о которой говорится в пункте 1 настоящей статьи, являются действительными для целей статьи 19, несмотря на такое нарушение. Однако ничто в настоящей статье не затрагивает никакого обязательства или ответственности стороны, нарушившей такую договоренность, за любые убытки, возникшие в результате нарушения”.

117. Было отмечено, что, как представляется, первое предложение текста проекта статьи 15(2) касается вопросов, относящихся к должнику, и его можно было бы перенести в проект статьи 18 или 19. Рабочая группа приняла проект статьи 15 и передала этот вопрос на рассмотрение редакционной группы.

Статья 16. Право на платеж

118. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 16:

“1) Если цедент и цессионарий не договорились об ином и независимо от того, было ли направлено уведомление об уступке:

а) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цессионарию, цессионарий имеет право удержать все полученное по уступленной дебиторской задолженности;

б) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цеденту, цессионарий имеет право на весь платеж, который был получен цедентом.

2) Если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен другому лицу, по отношению к которому цессионарий имеет приоритет, цессионарий имеет право на весь платеж, который был получен таким лицом.

3) Цессионарий не может удерживать больше того, что ему причитается из дебиторской задолженности”.

119. Была выражена обеспокоенность по поводу того, что проект статьи 16 может казаться затрагивающим права третьих сторон в поступлениях. Для того чтобы снять эту обеспокоенность, было предложено изменить вступительную часть текста пункта 1 следующим образом: “В отношениях между цедентом и цессионарием, если нет договоренности об ином и независимо от того ...”, и перенести пункт 2 в конец текста пункта 1 в качестве подпункта (с). Эти предложения получили широкую поддержку.

120. Ссылаясь на свое решение о том, что “поступления” в случае коллидирующих прав третьей стороны не должны включать возвращенные товары (см. пункты 46-48), Рабочая группа решила, что в отношениях между цедентом и цессионарием цессионарий имеет право требовать платежа как наличными, так и в натуре, а также любых поступлений в форме возвращенных товаров. Было указано, что нет никаких оснований ограничивать способность цедента и цессионария договариваться о том, что цессионарий может истребовать любые возвращенные товары. Было также отмечено, что даже в отсутствие договоренности касающаяся неисполнения обязательства норма, которая позволяет цессионарию истребовать любые возвращенные товары, может снижать риски неполучения платежа от должника и тем самым оказывать позитивное воздействие на стоимость кредита.

121. В ответ на поставленные вопросы было отмечено, что пункт 3 применяется и к пункту 1, и к пункту 2, поскольку он призван отразить нынешнюю практику совершения уступок в качестве обеспечения. В соответствии с такой практикой пункты 1 и 2 позволяют цессионарию требовать полного платежа от должника, цедента или какой-либо третьей стороны, тогда как пункт 3 предусматривает, что цессионарий не может удерживать больше того, что ему причитается из дебиторской задолженности, включая любые проценты, если проценты причитаются на основании договора или нормы права. Было решено, что этот вопрос можно было бы с пользой для дела разъяснить в комментариях.

122. Кроме того, было указано, что ссылка на договоренность сторон об ином не является необходимой в пункте 3, поскольку право в уступленной дебиторской задолженности вытекает из договора и обуславливается автономией сторон, которая признана в общих выражениях в проекте статьи 13.

123. С учетом изменений, упомянутых выше в пунктах 119 и 120, Рабочая группа приняла проект статьи 16 и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Статья 19. Освобождение должника от ответственности в результате платежа

124. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 19.

- 1) До получения должником уведомления об уступке он имеет право исполнить свое обязательство, произведя платеж в соответствии с первоначальным договором.
- 2) После получения должником уведомления об уступке, с учетом пунктов 3-8 настоящей статьи, он освобождается от ответственности, только произведя платеж цессионарию или в соответствии с другими полученными инструкциями.
- 3) Если должник получает уведомление о более чем одной уступке одной и той же дебиторской задолженности, совершенных одним и тем же цедентом, он освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с первым полученным уведомлением.
- 4) Если должник получает более чем одну платежную инструкцию, касающуюся одной и той же дебиторской задолженности, совершенной одним и тем же цедентом, он освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с последней платежной инструкцией, полученной от цессионария до платежа.
- 5) Если должник получает уведомление об одной или нескольких последующих уступках, он освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с уведомлением о последней из таких последующих уступок.
- 6) Если должник получает уведомление об уступке от цессионария, он имеет право потребовать от цессионария представить ему в течение разумного срока надлежащие доказательства того, что уступка была совершена, и, если цессионарий этого не делает, должник освобождается от ответственности, произведя платеж цеденту. Надлежащие доказательства включают, в частности, любую письменную форму, исходящую от цедента, с указанием, что уступка была совершена.
- 7) Настоящая статья не затрагивает никаких иных оснований, по которым платеж должника лицу, имеющему право на платеж, компетентному судебному или иному органу или в публичный депозитный фонд освобождает должника от ответственности.
- 8) Настоящая статья не затрагивает никаких оснований, по которым должник может освободиться от ответственности, произведя платеж лицу, в пользу которого была совершена недействительная уступка.]

125. В отношении пункта 2 было согласовано, что в нем следует уточнить, что после уведомления должник может быть освобожден от ответственности только посредством платежа цессионарию или - в случае получения иных инструкций, - посредством платежа в соответствии с платежными инструкциями, данными цессионарием. В редакционном плане было достигнуто согласие с тем, что пункты 1 и 2 можно было бы объединить в одном положении.

126. В отношении пункта 6 отмечалось, что если срок платежного обязательства наступает в то время, когда от цессионария ожидается предоставление надлежащих доказательств, и должник не производит платежа, то должник может считаться не выполнившим свои обязательства и может нести ответственность за компенсацию ущерба и выплату процентов в связи с задержкой платежа. Было также отмечено, что до настоящего времени Рабочая группа придерживалась того мнения, что действие платежного обязательства будет в этом случае приостанавливаться. С тем чтобы избежать любой неопределенности, было предложено прямо урегулировать этот вопрос в пункте 6, предусмотрев либо приостановление действия платежного обязательства, либо возможность для должника получить освобождение от ответственности, произведя платеж цеденту.

127. Против предложения о предоставлении должнику возможности получить освобождение от обязательств, произведя платеж цеденту, высказывалось возражение, основанное на том, что это привело бы к кодифицированию нормы, в принципе являющейся несоответствующей, и могло бы привести к злоупотреблениям со стороны должников, действующих недобросовестно или в сговоре с цедентом и выжидающих до наступления срока платежа, прежде чем запросить надлежащие доказательства, чтобы таким образом продолжать выплаты цеденту или задерживать платеж. Предложение о приостановлении платежа получило определенную поддержку. Указывалось, что должник, особенно должник-потребитель, попадет в трудное положение, получив уведомление от неизвестного ему иностранного цессионария. В такой ситуации, как указывалось, должник не будет располагать достаточным временем для изучения уведомления, он должен будет платить компенсацию за ущерб и проценты в случае задержки платежа и не может освободиться от ответственности в случае уплаты цессионарию, не являющемуся таковым (т.е. когда уступка является ничтожной, например, в случае обмана или принуждения). Был высказан ряд предложений, направленных на то, чтобы снять эти озабоченности. Одно из них заключалось в ограничении сферы применения пункта 6 случаями, когда у должника имеются оправданные сомнения. Согласно другому предложению, цессионария следует квалифицировать как "подразумеваемого цессионария". Согласно еще одному предложению, следует определить надлежащее доказательство, включив ссылку только на письменное сообщение от цедента.

128. Вместе с тем, по мнению большинства, этот вопрос не следует прямо урегулировать в тексте проекта конвенции. Говорилось, что если прямо указать в пункте 6, что должник может совершить платеж цеденту или что платежное обязательство может быть приостановлено, то это может произвольно привести к поощрению практики злоупотреблений. Помимо этого отмечалось, что если бы должник имел возможность продолжать производить платежи цеденту, даже когда цедент стал несостоятельным или перестал существовать, цессионарий может оказаться в весьма неблагоприятном положении. Что касается проблемы "лже-цессионариев", то многие выразили ту точку зрения, что это редко встречается на практике и в любом случае в достаточной степени урегулировано в пункте 7, в котором должникам предоставляется возможность получить имеющее законную силу освобождение от ответственности, произведя платеж в соответствии с их собственным национальным правом.

129. Что касается пункта 7, то было отмечено, что он может произвольно привести к тому, что должник будет игнорировать уведомление, сделанное согласно проекту конвенции (например, поскольку оно касается будущей дебиторской задолженности, которая может быть не разрешена другим правом), и платить какому-либо другому лицу в соответствии с другим правом. В связи с этим высказывалось мнение о том, что данный пункт следует изменить таким образом, чтобы платеж в соответствии с другим правом имел законную силу только в том случае, если он произведен законному цессионарию согласно проекту конвенции, ограничив в то же время право совершения платежа судебному органу.

130. Вместе с тем многие высказывали мнение о том, что такой подход фактически сузил бы защиту, предоставляемую должнику. Указывалось, что пункт 7 первоначально был направлен на обеспечение того, чтобы в тех случаях, когда согласно другому праву, помимо проекта конвенции, существует механизм, дающий должнику возможность получить освобождение от ответственности, не следует исключать для должника возможность прибегнуть к такому механизму.

131. Пункт 8 предлагалось исключить, поскольку в нем либо констатируется очевидная норма, либо на должника возлагается риск определения действительности уступки для получения освобождения от ответственности, имеющего законную силу.

132. После обсуждения и с учетом объединения пунктов 1 и 2, внесения поправки в пункт 2, о которой говорится в пункте 125 выше, а также исключения пункта 8 Рабочая группа утвердила проект статьи 19 и передала его в редакционную группу.

Статья 20. Возражения и права на зачет со стороны должника

133. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 20:

"1) Если цессионарий предъявляет должнику требование произвести платеж по уступленной дебиторской задолженности, должник может ссылаться в отношении цессионария на все вытекающие из первоначального договора возражения или права на зачет, которые должник мог бы использовать, если бы такое требование было заявлено цедентом.

2) Должник может ссылаться в отношении цессионария на любое другое право на зачет, при условии, что оно имелось у него в момент получения уведомления об уступке.

3) Независимо от положений пунктов 1 и 2, возражения и права на зачет, на которые согласно статье 10 мог бы ссылаться должник в отношении цедента в связи с нарушением договорных обязательств, ограничивающих каким бы то ни было образом право цедента уступать свою дебиторскую задолженность, не могут быть использованы должником в отношении цессионария."

134. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, следует ли рассматривать возникающие в связи с договорами между цедентом и должником права на зачет, которые тесно связаны с первоначальным договором (например, в связи с соглашением о техническом обслуживании или предоставлении иных услуг, дополняющим первоначальный договор купли-продажи), таким же образом, что и права на зачет, возникающие в связи с первоначальным договором. Было достигнуто общее согласие в отношении того, что такие права на зачет должны трактоваться по проекту конвенции так же, как и права, вытекающие из первоначального договора. Было также согласовано, что при изложении в проекте конвенции такого понятия "тесной связи" следует обращать внимание на недопущение формулировки, которая охватывала бы слишком широкий круг договоров. Предлагалась следующая формулировка: "права на зачет, возникающие в связи с той же сделкой, что и первоначальный договор".

135. Было указано, что в пункте 2 говорится о правах на зачет, "имевшихся" в момент получения уведомления об уступке, для того чтобы уведомление "отсекало" такие права на зачет. С тем чтобы снять любые неопределенности и расхождения, которые могут существовать в отношении права, применимого к зачету, высказывалось мнение о том, что следует сделать ссылку на право, регулирующее первоначальный договор. Против этого предложения

высказывалось возражение, основанное на том, что в проекте конвенции было бы нецелесообразно пытаться рассматривать столь общий вопрос международного частного права. Против этого предложения было высказано также возражение, состоящее в том, что право, регулирующее первоначальный договор, может не быть надлежащим правом и в любом случае не будет охватывать вседоговорных оснований для зачета (см. пункты 155-156).

136. С учетом изменения, о котором говорится в пункте 134 выше, Рабочая группа утвердила проект статьи 20 и передала его в редакционную группу.

Статья 21. Договоренность не ссылаться на возражения и права на зачет

137. Рабочая группа рассмотрела следующий текст статьи 21:

- "1) Без ущерба для права, регулирующего защиту должника в сделках, совершенных в первую очередь в личных, семейных или домашних целях, в государстве, в котором он находится, должник может в подписанной письменной форме договориться с цедентом не ссылаться в отношении цессионария на возражения и права на зачет, которые он мог бы использовать согласно статье 20. Такая договоренность лишает должника права ссылаться в отношении цессионария на такие возражения и права на зачет.
- 2) Должник не может отказаться:
 - a) от возражений, вытекающих из обманных действий со стороны цессионария;
 - b) от возражений, основанных на недееспособности должника.
- 3) Такая договоренность может быть изменена только путем подписания письменного соглашения. Последствия такого изменения по отношению к цессионарию определяются статьей 22(2)".

138. Было отмечено, что содержащаяся в пункте 1 (а также в проекте статьи 23) ссылка на должников в сделках, совершенных "в личных, семейных или домашних целях" квалифицируется словами "в первую очередь", с тем чтобы обеспечить, что данное ограничение будет применяться лишь к сделкам, совершенным лишь в целях потребления (т.е. к сделкам между потребителями). Вместе с тем высказывалось широко распространенное мнение, согласно которому для того, чтобы это положение соответствовало цели защиты должников-потребителей, оно должно применяться к сделкам, заключенным в целях потребления для одной стороны и в коммерческих целях для другой стороны (т.е. к сделкам между потребителем и коммерческим предприятием).

139. Отмечалось также, что в пунктах 1 и 3 говорится о подписанном письменном соглашении и не уточняется, должно ли это соглашение быть подписано только должником или же и должником, и цедентом. Было достигнуто согласие в отношении того, что в данном положении следует уточнить, что письменное соглашение должно быть подписано только должником, поскольку должник является стороной, чьи права были бы затронуты изменением договоренности об отказе от возражений.

140. С учетом этих изменений Рабочая группа утвердила проект статьи 21 и передала его в редакционную группу.

Статья 22. Изменение первоначального договора

141. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 22:

- "1) Договоренность, которая заключена между цедентом и должником до уведомления об уступке и которая затрагивает права цессионария, имеет силу в отношении цессионария, и цессионарий приобретает соответствующие права.
- 2) После уведомления об уступке договоренность между цедентом и должником, затрагивающая права цессионария, не имеет силы в отношении цессионария, за исключением случаев, когда:
 - a) цессионарий дает на это свое согласие; или
 - b) дебиторская задолженность не полностью подкреплена исполнением и либо изменение предусмотрено в первоначальном договоре, либо в контексте первоначального договора разумный цессионарий согласился бы на такое изменение.
- 3) Пункты 1 и 2 настоящей статьи не затрагивают никаких прав цедента или цессионария в связи с нарушением договоренности между ними."

142. Было отмечено, что в пункте 1 говорится об уведомлении и не уточняется, должно ли оно иметь силу в тот момент, когда оно направлено должнику, или же в тот момент, когда оно получено должником. Рабочая группа пришла к согласию в отношении того, что соответствующим моментом должно быть время получения уведомления должником, поскольку именно с этого времени должник может выполнять свои обязательства только в соответствии с платежными инструкциями цессионария. Отметив, что данный вопрос затрагивается в проекте статьи 18, Рабочая группа утвердила проект статьи 22 без изменений.

Статья 23. Истребование уплаченных сумм

143. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 22:

"Без ущерба для права, регулирующего защиту должника в сделках, совершаемых в первую очередь в личных, семейных или домашних целях, в государстве, в котором он находится, и прав должника согласно статье 20, неисполнение центом первоначального договора не дает должнику права на истребование у цессионария сумм, уплаченных должником cedentu или цессионарию".

144. С учетом исключения слов "в первую очередь" Рабочая группа утвердила проект статьи 23 и передала его в редакционную группу (см. пункт 138).

Сфера применения и цель главы V

145. В отношении сферы применения или цели норм международного частного права, содержащихся в проекте конвенции, были высказаны различные точки зрения; этот вопрос рассматривается в пункте 3 проекта статьи 1, в тексте которого, рассмотренном Рабочей группой, говорилось следующее:

"[3] Положения главы V применяются к [уступкам международной дебиторской задолженности и к международным уступкам дебиторской задолженности, как они определяются в настоящей главе, независимо от пунктов 1 и 2 настоящей статьи] [независимо от положений настоящей главы]. Однако эти положения не применяются, если государство делает заявление согласно статье 34.]"

146. Одна из точек зрения заключалась в том, что применение главы V должно всего лишь дополнять материально-правовые положения проекта конвенции и, таким образом, применяться только к сделкам, входящим в сферу действия проекта конвенции, как она определена в главе I. В поддержку этого мнения было указано, что с точки зрения законодательной политики не было бы целесообразным предпринимать попытку по существу подготовить мини-конвенцию, касающуюся международного частного права, в рамках конвенции, относящейся к материальным нормам права. Было отмечено, что если глава V должна дополнять материальные нормы права проекта конвенции, то было бы достаточным сохранить только проект статьи 28 в разделе II главы IV, в том числе вступительную часть формулировки, взятую в квадратные скобки. Было указано, что в таком случае проект статьи 28 мог бы затрагивать вопросы, не охватываемые материально-правовой частью текста проекта конвенции, такие как вопрос о праве, применимом к зачету и к статутной возможности уступки, и на него не нужно было бы распространять действие положений, предусматривающего неприменение проекта конвенции. Кроме того, было подчеркнуто, что проект статьи 27 можно было бы исключить, поскольку он касается договорных аспектов уступки, а именно вопроса, который не является основным вопросом проекта конвенции и, возможно, уже в достаточной степени регламентирован международным частным правом (даже с учетом того, что принцип свободы выбора применимого права может и не быть общим для всех правовых систем). Более того, было отмечено, что проекты статей 29-31 можно было бы исключить, поскольку вопросы, затрагиваемые в этих положениях, уже в достаточной мере охватываются проектами статей 24-26. С другой стороны, в случае сохранения главы V было предложено распространить на нее действие положений, предусматривающего применение проекта конвенции, а не положения, предусматривающего его неприменение. Это предложение получило значительную поддержку.

147. Рабочая группа отметила, что в принципе не было бы целесообразным ограничивать применение норм международного частного права на основе материально-правовых понятий, воплощенных в главе I (т.е. только к уступкам, как они определяются в проекте статьи 2, или только к международным сделкам, как они определяются в проекте статьи 3, или же только в случае, когда cedent находится в каком-либо договаривающемся государстве).

148. Вместе с тем для достижения консенсуса было высказано мнение о том, что применение главы V можно было бы ограничить международными сделками, как они определяются в главе I, независимо от того, находится ли cedent или должник в договаривающемся государстве, или от того, является ли право, регулирующее дебиторскую задолженность, правом договаривающегося государства (этот подход имеет своим прецедентом статью 1(3) Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах). В поддержку этого мнения было подчеркнуто, что такой подход позволил бы государствам, не имеющим адекватных норм международного частного права, касающихся уступок, или вообще таких норм, извлекать преимущества из норм, содержащихся в главе V. Хотя было признано, что эти нормы отражают общие принципы, которые необходимо

будет дополнить другими принципами международного частного права, было отмечено, что в своей совокупности положения главы V устанавливают нормы, которые могут быть полезными для многих государств и которые разъясняют вопросы (например, вопросы приоритета), в отношении которых в международном частном праве сохраняется большая степень неопределенности. Кроме того, было указано, что если содержащиеся в проектах статей 24-26 нормы, касающиеся приоритета, станут общепризнанными, то нет веских причин для ограничения их применения на основании материально-правовых понятий, воплощенных в главе I. В отношении государств, которые располагают адекватными нормами, касающимися уступки, было подчеркнуто, что они всегда могут отказаться от применения главы V. Эти предложения также получили достаточную поддержку, хотя некоторые делегации выступали за сохранение только проектов статей 28 и 29.

149. После обсуждения Рабочая группа не смогла достичь соглашения. В связи с этим было решено пересмотреть текст пункта 3 статьи 1 следующим образом, оставив его в квадратных скобках:

"[3] Положения главы V применяются к уступкам международной дебиторской задолженности и к международным уступкам дебиторской задолженности, как они определяются в настоящей главе, независимо от пунктов 1 и 2 настоящей статьи. Однако эти положения не применяются, если государство делает заявление согласно статье 34.]"

Было также решено, что вступительные формулировки проектов статей 27 и 28, а также проект статьи 29 в целом (за исключением вступительной формулировки, которую можно было бы исключить; см. пункт 160) должны оставаться в квадратных скобках до принятия окончательного решения в отношении сферы применения главы V. Далее Рабочая группа согласилась с тем, что в связи с проектами статей 30 и 31 возникают вопросы, требующие дальнейшего обсуждения, и решила также заключить эти положения в квадратные скобки.

Статья 27. Право, применимое к договору уступки

150. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 27:

"1) [За исключением вопросов, урегулированных в настоящей Конвенции,] договор уступки регулируется правом, прямо избранным cedentом и cessionарием.

2) В отсутствие выбора права cedentом и cessionарием договор уступки регулируется правом государства, в котором наиболее тесно связан договор уступки. В отсутствие доказательства противного считается, что договор уступки наиболее тесно связан с государством, в котором находится коммерческое предприятие cedента. Если cedent имеет более чем одно коммерческое предприятие, принимается во внимание коммерческое предприятие, наиболее тесно связанное с договором. Если cedent не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание его обычное местожительство.

3) Если договор уступки связан только с одним государством, тот факт, что cedent и cessionарий избрали право другого государства, не наносит ущерба применению права государства, с которым связана уступка, если отход от этого права на основании договора не допускается."

151. Для того чтобы яснее отразить вопросы, которые должны быть предметом автономии сторон, Рабочая группа решила заменить слова "договор уступки" словами "права и обязательства cedента и cessionария, вытекающие из договора уступки". Против предложения также включить ссылку на "заключение и действительность договора уступки" были высказаны возражения на том основании, что эти слова не имеют универсального одинакового понимания, и их использование могло бы создать неопределенность.

152. Рабочая группа также рассмотрела вопрос о том, являются ли необходимыми пункты 2 и 3. Было отмечено, что если основная цель проекта статьи 27 заключается в признании автономии сторон без какой-либо детализации, то пункт 2 может и не быть абсолютно необходимым, в частности, с учетом того факта, что сделки, которые предполагается охватить, как правило, обсуждаются опытными и квалифицированными сторонами, которые обычно включают положение о выборе права в свои договоры. В отношении пункта 3 было отмечено, что он может и не быть полезным без каких-либо детальных норм, касающихся соответствующих связующих факторов (например, типичного исполнения согласно статье 4(2) Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам (Римская конвенция), и положения статьи 4(5) этой Конвенции об отступлении, если типичное исполнение не может быть определено). Однако преобладающее мнение заключалось в том, что пункты 2 и 3 отражают важные нормы, которые могут и не существовать во всех правовых системах, и таким образом их следует сохранить.

153. С учетом изменения, упомянутого в пункте 151 выше, а также окончательного решения в отношении сферы применения главы V Рабочая группа приняла проект статьи 27 и передала его на рассмотрение редакционной группы.

**Статья 28. Право, применимое к правам и обязательствам
цессионария и должника**

154. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 28:

"[За исключением вопросов, урегулированных в настоящей Конвенции,] право, регулирующее дебиторскую задолженность, к которой относится уступка, определяет возможность ее уступки, отношения между цессионарием и должником, условия, при которых на уступку можно сослаться против должника, и любой вопрос о том, были ли исполнены обязательства должника."

155. Рабочая группа вновь рассмотрела вопрос о праве, применимом к правам на зачет. Было отмечено, что общий принцип, касающийся договорных прав на зачет, заключается в том, что они регулируются правом договора, из которого они вытекают. Было также отмечено, что в соответствии с этим подходом нормы права, регулирующие права на зачет, будут теми же, что и нормы права, регулирующие дебиторскую задолженность, если такие права на зачет вытекают из первоначального договора, и другими, если права на зачет вытекают из другого договора.

156. В поддержку рассмотрения вопроса о нормах права, применимых к правам на зачет, было указано, что такой подход увеличил бы определенность и мог бы оказывать благоприятное воздействие на стоимость кредита, поскольку права на зачет возникают весьма часто и сопряжены с увеличением риска неплатежа со стороны должника. Вместе с тем было указано, что для достижения этого результата на права на зачет следует распространить действие норм права, регулирующих дебиторскую задолженность. С учетом трудностей, связанных с этим вопросом, и отсутствия консенсуса в отношении норм права, применимых к зачету, Рабочая группа напомнила о своем решении не рассматривать этот вопрос и подтвердила данное решение (см. пункт 135).

157. Далее Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, должен ли проект статьи 28 регулировать статутную возможность уступки. Было отмечено, что применение норм права, регулирующих дебиторскую задолженность, может и не быть целесообразным в случае статутной возможности уступки. Такой подход может непреднамеренно привести к тому, что цеденту и должнику будет позволено избежать возможных статутных ограничений, которые сопряжены с вопросами императивных норм или публичного порядка, посредством выбора удобного права для регулирования дебиторской задолженности.

158. Рабочая группа напомнила о своем решении не включать каких-либо дополнительных положений в проект статьи 28 при том понимании, что статутные ограничения возможности уступки, которые обычно вытекают из императивных норм, будут сохранены согласно проекту статьи 30 (A/CN.9/456, пункт 117). Однако после некоторых размышлений Рабочая группа решила, что проект статьи 28 должен ограничиваться договорной возможностью уступки. С учетом этого изменения и окончательного решения в отношении сферы применения главы V Рабочая группа приняла проект статьи 28 и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Статья 29. Право, применимое к коллизии приоритетов

159. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 29:

"[За исключением вопросов, урегулированных в главе IV:]

a) приоритет в отношениях между несколькими цессионариями, получившими одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же цедента, определяется согласно праву государства, в котором находится цедент;

b) приоритет в отношениях между цессионарием и кредиторами цедента определяется согласно праву государства, в котором находится цедент;

c) приоритет в отношениях между цессионарием и управляющим в деле о несостоятельности определяется согласно праву государства, в котором находится цедент;

d) если производство по делу о несостоятельности возбуждается в каком-либо ином государстве, чем государство, в котором находится цедент, то любое внедоговорное право или интерес, который согласно праву государства суда будет являться приоритетным по отношению к интересу цессионария, обладает таким приоритетом, независимо от подпункта (c), но только в той степени, в которой такой приоритет оговорен государством суда в документе, сданном на хранение депозитарию до момента совершения уступки;]

e) цессионарий, заявляющий права на основании настоящей статьи, не обладает меньшими правами, чем цессионарий, заявляющий права на основании других норм права."

160. Было отмечено, что текст проекта статьи 29 взят в квадратные скобки, поскольку если глава V должна будет дополнять материально-правовую часть проекта конвенции, то проект статьи 29 будет повторять нормы, содержащиеся в проектах статей 24 и 25, и должен быть исключен. Было также отмечено, что если глава V будет применяться к вопросу о том, находится ли дебит или должник в договаривающемся государстве, то вступительная формулировка будет излишней, поскольку глава V будет применяться к вопросам, не затрагиваемым в проекте конвенции, тогда как проекты статей 24 и 25 будут применяться к вопросам, затрагиваемым в проекте конвенции. С учетом этого изменения, согласования текста проекта статьи 29 с текстами проектов статей 24 и 25, а также окончательного решения в отношении сферы применения главы V Рабочая группа приняла проект статьи 29 и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Статья 30. Императивные нормы

161. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 30:

- "1) Ничто в статьях 27 и 28 не ограничивает применения норм права государства суда в ситуации, когда они являются императивными, вне зависимости от права, применимого на иных основаниях.
- 2) Ничто в статьях 27 и 28 не ограничивает применения императивных норм права другого государства, с которым вопросы, урегулированные в этих статьях, имеют тесную связь, если - и в той мере, в которой - согласно праву этого другого государства эти нормы должны применяться вне зависимости от права, применимого на иных основаниях."

162. До окончательного решения в отношении сферы применения главы V (см. пункты 145-149) Рабочая группа решила оставить проект статьи 30 в квадратных скобках.

Статья 31. Публичный порядок

163. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 31:

"В отношении вопросов, урегулированных в настоящей главе, в применении какого-либо положения права, указанного в настоящей главе, может быть отказано судом или иным компетентным органом только в том случае, если это положение явно противоречит публичному порядку государства суда."

164. До окончательного решения в отношении сферы применения главы V (см. пункты 145-149) Рабочая группа приняла проект статьи 31 без обсуждения.

IV. ПРИЛОЖЕНИЕ К ПРОЕКТУ КОНВЕНЦИИ

A. Общие замечания

165. Было отмечено, что приложение можно было бы заменить следующими двумя положениями:

"Статья X. Пересмотр и внесение поправок

1. По просьбе не менее чем одной трети Договаривающихся государств настоящей Конвенции депозитарий созывает конференцию Договаривающихся государств для пересмотра ее или внесения в нее поправок.
2. Считается, что любая ратификационная грамота и любой документ о принятии, утверждении или присоединении, сдавшие на хранение после вступления в силу поправки к настоящей Конвенции, относятся к Конвенции с внесенными в нее поправками.

Статья Y. Пересмотр режима преимущественных прав

1. Несмотря на положения статьи X, конференция Договаривающихся государств, имеющая целью только установление международного режима публичной регистрации уведомлений для решения вопросов преимущественных прав, возникающих в контексте уступки дебиторской задолженности согласно настоящей Конвенции, созывается депозитарием в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи.

2. Конференция по пересмотру должна созываться депозитарием, когда об этом просит не менее одной четверти Договаривающихся государств. Депозитарий просит все Договаривающиеся государства, приглашенные на конференцию, представить такие предложения, какие могут быть по их желанию изучены конференцией, и сообщает всем приглашенным Договаривающимся государствам предварительную повестку дня и все представленные предложения.

3. Любое решение конференции должно приниматься большинством в две трети участвующих государств. Конференция может принимать все меры, необходимые для установления эффективного международного режима публичной регистрации уведомлений для решения вопросов преимущественных прав, возникающих в контексте уступки дебиторской задолженности согласно настоящей Конвенции. Ни одно государство не обязано прямо или косвенно участвовать в международном режиме, установленном таким образом.

4. Любая утвержденная поправка вступает в силу с первого дня месяца по истечении одного года после ее принятия двумя третями Договаривающихся государств. Принятие осуществляется путем сдачи официального документа об этом на хранение депозитарию.

5. После вступления в силу поправки Договаривающееся государство, принявшее эту поправку, имеет право применять Конвенцию с внесенными в нее поправками в отношениях с Договаривающимися государствами, которые в течение шести месяцев после утверждения поправки не уведомили депозитария о том, что они не считают себя связанными этой поправкой.

6. Считается, что любая ратификационная грамота и любой документ о принятии, утверждении или присоединении, сданные на хранение после вступления в силу поправки к настоящей Конвенции, относятся к Конвенции с внесенными в нее поправками."

166. В целом было решено, что это приложение следует сохранить, поскольку оно может дать государствам некоторые ориентиры в отношении материально-правового режима преимущественных прав. Что касается режима регистрации, предусматриваемого приложением, то, как было указано, он мог бы увеличить определенность в отношении прав тех, кто обеспечивает финансирование, и тем самым уменьшить риски и издержки, связанные со сделками по финансированию. В связи с проектами статей X и Y было отмечено, что проект статьи X было бы лучше поместить в заключительные положения, тогда как пункт 3 проекта статьи Y можно было бы сохранить либо в заключительных положениях, либо в проекте статьи 3 приложения, вероятно, с более гибкой формулировкой, которая не содержала бы ссылку на дипломатическую конференцию. В ответ на поставленный вопрос было заявлено, что согласно проекту статьи 36 государства могут сделать выбор в пользу одного из вариантов, содержащихся в приложении, или отказаться от всех этих вариантов. Далее Рабочая группа приступила к рассмотрению материально-правовых норм, содержащихся в проекте приложения (см. пункты 188-191 и 203)

В. Обсуждение проектов статей приложения

Раздел I. Правила определения преимущественных прав на основе регистрации

Статья I. Преимущественные права в отношениях между несколькими цессионарными

167. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи I приложения:

"В отношениях между цессионарными, получившими одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же cedente, преимущественные права определяются на основе очередности, в которой определенная информация об уступке регистрируется согласно настоящей Конвенции, независимо от момента передачи дебиторской задолженности. Если ни одна уступка не зарегистрирована, преимущественные права определяются на основе момента уступки."

168. Рабочая группа согласилась в том, что регистрация, о которой речь идет в проекте статьи I приложения, представляет собой уведомление, а не документальную регистрацию, в том смысле, что только определенная информация об уступке должна быть зарегистрирована, а не документ об уступке в целом. По широко распространенному мнению, для того чтобы функционирование системы регистрации было быстрым, простым и недорогостоящим, потребуются обеспечить, чтобы она основывалась на регистрации ограниченного объема данных. С точки зрения редакции было внесено несколько предложений, включая предложение о необходимости сделать ссылку на "данные", "уведомление" или "документ". Против предложения сделать ссылку на "документ об уступке" были высказаны возражения на том основании, что она может непреднамеренно создать впечатление того, что речь идет о системе архивирования документов. С учетом этого изменения Рабочая группа приняла проект статьи I приложения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Статья 2. Преимущественные права в отношениях между цессионарием и управляющим
в деле о несостоятельности или кредиторами цедента

169. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 2 приложения:

"[С учетом статей 25(3) и (4) настоящей Конвенции и статьи 4 этого приложения] цессионарий обладает преимущественным правом по отношению к управляющему в деле о несостоятельности и кредиторам цедента, включая кредиторов, обращающихся за наложением ареста на уступленную дебиторскую задолженность, если:

- а) дебиторская задолженность [была уступлена] [возникла] [подкреплена исполнением] и информация об уступке была зарегистрирована в соответствии с настоящей Конвенцией до открытия производства по делу о несостоятельности или наложения ареста; или
- б) цессионарий обладает преимущественным правом на иных основаниях, чем положения настоящей Конвенции."

170. В отношении вступительной формулировки Рабочая группа решила, что ее следует исключить при том понимании, что в проект статьи 2 приложения будет включена прямая ссылка на сохранение сверхпреимущественных прав, о которых речь идет в проекте статьи 25(5). Этот вопрос был передан на рассмотрение редакционной группы. Вместе с тем было указано, что во вступительной формулировке не будет необходимости, если приложение будет включать прямое заявление о том, что если государство выберет систему правил определения преимущественных прав, основывающуюся на разделах I и II приложения, то проекты статей 1 и 2 приложения будут действовать в качестве правила определения преимущественных прав для этого государства. Рабочая группа отложила обсуждение этого вопроса до завершения ею рассмотрения приложения (см. пункты ...). Что касается подпункта (а), то Рабочая группа решила сохранить первую совокупность слов, взятых в квадратные скобки, без скобок и исключить вторую и третью совокупности слов, взятых в квадратные скобки. Рабочая группа также решила исключить подпункт (б). Напоминалось о том, что это положение является частью предыдущей материально-правовой нормы, касающейся определения преимущественных прав и содержащейся в проекте конвенции, которая не относилась к проекту статьи 2 приложения, поскольку проект статьи 2 приложения будет единственной основой, на которой цессионарий может утверждать свое преимущественное право. С учетом этих изменений Рабочая группа приняла проект статьи 2 приложения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Раздел II. Регистрация

Статья 3. Создание системы регистрации

171. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 3 приложения:

"Для регистрации данных об уступках в соответствии с настоящей Конвенцией будет создана система регистрации, правила функционирования которой будут приняты регистратором и контролирующим органом. В правилах будет подробно регламентироваться функционирование системы регистрации, а также процедура для урегулирования споров, связанных с регистрацией."

172. Соображения, лежащие в основе проекта статьи 3, получили определенную поддержку. Были внесены несколько предложений. Одно из предложений заключалось в том, чтобы заменить слова "подробно регламентироваться" словами "детально регламентироваться", с тем чтобы избежать создания впечатления того, что эти правила, возможно, должны быть более детальными, чем это практически необходимо, а также обеспечить для регистратора и контролирующего органа достаточную гибкость при подготовке таких правил. Эти предложения получили достаточную поддержку. Было также внесено предложение о том, чтобы проект статьи 3 более детально характеризовал регистратора и контролирующий орган. Рабочая группа отложила обсуждение этого вопроса до завершения ею рассмотрения приложения (из-за нехватки времени Рабочая группа не обсуждала этот вопрос; см., однако, предложение, изложенное в пункте 166). С учетом этих изменений Рабочая группа приняла проект статьи 3 приложения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Статья 4. Регистрация

173. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 4 приложения:

"1) Любое лицо может в соответствии с настоящей Конвенцией и регистрационными правилами зарегистрировать в регистре данные в отношении уступки. Зарегистрированные данные включают наименование и адрес цедента и цессионария и краткое описание уступленной дебиторской задолженности.

2) Одна регистрация может охватывать:

- a) уступку целентом цессионарию нескольких статей дебиторской задолженности;
- b) еще не совершенную уступку;
- c) уступку дебиторской задолженности, не существующей на момент регистрации.

3) Регистрация или ее изменение вступает в силу с того момента, когда данные, упомянутые в пункте 1, становятся доступными для сторон, осуществляющих их поиск. Регистрация или ее изменение действует в течение срока, указанного регистрирующей стороной. В отсутствие такого указания регистрация действует в течение [пяти] лет. В правилах устанавливается порядок, в котором регистрация может быть возобновлена, изменена или прекращена.

4) Любой дефект, неправильность, пропуск или ошибка в отношении наименования cedent, которые приводят к тому, что поиск зарегистрированных данных по наименованию cedent не дает результатов, делают регистрацию недействительной."

174. В связи с пунктом 1 была выражена обеспокоенность по поводу того, что разрешение "любому лицу" зарегистрировать данные в отношении уступки может создать возможность для злоупотреблений и мошеннической регистрации. Для того чтобы снять эту обеспокоенность, было внесено предложение о необходимости обусловить основу, на которой какое-либо лицо может зарегистрировать данные. Было указано, однако, что мошенническая регистрация не создает подлинной проблемы, поскольку регистрация согласно проекту статьи 4 не порождает каких-либо материальных прав. Вместе с тем, по общему мнению, необходимо сделать ссылку на лиц, указанных в этих правилах. Была предложена следующая формулировка: "Любое лицо, уполномоченное этими правилами". Для того чтобы учесть возможность электронной регистрации и позволить системе регистрации функционировать в условиях многоязычия, было решено заменить ссылку на "наименование и адрес" ссылкой на идентификацию. Было указано, что эти правила могут предусматривать, что лицо можно идентифицировать с помощью какого-либо числа и что, возможно, потребуются больший объем данных, чем идентификация сторон и уступленной дебиторской задолженности. Было также решено, чтобы пункт 1 предусматривал и регистрацию каких-либо изменений.

175. В связи с пунктом 2(h) было внесено предложение его исключить. В поддержку этого предложения было отмечено, что допущение регистрации уступки до ее совершения ("заблаговременная запись") может привести к злоупотреблениям. Против этого предложения были высказаны возражения. По общему мнению, способность зарегистрировать будущую уступку лежит в основе важных сделок. Было отмечено, что в отсутствие определенности в отношении преимущественных прав те, кто обеспечивает финансирование, не будут заключать такого рода сделки. Было также заявлено, что риск развития практики злонамеренной регистрации не является реальным, поскольку регистрация не предоставляет каких-либо прав регистрирующей стороне, если только такие права не существуют согласно действительному договору.

176. В отношении пункта 3 было решено, что он должен допускать выбор срока действия регистрации из целого ряда вариантов, которые должны быть предусмотрены в этих правилах. Было также решено включить в конце текста пункта 3 следующую формулировку: "и в соответствии с настоящим приложением указываются такие другие вопросы, какие являются необходимыми для функционирования системы регистрации".

177. Получили поддержку соображения, лежащие в основе пункта 4 и заключающиеся в том, что ошибка в идентификации cedent носит столь существенный характер, что она лишает регистрацию действительности. Было указано, что пункт 4 основывается на предположении о том, что если такая ошибка была совершена регистрирующей стороной, то регистрирующая сторона будет нести последствия недействительности регистрации, и что если такая ошибка была совершена регистратором, то согласно этим правилам встает вопрос об ответственности. Было также предложено заменить во второй строке текста пункта 4 слова "приводят к тому" словами "приведут к тому", с тем чтобы указать, что даже в том случае, когда никто фактически не был введен в заблуждение, регистрация будет все же недействительной.

178. С учетом вышеупомянутых изменений Рабочая группа приняла проект статьи 4 приложения и передала его на рассмотрение редакционной группы.

Статья 5. Поиск данных в регистре

179. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 5 приложения:

"1) Любое лицо может осуществлять поиск данных в записях регистра по наименованию cedent и получать результат такого поиска в письменном виде.

2) Результат поиска в письменном виде, который, как утверждается, выдан регистром, допускается в качестве доказательства и, в отсутствие доказательств противного, является подтверждением данных, к которым относится поиск, включая:

- а) дату и момент регистрации; и
- б) порядок регистрации."

180. В целом было согласовано, что в проекте статьи 5 следует уточнить, что в ней имеется в виду публичный регистр, и поэтому уместно использовать в проекте статьи 5(1) термин "любое лицо", как отражающий принцип открытого доступа к регистру для поиска информации в отличие от доступа в целях регистрации. В ответ на высказанную озабоченность в отношении того, что термин "любое лицо", возможно, является слишком широким и может нанести ущерб конфиденциальности, необходимой в финансовых сделках, было указано, что эта проблема не возникнет ввиду того, что регистрация будет включать лишь небольшое количество данных, указанных в проекте статьи 4 и в правилах, и не будет включать информацию, касающуюся финансовых деталей сделки.

Раздел III. Правила определения преимущественных прав на основе момента заключения договора уступки

Статья 6. Преимущественные права в отношениях между несколькими цессионариями

181. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 6 приложения:

- "1) Если дебиторская задолженность уступается несколько раз, право на нее принадлежит цессионарию, с которым был заключен наиболее ранний договор уступки.
- 2) Наиболее ранний цессионарий не может заявить свое преимущественное право, если в момент заключения договора уступки он действовал недобросовестно.
- 3) Если дебиторская задолженность передается в силу требований закона, бенефициар такой передачи обладает преимущественным правом по отношению к цессионарию, заявляющему о том, что с ним был заключен более ранний договор уступки.
- 4) В случае спора бремя доказывания приоритета лежит на цессионарии, заявляющем о том, что с ним был заключен более ранний договор уступки."

182. Норма, отраженная в пункте 1, получила достаточную поддержку в Рабочей группе. В редакционном плане было предложено, чтобы пункт 1 касался нескольких уступок одним и тем же cedentом одной и той же дебиторской задолженности.

183. Что касается пункта 2, то высказывались различные мнения относительно того, будет ли ссылка на "недобросовестность" охватывать знание или уведомление о ранее произведенной уступке. Согласно одной точке зрения, в соответствии с действующим правом многих правовых систем пункт 2 будет применяться лишь к случаям, когда цессионарий знал или получил извещение о ранее произведенной уступке. Другое мнение заключалось в том, что в соответствии с решением Рабочей группы, согласно которому знание или извещение не должно затрагивать освобождения должника от ответственности, они не должны затрагивать также преимущественное право цессионария. Было указано, что сферу действия пункта 2 следует ограничить случаями обмана или сговора. В связи с этим высказывалась та точка зрения, что в своей нынешней формулировке пункт 2 не может применяться ко второму по очередности цессионарию, который может потерять свое преимущественное право на том основании, что он знал или получил уведомление о ранее произведенной уступке, поскольку в пункте 2 содержится ссылка на наиболее раннего цессионария, который теряет свое преимущественное право, если действует недобросовестно, и поскольку знание или уведомление о ранее имевшей место уступке не имеют отношения к приоритету в случае правила определения приоритета на основе того, какая уступка была первой по времени. В связи с этим было отмечено, что если ограничить сферу применения пункта 2 случаями, связанными с обманом, необходимости в нем может не быть, поскольку такие вопросы, видимо, в достаточной степени урегулированы в большинстве правовых систем. Указывалось также, что в случае обмана может не быть коллизии приоритетов, в отношении которой может применяться пункт 2, поскольку уступка будет аннулирована как мошенническая передача. После обсуждения Рабочая группа решила исключить пункт 2 при том понимании, что вопросы добросовестности оставлены на усмотрение применимого права за пределами проекта конвенции (вопрос о применении принципа добросовестности по проекту конвенции, см. документ A/CN.9/WG.II/WP.105, пункт 62).

184. В отношении пункта 3 было достигнуто согласие с тем, что в нем отражена несоответствующая норма и что в связи с этим он должен быть исключен. Рабочая группа решила также исключить пункт 4 при том понимании,

что в комментарии будет разъяснено, что важный вопрос о том, кто несет бремя доказывания, оставлен на усмотрение другого применимого права вне проекта конвенции.

185. После обсуждения с учетом вышеупомянутых изменений Рабочая группа утвердила проект статьи 6 приложения и передала его в редакционную группу.

Статья 7. Присущие права в отношениях между цессионарием и управляющим
в деле о несостоятельности или кредиторами цедента

186. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 7 приложения:

"[С учетом статей 25(3) и (4) настоящей Конвенции и статьи 4 этого приложения] цессионарий обладает преимущественным правом по отношению к управляющему в деле о несостоятельности и кредиторам цедента, включая кредиторов, обращающихся за наложением ареста на уступленную дебиторскую задолженность, если:

- а) дебиторская задолженность была уступлена до открытия производства по делу о несостоятельности или наложении ареста; или
- б) цессионарий обладает преимущественным правом на иных основаниях, чем положения настоящей Конвенции."

187. Что касается вступительных слов, то Рабочая группа решила исключить их при том понимании, что следует включить ссылку на сохранение сверхприоритетных прав, о которых говорится в проекте статьи 25(5). Этот вопрос был передан в редакционную группу (относительно необходимости добавления ссылки на проект статьи 25(5) см. пункты 170 и 188-191). Был задан вопрос о том, следует ли включить ссылку на права управляющего в деле о несостоятельности или кредиторов цедента, которые должны защищаться на том основании, что они основаны на императивных нормах права. В ответ было указано, что проект статьи 25(4) был исключен при том понимании, что вопрос приоритета не охватывает эти вопросы и что они оставлены на усмотрение применимого права вне проекта конвенции. Было согласовано, что данный вопрос должен быть уточнен в комментарии. В соответствии со своим решением в отношении проекта статьи 2 приложения (см. пункт 170) Рабочая группа решила исключить подпункт (b).

С. Предложение по вопросу о применении приложения

188. Было подчеркнуто, что в соответствии с вынесенной формулировкой проекта статьи 36 предусматривается, что государство может выбирать правила определения преимущественных прав, изложенные в разделе I, и систему регистрации, предусмотренную в разделе II. Было высказано мнение о том, что следует предусмотреть два дополнительных варианта: государство должно быть в состоянии выбирать правила определения преимущественных прав, изложенные в разделе I, и систему регистрации, иную, чем система, предложенная в разделе II, или же альтернативную систему регистрации, предусмотренную в разделе II, и правила определения преимущественных прав, иные, чем правила, предложенные в разделе I. Было предложено изложить эти три варианта в новом проекте статьи.

189. Было также предложено включить в новый проект статьи прямое заявление о том, что если государство выбирает систему правил определения преимущественных прав, основывающуюся на разделах I и II приложения, то правила определения преимущественных прав, предусмотренные проектом статьи I приложения, будут действовать как правила определения преимущественных прав для данного государства согласно проекту статьи 24 проекта конвенции.

190. На основе этих предложений в качестве новой статьи были предложены следующие формулировки:

"1) Договаривающееся государство может:

- а) i) принять правила определения преимущественных прав на основе регистрации, изложенные в разделе I настоящего Приложения, и ii) сделать выбор в пользу участия в системе регистрации, созданной в соответствии с разделом II настоящего Приложения; или
- б) i) принять правила определения преимущественных прав на основе регистрации, изложенные в разделе I настоящего Приложения, и ii) согласиться ввести в действие такие правила посредством использования системы регистрации, которая отвечает целям таких правил [как установлено в правилах, принятых в соответствии с разделом II]. Для целей раздела I

регистрация, осуществленная согласно такой системе, имеет такую же силу, что и регистрация, осуществленная согласно разделу II.

2) Для целей статьи 24 правом Договаривающегося государства, которое действовало в соответствии с пунктом 1(a) или 1(b), является совокупность правил, изложенных в разделе I настоящего Приложения. Договаривающееся государство вправе применять эти правила в отношении всех уступок, совершенных более чем через шесть месяцев после того, как это Договаривающееся государство уведомило депозитария о том, что оно предприняло такие действия. Договаривающееся государство может устанавливать правила, согласно которым на уступки, совершенные до наступления такой даты, в течение разумного срока распространяется действие правил определения преимущественных прав, изложенных в разделе I настоящего Приложения.

3) Договаривающееся государство, которое не действует в соответствии с пунктом 1(a) или 1(b), может, согласно своим внутренним правилам определения преимущественных прав, использовать систему регистрации, созданную в соответствии с разделом II настоящего Приложения."

191. Из-за отсутствия времени Рабочая группа не смогла обсудить предложенную новую статью. Однако было указано, что правило, содержащееся в пункте 2, должно применяться также в случае, когда государство выбирает правила определения преимущественных прав, изложенные в разделе III приложения. С учетом этого изменения Рабочая группа решила, что предложенная новая статья должна быть включена в текст проекта конвенции в квадратных скобках. Вопрос о конкретной формулировке и месте предложенной новой статьи в тексте проекта конвенции был передан на рассмотрение редакционной группы.

V. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ПРОЕКТА КОНВЕНЦИИ

Статья 33. Коллизии с международными соглашениями

192. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 33:

"1) За исключением предусмотренного в пункте 2 настоящей статьи, настоящая Конвенция имеет преимущественную силу по отношению к любой международной конвенции или другому многостороннему или двустороннему соглашению, которые уже заключены или могут быть заключены Договаривающимся государством и которые содержат положения по вопросам, являющимся предметом регулирования настоящей Конвенции.

2) Государство может в любой момент заявить, что настоящая Конвенция не будет иметь преимущественной силы по отношению к перечисленным в заявлении международным конвенциям или другим многосторонним или двусторонним соглашениям, которые оно заключило или заключит и в которых содержатся положения по вопросам, являющимся предметом регулирования настоящей Конвенции."

193. Было отмечено, что на своей двадцать девятой сессии Рабочая группа приняла проект статьи 33, с тем чтобы учесть ситуации, когда различные тексты предоставляют друг другу преимущественную силу и в результате возникает неопределенность в отношении того, какой из текстов является применимым ("негативные коллизии", например, с Оттавской конвенцией; см. документ A/CN.9/455, пункты 126-129). Вместе с тем было также отмечено, что возможные коллизии с Оттавской конвенцией являются минимальными, поскольку сфера применения Оттавской конвенции уже, чем сфера применения проекта конвенции, и в любом случае положения проекта конвенции в значительной степени сходны с положениями Оттавской конвенции (за исключением, например, оговорки к норме, касающейся договорных ограничений на уступку, и нормы, касающейся взыскания с цессионария плательщиков, произведенных должником). Кроме того, было отмечено, что возможные коллизии с Римской конвенцией также являются минимальными, поскольку проекты статей 27 и 28 почти идентичны статье 12 Римской конвенции или соответствующим положениям других текстов, таких, как Межамериканская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам (Межамериканская конвенция). В отношении норм права, регулирующих приоритет, было отмечено, что согласно превалярующему мнению статья 12 не затрагивает этот вопрос. Однако отмечалось, что даже если бы проект статьи 12 затрагивал вопросы приоритета, ни одна из норм права, применимых согласно статье 12 (т.е. права, выбранного сторонами, или права, регулирующего дебиторскую задолженность), не является уместной. Было также отмечено, что не возникнет каких-либо коллизий с проектом конвенции ЕС о несостоятельности (который, вероятно, будет издан в качестве нормативного акта ЕС). Понятие центрального административного органа почти идентично понятию центра основных интересов, используемому в проекте конвенции ЕС о несостоятельности, и этот проект конвенции не затрагивает права *in rem* в ходе основного производства по делу о несостоятельности. Хотя было отмечено, что проект конвенции ЕС о несостоятельности может затрагивать права *in rem* в ходе вторичного производства по делу о несостоятельности (статья 2(g), 4 и 28),

проект статьи 25 будет достаточным для сохранения, например, сверхпреимущественных прав, и приоритет согласно проекту конвенции не предназначен для того, чтобы затрагивать права кредиторов цедента и управляющего в деле о несостоятельности на лишение действительности уступки как мошеннической или преференциальной передачи.

194. Было указано, что в соответствии с общими принципами права международных договоров проект конвенции не будет иметь преимущественной силы по отношению к Оттавской конвенции на том основании, что эта конвенция является более конкретной. Было также отмечено, что в соответствии с теми же принципами проект конвенции не будет иметь преимущественной силы по отношению к проекту конвенции ЕС о несостоятельности или проекту конвенции о международных интересах в мобильном оборудовании, Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах или Конвенции о международном признании прав в отношении воздушных судов. С другой стороны, было указано, что проект конвенции будет иметь преимущественную силу по отношению к Римской конвенции или Межамериканской конвенции, поскольку материально-правовые конвенции имеют преимущественную силу по отношению к конвенциям в области международного частного права.

195. Вместе с тем, по общему мнению, проект статьи 33 отходит от общепризнанных принципов, касающихся случаев коллизии международно-правовых текстов, в частности, он приведет к тому, что проект конвенции будет заменять даже будущие конвенции. В связи с этим было решено, что положение, аналогичное статье 90 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи (Вена, 1980 год; "Конвенция Организации Объединенных Наций о купле-продаже"), которая отдает предпочтение другим текстам, подлежащим образом скорректированным с точки зрения территориальной связи, было бы более уместным. В результате этого решения Рабочая группа согласилась в том, что пункт 2 и новый пункт 3 (см. пункты 88-91) являются излишними и должны быть исключены.

Статья 34. Применение главы V

196. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 34:

"Государство может в любой момент заявить, что оно не будет связано главой V."

197. Было отмечено, что на своей двадцать девятой сессии Рабочая группа приняла рабочее предположение о том, что на главу V будет распространяться действие оговорки государств (A/CN.9/455, пункты 72 и 148). Рабочая группа напомнила о предложениях, внесенных на нынешней сессии и предусматривающих, что глава V скорее должна быть предметом положения о применении проекта конвенции, и решила передать этот вопрос на рассмотрение Комиссии.

Статья 35. Другие исключения

198. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 35:

"[Государство может в любой момент заявить, что оно не будет применять настоящую Конвенцию к определенным видам практики, перечисленным в заявлении.]"

199. Было указано, что разрешение государствам исключать дополнительные виды практики превратит проект конвенции в более приемлемый для государств, которые могут быть озабочены применением проекта конвенции к определенным видам практики. Было также отмечено, что Рабочая группа достигла значительного прогресса в снятии таких озабоченностей посредством разрешения государствам делать оговорку в отношении дебиторской задолженности государственных органов. Вместе с тем было подчеркнуто, что на вопрос о том, будет ли проект статьи 35 необходимым, нельзя дать ответ до принятия окончательного решения в отношении сферы применения проекта конвенции и, в частности, до достижения окончательного решения в отношении режима уступки финансовой дебиторской задолженности. С другой стороны, было отмечено, что подход, основанный на заявлениях, уменьшает определенность, достигнутую проектом конвенции, поскольку его сфера применения может быть разной в каждом государстве, причем этот вопрос, возможно, нелегко будет решать в каждом конкретном случае.

200. В ходе обсуждения было внесено несколько предложений. Было внесено предложение о замене слов "определенные виды практики" словами "конкретные виды практики". Другое предложение заключалось в том, что необходимо сделать ссылку на местонахождение должника в связи с применением тех положений проекта конвенции, которые затрагивают права и обязательства должника. Еще одно предложение заключалось в том, что положение, предусматривающее исключение дебиторской задолженности государственных органов, следует поместить сразу же после проекта статьи 35.

201. После обсуждения Рабочая группа решила сохранить проект статьи 35 в квадратных скобках и передать его на рассмотрение редакционной группы.

Статья 36. Применение приложения

202. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 36:

“Государство может в любой момент заявить, что оно не будет связано либо (разделами I и II, либо разделом III) приложения к настоящей Конвенции.”

203. Было решено, что проект статьи 36 необходимо привести в соответствие с новой статьей, предложенной для изложения вариантов, которыми будут располагать государства, делая заявление в отношении приложения, а также последствий таких заявлений (см. пункты 188-191). С учетом того обстоятельства, что Рабочая группа не располагала временем для обсуждения предложенной новой статьи, касающейся этого вопроса, было также решено сохранить эти варианты в квадратных скобках. При таком понимании Рабочая группа передала проект статьи 36 на рассмотрение редакционной группы.

Статья 37. Правила или процедуры по вопросам несостоятельности, не затрагиваемые настоящей Конвенцией

204. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 37:

“Государство может в любой момент заявить, что другие регулирующие вопросы несостоятельности исцедента правила или процедуры не затрагиваются настоящей Конвенцией.”

205. Было отмечено, что проект статьи 37 касается вопросов, которые затрагиваются в проекте статьи 25(4). Рабочая группа напомнила о своем решении исключить это положение и решила также исключить проект статьи 37.

Положения, предусматривающие предварительное применение проекта конвенции

206. Рабочая группа согласилась в том, что проекты статей 40(5), 42(3) и 43(3), которые касаются последствий заявлений, вступления проекта конвенции в силу и денонсации проекта конвенции для прав третьих сторон, для сделок, заключенных до вступления в силу проекта конвенции, и для сделок, заключенных до денонсации проекта конвенции, соответственно, должны быть сохранены в квадратных скобках, с тем чтобы государства рассмотрели их в ходе своей подготовки к следующей сессии Комиссии. В отношении проекта статьи 42(3) была выражена обеспокоенность по поводу того, что он может ненадлежащим образом ограничивать суверенное право государств денонсировать проект конвенции. В ответ было указано, что в проекте статьи 42(3) закрепляется важный принцип и что в отсутствие положения, аналогичного проекту статьи 42(3), стороны будут неохотно заключать такие сделки, а это, как утверждалось, не соответствовало бы основной цели проекта конвенции.

Пересмотр и внесение поправок

207. Рабочая группа рассмотрела следующее положение, касающееся пересмотра проекта конвенции и внесения в нее поправок, которое было подготовлено Секретариатом:

“Статья X. Пересмотр и внесение поправок

1. По просьбе не менее чем одной трети Договаривающихся государств настоящей Конвенции депозитарий созывает конференцию Договаривающихся государств для пересмотра ее или внесения в нее поправок.

2. Считается, что любая ратификационная грамота и любой документ о принятии, утверждении или присоединении, сданные на хранение после вступления в силу поправки к настоящей Конвенции, относятся к Конвенции с внесенными в нее поправками.”

208. Было отмечено, что это положение основывается на статье 32 Конвенции Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов 1978 года (Гамбургские правила). Вместе с тем было указано, что с учетом бюджетных ограничений, в условиях которых Секретариат вынужден действовать, вопрос о проведении дипломатической конференции следует оставить на усмотрение депозитария. В связи с этим было предложено заменить слово “созывает” словами “может в рамках имеющихся ресурсов созвать”. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что нынешняя формулировка проекта статьи X отражает обычную практику. С учетом отсутствия достаточного времени для обсуждения этого вопроса Рабочая группа решила, что проект статьи X не следует включать в текст проекта конвенции и что этот вопрос должен быть решен Комиссией.

VI. ДОКЛАД РЕДАКЦИОННОЙ ГРУППЫ

209. Рабочая группа просила редакционную группу, учрежденную Секретариатом, рассмотреть проекты статей 1(3), 2-5, 8, 10, 11, 16, 19-21, 23-29, 33, 36 бис проекта конвенции и проекты статей 1-7 приложения к проекту конвенции и целях обеспечения согласованного перевода на различные языки.

210. Завершая прения, Рабочая группа рассмотрела доклад редакционной группы и утвердила проекты статей 1(3), 3-5, 8, 10-11, 16, 19-21, 23-30, 34, 37 бис проекта конвенции и проекты статей 1-7 приложения к проекту конвенции, пересмотренные редакционной группой, а также остальные проекты статей проекта конвенции. Сводный текст проекта конвенции, утвержденный Рабочей группой, приводится в приложении к настоящему докладу.

211. С учетом того, что новое положение, касающееся коллизий с другими международными соглашениями, остается в квадратных скобках, было согласовано, что следует оставить в квадратных скобках и пункт 2 проекта статьи 4. Было высказано мнение о том, что название проекта статьи 5 следует пересмотреть и оставить лишь слово "определения", поскольку принципы толкования изложены в других разделах проекта конвенции. В ответ было указано, что название проекта статьи 5 было утверждено на предыдущей сессии Рабочей группы и не рассматривалось редакционной группой на текущей сессии. Было согласовано исключить заключенный в квадратные скобки текст варианта В подпункта (j)(ii) проекта статьи 5 (см. пункт ...). Было также согласовано, что везде в подпунктах (a)-(c) проекта статьи 16(1) следует использовать надлежащий термин "в отношении". Кроме того, в целях согласованности было решено заменить в английском тексте статьи 19 термин "receivables" термином "receivable" (т.е. дать его в единственном числе). В отношении проекта статьи 20 было согласовано, что в пункте 1 ссылка должна делаться на любой другой договор, который "был" частью той же сделки, и что в пункте 3 ссылка должна делаться на возражения и права на зачет, на которые должник "может ссылаться". Что касается проекта статьи 21, то содержащаяся в пункте 1 ссылка была заменена ссылкой на "письменное соглашение, подписанное должником" в целях соответствия с пунктом 3.

212. Была высказана озабоченность в отношении того, что проект статьи 24 выходит за пределы охвата приоритета в дебиторской задолженности и поступлениях и что он таким образом не соответствует принятому Рабочей группой решению в отношении политики. В ответ было отмечено, что хотя вопрос о степени и наличии права цессии и лица, финансирующего товарные запасы, в дебиторской задолженности и поступлениях действительно подробно не обсуждались, данный вопрос отмечался в ходе дискуссии. Было отмечено также, что, отвечая на вопрос Секретариата, Рабочая группа подтвердила, что эти вопросы должны быть охвачены, хотя они и не обсуждались. В отношении проекта статьи 24 было предложено дать следующее ее название: "Право, применимое к коллидирующим правам других сторон".

213. В отношении пункта 2 нового проекта статьи 26 было согласовано, что необходимо уточнить, что "право цессии" имеет приоритет по сравнению с правом в уступленной дебиторской задолженности. Было выражено мнение о том, что всю главу V проекта конвенции следует оставить в квадратных скобках. Вместе с тем высказывалась та точка зрения, что проведенная дискуссия в отношении этой главы будет должным образом отражена в докладе Рабочей группы. Что касается проекта статьи 27, то содержащаяся в пункте 2 ссылка была заменена на ссылку на обычное местожительство "цедента", и была изменена формулировка пункта 3 таким образом, чтобы сделать ссылку на то, "в какой степени" договор не может отходить от норм права. В соответствии со своим решением, принятым после подготовки доклада редакционной группы (см. пункт 195), Рабочая группа согласилась с тем, что следует исключить новый пункт 3 проекта статьи 33 (см. пункты 88-91) и пересмотреть пункты 1 и 2 в соответствии со стандартными положениями, касающимися урегулирования коллизий с другими международными соглашениями, содержащимися в других международных конвенциях, таких как Конвенция Организации Объединенных Наций о договоре купли-продажи. В ответ на заданный вопрос было отмечено, что вопрос о применении термина "данные" или какого-либо другого термина в проекте статьи 1 приложения, был оставлен на усмотрение редакционной группы при том понимании, что любой используемый термин должен отражать принятое Рабочей группой решение в отношении политики в пользу системы регистрации уведомлений, а не системы регистрации документов. В отношении проекта статьи 4 приложения было указано, что в пункте 1 термин "уступленной" следует заменить термином "охваченной" для того, чтобы обеспечить, чтобы указанное описание относилось также к будущей дебиторской задолженности; в подпункте 2(b) следует сделать ссылку на "еще не завершенную" дебиторскую задолженность; в пункте 3 следует сделать ссылку не на "возобновление", а на "продление" регистрации, а в пункте 4 следует сделать ссылку на "правильное" наименование цедента. Против этих предложений высказывались возражения. Многие члены Рабочей группы придерживались мнения о том, что подготовленная редакционной группой формулировка является удовлетворительной.

214. Было согласовано, что последнюю часть нового проекта статьи 36 (см. приложение к настоящему докладу) начиная со слов "если цедент" следует заключить в квадратные скобки, с тем чтобы указать, что затрагиваемый в ней вопрос требует дальнейшего обсуждения. Было также согласовано, что новые проекты статей 40(3), 41(5) и 43(3) (см. приложение к настоящему докладу) следует заключить в квадратные скобки, с тем чтобы указать, что затрагиваемые в них вопросы требуют тщательного изучения и дальнейшего рассмотрения.

VII. БУДУЩАЯ РАБОТА

215. Рабочая группа отметила, что пока еще не урегулированы такие вопросы, как значение термина "место нахождения", специальный режим в отношении финансовой дебиторской задолженности и сфера действия положений проекта конвенции, относящихся к международному частному праву. Вместе с тем при том понимании, что такие вопросы могут быть урегулированы Комиссией, Рабочая группа решила завершить свою работу утверждением проекта конвенции в целом и представить его Комиссии на ее следующей сессии для окончательного рассмотрения и утверждения (Нью-Йорк, 12 июня - 7 июля 2000 года). Было отмечено, что утвержденный Рабочей группой текст проекта конвенции будет распространен среди всех государств и заинтересованных международных организаций для представления замечаний и что Секретариат подготовит аналитическую подборку этих замечаний. Было также отмечено, что Секретариат доработает и распространит комментарий к проекту конвенции. Была высказана надежда на то, что подборка замечаний и комментарий окажут помощь делегатам в их работе на сессии Комиссии и позволят Комиссии завершить разработку проекта конвенции и утвердить его.

Приложение I

Сводный текст проекта конвенцииПРОЕКТ КОНВЕНЦИИ ОБ УСТУПКЕ [ПРИ ФИНАНСИРОВАНИИ ПОД ДЕБИТОРСКУЮ ЗАДОЛЖЕННОСТЬ]
[ДЕБИТОРСКОЙ ЗАДОЛЖЕННОСТИ В МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛЕ]

ПРЕАМБУЛА

Договаривающиеся государства,

вновь подтверждая свою убежденность в том, что международная торговля на основе равенства и взаимной выгоды является важным элементом в деле содействия развитию дружественных отношений между государствами,

[считая, что] [учитывая] проблемы, возникающие ввиду неопределенности в отношении содержания и выбора правового режима, применимого к уступкам [дебиторской задолженности] в международной торговле, [представляют собой препятствие для сделок финансирования],

стремясь закрепить принципы и принять правила, [касающиеся уступки дебиторской задолженности,] которые позволят добиться определенности и транспарентности и будут содействовать модернизации права в области [уступок дебиторской задолженности], [финансирования под дебиторскую задолженность], [включая, в частности, уступки, используемые при факторинге, форфейтинге, секьюритизации, проектном финансировании и рефинансировании,] обеспечивая при этом защиту существующей практики [финансирования] [уступок] и способствуя развитию новых видов практики,

стремясь также обеспечить надлежащую защиту интересов должника в случае уступки дебиторской задолженности,

полагая, что принятие единообразных правил, регулирующих уступки [при финансировании под дебиторскую задолженность] [дебиторской задолженности], будет способствовать развитию международной торговли и расширению возможностей получения [финансовых ресурсов и] кредита по более доступным ставкам,

договорились о следующем:

ГЛАВА I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ

Статья 1. Сфера применения

1) Настоящая Конвенция применяется:

- a) к уступкам международной дебиторской задолженности и международным уступкам дебиторской задолженности, как они определяются в настоящей главе, если в момент заключения договора уступки cedent находится в Договаривающемся государстве;
- b) к последующим уступкам дебиторской задолженности, при условии, что любая предшествующая уступка регулируется настоящей Конвенцией; и
- c) к последующим уступкам, которые регулируются настоящей Конвенцией согласно подпункту (a) настоящего пункта, независимо от того, что какая-либо предшествующая уступка не регулируется настоящей Конвенцией.

2) Настоящая Конвенция не затрагивает прав и обязательств должника, за исключением случаев, когда должник находится в Договаривающемся государстве или когда право, регулирующее дебиторскую задолженность, является правом Договаривающегося государства.

[3) Положения главы V применяются к уступкам международной дебиторской задолженности и к международным уступкам дебиторской задолженности, как они определяются в настоящей главе, независимо от пунктов 1 и 2 настоящей статьи. Однако эти положения не применяются, если государство делает заявление согласно статье 37.]

4) Приложение к настоящей Конвенции применяется в Договаривающемся государстве, которое сделало заявление согласно статье 36.

Статья 2. Уступка дебиторской задолженности

Для целей настоящей Конвенции:

а) "уступка" означает передачу по договоренности одним лицом ("цедентом") другому лицу ("цессионарию") договорного права цедента на платеж денежной суммы ("дебиторской задолженности"), причитающейся с третьего лица ("должника"). Создание прав в дебиторской задолженности в качестве обеспечения долга или иного обязательства считается передачей;

б) в случае уступки первоначальным или любым другим цессионарием ("последующие уступки") лицо, совершающее эту уступку, является цедентом, а лицо, в пользу которого совершается эта уступка, является цессионарием.

Статья 3. Международный характер

Дебиторская задолженность является международной, если в момент заключения первоначального договора цедент и должник находятся в разных государствах. Уступка является международной, если в момент заключения договора уступки цедент и цессионарий находятся в разных государствах.

Статья 4. Исключения

1) Настоящая Конвенция не применяется к уступкам:

- а) совершаемым для личных, семейных или домашних целей;
- б) в той мере, в какой уступка совершается путем вручения оборотного документа с любым необходимым индоссаментом;
- в) совершаемым в рамках продажи или изменения собственника или правового положения коммерческого предприятия, из которых возникла уступленная дебиторская задолженность.

[2) Настоящая Конвенция не применяется к уступкам, перечисленным в заявлении, сделанном согласно статье 39 государством, в котором находится цедент, или - в отношении положений настоящей Конвенции, касающихся прав и обязанностей должника, - государством, в котором находится должник.]

[Статья 5. Ограничения в отношении дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью

Вариант А

1) Статьи 17, 18, 19, 20 и 22 затрагивают права и обязательства должника в отношении дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью, только в той степени, в какой должник даст свое согласие на это.

2) Независимо от статей 11(2) и 12(3) цедент, уступающий дебиторскую задолженность, не являющуюся торговой дебиторской задолженностью, не несет ответственности перед должником за нарушение ограничения на уступку, указанного в статьях 11(1) и 12(2), и такое нарушение не имеет силы.

Вариант В

Статьи 11 и 12 и раздел II главы IV касаются лишь уступок торговой дебиторской задолженности. Что касается уступок дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью, вопросы, затрагиваемые в этих статьях, должны регулироваться в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права.]

ГЛАВА II. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 6. Определения и правила толкования

Для целей настоящей Конвенции:

- a) "первоначальный договор" означает договор между цедентом и должником, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность;
- b) "существующая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает в момент заключения договора уступки или до его заключения; "будущая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает после заключения договора уступки;
- c) "финансирование под дебиторскую задолженность" означает любую сделку, в рамках которой имущество, кредит или связанные с ними услуги предоставляются в обмен на имущество в виде дебиторской задолженности. Финансирование под дебиторскую задолженность включает факторинг, форфейтинг, секьюритизацию, проектное финансирование и рефинансирование;]
- d) "письменная форма" означает любую форму, в которой информация является доступной для ее последующего использования. В случаях, когда настоящая Конвенция требует, чтобы письменная форма была подписана, это требование считается выполненным, если в этой письменной форме с помощью общепризнанных средств или процедуры, одобренной лицом, подпись которого требуется, идентифицируется это лицо и указывается на согласие этого лица с информацией, содержащейся в письменной форме;
- e) "уведомление об уступке" означает сообщение в письменной форме, в котором разумно идентифицируется уступленная дебиторская задолженность и цессионарий;
- f) "управляющий в деле о несостоятельности", означает лицо или учреждение - включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, - которое уполномочено в рамках производства по делу о несостоятельности управлять реорганизацией или ликвидацией архивов или деловых операций цедента;
- g) "производство по делу о несостоятельности" означает коллективное судебное или административное производство - включая временное производство, - в рамках которого активы и деловые операции цедента подлежат контролю или наблюдению со стороны суда или иного компетентного органа в целях реорганизации или ликвидации;
- h) "приоритет" означает преимущественное право какой-либо стороны по отношению к другой стороне;
- i) i) лицо находится в государстве, в котором расположено его коммерческое предприятие;
- ii) если цедент или цессионарий имеет более чем одно коммерческое предприятие, местом нахождения коммерческого предприятия является то место, в котором осуществляется его центральное управление;
- iii) если должник имеет более чем одно коммерческое предприятие, коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором;
- iv) если лицо не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание обычное место жительства этого лица;
- j) "право" означает право, действующее в каком-либо государстве, иное, чем его нормы международного частного права;
- k) "поступления" означает все полученное по уступленной дебиторской задолженности, будь то в форме полной или частичной уплаты или иного погашения дебиторской задолженности. Этот термин охватывает все полученное в отношении поступлений. Термин не включает возвращенные товары.
- [l) "торговая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, возникающую в связи с первоначальным договором купли-продажи или аренды товаров или договором о предоставлении услуг, помимо финансовых услуг.]

Статья 7. Автономия сторон

Цедент, цессионарий и должник могут по договоренности отходить от положений настоящей Конвенции, касающихся их соответствующих прав и обязательств, или изменять эти положения. Такая договоренность не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной этой договоренности.

Статья 8. Принципы толкования

- 1) При толковании настоящей Конвенции надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении и соблюдению добросовестности в международной торговле.
- 2) Вопросы, относящиеся к предмету регулирования настоящей Конвенции, которые прямо в ней не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а в отсутствие таких принципов - в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права.

ГЛАВА III. ПОСЛЕДСТВИЯ УСТУПКИ

Статья 9. Действительность групповых уступок, уступок будущей дебиторской задолженности и частичных уступок

- 1) Уступка существующей или будущей, одной или нескольких дебиторских задолженностей и частей или неразделенных интересов в дебиторской задолженности является действительной, независимо от того, определены ли дебиторские задолженности:
 - a) индивидуально в качестве дебиторских задолженностей, с которыми связана эта уступка; или
 - b) любым другим способом, при условии, что они могут быть идентифицированы в качестве дебиторских задолженностей, с которыми связана уступка, в момент уступки или - в случае будущих дебиторских задолженностей - в момент заключения первоначального договора.
- 2) В отсутствие договоренности об ином уступка одной или нескольких будущих дебиторских задолженностей является действительной в момент заключения первоначального договора без необходимости совершения нового акта передачи для уступки каждой дебиторской задолженности.

Статья 10. Момент уступки

Существующая дебиторская задолженность передается, а будущая дебиторская задолженность считается переданной в момент заключения договора уступки, если только цедент и цессионарий не укажут более поздний момент.

Статья 11. Договорные ограничения на уступку

- 1) Уступка дебиторской задолженности является действительной независимо от любой договоренности между первоначальным или любым последующим цедентом и должником или любым последующим цессионарием, ограничивающей каким бы то ни было образом право цедента уступать свою дебиторскую задолженность.
- 2) Ничто в настоящей статье не затрагивает никакого обязательства или ответственности цедента за нарушение такой договоренности. Лицо, не являющееся стороной такой договоренности, не несет ответственности только на том основании, что оно знало о ее существовании.

Статья 12. Передача обеспечительных прав

- 1) Личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается цессионарию без дополнительного акта передачи, за исключением случая, когда согласно закону, регулируемому такое право, оно может быть передано только с дополнительным актом передачи. Если такое право согласно регулируемому его закону может быть передано только с дополнительным актом передачи, цедент обязан передать это право и любое поступления цессионарию.
- 2) Право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается согласно пункту 1 настоящей статьи, независимо от договоренности между цедентом и должником или иным лицом, предоставляющим это право, ограничивающей каким бы то ни было образом право цедента уступать дебиторскую задолженность или право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности.
- 3) Ничто в настоящей статье не затрагивает никакого обязательства или ответственности цедента за нарушение договоренности, о которой говорится в пункте 2 настоящей статьи. Лицо, не являющееся стороной такой договоренности, не несет ответственности только на том основании, что оно знало о ее существовании.
- 4) Передача какого-либо вещного имущественного права согласно пункту 1 настоящей статьи не затрагивает никаких обязательств цедента перед должником или лицом, предоставившим имущественное право в отношении переданного имущества, которые могут существовать согласно закону, регулируемому это имущественное право.

5) Пункт 1 настоящей статьи не затрагивает никакого требования на основании иных норм права, чем положения настоящей Конвенции, касающегося формы или регистрации передачи любых прав, обеспечивающих платеж уступленной дебиторской задолженности.

ГЛАВА IV ПРАВА, ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ВОЗРАЖЕНИЯ

Раздел I. Цедент и цессионарий

Статья 13. Права и обязательства цедента и цессионария

- 1) Права и обязательства цедента и цессионария, вытекающие из договоренности между ними, определяются условиями этой договоренности, включая любые упомянутые в ней правила или общие условия.
- 2) Цедент и цессионарий связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и, в отсутствие договоренности об ином, любой практикой, которую они установили в своих отношениях.
- 3) В случае международной уступки считается, что цедент и цессионарий, в отсутствие договоренности об ином, подразумевали применение к уступке обычая, который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается участниками соответствующих операций [финансирования под дебиторскую задолженность].

Статья 14. Гарантии со стороны цедента

- 1) Если цедент и цессионарий не договорились об ином, в момент заключения договора уступки цедент гарантирует, что:
 - a) цедент обладает правом уступать дебиторскую задолженность;
 - b) цедент не уступал дебиторскую задолженность ранее другому цессионарию; и
 - c) должник не имеет и не будет иметь никаких возражений или прав на зачет.
- 2) Если цедент и цессионарий не договорились об ином, цедент не гарантирует, что должник обладает или будет обладать финансовыми возможностями произвести платеж.

Статья 15. Право на уведомление должника

- 1) Если цедент и цессионарий не договорились об ином, цедент или цессионарий или и тот и другой могут направить должнику уведомление об уступке и платежную инструкцию, однако после направления уведомления платежную инструкцию может направлять только цессионарий.
- 2) Уведомление об уступке или платежная инструкция, направленные в нарушение любой договоренности, о которой говорится в пункте 1 настоящей статьи, являются действительными для целей статьи 19, несмотря на такое нарушение. Однако ничто в настоящей статье не затрагивает никакого обязательства или ответственности стороны, нарушившей такую договоренность, за любые убытки, возникшие в результате нарушения.

Статья 16. Право на платеж

- 1) Если цедент и цессионарий не договорились об ином и независимо от того, было ли направлено уведомление об уступке:
 - a) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цессионарию, цессионарий имеет право удерживать поступления и возвращенные товары по уступленной дебиторской задолженности;
 - b) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цеденту, цессионарий имеет право на выплаченные поступления, а также право на товары, возвращенные цеденту по уступленной дебиторской задолженности;
 - c) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен другому лицу, по отношению к которому цессионарий имеет приоритет, цессионарий имеет право на выплаченные поступления, а также право на возвращенные такому лицу товары по уступленной дебиторской задолженности.
- 2) Цессионарий не может удерживать больше того, что ему причитается из дебиторской задолженности.

Раздел II. Должник

Статья 17. Принцип защиты должника

- 1) За исключением случаев, когда настоящей Конвенцией предусмотрено иное, уступка, совершенная без согласия должника, не затрагивает прав и обязательств должника, включая условия платежа, содержащиеся в первоначальном договоре.
- 2) В платежной инструкции может быть изменено лицо, адрес или счет, в отношении которого должник должен произвести платеж, однако не может быть:
 - a) изменена валюта платежа, указанная в первоначальном договоре; или
 - b) изменено указанное в первоначальном договоре государство, в котором должен быть произведен платеж, на иное государство, чем то, в котором находится должник.

Статья 18. Уведомление должника

- 1) Уведомление об уступке и платежная инструкция являются действительными, когда они получены должником, если они составлены на языке, который разумно позволяет должнику ознакомиться с их содержанием. Считается достаточным, если уведомление об уступке или платежная инструкция составлены на языке первоначального договора.
- 2) Уведомление об уступке или платежная инструкция может касаться дебиторской задолженности, которая возникает после уведомления.
- 3) Уведомление о последующей уступке представляет собой уведомление о любой предшествующей уступке.

Статья 19. Освобождение должника от ответственности в результате платежа

- 1) До получения должником уведомления об уступке должник имеет право на освобождение от ответственности посредством платежа в соответствии с первоначальным договором. После получения должником уведомления об уступке, с учетом пунктов 2-6 настоящей статьи, должник освобождается от ответственности, только произведя платеж цессионарию и, если в уведомлении об уступке содержатся иные инструкции или если он впоследствии получил от цессионария в письменной форме иные инструкции, - в соответствии с такими инструкциями.
- 2) Если должник получает уведомление о более чем одной уступке одной и той же дебиторской задолженности, совершенных одним и тем же цедентом, должник освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с первым полученным уведомлением.
- 3) Если должник получает более чем одну платежную инструкцию, касающуюся одной и той же уступки одной и той же дебиторской задолженности, совершенной одним и тем же цедентом, должник освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с последней платежной инструкцией, полученной от цессионария до платежа.
- 4) Если должник получает уведомление об одной или нескольких последующих уступках, должник освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с уведомлением о последней из таких последующих уступок.
- 5) Если должник получает уведомление об уступке от цессионария, должник имеет право потребовать от цессионария представить ему в течение разумного срока надлежащее доказательство того, что уступка была совершена, и, если цессионарий этого не делает, должник освобождается от ответственности, произведя платеж цеденту. Надлежащие доказательства включают, в частности, любую письменную форму, исходящую от цедента, с указанием, что уступка была совершена.
- 6) Настоящая статья не затрагивает никаких иных оснований, по которым платеж должника лицу, имеющему право на платеж, компетентному судебному или иному органу или в публичный депозитный фонд, освобождает должника от ответственности.

Статья 20. Возражения и права на зачет со стороны должника

- 1) Если цессионарий предъявляет должнику требование произвести платеж по уступленной дебиторской задолженности, должник может сослаться в отношении цессионария на все вытекающие из первоначального договора и любого другого договора, являющегося частью той же сделки, возражения или права на зачет, которые должник мог бы использовать, если бы такое требование было заявлено цедентом.
- 2) Должник может сослаться в отношении цессионария на любое другое право на зачет, при условии, что оно имеется у должника в момент получения уведомления об уступке.
- 3) Независимо от положений пунктов 1 и 2 настоящей статьи, возражения и права на зачет, на которые согласно статье 11 мог бы сослаться должник в отношении цедента в связи с нарушением договоренностей, ограничивающих каким

бы то ни было образом право цедента уступать свою дебиторскую задолженность, не могут быть использованы должником в отношении цессионария.

Статья 21. Договоренность не ссылаться на возражения и права на зачет

1) Без ущерба для права, регулирующего защиту должника в сделках, совершенных в личных, семейных или домашних целях в государстве, в котором он находится, должник может в подписанной письменной форме договориться с цедентом не ссылаться в отношении цессионария на возражения и права на зачет, которые он мог бы использовать согласно статье 20. Такая договоренность лишает должника права ссылаться в отношении цессионария на такие возражения и права на зачет.

2) Должник не может отказаться:

- a) от возражений, вытекающих из обманных действий со стороны цессионария;
- b) от возражений, основанных на недееспособности должника.

3) Такая договоренность может быть изменена только путем письменного соглашения, подписанного должником. Последствия такого изменения по отношению к цессионарию определяются статьей 22(2).

Статья 22. Изменение первоначального договора

1) Договоренность, которая заключена между цедентом и должником до уведомления об уступке и которая затрагивает права цессионария, имеет силу в отношении цессионария, и цессионарий приобретает соответствующие права.

2) После уведомления об уступке договоренность между цедентом и должником, затрагивающая права цессионария, не имеет силы в отношении цессионария, за исключением случаев, когда:

- a) цессионарий дает на это свое согласие; или
- b) дебиторская задолженность не полностью подкреплена исполнением и либо изменение предусмотрено в первоначальном договоре, либо в контексте первоначального договора разумный цессионарий согласился бы на такое изменение.

3) Пункты 1 и 2 настоящей статьи не затрагивают никаких прав цедента или цессионария в связи с нарушением договоренности между ними.

Статья 23. Истребование уплаченных сумм

Без ущерба для права, регулирующего защиту должника в сделках, совершаемых в личных, семейных или домашних целях в государстве, в котором он находится, и прав должника согласно статье 20, неисполнение цедентом первоначального договора не дает должнику права на истребование у цессионария сумм, уплаченных должником цеденту или цессионарию.

Раздел III. Другие стороны

Статья 24. Право, применимое к коллизии прав других сторон

За исключением вопросов, урегулированных в других разделах настоящей Конвенции, и при условии соблюдения положений статей 25 и 26 право государства, в котором находится цедент, регулирует:

a) степень права цессионария в уступленной дебиторской задолженности и приоритет права цессионария в отношении коллидирующих прав в уступленной дебиторской задолженности, принадлежащих:

- i) другому цессионарию той же дебиторской задолженности от того же цедента, даже если эта дебиторская задолженность не является международной дебиторской задолженностью и уступка такому цессионарию не является международной уступкой;
- ii) кредитору цессионария; и
- iii) управляющему в деле о несостоятельности;

b) наличие и степень права лиц, указанных в пункте I(a)(i)-(iii), в поступлениях от уступленной дебиторской задолженности, а также приоритет права цессионария в этих поступлениях в отношении коллидирующих прав таких лиц; и

- с) вопрос о том, имеет ли в силу закона кредитор право в уступленной дебиторской задолженности вследствие его права в другом имуществе cedent, а также степень любого такого права в уступленной дебиторской задолженности.

Статья 25. Публичный порядок и преференциальные права

- 1) Суд или иной компетентный орган может отказать в применении какого-либо положения права государства, в котором находится cedent, только в том случае, если это положение явно противоречит публичному порядку государства суда.
- 2) Если процедура банкротства начинается в каком-либо ином государстве, чем государство, в котором находится cedent, то любое преференциальное право, которое возникает в силу права государства суда и которому отдается приоритет по отношению к правам цессионария при процедуре банкротства в соответствии с правом этого государства, обладает таким приоритетом независимо от статьи 24. Государство может в любой момент сдать на хранение заявление, в котором будут определены эти преференциальные права.

Статья 26. Специальные правила в отношении поступлений

- 1) Если поступления от уступленной дебиторской задолженности получены цессионарием, то цессионарий имеет право сохранить такие поступления в той мере, в какой право цессионария в уступленной дебиторской задолженности имеет приоритет по сравнению с конкурирующими правами на уступленную дебиторскую задолженность, принадлежащими лицам, указанным в подпункте (a)(i)-(iii) статьи 24.
- 2) Если поступления от уступленной дебиторской задолженности получены cedentом, право цессионария в этих поступлениях имеет приоритет по сравнению с конкурирующими правами в этих поступлениях, принадлежащими лицам, указанным в подпункте (a)(i)-(iii) статьи 24, в той же мере, в какой цессионарий имеет приоритет по сравнению с правом этих лиц в уступленной дебиторской задолженности, если:
- a) cedent получил поступления по указанию цессионария осуществлять хранение поступлений в пользу цессионария; и
 - b) поступления хранятся cedentом в пользу цессионария отдельно и являются в разумной степени отличимыми от активов cedenta, как то в виде отдельного депозитного счета, на котором хранятся только поступления в форме денежной наличности от дебиторской задолженности, уступленной цессионарию.

Статья 27. Уступка приоритета

Цессионарий, обладающий приоритетом, может в любой момент в одностороннем порядке или по договоренности уступить свой приоритет любому из существующих или будущих цессионариев.

ГЛАВА V. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА

Статья 28. Право, применимое к правам и обязательствам cedenta и цессионария

- 1) [За исключением вопросов, урегулированных в настоящей Конвенции.] права и обязательства cedenta и цессионария по договору уступки регулируются правом, прямо избранным cedentом и цессионарием.
- 2) В отсутствие выбора права cedentом и цессионарием их права и обязательства по договору уступки регулируются правом государства, с которым наиболее тесно связан договор уступки. В отсутствие доказательств противного считается, что договор уступки наиболее тесно связан с государством, в котором находится коммерческое предприятие cedenta. Если cedent имеет более чем одно коммерческое предприятие, принимается во внимание коммерческое предприятие, наиболее тесно связанное с договором. Если cedent не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание его обычное место жительства.
- 3) Если договор уступки связан только с одним государством, тот факт, что cedent и цессионарий избрали право другого государства, не наносит ущерба применению права государства, с которым связана уступка, если отход от этого права не допускается договором.

Статья 29. Право, применимое к правам и обязательствам цессионария и должника

[За исключением вопросов, урегулированных в настоящей Конвенции.] право, регулирующее дебиторскую задолженность, к которой относится уступка, определяет обеспеченность правовой санкцией установленных в договоре ограничений на уступку, отношения между цессионарием и должником, условия, при которых на уступку можно ссылаться в отношении должника, и любой вопрос о том, были ли исполнены обязательства должника.

Статья 30. Право, применимое к коллизии прав других сторон

- 1) Право государства, в котором находится цедент, регулирует следующее:
 - a) степень права цессионария в уступленной дебиторской задолженности и приоритет права цессионария по отношению к коллидирующим правам в уступленной дебиторской задолженности, принадлежащим:
 - i) другому цессионарию по той же дебиторской задолженности от того же цедента, даже если эта дебиторская задолженность не является международной дебиторской задолженностью и уступка этому цессионарию не является международной уступкой;
 - ii) кредитору цедента;
 - iii) управляющему в деле о несостоятельности;
 - b) наличие и степень права лиц, указанных в пункте 1(a)(i)-(iii), в поступлениях от уступленной дебиторской задолженности и приоритет права цессионария в этих поступлениях по отношению к коллидирующим правам таких лиц; и
 - c) наличие в силу закона у кредитора права в уступленной дебиторской задолженности вследствие его права в другом имуществе цедента, а также степень любого такого права в уступленной дебиторской задолженности.
- 2) Суд или иной компетентный орган может отказать в применении какого-либо положения права государства, в котором находится цедент, только в том случае, если это положение прямо противоречит публичному порядку государства суда.
- 3) Если производство по делу о несостоятельности начинается в каком-либо ином государстве, чем государство, в котором находится цедент, то любое преференциальное право, которое возникает согласно праву государства суда и которому отдается приоритет по сравнению с правами цессионария при процедуре банкротства согласно праву этого государства, обладает таким приоритетом независимо от пункта 1 настоящей статьи. Государство может в любой момент сдать на хранение заявление, в котором будут определены эти преференциальные права.

Статья 31. Императивные нормы

- 1) Ничто в статьях 28 и 29 не ограничивает применения норм права государства суда в ситуации, когда они являются императивными, вне зависимости от права, применимого на иных основаниях.
- 2) Ничто в статьях 28 и 29 не ограничивает применения императивных норм права другого государства, с которым вопросы, урегулированные в этих статьях, имеют тесную связь, если - и в той мере, в которой - согласно праву этого другого государства эти нормы должны применяться вне зависимости от права, применимого на иных основаниях.

Статья 32. Публичный порядок

В отношении вопросов, урегулированных в настоящей главе, в применении какого-либо положения права, указанного в настоящей главе, может быть отказано судом или иным компетентным органом только в том случае, если это положение явно противоречит публичному порядку государства суда.]

ГЛАВА VI. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯСтатья 33. Депозитарий

Депозитарием настоящей Конвенции является Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций.

Статья 34. Подписание, ратификация, принятие, утверждение, присоединение

- 1) Настоящая Конвенция открыта для подписания всеми государствами в Центральном учреждении Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке до ...
- 2) Настоящая Конвенция подлежит ратификации, принятию или утверждению подписавшими ее государствами.
- 3) Настоящая Конвенция открыта для присоединения всех не подписавших ее государств с даты открытия ее для подписания.
- 4) Ратификационные грамоты или документы о принятии, утверждении и присоединении сдаются на хранение Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций.

Статья 35. Применение в отношении территориальных единиц

- 1) Если государство имеет две или более территориальные единицы, в которых применяются различные системы права в отношении вопросов, являющихся предметом регулирования настоящей Конвенции, то оно может в любое время заявить, что настоящая Конвенция распространяется на все его территориальные единицы или только на одну или несколько из них, и может в любое время представить другое заявление вместо ранее сделанного.
- 2) В этих заявлениях должны прямо указываться территориальные единицы, на которые распространяется действие Конвенции.
- 3) Если в силу заявления, сделанного в соответствии с настоящей статьей, действие настоящей Конвенции распространяется не на все территориальные единицы какого-либо государства, и цедент или должник находится в территориальной единице, на которую действие Конвенции не распространяется, это место нахождения не рассматривается как находящееся в Договаривающемся государстве.
- 4) Если государство не делает заявления в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, действие Конвенции распространяется на все территориальные единицы этого государства.

Статья 36. Коллизии с другими международными соглашениями

Настоящая Конвенция не имеет преимущественной силы по отношению к любому международному соглашению, которое уже заключено или может быть заключено и которое содержит положения по вопросам, регулируемым в настоящей Конвенции [если цедент расположен в государстве, являющемся стороной такого соглашения, или - в отношении положений настоящей Конвенции, регулирующих права и обязанности должника, - если должник находится в государстве, являющемся стороной такого соглашения].

Статья 37. Применение главы V

Государство может в любое время заявить о том, что оно не будет связано положениями главы V.

Статья 38. Ограничения в отношении административных и других государственных органов

Государство может в любое время заявить о том, что оно не будет связано положениями статей 11 и 12, если должник или любое лицо, предоставляющее личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, находится в этом государстве в момент заключения первоначального договора и является правительственным ведомством, центральным или местным, любым его подразделением или иным государственным органом. В том случае, когда государство сделало такое заявление, положения статей 11 и 12 не затрагивают прав и обязанностей этого должника или лица.

[Статья 39. Другие исключения

Государство может в любое время заявить, что оно не будет применять Конвенцию к определенным видам практики, перечисленным в заявлении. В таком случае Конвенция не применяется к таким видам практики, если цедент находится в таком государстве или - в отношении положений настоящей Конвенции, касающихся прав и обязанностей должника, - если должник находится в таком государстве.]

Статья 40. Применение приложения

- 1) Договаривающееся государство может в любое время заявить о том, что [оно будет связано либо разделами I и/или II, либо разделом III приложения к настоящей Конвенции.] [оно:
 - a) будет связано нормами в отношении приоритета на основе регистрации, изложенными в разделе I приложения, и будет участвовать в международной системе регистрации, создаваемой согласно разделу II приложения;
 - b) будет связано нормами в отношении приоритета на основе регистрации, изложенными в разделе I приложения, и будет осуществлять такие нормы путем использования системы регистрации, отвечающей целям таких норм [как это определяется в правилах, принятых в соответствии с разделом II приложения], и в этом случае для целей раздела I приложения регистрация в соответствии с такой системой будет иметь ту же силу, что и регистрация в соответствии с разделом II приложения; или
 - c) будет связано нормами в отношении приоритета на основе момента заключения договора уступки, изложенными в разделе III приложения.
- 2) Для целей статьи 24 правом Договаривающегося государства, сделавшего заявление в соответствии с пунктом 1(a) или 1(b) настоящей статьи, является свод правил, установленных в разделе I приложения, а правом Договаривающегося

государства, сделавшего заявление согласно пункту 1(с) настоящей статьи, является свод правил, установленных в разделе III приложения. Договаривающееся государство может установить правила, согласно которым уступки, сделанные до вступления в силу заявления, в течение разумного времени начинают подпадать под действие этих правил.

3) Договаривающееся государство, не сделавшее заявления в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, может согласно своим внутренним нормам в отношении приоритета использовать систему регистрации, создаваемую в соответствии с разделом II приложения.]

Статья 41. Действие заявления

- 1) Заявления в соответствии со статьями 35(1) и 37-40, сделанные в момент подписания, подлежат подтверждению при ратификации, принятии или утверждении.
- 2) Заявления и подтверждения заявлений должны делаться в письменной форме и официально сообщаться депозитарию.
- 3) Заявление вступает в силу одновременно со вступлением в силу настоящей Конвенции в отношении соответствующего государства. Вместе с тем заявление, о котором депозитарий получает официальное уведомление после такого вступления в силу, вступает в силу в первый день месяца по истечении шести месяцев после даты его получения депозитарием.
- 4) Любое государство, делающее заявление в соответствии со статьями 35(1) и 37-40, может отозвать его в любое время, направив депозитарию официальное письменное уведомление. Такой отзыв вступает в силу в первый день месяца по истечении шести месяцев с даты получения этого уведомления депозитарием.
- [5) Заявление или его отзыв не затрагивают права сторон, возникающие в связи с уступками, совершенными до дня вступления в силу заявления или его отзыва.]

Статья 42. Оговорки

Не допускаются никакие оговорки, кроме тех, которые прямо предусмотрены настоящей Конвенцией.

Статья 43. Вступление в силу

- 1) Настоящая Конвенция вступает в силу в первый день месяца по истечении шести месяцев после даты сдачи на хранение пятой ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении.
- 2) Для каждого государства, становящегося Договаривающимся государством настоящей Конвенции после даты сдачи на хранение пятой ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении, настоящая Конвенция вступает в силу в первый день месяца по истечении шести месяцев после даты сдачи на хранение соответствующего документа от имени этого государства.
- [3) Настоящая Конвенция применяется только к уступкам, совершенным в дату вступления или после даты вступления настоящей Конвенции в силу в отношении Договаривающегося государства, упомянутого в статье 1(1).]

Статья 44. Денонсация

- 1) Договаривающееся государство может в любое время денонсировать настоящую Конвенцию путем направления депозитарию письменного уведомления.
- 2) Денонсация вступает в силу в первый день месяца по истечении одного года после получения уведомления депозитарием. Если в уведомлении указан более длительный срок, то денонсация вступает в силу по истечении такого более длительного срока после получения уведомления депозитарием.
- [3) Конвенция остается применимой к уступкам, совершенным до даты вступления денонсации в силу.]

Приложение

Раздел I. Правила определения преимущественных прав на основе регистрации

Статья 1. Преимущественные права в отношениях между несколькими цессионариями

В отношениях между цессионариями, получившими одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же cedenta, преимущественные права определяются на основе очередности, в которой данные об уступке регистрируются согласно разделу II настоящего приложения, независимо от момента передачи дебиторской задолженности. Если никаких таких данных не зарегистрировано, преимущественные права определяются на основе момента уступки.

Статья 2. Преимущественные права в отношениях между цессионарием
и управляющим в деле о несостоятельности
или кредиторами cedenta

[С учетом статьи 25 настоящей Конвенции,] цессионарий обладает преимущественным правом по отношению к управляющему в деле о несостоятельности и кредиторам cedenta, включая кредиторов, обращающихся за наложением ареста на уступленную дебиторскую задолженность, если дебиторская задолженность была уступлена, а данные об уступке были зарегистрированы согласно разделу II настоящего приложения до открытия производства по делу о несостоятельности или наложения ареста.

Раздел II. Регистрация

Статья 3. Создание системы регистрации

Для регистрации данных об уступках в соответствии с настоящей Конвенцией будет создана система регистрации, правила функционирования которой будут приняты регистратором и контролирующим органом. В правилах будет подробно регламентироваться функционирование системы регистрации, а также процедура для урегулирования споров, связанных с таким функционированием.

Статья 4. Регистрация

1) Любое лицо, обладающее соответствующими полномочиями в силу установленных правил, может зарегистрировать в регистре данные в отношении уступки в соответствии с настоящей Конвенцией и правилами регистрации. Регистрируемыми данными являются наименование cedenta и цессионария, как предусмотрено в правилах, а также краткое описание уступленной дебиторской задолженности.

2) Одна регистрация может охватывать:

- a) уступку cedentом цессионарию нескольких статей дебиторской задолженности;
- b) еще не совершенную уступку;
- c) уступку дебиторской задолженности, не существующей на момент регистрации.

3) Регистрация или ее изменение вступает в силу с того момента, когда данные, упомянутые в пункте 1, становятся доступными для сторон, осуществляющих их поиск. Регистрирующая сторона может указать из числа возможных вариантов, предусмотренных правилами, период действия регистрации. В отсутствие такого указания регистрация действует в течение пяти лет. В правилах будет установлен порядок, в котором регистрация может быть возобновлена, изменена или прекращена, а также в соответствии с настоящим приложением будут урегулированы другие вопросы, как это необходимо для функционирования системы регистрации.

4) Любой дефект, неправильность, пропуск или ошибка в отношении наименования cedenta, которые могут привести к тому, что поиск зарегистрированных данных по наименованию cedenta не даст результатов, делают регистрацию недействительной.

Статья 5. Поиск данных в регистре

1) Любое лицо может осуществлять поиск данных в записях регистра по наименованию cedenta, как предусмотрено в правилах, и получать результат такого поиска в письменном виде.

2) Результат поиска в письменном виде, который, как утверждается, выдан регистром, допускается в качестве доказательства и, в отсутствие доказательств противного, является подтверждением данных, к которым относится поиск, включая:

- a) дату и момент регистрации; и
- b) порядок регистрации.

Раздел III. Правила определения преимущественных прав на основе момента
заключения договора уступки

Статья 6. Преимущественные права в отношениях между
несколькими цессионариями

В отношениях между цессионариями, получившими одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же cedenta, право на дебиторскую задолженность принадлежит цессионарию, с которым был заключен наиболее ранний договор уступки.

Статья 7. Преимущественные права в отношениях между цессионарием
и управляющим в деле о несостоятельности
или кредиторами цедента

[С учетом статьи 25 настоящей Конвенции] цессионарий обладает преимущественным правом по отношению к управляющему в деле о несостоятельности и кредиторам цедента, включая кредиторов, обращающихся за наложением ареста на уступленную дебиторскую задолженность, если дебиторская задолженность была уступлена до открытия производства по делу о несостоятельности или наложения ареста.

Приложение II

Изменение нумерации статей проекта конвенции*

<u>Нынешний номер статьи</u> (приложение I к настоящему документу)	<u>Бывший номер статьи</u> (A/CN.9/WG.II/WP.104)
1	1
2	3
3	3
4	4
5	Новая статья
6	5
7	6
8	7
9	8
10	9
11	10
12	11
13	13
14	14
15	15
16	16
17	17
18	18
19	19
20	20
21	21
22	22
23	23
24	24(1), 25(1) и (2) и 26(3) и (4)
25	25(3) и (5) и 26(5)
26	26(1) и (2)
27	24(2)
28	27
29	28
30	29
31	30
32	31
33	32
34	38
35	39
36	33
37	34
38	12
39	35
40	36
41	40
42	41
43	42
44	43

*Нумерация статей приложения не изменилась.

В. Рабочий документ, представленный Рабочей группой по международной договорной практике на ее тридцать первой сессии: проект конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность: текст с примечаниями и предложениями: записка Секретариата (A/CN.9/WG.II/WR.104) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Страница</i>
ВВЕДЕНИЕ	313
ПРОЕКТ КОНВЕНЦИИ ОБ УСТУПКЕ [ПРИ ФИНАНСИРОВАНИИ ПОД ДЕБИТОРСКУЮ ЗАДОЛЖЕННОСТЬ] [ДЕБИТОРСКОЙ ЗАДОЛЖЕННОСТИ [В МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛЕ]]	315
ПРЕАМБУЛА	315
ГЛАВА I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ	316
Статья 1. Сфера применения	316
Статья 2. Уступка дебиторской задолженности	318
Статья 3. Международный характер	318
Статья 4. Исключения	319
ГЛАВА II. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	322
Статья 5. Определения и правила толкования	322
Статья 6. Автономия сторон	325
Статья 7. Принципы толкования	325
ГЛАВА III. ПОСЛЕДСТВИЯ УСТУПКИ	325
Статья 8. Действительность групповых уступок, уступок будущей дебиторской задолженности и частичных уступок	326
Статья 9. Момент уступки	326
Статья 10. Договорные ограничения на уступку	326
Статья 11. Передача обеспечительных прав	327
Статья 12. Ограничения в отношении административных и иных государственных органов	327
ГЛАВА IV. ПРАВА, ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ВОЗРАЖЕНИЯ	328
Раздел I. Цедент и цессионарий	328
Статья 13. Права и обязательства цедента и цессионария	328
Статья 14. Гарантии со стороны цедента	329
Статья 15. Право на уведомление должника	329
Статья 16. Право на платеж	329
Раздел II. Должник	330
Статья 17. Принцип защиты должника	330
Статья 18. Уведомление должника	330
Статья 19. Освобождение должника от ответственности в результате платежа	330
Статья 20. Возражения и права на зачет со стороны должника	332
Статья 21. Договоренность не ссылаться на возражения и права на зачет	332
Статья 22. Изменение первоначального договора	333
Статья 23. Истребование уплаченных сумм	333
Раздел III. Другие стороны	333
Статья 24. Коллизия прав нескольких цессионариев	333
Статья 25. Коллизия прав цессионария и кредиторов цедента или управляющего, назначенного для проведения процедур банкротства	334
Статья 26. Коллизия прав в отношении платежей	334

	<i>Страница</i>
ГЛАВА V. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА	336
Статья 27[29]. Право, применимое к договору уступки	337
Статья 28[30]. Право, применимое к правам и обязательствам цессionario и должника	338
Статья 29[31]. Право, применимое к коллизии приоритетов	338
Статья 30[32]. Императивные нормы	339
Статья 31[33]. Публичный порядок	339
ГЛАВА VI. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ	339
Статья 32[41]. Депозитарий	339
Статья 33[42]. Коллизии с международными соглашениями	339
Статья 34[42 бис]. Применение главы V	340
Статья 35[42 кватер]. Другие исключения	340
Статья 36[43]. Применение приложения	340
Статья 37[44]. Правила или процедуры по вопросам несостоятельности, не затрагиваемые настоящей Конвенцией	340
Статья 38[45]. Подписание, ратификация, принятие, утверждение, присоединение	341
Статья 39[46]. Применение в отношении территориальных единиц	341
Статья 40[47]. Вступление заявления в силу	341
Статья 41[48]. Оговорки	342
Статья 42[49]. Вступление в силу	342
Статья 43[50]. Денонсация	342
ПРИЛОЖЕНИЕ	
Раздел I. Правила определения преимущественных прав на основе регистрации	343
Статья 1[34]. Преимущественные права в отношениях между несколькими цессориями	343
Статья 2[35]. Преимущественные права в отношениях между цессорием и управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами цедента	343
Раздел II. Регистрация	343
Статья 3[36]. Создание системы регистрации	343
Статья 4[37]. Регистрация	344
Статья 5[38]. Поиск данных в регистре	344
Раздел III. Правила определения преимущественных прав на основе момента заключения договора уступки	344
Статья 6[39]. Преимущественные права в отношениях между несколькими цессориями	344
Статья 7[40]. Преимущественные права в отношениях между цессорием и управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами цедента	344

ВВЕДЕНИЕ

1. Во исполнение решения, принятого Комиссией на ее двадцать восьмой сессии (Вена, 2–26 мая 1995 года), Рабочая группа по международной договорной практике на нынешней сессии продолжает работу по подготовке унифицированного закона об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность¹. Это – восьмая сессия, посвященная подготовке этого унифицированного закона, названного в предварительном порядке проектом конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность.

2. Решение провести работу по вопросу об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность было принято Комиссией на основе предложений, высказанных, в частности, на Конгрессе ЮНСИТРАЛ

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия. Дополнение № 17 (A/50/17), пункты 374–381

"Унифицированное торговое право в XXI веке" (проходившем в Нью-Йорке одновременно с двадцать пятой сессией, 17–21 мая 1992 года). На этом Конгрессе Комиссии было предложено также возобновить работу по вопросу, касающемуся обеспечительных интересов в целом, рассмотрение которых Комиссия на своей тринадцатой сессии (1980 года) решила отложить на более поздний срок.

3. На своих двадцать шестой – двадцать восьмой сессиях (1993–1995 годы) Комиссия рассмотрела три доклада Секретариата, касающиеся некоторых правовых проблем в области уступки дебиторской задолженности (A/AC.9/378/Add.3, A/AC.9/397 и A/AC.9/412). Рассмотрев эти доклады, Комиссия пришла к выводу о том, что будет не только желательно, но и целесообразно подготовить свод унифицированных правил, цель которых будет состоять в устранении препятствий финансированию под дебиторскую задолженность, возникающих в результате существующей в различных правовых системах неопределенности относительно действительности трансграничных уступок (при которых цедент, цессионарий и должник находятся в разных странах) и относительно последствий таких уступок для должника и других третьих сторон².

4. На своей двадцать четвертой сессии (Вена, 13–24 ноября 1995 года) Рабочая группа начала работу с рассмотрения ряда предварительных проектов унифицированных правил, содержащихся в докладе Генерального секретаря, озаглавленном "Обсуждение и предварительный проект унифицированных правил" (A/CN.9/412). На этой же сессии Рабочей группе было настоятельно предложено стремиться к выработке такого правового текста, который повлек бы за собой расширение доступности менее дорогостоящего кредита (A/CN.9/420, пункт 16).

5. На двадцать девятой сессии (1996 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее двадцать четвертой сессии (A/CN.9/420). Комиссия высоко оценила проделанную работу и попросила Рабочую группу продолжать работу быстрыми темпами³.

6. На своих двадцать пятой и двадцать шестой сессиях (Нью-Йорк, 8–19 июля, и Вена, 11–22 ноября 1996 года, соответственно) Рабочая группа продолжала свою работу на основе рассмотрения различных вариантов проекта унифицированных правил, которые содержались в подготовленных Секретариатом записках (A/CN.9/WG.II/

WP.87 и A/CN.9/WG.II/WP.89, соответственно). На этих сессиях Рабочая группа приняла рабочие гипотезы о том, что данный текст будет подготовлен в форме конвенции (A/CN.9/432, пункт 28) и будет включать положения международного частного права (A/CN.9/434, пункт 262).

7. На тридцатой сессии (1997 год) Комиссии были представлены доклады Рабочей группы о работе ее двадцать пятой и двадцать шестой сессий (A/CN.9/432 и A/CN.9/434). Комиссия отметила, что Рабочая группа достигла договоренности по ряду вопросов и что к числу основных нерассмотренных вопросов относятся последствия уступки для третьих сторон, например кредиторов цедента и управляющего в деле о несостоятельности цедента⁴. Кроме того, Комиссия отметила, что органы и организации, занимающиеся вопросами финансирования под дебиторскую задолженность, а также правительства проявили интерес к проекту конвенции, поскольку его принятие может привести к расширению возможностей для получения кредита по более доступным ставкам⁵.

8. На своих двадцать седьмой и двадцать восьмой сессиях (Вена, 20–31 октября 1997 года, и Нью-Йорк, 2–13 марта 1998 года, соответственно) Рабочая группа рассмотрела две подготовленных Секретариатом записки (A/CN.9/WG.II/WP.93 и A/CN.9/WG.II/WP.96, соответственно). На своей двадцать восьмой сессии Рабочая группа утвердила содержание проектов статей 14–16 и 18 22 и просила Секретариат подготовить пересмотренный вариант проекта статьи 17 (A/CN.9/447, пункты 161–164 и 68, соответственно).

9. На тридцать первой сессии (1998 год) Комиссии были представлены доклады Рабочей группы о работе ее двадцать седьмой и двадцать восьмой сессий (A/CN.9/445 и A/CN.9/447). Комиссия высоко оценила проделанную работу и попросила Рабочую группу продолжать работу быстрыми темпами, с тем чтобы завершить ее в 1999 году и представить проект конвенции Комиссии для утверждения на ее тридцать третьей сессии (2000 год)⁶.

10. На своих двадцать девятой и тридцатой сессиях (Вена, 5–16 октября 1998 года, и Нью-Йорк, 1–12 марта 1999 года, соответственно) Рабочая группа рассмотрела три записки, подготовленные Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98 и A/CN.9/WG.II/WP.102), а также записку, содержащую доклад группы экспертов, подготовленный Постоянным бюро Гаагской конференции по международному частному праву (A/CN.9/WG.II/WP.99), и предложение Соединенных Штатов Америки (A/CN.9/WG.II/WP.100). На этих сессиях Рабочая группа одобрила, соответственно, содержание преамбулы и проектов статей 1 (1) и (2), 5(g)–(j), 18 (5 бис), 23–33 и 41–50 (A/CN.9/455, пункт 17) и, за исключением формулировок, взятых в квадратные скобки, название проекта конвенции, преамбулу и проекты статей 1–24 (A/CN.9/456, пункт 18).

² Там же, сорок восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/48/17), пункты 297–301, там же, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункты 208–214; и там же, пятидесятая сессия, Дополнение № 17 (A/50/17), пункты 374–381.

³ Там же, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункт 234.

⁴ Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17), пункт 254.

⁵ Там же, пункт 256.

⁶ Там же, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункт 231.

11. На тридцать второй сессии (1999 год) Комиссии были представлены доклады Рабочей группы о работе ее двадцать девятой и тридцатой сессий (A/CN.9/455 и A/CN.9/456). Комиссия выразила признательность Рабочей группе за проделанную работу и обратилась к ней с просьбой оперативно продолжать свою работу, с тем чтобы своевременно распространить проект конвенции, наряду с докладом о работе следующей сессии Рабочей группы, среди правительств для своевременного получения их замечаний, а также представить проект конвенции на рассмотрение Комиссии для его принятия на тридцать третьей сессии (2000 год). В отношении последующей процедуры принятия проекта конвенции Комиссия отметила, что на следующей сессии ей необходимо будет решить, будет ли она рекомендовать проект конвенции для принятия Генеральной Ассамблеей или дипломатической конференцией, которая будет специально создана Генеральной Ассамблеей для этой цели⁷.

12. В целях содействия рассмотрению проекта конвенции Рабочей группой в настоящей записке воспроизводятся текст, принятый Рабочей группой на ее тридцатой сессии (A/CN.9/456, Приложение), а также положения международного частного права и заключительные положения, принятые Рабочей группой на ее двадцать девятой сессии (A/CN.9/455, Приложение, проекты статей 29–33 и 41–50), и текст, еще не принятый Рабочей группой (A/CN.9/WG.II/ WP.96, проекты статей 34–40; подчеркнутые формулировки взяты из документа A/CN.9/WG.II/ WP.102). В записке также приводятся примечания к ряду проектов статей и, когда это необходимо, предложения в отношении альтернативных или дополнительных положений для рассмотрения Рабочей группой.

[ПРОЕКТ КОНВЕНЦИИ ОБ УСТУПКЕ ПРИ ФИНАНСИРОВАНИИ ПОД ДЕБИТОРСКУЮ ЗАДОЛЖЕННОСТЬ]

[ПРОЕКТ КОНВЕНЦИИ ОБ УСТУПКЕ ДЕБИТОРСКОЙ ЗАДОЛЖЕННОСТИ [В МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛЕ]]

ПРЕАМБУЛА

Договаривающиеся государства,

вновь подтверждая свою убежденность в том, что международная торговля на основе равенства и взаимной выгоды является важным элементом в деле содействия развитию дружественных отношений между государствами,

[считая, что] [учитывая] проблемы, возникающие ввиду неопределенности в отношении содержания и выбора правового режима, применимого к уступкам [дебиторской задолженности] в международной торговле, [представляют собой препятствие для сделок финансирования],

стремясь закрепить принципы и принять правила, [касающиеся уступки дебиторской задолженности], которые позволят добиться определенности и транспарентности и будут содействовать модернизации права в области [уступок дебиторской задолженности], [финансирования под дебиторскую задолженность], [включая, в частности, уступки, используемые при факторинге, форфейтинге, секьюритизации, проектном финансировании и рефинансировании] обеспечивая при этом защиту существующей практики [финансирования] [уступок] и способствуя развитию новых видов практики,

стремясь также обеспечить надлежащую защиту интересов должника в случае уступки дебиторской задолженности,

полагая, что принятие единообразных правил, регулирующих уступки [при финансировании под дебиторскую задолженность] [дебиторской задолженности], будет способствовать развитию международной торговли и расширению возможностей получения [финансовых ресурсов и] кредита по более доступным ставкам,

договорились о следующем:

Примечания

1. На своей предыдущей сессии Рабочая группа отметила, что название и преамбула проекта конвенции, как представляется, не согласуются с положениями, касающимися сферы применения, в соответствии с которыми проект конвенции может применяться к уступкам вне контекста собственно финансирования (A/CN.9/456, пункт 60). В попытке согласовать название и преамбулу с положениями, касающимися сферы применения, и избежать возникновения вопросов толкования в отношении точной сферы применения проекта конвенции было предложено исключить из названия и преамбулы любую ссылку на финансирование (A/CN.9/456, пункт 61).

⁷ Там же, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункт 330.

2. На той же сессии Рабочая группа отметила, что подход, которого Рабочая группа придерживалась на предыдущих сессиях и в соответствии с которым основное внимание в проекте конвенции должно было уделяться сделкам финансирования, хотя и другие связанные с этим сделки не должны были исключаться из сферы применения, не противоречил мандату, возложенному на Рабочую группу Комиссией (A/CN.9/456, пункт 63). На своей тридцать второй сессии Комиссия, в ответ на поставленный вопрос, вновь подтвердила гибкий мандат, предоставленный Рабочей группе в отношении определения того, насколько широкой или узкой должна быть сфера применения проекта конвенции⁴.

3. Следует напомнить, что Рабочая группа решила не ограничивать сферу применения проекта конвенции сделками, имеющими характер "финансирования" или "коммерческий" характер или осуществляющимися в таком контексте, поскольку такого рода ограничение ненадлежащим образом установило бы еще один специальный режим в отношении уступки, тогда как такой режим в принципе не является оправданным, и таким образом неумышленно привело бы к дальнейшему "дроблению" норм права, касающихся уступки, создало бы неопределенность, поскольку не существует одинакового понимания терминов "финансирование" или "коммерческий" во все мире и поскольку практически невозможно и нецелесообразно предпринимать попытку определить их единообразно в какой-либо международной конвенции, и неоправданно исключило бы из сферы применения проекта конвенции важные сделки, например уступки в международных факторинговых сделках, в которых обеспечивается страхование от неисполнения своих обязательств должником или предоставляются услуги по бухгалтерскому учету и взысканию долгов. Рабочая группа предпочла исходить из широкой сферы применения и исключить сделки, которые носят потребительский характер или которые уже всесторонне регулируются (A/CN.9/420, пункты 41–43; A/CN.9/432, пункты 11–18 и 66; A/CN.9/434, пункты 18 и 42–61).

4. Если Рабочая группа подтвердит свое решение не ограничивать сферу применения проекта конвенции уступками, совершенными в целях "финансирования", то она, возможно, пожелает исключить ссылку на "финансирование под дебиторскую задолженность" из названия и преамбулы проекта конвенции и включить разъяснение по этому вопросу в комментарий к проекту конвенции. В качестве альтернативы можно было бы сохранить ссылку на финансирование под дебиторскую задолженность в преамбуле, но не в названии проекта конвенции, и дать соответствующее разъяснение в комментарии (см. также примечание 1 к проекту статьи 5). Такая ссылка в преамбуле может стать ориентиром в отношении основных целей проекта конвенции, не ограничивая его сферу применения, причем этот вопрос может быть с пользой для дела разъяснен в комментарии.

5. Если Рабочая группа будет придерживаться этого подхода, то она, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить в названии проекта конвенции ссылку на международную торговлю, которая взята в квадратные скобки. Сохранение в названии ссылки на международную торговлю сопряжено с рядом преимуществ, включая то, что она в достаточной мере отражает общую цель проекта конвенции, заключающуюся в содействии перемещению товаров и услуг через границы, и соответствующим образом поясняет, что проект конвенции применяется к уступкам с международным и коммерческим элементом, не пытаясь регламентировать потребительские уступки или внутренние уступки внутренней дебиторской задолженности.

6. С другой стороны, такая ссылка на международную торговлю может непредумышленно создавать впечатление того, что проект конвенции применяется только к уступкам дебиторской задолженности, возникающей в международной торговле, но не к уступке потребительской дебиторской задолженности, международной уступке внутренней дебиторской задолженности или уступке дебиторской задолженности, возникающей в результате займа или других сделок, которые могут и не быть сопряжены с продажей товаров или предоставлением услуг. Кроме того, такая ссылка может и не отражать того обстоятельства, что проект конвенции может затрагивать внутренние уступки внутренней дебиторской задолженности, поскольку он призван предусмотреть, какие нормы права применяются к коллизии между внутренним и иностранным цессионариями внутренней дебиторской задолженности (см. примечания 3–5 к проекту статьи 1). Вместе с тем, в конечном счете представляется, что с учетом практики, отраженной в других текстах ЮНСИТРАЛ, ссылка на международную торговлю была бы уместной. Что касается вышеуказанных проблем, то Рабочая группа, возможно, пожелает затронуть их в комментарии к проекту конвенции, разъяснив, что термин "международная торговля" используется в широком смысле и призван охватить все виды деятельности, определяемые как "торговые" в списке к статье 1 (1) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

ГЛАВА I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ

Статья 1. Сфера применения

1) Настоящая Конвенция применяется:

⁴ Там же, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункт 326

а) к уступкам международной дебиторской задолженности и международным уступкам дебиторской задолженности, как они определяются в настоящей главе, если в момент заключения договора уступки cedent находится в Договариваемом государстве;

б) к последующим уступкам дебиторской задолженности, при условии, что любая предшествующая уступка регулируется настоящей Конвенцией; и

в) к последующим уступкам, которые регулируются настоящей Конвенцией согласно подпункту (а) настоящего пункта, независимо от того, что какая-либо предшествующая уступка не регулируется настоящей Конвенцией.

2) Настоящая Конвенция не затрагивает прав и обязательств должника, за исключением случаев, когда должник находится в Договариваемом государстве или когда право, регулирующее дебиторскую задолженность, является правом Договариваемого государства.

[3] Положения главы V применяются к [уступкам международной дебиторской задолженности и к международным уступкам дебиторской задолженности, как они определяются в настоящей главе, независимо от пунктов 1 и 2 настоящей статьи] [независимо от положений настоящей главы]. Однако эти положения не применяются, если государство делает заявление согласно статье 34.]

4) Приложение к настоящей Конвенции применяется в Договариваемом государстве, которое сделало заявление согласно статье 36.

Примечания

1. Пункт 3 взят в квадратные скобки, поскольку он пока не был принят Рабочей группой (A/CN.9/456, пункт 26). Формулировка, предложенная Секретариатом в предыдущем документе (A/CN.9/WG.II/WP.102, примечание 23 к статье 1), была незначительно изменена, с тем чтобы позволить государствам не применять главу V в целом, включая проекты статей 30 и 31, касающиеся оговорки в отношении применения императивных норм и публичного порядка. Секретариат первоначально предложил исключить возможность неприменения этих положений для того, чтобы они применялись к положениям частного права, не входящим в главу V (A/CN.9/WG.II/WP.102, примечание 20 к проекту статьи 1).

2. Это изменение призвано позволить избежать непредумышленного обусловливания применения материально-правовых положений императивными нормами и публичным порядком, которое могло бы привести к невозможности предвидеть, будет ли применяться проект конвенции или же какой-либо судья отклонит его на том основании, что он содержит нешироко известные или, возможно, неожиданные понятия императивных норм или публичного порядка. Вместе с тем, вопрос о том, можно ли отклонять нормы права, применимые в силу положений международного частного права, содержащихся в проекте конвенции, если это явно противоречит сверхимперативным нормам (*loi de police*) и публичному порядку, предстоит решить (см. примечания к проекту статьи 24).

3. До настоящего времени Рабочая группа исходила из предположения о том, что проект статьи 24 будет применяться к коллизии между внутренним и иностранным цессионариями внутренней дебиторской задолженности. Одна из причин, по которым Рабочая группа решила преобразовать положения проекта конвенции, касающиеся преимущественных прав, в положения международного частного права, заключалась в том, что такие положения не оказывали бы неблагоприятного воздействия на права внутренних цессионариев внутренней дебиторской задолженности, поскольку вопросы преимущественных прав были бы оставлены на разрешение согласно материально-правовым нормам, применимым за пределами проекта конвенции (A/CN.9/445, пункт 22).

4. Если Рабочая группа подтвердит свое предположение, согласно которому коллизии преимущественных прав между внутренним и иностранным цессионариями внутренней дебиторской задолженности будут охватываться проектом статьи 24, то внутреннему цессионарию потребуются выполнить требования тех же норм права, которые, возможно, будут применены в любом случае (поскольку по определению при внутренней уступке внутренней дебиторской задолженности закон государства cedenta, цессионария и должника будет одним и тем же, тогда как при международной уступке только цессионарий будет находиться в другом государстве). Если Рабочая группа определит "местонахождение" cedenta для целей положений, касающихся преимущественных прав, путем ссылки на его центральный орган управления (но не для цели положений, касающихся сферы применения; см. примечание 4 к проекту статьи 5), то иные нормы права могут применяться к коллизии между уступкой филиала какого-либо юридического лица в государстве должника и второй уступкой главной конторы этого же юридического лица в другом государстве (если одно из этих двух государств не является договариваемым государством). Вместе с тем, даже в таком случае цессионарий может предвидеть, что проект конвенции может быть применим, поскольку внутренний цессионарий будет находиться в одном из договариваемых государств (т.е. в том же государстве, в котором cedent и должник будут иметь место нахождения своих коммерческих предприятий) и будет знать, что cedentом является филиал иностранного юридического лица. С другой стороны, если проект статьи 24 не будет применяться к такой коллизии, то иностранный цессионарий может и не располагать возможностью определить, какое право, иное, чем право местонахождения центрального органа управления cedenta, может быть применимым.

В зависимости от частоты совершения таких уступок главной конторой или филиалами эта проблема может быть оставлена на разрешение согласно иному праву. При рассмотрении этого вопроса Рабочая группа, возможно, также пожелает принять во внимание необходимость избежать неумышленного вмешательства во внутреннюю практику, ибо такой результат может уменьшить приемлемость проекта конвенции.

5. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении в проект статьи 1 или в проект статьи 24 следующей формулировки: "Статья 24 настоящей Конвенции применяется к коллизии преимущественных прав цессионария по внутренней уступке внутренней дебиторской задолженности и цессионария по международной уступке той же внутренней дебиторской задолженности от того же cedent'a".

Статья 2. Уступка дебиторской задолженности

Для целей настоящей Конвенции:

а) "уступка" означает передачу по договоренности одним лицом ("цедентом") другому лицу ("цессионарию") договорного права cedent'a на платеж денежной суммы ("дебиторской задолженности"), причитающейся с третьего лица ("должника"). Создание прав в дебиторской задолженности в качестве обеспечения долга или иного обязательства считается передачей;

б) в случае уступки первоначальным или любым другим цессионарием ("последующие уступки") лицо, совершающее эту уступку, является цедентом, а лицо, в пользу которого совершается эта уступка, является цессионарием.

Примечания

1. Ссылка на "договорную" дебиторскую задолженность призвана обеспечить применение проекта конвенции к, например, уступке дебиторской задолженности, возникающей согласно договорам купли-продажи или предоставления услуг; независимо от того, являются ли такие договоры коммерческими или потребительскими сделками, а также уступке дебиторской задолженности в форме гонораров, причитающихся вследствие лицензирования интеллектуальной собственности, и дебиторской задолженности в форме кредитового сальдо на депозитных счетах или при сделках с ценными бумагами. Уступка деликтной и налоговой дебиторской задолженности или дебиторской задолженности, определенной в судебных решениях, не охватывается, если только такая дебиторская задолженность не подтверждена в соглашении об урегулировании.

2. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли уступка дебиторской задолженности согласно проекту конвенции включать: убытки от нарушения договора (заранее оцененные или нет), проценты за просрочку платежа (установленный договором процент, установленный законом процент или процент, заранее оцененный в судебном решении), суммы, причитающиеся в качестве дивидендов (нынешних или будущих) по акциям, и дебиторскую задолженность, основывающуюся на арбитражных решениях.

3. Согласно подпункту а) вопрос о том, что представляет собой "договорное" право, оставлен для решения в соответствии с нормами права, применимыми вне проекта конвенции. С учетом различий, существующих между правовыми системами в этом контексте, такой подход может, в некоторых случаях, в которых тяжело провести различие между договорными и внедоговорными взаимоотношениями, порождать неопределенность. Во избежание этого Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об определении термина "договорное" право от обратного (например, "право на получение платежа денежной суммы, иной, чем сумма, возникающая в силу закона или установленная в судебном решении"). В качестве альтернативы этот вопрос можно было бы разъяснить в комментариях.

Статья 3. Международный характер

Дебиторская задолженность является международной, если в момент ее возникновения cedent и должник находятся в разных государствах. Уступка является международной, если в момент заключения договора уступки cedent и цессионарий находятся в разных государствах.

Примечания

Проект статьи 3 предусматривает, что если дебиторская задолженность является международной, то ее уступка всегда охватывается проектом конвенции (независимо от того, является ли она внутренней или международной). Вместе с тем, если дебиторская задолженность является внутренней, то ее уступка может охватываться проектом конвенции в том случае, когда она является международной или когда она является внутренней, но представляет собой часть цепи уступок, которая включает международную уступку (дополнительный случай, в котором может затрагиваться внутренняя уступка внутренней дебиторской задолженности, см. в примечаниях 3–5 к проекту статьи 1). Для уменьшения в тексте числа ссылок на момент возникновения дебиторской задолженности (термин, определяемый в проекте статьи 5 b)) и согласования формулировки первого предложения текста со вторым предложением слова "в момент заключения

первоначального договора" можно было бы заменить словами "в момент ее возникновения" (см. примечание 1 к проекту статьи 5).

Статья 4. Исключения

[1]) Настоящая Конвенция не применяется к уступкам:

- а) совершаемым для личных, семейных или домашних целей;
- б) в той мере, в какой уступка совершается путем вручения оборотного документа с любым необходимым индоссаментом;
- в) совершаемым в рамках продажи или изменения собственника или правового положения коммерческого предприятия, из которых возникла уступленная дебиторская задолженность.

[2) Настоящая Конвенция не применяется к уступкам, перечисленным в заявлении, сделанном согласно проекту статьи 35 государством, в котором находится cedent, или – в отношении положений настоящей Конвенции, касающихся прав и обязательств должника, – государством, в котором находится должник.]

Примечания

1. С учетом широкой сферы применения проекта конвенции Рабочая группа решила перечислить уступки, которые не должны охватываться. В частности, исключение уступок в потребительских целях призвано подчеркнуть, что охвату подлежат только уступки в коммерческих целях (без ссылки на коммерческие цели во избежание создания неопределенности). Вместе с тем, представляется, что уступки, совершенные индивидом какому-либо финансовому учреждению, т.е. в смешанных, потребительских и коммерческих целях, не следовало бы исключать. Кроме того, формулировка подпункта а), возможно, нуждается в пересмотре, с тем чтобы избежать неумышленного создания впечатления о том, что она призвана исключить уступку потребительской дебиторской задолженности. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает изменить формулировку подпункта а) следующим образом: "совершаемым одним индивидом другому для личных, семейных или домашних целей, являющихся общими для них" (в проектах статей 21 (1) и 23 используется выражение "в первую очередь" в личных, семейных или домашних целях, но в том контексте выражение "цели" относится к одной стороне, должнику). В комментарии будет разъяснено, что исключаются только уступки одним потребителем другому потребителю и что во всех иных случаях уступка потребительской дебиторской задолженности охватывается. Рабочая группа, возможно, пожелает учесть, что такие потребительские уступки являются крайне редкими на практике и что в отсутствие разъяснения в комментарии такое исключение может неумышленно пониматься неправильно как относящееся к уступке потребительской дебиторской задолженности. В таком случае подпункт а) может быть исключен полностью, тогда как в комментарии можно было бы разъяснить, что уступки одним потребителем другому не охватываются.

2. Что касается уступок дебиторской задолженности в контексте продажи действующего коммерческого предприятия, то в комментарии можно разъяснить, что хотя уступка продавцом покупателю коммерческого предприятия исключается, уступка учреждению, финансирующему куплю-продажу, не исключается (A/CN.9/432, пункт 66; и A/CN.9/434, пункты 42–61).

3. На предыдущей сессии Рабочей группы для возможного исключения были определены дополнительные уступки, т.е. уступки дебиторской задолженности, возникающей в связи с операциями расчетных палат, соглашениями "своп" и операциями, касающимися производных финансовых инструментов, а также уступки дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или арендой дорогостоящего, чрезвычайно мобильного оборудования (A/CN.9/456, пункты 48–49 и 232–239).

4. Что касается расчетных палат, соглашений "своп" и операций, связанных с производными финансовыми инструментами, то во избежание подрыва сложившихся и хорошо себя зарекомендовавших видов практики Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли исключить их полностью или же урегулировать по-иному. Хотя можно обсуждать вопрос о том, все ли эти сделки создают дебиторскую задолженность, уступка которой будет охватываться проектом конвенции, представляется, что основная озабоченность в связи с такими сделками заключается в том, что уступка, совершенная без согласия должника, может ненадлежащим образом обязать должника произвести платеж какой-либо третьей стороне, "заморозить" возражения и права на зачет со стороны должника и установить ненадлежащий режим преимущественных прав.

5. Прежде чем принять решение в пользу полного исключения всех этих видов практики, что может лишить их стороны преимуществ, которые должны быть получены от проекта конвенции, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не может ли она устранить соответствующие озабоченности иным путем. Например, Рабочая группа, возможно, пожелает включить в проект конвенции норму, согласно которой должник по таким сделкам (и, возможно, в связи со страховыми полисами, устанавливающими строгие личные взаимоотношения между страховщиком и страхователем, и синдицированием займов и участием в таких займах, которые обычно сопряжены с уступкой одной дебиторской задолженности с высокой стоимостью) не

будет каким-либо образом связан уступкой или затрагиваться ею. Такая норма не предотвратит совершение уступок, за исключением того, что цессионарий не сможет взыскать какую-либо сумму с должника. Цессионарий будет обладать преимущественным правом по сравнению с другими сторонами, заявляющими требования, однако, поскольку должник не связан обязательствами против своей воли и не утрачивает своих возражений и прав на зачет, режим преимущественных прав, установленный проектом конвенции, не будет затрагивать должника. Такого результата можно было бы достичь с помощью следующего общего принципа: "Ничто в настоящей Конвенции не затрагивает права и обязательства посредника в операциях расчетных палат, "свопах" и операциях, связанных с производными финансовыми инструментами [, страховых полисах и при синдицировании займов и участии в таких займах] без согласия посредника [, страхователя или любого кредитора]". Такого же результата можно было бы также достичь посредством включения в проект статьи 10 следующей формулировки: "Уступка дебиторской задолженности, возникающей в связи с операциями расчетных палат, "свопами" или операциями, касающимися производных финансовых инструментов [, страховыми полисами или синдицированием займов и участием в таких займах] не имеет силы против должника, если только должник не согласился с ней, независимо от того, существует ли какое-либо ограничение в отношении такой уступки". В качестве альтернативы два положения, предложенные выше, могут быть объединены в одно новое положение.

6. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об изменении проекта статьи 20 для обеспечения того, чтобы, в связи с операциями расчетных палат, "свопами" или операциями, касающимися производных финансовых инструментов, страховыми полисами и синдицированием займов и участием в таких займах, уведомление не "замораживало" возражения и права на зачет со стороны должника, независимо от того, вытекают ли они из первоначального или любого иного договора. Такое изменение проекта статьи 20 может и не быть необходимым, поскольку стороны будут располагать возможностью рассмотреть вопрос о том, желают ли они продолжать сделку с учетом того факта, что должник не сможет сослаться на определенные возражения и права на зачет, возникающие после уведомления об уступке. Вместе с тем, применение проекта статьи 20 может быть проблематичным, поскольку в связи с некоторыми такими сделками не всегда может быть ясно, какой договор является первоначальным и какая сторона является кредитором или должником, поскольку любая сторона может быть должником или кредитором в зависимости от времени изучения сделки. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть иной режим преимущественных прав, отличный от режима, установленного в проектах статей 25–26, по меньшей мере, в отношении некоторых из данных видов практики. Например, в связи со сделками, касающимися инвестируемого имущества или депозитных счетов, преимущественное право, возможно, потребует определять согласно праву местонахождения посредника по операциям с ценными бумагами или депозитного учреждения, а не праву местонахождения клиента.

7. Если нет согласия с вышеупомянутым подходом или если считается, что он не устраняет в достаточной мере соответствующие озабоченности, то Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о полном исключении этих видов практики из проекта статьи 4 (1) или о том, чтобы оставить этот вопрос на усмотрение каждого государства для решения посредством заявления согласно проектам статей 4 (2) и 35. Преимущество их исключения из проекта статьи 4 (1) кроется в определенности, которая может быть достигнута с помощью единообразной нормы, применимой ко всем договаривающимся государствам. Недостаток такого подхода заключается в том, что определенные виды практики, возможно, придется исключить для всех договаривающихся государств, даже хотя их охват проектом конвенции вызовет озабоченность только в одном или нескольких договаривающихся государствах. Другой вероятный недостаток такого подхода заключается в том, что он лишит какое-либо государство гибкости при исключении видов практики, если в будущем возникнет озабоченность в связи с охватом этих видов практики проектом конвенции. С другой стороны, разрешение каждому государству исключать виды практики посредством заявления согласно проектам статей 4 (1) и 35 может привести нежелательную степень неопределенности. Если допустить такой подход, то сфера применения проекта конвенции может быть разной для каждого государства и в каждый момент времени. В результате этого стороны соответствующих сделок, возможно, должны будут в каждом случае определять сферу применения проекта конвенции.

8. Что касается сделок в отношении мобильного оборудования, то во избежание какой-либо коллизии с проектом конвенции и протоколами по каждому виду такого оборудования, подготовленными Международным институтом по унификации частного права (МИУЧП) в сотрудничестве с Международной организацией гражданской авиации (ИКАО) и другими организациями (в дальнейшем именуемым "проектом конвенции МИУЧП"), Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли полностью исключить уступку дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или арендой мобильного оборудования и обеспеченной таким оборудованием (из проекта конвенции или соответствующего протокола МИУЧП), или предусмотреть такую уступку в положении об урегулировании любой коллизии, которая может возникнуть между этими текстами (либо единообразно для всех договаривающихся государств, либо оставив на усмотрение каждого государства решение вопроса о том, какому тексту оно желает отдать предпочтение). Такие коллизии могут возникать, поскольку проект конвенции МИУЧП, например, требует согласия должника для действительности уступки, обуславливает преимущественное право в отношении мобильного оборудования и неразрывно связанной с ним дебиторской задолженности наличием системы международной регистрации конкретных видов такого оборудования и предоставляет тому, кто финансирует такое

оборудование, широкие полномочия в отношении самопомощи, в частности в случае несостоятельности, в котором такой субъект вправе вновь вступить во владение оборудованием после возбуждения дела о несостоятельности, если несостоятельный должник не принимает меры в связи с неисполнением им обязательств в течение определенного периода времени.

9. Если будет решено, что режим, установленный проектом конвенции, не является надлежащим для уступки дебиторской задолженности, возникающей, например, в связи с продажей или арендой летательного аппарата, как они практикуются согласно действующему праву, и что конкретные нужды соответствующих видов практики не могут быть учтены путем включения дополнительных норм в проект конвенции, то Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об исключении из проекта статьи 4 (1) уступки дебиторской задолженности, обеспеченной таким оборудованием (при этом следует отметить, что, хотя параллель можно провести, в некоторых правовых системах, между дорогостоящим оборудованием и недвижимым имуществом, уступку дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или арендой недвижимого имущества, нельзя исключать, поскольку дебиторская задолженность, обеспеченная ипотечным залогом недвижимого имущества, часто является частью схем секьюритизации). Определенность в применении проекта конвенции и избежание любого недолжного вмешательства в хорошо регулируемые виды практики станут основными преимуществами такого подхода. По таким же причинам статья 2 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год; в дальнейшем именуемой "Конвенцией о купле-продаже") исключает продажу определенных видов товаров (например, электроэнергии, оборотных документов, судов водного и воздушного транспорта).

10. Что касается вопроса о том, какие виды практики следует исключить, то Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, например, то, что дебиторская задолженность, возникающая в связи с продажей или арендой летательного аппарата и обеспеченная им, обычно является частью сделок по финансированию оборудования, а не дебиторской задолженностью, по меньшей мере в той степени, в какой она обеспечена этим летательным аппаратом и обеспечительный интерес зарегистрирован в регистре воздушных судов. В таких ситуациях вероятные субъекты финансирования дебиторской задолженности, обеспеченной летательным аппаратом, будут знать, что они должны ознакомиться с регистром воздушных судов для определения своего положения с точки зрения преимущественных прав, и на этой основе решить, следует ли предоставлять кредит и по какой стоимости. Вместе с тем, необходимо отметить, что дебиторская задолженность, возникающая в связи с продажей билетов, обычно является частью схем секьюритизации, а не финансирования оборудования, и таким образом ее уступка не должна быть исключена из сферы применения проекта конвенции.

11. Хотя, возможно, было бы целесообразным придерживаться этого же подхода в отношении спутников, еще предстоит определить, следует ли его придерживаться в отношении других видов космического оборудования (например, центров управления, находящихся на Земле), подвижного железнодорожного состава, нефтяных буровых вышек, контейнеров или аналогичных видов оборудования. Необходимо будет проявлять осторожность, поскольку этот подход может непреднамеренно привести к чрезмерному ограничению сферы применения проекта конвенции, если мобильное оборудование будет определено в проекте конвенции МИУЧП, что и имеет место в настоящее время (статья 3), как включающее "любой уникально идентифицируемый объект", т.е. легковой или грузовой автомобиль, компьютеры, телевизоры и т.п.

12. Если Рабочая группа решит придерживаться этого подхода, то в проект статьи 4 (1) можно было бы включить следующий новый подпункт d): "совершенным в качестве части сделок, касающихся обеспечительных интересов, условной продажи при резервировании правового титула или договоров аренды в отношении [воздушных судов] и дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или арендой, обеспеченной таким в оборудованием [или связанной с ним]". Термин "воздушные суда" взят в квадратные скобки до определения Рабочей группой точной формулировки этого исключения и других видов практики, в которых дебиторская задолженность может быть частью финансирования оборудования, а не дебиторской задолженностью. Слова "или связанной с ним", которые взяты из определения "ассоциированных прав", содержащегося в проекте статьи 1 проекта конвенции МИУЧП, помещены в квадратные скобки, поскольку они кажутся неясными и непреднамеренно могут чрезмерно расширить сферу применения этого исключения.

13. Если, с другой стороны, проблема, касающаяся охвата таких видов практики проектом конвенции, сопряжена не с риском того, что данный проект конвенции может нанести ущерб нынешней практике, а с риском возникновения коллизии с каким-либо будущим текстом, например с проектом конвенции МИУЧП, или подрыва тех видов практики, которые могут появиться в будущем, то, возможно, целесообразно решить эту проблему с помощью положения, урегулирующего любые коллизии между этими двумя текстами, предпочтительно единообразно для всех государств. Такой подход дает определенные преимущества, включая то, что он позволит решить вопрос о вероятных коллизиях с приемлемой степенью определенности и избежать сохранения пробела в случае, если тот или другой текст не будет своевременно и широко принят (проект конвенции МИУЧП будет вступать в силу поэтапно, т.е. по мере вступления в силу каждого протокола по конкретному виду оборудования и после создания системы регистрации конкретных видов оборудования). На вопрос о том, какому тексту следует отдавать предпочтение, возможно, потребуется давать разные ответы в зависимости от вида оборудования, о котором идет речь. Например, предпочтение можно отдать протоколу по воздушным судам, но не какому-либо другому протоколу.

14. Если Рабочая группа решит придерживаться этого подхода, то в проект статьи 33 можно было бы включить в качестве нового пункта 2 следующую формулировку: "Настоящая Конвенция не имеет преимущественной силы по отношению к любой международной конвенции или другому многостороннему или двустороннему соглашению, которое было или может быть заключено Договаривающимися государством и которое содержит положения, касающиеся обеспечительных интересов, условной продажи при резервировании правового титула или договоров аренды в отношении [воздушных судов] и дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или арендой, обеспеченной таким оборудованием [или связанной с ним]".

15. В качестве альтернативы вопрос о степени, в которой любой другой текст, касающийся аналогичного предмета, может иметь преимущественную силу по отношению к проекту конвенции, можно было бы оставить для решения в этом другом тексте. Согласно такому подходу при подготовке каждого протокола необходимо будет определить, является ли дебиторская задолженность, обеспеченная соответствующим видом оборудования, частью финансирования оборудования, а не дебиторской задолженностью. Вопрос об уступке прав, обеспеченных мобильным оборудованием, который в настоящее время затрагивается в базовом проекте конвенции МИУЧП, потребует оставить для решения в каждом протоколе к данному проекту конвенции. Кроме того, понятие "оборудования" необходимо будет ограничить определенными дорогостоящими видами оборудования и оно не может относиться к "любому уникально идентифицируемому объекту", поскольку такой широкий подход может непреднамеренно охватывать потребительские товары, например автомобили и персональные компьютеры, и вторгаться в практику финансирования дебиторской задолженности, такую как секьюритизация потребительской дебиторской задолженности. Что касается редактирования текста, то, если Рабочая группа решит включить новое положение в проект статьи 33, в пункт 1 проекта статьи 33 необходимо будет добавить ссылку на пункты 2 и 3 и изменить нумерацию нынешнего пункта 2.

16. Пункт 2 и проект статьи 35 предусматривают дополнительный способ решения вопроса об исключении видов практики, оставляя это на усмотрение каждого государства. Однако предоставление каждому государству возможности по существу определять сферу применения проекта конвенции путем исключения (или включения) видов практики в любое время привнесло бы нежелательную степень неопределенности. Если придерживаться такого подхода, то с учетом множественности сторон, участвующих в сопряженных с уступками сделках, возможно, будет весьма трудно в каждом случае определить, какое право является применимым. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об исключении пункта 2 и проекта статьи 35.

ГЛАВА II. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 5. *Определения и правила толкования*

Для целей настоящей Конвенции:

a) "первоначальный договор" означает договор между cedentом и должником, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность;

b) дебиторская задолженность считается возникшей в момент заключения первоначального договора;

c) "существующая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает в момент заключения договора уступки или до его заключения; "будущая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает после заключения договора уступки;

(d) "финансирование под дебиторскую задолженность" означает любую сделку, в рамках которой имущество, кредит или связанные с ними услуги предоставляются в обмен на имущество в виде дебиторской задолженности. Финансирование под дебиторскую задолженность включает факторинг, форфейтинг, секьюритизацию, проектное финансирование и рефинансирование;

e) "письменная форма" означает любую форму, в которой информация является доступной для ее последующего использования. В случаях, когда настоящая Конвенция требует, чтобы письменная форма была подписана, это требование считается выполненным, если в этой письменной форме с помощью общепризнанных средств или процедуры, одобренной лицом, подпись которого требуется, идентифицируется это лицо и указывается на согласие этого лица с информацией, содержащейся в письменной форме;

f) "уведомление об уступке" означает сообщение в письменной форме, в котором разумно идентифицируется уступленная дебиторская задолженность и цессионарий;

g) "управляющий, назначенный для проведения процедур банкротства", означает лицо или учреждение – включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, – которое уполномочено в рамках процедур банкротства управлять реорганизацией или ликвидацией активов или деловых операций cedenta;

h) "процедура банкротства" означает коллективное судебное или административное производство – включая временное производство, – в рамках которого активы и деловые операции cedentа подлежат контролю или наблюдению со стороны суда или иного компетентного органа в целях реорганизации или ликвидации;

i) "приоритет" означает преимущественное право какой-либо стороны по отношению к другой стороне;

j) [для целей статей 24 и 25] физическое лицо считается находящимся в государстве, в котором оно имеет свое обычное место жительства; корпорация считается находящейся в государстве, в котором она инкорпорирована; юридическое лицо, иное, чем корпорация, считается находящимся в государстве, в котором зарегистрирован его учредительный документ, а в отсутствие зарегистрированного документа – в государстве, в котором находится его центральный орган управления.]

k) [для целей статей 1 и 3]:

i) cedent находится в государстве, в котором расположено то его коммерческое предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с уступкой;

ii) цессионарий находится в государстве, в котором расположено то его коммерческое предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с уступкой;

iii) должник находится в государстве, в котором расположено то его коммерческое предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором;

iv) в отсутствие доказательств противного считается, что местом нахождения административного органа какой-либо стороны является место нахождения ее коммерческого предприятия, которое имеет наиболее тесную связь с соответствующим договором. Если какая-либо сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее обычное место жительства[;

v) несколько cedentов или цессионариев находятся в том месте, в котором находятся их уполномоченный агент или доверенное лицо]].

Примечания

1. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости подпункта b). Ссылка на момент возникновения дебиторской задолженности уже содержится в проектах статей 3 и 8 (2) (в обоих положениях можно сделать прямую ссылку на момент заключения первоначального договора). Ссылка на факт "возникновения" дебиторской задолженности (без указания момента времени) содержится в проектах статей 5 b) и c) и 12.

2. Рабочая группа, возможно, также пожелает исключить подпункт d) и включить описание видов практики, охватываемых проектом конвенции, в комментарий (ссылка на финансирование под дебиторскую задолженность может быть сохранена в преамбуле, если это необходимо; см. примечания к названию и преамбуле проекта конвенции).

3. Рабочая группа, возможно, пожелает включить в конец текста определения "приоритета" в проекте статьи 5 i) следующую формулировку: "и включает вопрос о том, имеет ли данная сторона право *in rem* или *ad personam*" (см. примечание 1 к проекту статьи 26).

4. Подпункты j) и k) отражают расхождения во мнениях в Рабочей группе по вопросу о местонахождении юридического лица. Ссылка на проекты статей 1, 3, 24 и 25 взята в квадратные скобки, поскольку Рабочая группа не достигла соглашения по вопросу о том, следует ли принять иную норму о местонахождении для цели некоторых положений проекта конвенции, в которых используется термин "местонахождение" (т.е. проектов статей 1, 3, 21 (1), 23–26, 27–29 и 39 (3)). Вместе с тем, на предыдущей сессии Рабочей группы, как представляется, было достигнуто соглашение, по меньшей мере, в отношении того, что необходимость в определенности является более насущной в положениях, касающихся преимущественных прав, чем в положениях, касающихся сферы применения, что сфера применения проекта конвенции должна быть настолько широкой, насколько это возможно, что для достижения достаточной степени защиты должника, по меньшей мере в отношении местонахождения должника, следует сделать ссылку на соответствующее место нахождения коммерческого предприятия и что решение в отношении положений, касающихся преимущественных прав, может основываться на концепции центрального административного органа/центрального органа управления юридического лица (A/CN.9/456, пункты 35–37). С учетом вышеизложенного Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующее положение:

i) сторона находится в государстве, в котором расположено ее коммерческое предприятие;

ii) если cedent или цессионарий имеет более чем одно коммерческое предприятие, коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с договором уступки. Если должник имеет более чем одно коммерческое предприятие, коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором. Если

сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание обычное место жительства этой стороны;

iii) для целей статей 24–26 место, в котором центральное управление юридическим лицом осуществляется де-факто, считается местом нахождения коммерческого предприятия, имеющего наиболее тесную связь с договором уступки [;

iv) несколько цедентов или цессионариев находятся в том месте, в котором находится их уполномоченный агент или доверенное лицо]".

5. Основное различие между предложенным текстом и нынешней формулировкой подпункта k) заключается в том, что в отношении положений проекта конвенции, касающихся преимущественных прав, предложенный текст создает не презумпцию, которая будет почти определенно опровергнута в случае филиалов, а юридическую фикцию, которую нельзя опровергнуть. Преимущество такого подхода заключается в сохранении баланса между гибкостью и определенностью в отношении применения проекта конвенции, при этом приоритет отдается определенности в отношении положений проекта конвенции, касающихся преимущественных прав.

6. Согласно такому подходу в случае последующих уступок в соответствии с проектом статьи 1 b), будет сделана ссылка на место, с которым любая предшествующая уступка имеет наиболее тесную связь, а в случае последующих уступок в соответствии с проектом статьи 1 c) будет сделана ссылка на место, с которым последующая уступка имеет наиболее тесную связь (аналогичным образом, международный характер необходимо будет определять путем ссылки на место, имеющее наиболее тесную связь с последующей уступкой).

7. С точки зрения редактирования формулировок Рабочая группа, возможно, пожелает избежать ссылки на "местонахождение" в проектах статей 24–26 и включить прямую ссылку на право государства, в котором цедент имеет свой центральный административный орган. Необходимость распространить в случае несостоятельности или иного производства на вопросы преимущественных прав действие права основного государства цедента должна быть достаточной для обоснования ссылки на место нахождения центрального административного органа цедента в качестве связующего фактора для определения права, регламентирующего такие вопросы преимущественных прав. Что касается коллизии между несколькими цессионариями одной и той же дебиторской задолженности, то, хотя подход, основывающийся на местонахождении коммерческого предприятия, был бы надлежащим в случае цедента, имеющего одно коммерческое предприятие, он был бы полностью недействительным в случае, если цедент имеет более чем одно коммерческое предприятие (если, например, одна и та же дебиторская задолженность уступается главной конторой и филиалом или различными филиалами, или партнерами по товариществу с ограниченной ответственностью, находящимися в разных государствах, не все из которых приняли проект конвенции). В таком случае использование подхода, основывающегося на местонахождении коммерческого предприятия, может привести к тому, что вопросы преимущественных прав будут регламентироваться разными нормами права, а цессионарий никоим образом не сможет узнать об обстоятельствах, при которых цедент уступил одну и ту же дебиторскую задолженность несколько раз.

8. Вероятный недостаток раздвоенного подхода к вопросу о местонахождении заключается в том, что если место нахождения коммерческого предприятия и место нахождения центрального административного органа не совпадают, то цессионарии будут вынуждены проверять право двух разных государств, т.е. право места нахождения коммерческого предприятия цедента для определения применимости проекта конвенции и право места нахождения центрального административного органа цедента для оценки риска, возникающего в случае двойной уступки или несостоятельности цедента (о еще одном вероятном недостатке см. в примечании 4 к проекту статьи 1). Однако это может быть неизбежным, поскольку единообразного подхода, приемлемого при любых обстоятельствах, как представляется, не существует (как это подтвердило обсуждение в Рабочей группе и в группе экспертов ЮНСИТРАЛ/Гаагской конференции; мнения последней группы см. в документе A/CN.9/WG.II/WP.99, часть 3, определение понятия "местонахождение").

9. По сравнению с местом инкорпорации место нахождения центрального административного органа имеет то преимущество, что это понятие известно в большинстве правовых систем и его использование не породит вероятную проблему применения искусственной юрисдикции, не имеющей какого-либо развитого законодательства, что может произойти в случае, если будет сделана ссылка на место инкорпорации. Вместе с тем, место нахождения центрального административного органа может и не быть столь очевидным, как место инкорпорации, в частности тогда, когда место осуществления функций центрального управления столь одинаково разделено двумя или более странами, что сделать выбор между одной или другой невозможно, и в случае дочерних компаний, когда реальный административный контроль осуществляется материнской компанией. Хотя пересмотр нового подпункта j) iii) для создания опровержимой презумпции ("в отсутствие доказательства противного") может явиться решением этой проблемы, представляется, что такой подход не был бы надлежащим, поскольку его использование непреднамеренно привело бы к снижению уровня определенности, достигнутого этой нормой. В попытке решить эту проблему Рабочая группа, возможно, пожелает сначала сделать в новом подпункте j) iii) ссылку на место, указанное в учредительных документах

юридического лица, и – только в отсутствие такого указания – на место фактического нахождения центрального административного органа (статья 21 швейцарского Кодекса международного частного права).

10. Что касается вопроса о том, следует ли отдать, по причинам соответствия Конвенции Европейского союза о производстве по делам о несостоятельности (в дальнейшем именуемой "Конвенцией ЕС о несостоятельности") и Типовому закону ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, предпочтение центру основных интересов, то можно отметить, что центр основных интересов сродни центральному административному органу, центральному органу управления или основному коммерческому предприятию. Все эти термины понимаются как обозначающие центр управления и контроля, реальный деловой центр, из которого контролируются важные виды деятельности юридического лица, но не осуществляется повседневное управление делами и операциями такого юридического лица. Вместе с тем, установленная в этих текстах опровержимая презумпция, согласно которой центром основных интересов является место регистрации или, в случае физических лиц, обычное место жительства стороны, может снизить уровень определенности, необходимый в каком-либо тексте, который направлен в первую очередь на заблаговременное планирование при финансировании solventного должника (A/CN.9/455, пункт 27).

Статья 6. Автономия сторон

Цедент, цессионарий и должник могут по договоренности отходить от положений настоящей Конвенции, касающихся их соответствующих прав и обязательств, или изменять эти положения. Такая договоренность не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной этой договоренности.

Статья 7. Принципы толкования

- 1) При толковании настоящей Конвенции надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении и соблюдению добросовестности в международной торговле.
- 2) Вопросы, относящиеся к предмету регулирования настоящей Конвенции, которые прямо в ней не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а в отсутствие таких принципов – в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права.

ГЛАВА III. ПОСЛЕДСТВИЯ УСТУПКИ

Примечания

1. Положения главы III касаются действительности уступки по существу (более точно, действительности *erga omnes*). Однако они не затрагивают формальной действительности. После исключения положения, касающегося формы уступки (A/CN.9/WG.II/WP.102, проект статьи 9), вопрос о формальной действительности оставлен для решения согласно нормам права, применимым за пределами сферы действия проекта конвенции (A/CN.9/456, пункт 91). Можно предположить, что этим правом будет право договора уступки (которым может быть право места нахождения коммерческого предприятия cedentia или цессионария или, если cedent или цессионарий имеют более чем одно коммерческое предприятие, коммерческого предприятия, имеющего наиболее тесную связь с договором) или право места, в котором был заключен договор (которым может быть место, иное, чем место нахождения коммерческого предприятия cedentia или цессионария). В результате, с учетом того факта, что приоритет предполагает как действительность по существу, так и формальную действительность, цессионарию потребуются обеспечить, чтобы он располагал действительной уступкой согласно положениям главы III и согласно нормам права, регламентирующим формальную действительность, а также преимущественным правом согласно праву места нахождения cedentia. Этот результат может уменьшить определенность и таким образом оказать негативное воздействие на стоимость кредита.

2. Для решения этой проблемы термин "приоритет" может быть определен как включающий формальную действительность, с тем чтобы приоритет и формальная действительность регулировались одними и теми же нормами права. В качестве альтернативы, предпочтительно в начале главы III или, как вариант, в главу V, можно было бы включить следующее положение: "Форма уступки и последствия несоблюдения такой формы регулируются законом государства, в котором находится cedent" (A/CN.9/WG.II/WP.96, проект статьи 9, вариант C).

3. В соответствии с подходом Рабочей группы, заключающимся в сосредоточении внимания на уступке, а не на договоре уступки, вышеупомянутое положение содержит ссылку на уступку. Формальная действительность регулируется правом места нахождения cedentia для обеспечения того, чтобы действовало право одного государства и чтобы это право было тем же, что и право, регулирующее приоритет (для достижения этого

результата значение термина "местонахождение" в этом контексте должно будет быть тем же, что и в проектах статей 24–26).

Статья 8. Действительность групповых уступок, уступок будущей дебиторской задолженности и частичных уступок

1) Уступка существующей или будущей одной или нескольких дебиторских задолженностей и частей или неразделенных интересов в дебиторской задолженности является действительной независимо от того, определены ли дебиторские задолженности:

- a) индивидуально в качестве дебиторских задолженностей, с которыми связана эта уступка; или
- b) любым другим способом, при условии, что они могут быть идентифицированы в качестве дебиторских задолженностей, с которыми связана уступка, в момент их возникновения.

2) В отсутствие договоренности об ином уступка одной или нескольких будущих дебиторских задолженностей является действительной без совершения дополнительного акта передачи при возникновении каждой дебиторской задолженности.

Статья 9. Момент уступки

Существующая дебиторская задолженность передается, а будущая дебиторская задолженность считается переданной в момент заключения договора уступки, если только cedent и cessionary не укажут более поздний момент.

Статья 10. Договорные ограничения на уступку

1) Уступка дебиторской задолженности является действительной независимо от любой договоренности между первоначальным или любым последующим cedentом и должником или любым последующим cessionaryем, ограничивающей каким бы то ни было образом право cedenta уступать свою дебиторскую задолженность.

2) Ничто в настоящей статье не затрагивает никакого обязательства или ответственности cedenta за нарушение такой договоренности. Лицо, не являющееся стороной такой договоренности, не несет ответственности в силу этой договоренности за ее нарушение.

Примечания

1. Как уже упоминалось (см. примечание 5 к проекту статьи 4), если такие виды практики, как виды, затрагивающие операции расчетных палат, "свопы" и операции, связанные с производными финансовыми инструментами, страховые полисы или синдицирование займов и участие в таких займах, должны охватываться проектом конвенции, то, возможно, необходимо включить в проект статьи 10 иную норму, касающуюся таких видов практики. Такая норма могла бы предусматривать, что в отсутствие согласия должника по таким операциям уступка не является действительной в отношении этого должника (возможные дополнительные изменения в проекте конвенции для учета конкретных нужд таких видов практики см. в примечании 6 к проекту статьи 4).

2. Второе предложение текста пункта 2, в котором указывается, что cessionary не несет договорной ответственности за нарушение cedentом оговорки о недопустимости уступки, как представляется, указывает на очевидное (cessionary не может нести договорную ответственность за нарушение договора, стороной которого этот cessionary не является). Первоначальное намерение Рабочей группы заключалось в том, что, хотя очевидно, что cessionary не будет нести договорную ответственность, вопрос о деликтной ответственности будет оставлен для решения согласно нормам права, применимым за пределами сферы действия проекта конвенции (A/CN.9/455, пункт 51). Рабочая группа предвидела ситуации, в которых cessionary прибегает к явно неправомерному поведению (например, побуждает cedenta уступить дебиторскую задолженность в нарушение оговорки о недопустимости уступки с намерением нанести ущерб интересам должника). Вместе с тем, простая осведомленность cessionaria о существовании оговорки о недопустимости уступки не должна приводить к возникновению ответственности cessionaria, поскольку такая вероятность может удерживать потенциальных cessionaries от заключения сделок финансирования под дебиторскую задолженность (A/CN.9/455, пункт 50).

3. Хотя этот вопрос можно разъяснить в комментарии, Рабочая группа, возможно, пожелает решить его ясно путем исключения слов "в силу этой договоренности за ее нарушение" и включения вместо них следующей формулировки: "даже если оно знало о таком соглашении" или "лишь на том основании, что оно знало о таком соглашении", или "если только это лицо не действовало с конкретным намерением причинить убытки или по грубой неосторожности и с фактическим знанием того, что такие убытки, по всей вероятности, будут иметь

место" (в любом из этих случаев простое знание не будет достаточным для установления ответственности: см. статью 18 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах и статью 8 Конвенции Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов, 1978 год (Гамбургские правила)).

Статья 11. Передача обеспечительных прав

1) Личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается цессионарию без дополнительного акта передачи, за исключением случая, когда согласно закону, регулирующему такое право, оно может быть передано только с дополнительным актом передачи. Если такое право согласно регулирующему его закону может быть передано только с дополнительным актом передачи, cedent обязан передать это право и любые поступления цессионарию.

2) Право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается согласно пункту 1, независимо от договоренности между cedentом и должником или иным лицом, предоставляющим это право, ограничивающей каким бы то ни было образом право cedenta уступать дебиторскую задолженность или право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности.

3) Ничто в настоящей статье не затрагивает никакого обязательства или ответственности cedenta за нарушение договоренности, о которой говорится в пункте 2. Лицо, не являющееся стороной такой договоренности, не несет ответственности в силу этой договоренности за ее нарушение.

4) Передача какого-либо посессорного имущественного права согласно пункту 1 настоящей статьи не затрагивает никаких обязательств cedenta перед должником или лицом, предоставившим имущественное право в отношении переданного имущества, которые могут существовать согласно закону, регулирующему это имущественное право.

5) Пункт 1 настоящей статьи не затрагивает никакого требования на основании иных норм права, чем положения настоящей Конвенции, касающегося формы или регистрации передачи любых прав, обеспечивающих платеж уступленной дебиторской задолженности.

Статья 12. Ограничения в отношении административных и иных государственных органов

Статьи 10 и 11 не затрагивают прав и обязательств должника или любого лица, предоставляющего личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, если этот должник или лицо является правительственным ведомством [, учреждением, органом или иной организацией или любым их подразделением, за исключением случая, когда:

- a) должник или лицо является коммерческой организацией; или
- b) дебиторская задолженность или предоставление права возникает из коммерческой деятельности этого должника или лица.]

Примечания

1. Проект статьи 12 является результатом решения, принятого на предыдущей сессии Рабочей группы с целью обеспечить, чтобы государственные органы-должники не затрагивались уступками, совершенными в нарушение оговорок о недопустимости уступок, включенных в договоры о государственных закупках или в другие аналогичные договоры. Рабочая группа сочла, что следует избегать любого вмешательства в правовой режим таких договоров, поскольку это может серьезно воздействовать на приемлемость проекта конвенции (A/CN.9/456, пункт 115).

2. Однако проект статьи 12 может выходить за рамки своей предполагаемой цели защиты государственных органов-должников, которые не нуждаются в такой защите или которые могут быть защищены с помощью других средств (например, путем статутного ограничения с целью недопустимости уступок в той мере, в какой оно не затрагивается проектом конвенции; по этому вопросу см. примечание 4, ниже и примечания 3 и 4 к статье 28; предложение относительно того, каким образом можно предусмотреть в проекте статьи 10 статутные ограничения на уступку, см. в документе A/CN.9/WG.III/WP.102, примечание 7 к проекту статьи 12). Кроме того, вероятность договорного ограничения на уступку, лишаящего действительности уступку по отношению к государственному органу-должнику, может непреднамеренно создать риск неплатежа государственным органом-должником и таким образом увеличить стоимость кредита для всех государственных органов-должников независимо от того, нуждаются ли они в защите, предусмотренной согласно проекту статьи 12. Более того, разрешение включать в договоры о государственных закупках оговорки о недопустимости уступок с целью лишить уступки действительности в отношении государственного органа-должника может непреднамеренно увеличить стоимость кредита для небольших и средних поставщиков товаров и услуг, в результате чего им было бы даже труднее конкурировать в отношении договоров о государственных закупках с крупными поставщиками, которые обычно располагают альтернативными источниками кредитов. В связи с

этим Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о пересмотре проекта статьи 12, с тем чтобы разрешить государствам делать оговорку в отношении проектов статей 10 и 11, если они того желают.

3. Если Рабочая группа отдаст предпочтение этому подходу, то текст проекта статьи 12 можно было бы пересмотреть следующим образом: "Если государство, в котором должник или любое лицо, предоставляющее личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, находится в момент заключения первоначального договора, сделало оговорку согласно проекту статьи [...], то статьи 10 и 11 не затрагивают прав и обязательств этого должника или лица". Кроме того, к заключительным положениям можно было бы добавить новый проект статьи следующего содержания: "Государство может в любой момент заявить, что оно не будет связано проектами статей 10 и 11, если должник или любое лицо, предоставляющее личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, находится в этом государстве в момент заключения первоначального договора и является правительственным [центральным или местным органом, любым их подразделением, или любым государственным органом, за исключением случая, когда: [включить подпункты а) и b)]]".

4. Название этого положения, возможно, потребует несколько изменить, с тем чтобы оно яснее отражало тот факт, что оно касается договорной, а не статутной возможности уступки. В комментарии будет разъяснено, что, хотя проекты статей 10 и 11 не касаются статутных ограничений на уступку, на материально-правовую часть проекта конвенции не распространяется действие каких-либо императивных норм права, применимых за пределами сферы действия проекта конвенции и ограничивающих уступки, поскольку такой результат нанес бы ущерб определенности, достигнутой проектом конвенции. Например, проект статьи 8 отменяет любую применимую за пределами сферы действия проекта конвенции норму права, согласно которой уступка будущей дебиторской задолженности является недействительной (относительно императивных норм и норм, отражающих публичный порядок, см. также примечания к проектам статей 1 и 24). Формулировка, используемая для того, чтобы охватить государственные органы-должники, была изменена с целью охватить займы государственных органов, а также сделки с участием центральных и местных органов управления, любых их подразделений и государственных организаций.

5. Можно отметить, что подготовленная МИУЧП Конвенция о международном факторинге (Оттава, 1988 год; в дальнейшем именуемая "Оттавской конвенцией") разрешает государствам делать оговорку в отношении нормы, аналогичной проекту статьи 10, но по отношению ко всем видам должников. Из шести государств-участников Оттавской конвенции два государства сделали такую оговорку. В одном из государств-участников эта норма Оттавской конвенции, как сообщается, привела к изменению во внутреннем законодательстве в направлении придания действительности уступкам в коммерческом контексте, несмотря на существование оговорок о недопустимости уступки в соответствующих договорах.

ГЛАВА IV. ПРАВА, ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ВОЗРАЖЕНИЯ

Раздел I. Цедент и цессионарий

Примечания

В отличие от других положений проекта конвенции, в которых уступка рассматривается как передача имущественных прав (будь то полных имущественных прав или обеспечительных прав) в дебиторской задолженности, положения, содержащиеся в настоящем разделе, касаются вопросов, на которые распространяется автономия сторон и которые обычно затрагиваются в договоре уступки. Полезность этих положений кроется в том обстоятельстве, что они распределяют риски и обязанности в отсутствие договоренности между сторонами договора уступки.

Статья 13. Права и обязательства цедента и цессионария

1) Права и обязательства цедента и цессионария, вытекающие из договоренности между ними, определяются условиями этой договоренности, включая любые упомянутые в ней правила или общие условия.

2) Цедент и цессионарий связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и, в отсутствие договоренности об ином, любой практикой, которую они установили в своих отношениях.

3) В случае международной уступки считается, что цедент и цессионарий, в отсутствие договоренности об ином, подразумевают применение к уступке обычая, который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается участниками соответствующих операций [финансирования под дебиторскую задолженность].

Статья 14. Гарантии со стороны cedent

1) Если cedent и цессионарий не договорились об ином, в момент заключения договора уступки cedent гарантирует, что:

- a) cedent обладает правом уступать дебиторскую задолженность;
- b) cedent не уступал дебиторскую задолженность ранее другому цессионарию; и
- c) должник не имеет и не будет иметь никаких возражений или прав на зачет.

2) Если cedent и цессионарий не договорились об ином, cedent не гарантирует, что должник обладает или будет обладать финансовыми возможностями произвести платеж.

Статья 15. Право на уведомление должника

1) Если cedent и цессионарий не договорились об ином, cedent или цессионарий или и тот и другой могут направить должнику уведомление об уступке и платежную инструкцию, однако после направления уведомления платежную инструкцию может направлять только цессионарий.

2) Уведомление об уступке или платежная инструкция, направленные в нарушение любой договоренности, о которой говорится в пункте 1 настоящей статьи, являются действительными для целей статьи 19, несмотря на такое нарушение. Однако ничто в настоящей статье не запрашивает никакого обязательства или ответственности стороны, нарушившей такую договоренность, за любые убытки, возникшие в результате нарушения.

Примечание

Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о переносе первого предложения текста пункта 2 проекта статьи 15 в проект статьи 19, поскольку это предложение касается освобождения должника от ответственности в случае уведомления, направленного в нарушение договоренности между cedentом и цессионарием.

Статья 16. Право на платеж

1) Если cedent и цессионарий не договорились об ином и независимо от того, было ли направлено уведомление об уступке:

- a) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цессионарию, цессионарий имеет право удержать все полученное по уступленной дебиторской задолженности;
- b) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен cedенту, цессионарий имеет право на весь платеж, который был получен cedентом.

2) Если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен другому лицу, по отношению к которому цессионарий имеет приоритет, цессионарий имеет право на весь платеж, который был получен таким лицом.

3) Цессионарий не может удерживать больше того, что ему причитается из дебиторской задолженности.

Примечания

1. В комментарии будет разъяснено, что "платеж" включает как платеж наличными, так и платеж в натуре (например, возвращенными товарами). Однако Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, необходимо ли прямо разъяснить этот аспект в тексте проектов статей 16 и 26 путем ссылки на платеж "или иное погашение" в отношении уступленной дебиторской задолженности. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает определить поступления с помощью ссылки на то, что получено в виде платежа или иного погашения уступленной дебиторской задолженности (которые включают поступления по дебиторской задолженности и поступления от доходов). Формулировки проектов статей 16 и 26 могут быть существенно упрощены, если будет принято определение поступлений.

2. Для согласования пункта 2 с пунктом 1 Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об изменении формулировки пункта 2, с тем чтобы прямо указать, что он касается права на платеж в отношениях между cedентом и цессионарием и обусловливается договоренностью об обратном между этими сторонами. С учетом его нынешней формулировки представляется, что пункт 2 не относится к разделу I главы IV или к проекту статьи 16, касающемуся взаимоотношений между cedентом и цессионарием (см. примечание 3 к проекту статьи 26).

3. Для обеспечения того, чтобы цессионарий, а не цедент, имел право на какие-либо проценты в случае задержки платежа (вопрос, который, возможно, и не является четко урегулированным во всех правовых системах), в пункте 3 после слова "задолженности" можно было бы включить следующие слова: "включая проценты" (см. примечание 2 к проекту статьи 2 и проект статьи 26 бис (2) и (3)).

Раздел II. Должник

Статья 17. Принцип защиты должника

1) За исключением случаев, когда настоящей Конвенцией предусмотрено иное, уступка, совершенная без согласия должника, не затрагивает прав и обязательств должника, включая условия платежа, содержащиеся в первоначальном договоре.

2) В платежной инструкции может быть изменено лицо, адрес или счет, в отношении которого должник должен произвести платеж, однако не может быть:

а) изменена валюта платежа, указанная в первоначальном договоре; или

б) изменено указанное в первоначальном договоре государство, в котором должен быть произведен платеж, на иное государство, чем то, в котором находится должник.

Статья 18. Уведомление должника

1) Уведомление об уступке и платежная инструкция являются действительными, когда они получены должником, если они составлены на языке, который разумно позволяет должнику ознакомиться с их содержанием. Считается достаточным, если уведомление об уступке или платежная инструкция составлены на языке первоначального договора.

2) Уведомление об уступке или платежная инструкция может касаться дебиторской задолженности, которая возникает после уведомления.

3) Уведомление о последующей уступке представляет собой уведомление о любой предшествующей уступке.

Статья 19. Освобождение должника от ответственности в результате платежа

1) До получения должником уведомления об уступке он имеет право исполнить свое обязательство, произведя платеж в соответствии с первоначальным договором.

2) После получения должником уведомления об уступке, с учетом пунктов 3–8 настоящей статьи, он освобождается от ответственности, только произведя платеж цессионарию или в соответствии с другими полученными инструкциями.

3) Если должник получает уведомление о более чем одной уступке одной и той же дебиторской задолженности, совершенных одним и тем же цедентом, он освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с первым полученным уведомлением.

4) Если должник получает более чем одну платежную инструкцию, касающуюся одной и той же уступки одной и той же дебиторской задолженности, совершенной одним и тем же цедентом, он освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с последней платежной инструкцией, полученной от цессионария до платежа.

5) Если должник получает уведомление об одной или нескольких последующих уступках, он освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с уведомлением о последней из таких последующих уступок.

6) Если должник получает уведомление об уступке от цессионария, он имеет право потребовать от цессионария представить ему в течение разумного срока надлежащие доказательства того, что уступка была совершена, и, если цессионарий этого не делает, должник освобождается от ответственности, произведя платеж цеденту. Надлежащие доказательства включают, в частности, любую письменную форму, исходящую от цедента, с указанием, что уступка была совершена.

7) Настоящая статья не затрагивает никаких иных оснований, по которым платеж должника лицу, имеющему право на платеж, компетентному судебному или иному органу или в публичный депозитный фонд освобождает должника от ответственности.

[8) Настоящая статья не затрагивает никаких оснований, по которым должник может освободиться от ответственности, произведя платеж лицу, в пользу которого была совершена недействительная уступка.]

Примечания

1. Пункт 1) подразумевает, что должник может погасить свой долг посредством платежа цессионарию до уведомления (должник "имеет право"). Этот результат также получен согласно проектам статей 8 (1), 9 и 16 (1), в соответствии с которыми уступка является действительной в отношении должника с момента заключения договора уступки (хотя вопрос о формальной действительности оставлен для решения согласно нормам права за пределами сферы применения проекта конвенции; см. примечания к главе III). Хотя такая норма может быть в принципе приемлемой, она может негативно воздействовать на такие виды практики, как скидка по нераскрытому счету-фактуре или секьюритизация, когда предполагается, что должник продолжает платить цеденту (A/CN.9/420, пункты 106–108). Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об исключении из нормы, воплощенной в пункте 1 в отношении упомянутой практики, пересмотреть основную норму, с тем чтобы до уведомления должник освобождался от ответственности только в результате платежа цеденту, или же оставить этот вопрос для решения согласно другим нормам права, применимым за пределами сферы действия проекта конвенции. Для достижения определенности последней альтернативы следует избегать, если это возможно.
2. Рабочая группа, возможно, пожелает предусмотреть в пункте 6, что до получения должником запрошенных доказательств он может погасить свой долг посредством платежа цеденту. В ином случае, если срок исполнения обязательства должника произвести платеж наступает сразу же после уведомления, то потребуются приостановить действие этого обязательства платежа или должник будет считаться не исполнившим свое обязательство (и обязанным возместить убытки и выплатить проценты). Последствие такой нормы будет заключаться в том, что цессионарий должен будет с уведомлением предоставить должнику надлежащие доказательства того, что уступка была совершена (которые включают письменное подтверждение от цедента).
3. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает пересмотреть пункты 7 и 8. Как представляется, пункт 7 непреднамеренно позволяет должнику, получающему уведомление от цессионария согласно проекту конвенции, произвести платеж лицу, имеющему право на платеж в соответствии с нормами права, применимыми за пределами сферы действия проекта конвенции (например, цеденту, который может иметь право на платеж, поскольку уступка будущей дебиторской задолженности или уступка, совершенная в нарушение оговорки о недопустимости уступки, может быть недействительной согласно таким нормам права). Непреднамеренным последствием использования такого подхода может стать усиление риска того, что цессионарий не сможет получить платеж от должника, и в результате такой подход окажет негативное воздействие на стоимость кредита.
4. Соответствующее положение Оттавской конвенции, из которого вытекает пункт 7, предусматривает, что Оттавская конвенция не затрагивает "иные основания", по которым должник освобождается от ответственности в результате платежа *агенту* (т.е. лицу, имеющему право на платеж согласно Оттавской конвенции, если уведомление не отвечает требованиям Оттавской конвенции; однако при факторинге уведомление обычно направляется цедентом, и Оттавская конвенция предусматривает, что цессионарий может направить уведомление должнику только в том случае, если это санкционировано цедентом).
5. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает пересмотреть пункт 7 для обеспечения того, чтобы, после уведомления согласно проекту конвенции от цессионария и, возможно, при условии предоставления надлежащих доказательств, должник освобождался от ответственности только посредством платежа лицу, имеющему право на платеж согласно проекту конвенции. Что касается освобождения от ответственности посредством платежа суду и т.п., то Рабочая группа, возможно, пожелает сохранить его только в случае, если речь идет о нескольких уведомлениях. Такое положение обеспечивало бы, чтобы должник, если нормы права, действующие за пределами сферы применения проекта конвенции, предусматривают эту альтернативу и должник сталкивается с несколькими уведомлениями, не лишился возможности освободиться от ответственности посредством платежа суду или в депозитный фонд. В таком случае коллизии прав нескольких лиц, заявивших требования, будут урегулироваться в соответствии с правом, применимым к приоритету в силу проектов статей 24–26.
6. В отношении пункта 8 можно отметить, что он либо указывает на очевидное, либо ненадлежащим образом возлагает на должника риск того, что уступки не существует или что она является недействительной. Если пункт 8 призван установить норму, согласно которой должник не освобождается от ответственности, если он производит платеж цессионарию, уступка которому была недействительной (например, поскольку цедент не имел правомочий действовать или действовал под принуждением, или был обманут), то в этом пункте нет необходимости. Если уступки не существует, то проект статьи 19 или проект конвенции в целом не применяется, причем крайне маловероятно, чтобы какое-либо право позволяло должнику освободиться от ответственности, когда уступки не существует или она является недействительной, а проект конвенции ничего не меняет в этом отношении. Этот вопрос можно разъяснить в комментариях. В любом случае, с предложенным пересмотром пункта 6 (см. примечание 2 выше), риск платежа должником цессионарию, в пользу которого была совершена недействительная уступка, будет существенно уменьшен. Исключительные случаи, когда недействительность уступки может привести к тому, что должник произведет платеж дважды, можно было бы урегулировать с помощью других норм права (в частности, случай обмана, который нелегко урегулировать в каком-либо тексте по торговому праву). В случае последующих уступок, в котором недействительность будет

особенно трудно выявить, должник должен быть в состоянии возратить платеж, произведенный неправомерно на основании нарушения подразумеваемых фактов или принципов неосновательного обогащения.

7. Если, с другой стороны, пункт 8 призван установить дополнительное требование добросовестности для освобождения должника от ответственности, то это было бы несовместимым с решением Рабочей группы не обуславливать освобождение должника от ответственности его добросовестностью или осведомленностью о действительности уступки (A/CN.9/434, пункт 180; различные аргументы см. также в документах A/CN.9/432, пункты 167–172, и A/CN.9/420, пункты 99–104).

8. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает исключить пункт 8 и включить в комментарий разъяснение, согласно которому должник не освобождается от ответственности посредством платежа цессионарию, уступка которому была недействительной (при том понимании, что это очень редкий случай, и он может быть урегулирован с помощью других норм права). Можно было бы рассмотреть следующую формулировку:

"1) До получения должником уведомления об уступке он имеет право на освобождение от ответственности посредством платежа в соответствии с первоначальным договором. После получения должником уведомления об уступке, с учетом пунктов 2–6 настоящей статьи, он освобождается от ответственности, только произведя платеж цессионарию или, если в уведомлении об уступке содержатся другие инструкции или если он впоследствии получил от цессионария в письменной форме другие инструкции, в соответствии с такими инструкциями".

[включить пункты 3–5 и изменить их нумерацию на 2–4].

"5) Если должник получает уведомление об уступке от лица, которое претендует на то, чтобы быть цессионарием ("подразумеваемый цессионарий"), он имеет право потребовать от подразумеваемого цессионария предоставить ему в течение разумного срока надлежащие доказательства того, что уступка была совершена, и, до получения должником таких доказательств, он освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с первоначальным договором. Надлежащие доказательства включают, в частности, любую письменную форму, исходящую от cedent, с указанием, что уступка была совершена.

6) Несмотря на пункты 1–5, настоящая статья не затрагивает никаких иных оснований, по которым платеж должника:

- a) лицу, имеющему право на платеж согласно настоящей Конвенции; или
- b) в случае нескольких уведомлений или платежных инструкций, компетентному судебному или иному органу или в публичный депозитный фонд освобождает должника от ответственности".

Статья 20. *Возражения и права на зачет со стороны должника*

1) Если цессионарий предъявляет должнику требование произвести платеж по уступленной дебиторской задолженности, должник может сослаться в отношении цессионария на все вытекающие из первоначального договора возражения или права на зачет, которые должник мог бы использовать, если бы такое требование было заявлено cedentом.

2) Должник может сослаться в отношении цессионария на любое другое право на зачет, при условии, что оно имелось у него в момент получения уведомления об уступке.

3) Независимо от положений пунктов 1 и 2, возражения и права на зачет, на которые согласно статье 10 мог бы сослаться должник в отношении cedent в связи с нарушением договоренностей, ограничивающих каким бы то ни было образом право cedent уступать свою дебиторскую задолженность, не могут быть использованы должником в отношении цессионария.

Статья 21. *Договоренность не ссылаться на возражения и права на зачет*

1) Без ущерба для права, регулирующего защиту должника в сделках, совершенных в первую очередь в личных, семейных или домашних целях, в государстве, в котором он находится, должник может в подписанной письменной форме договориться с cedentом не ссылаться в отношении цессионария на возражения и права на зачет, которые он мог бы использовать согласно статье 20. Такая договоренность лишает должника права сослаться в отношении цессионария на такие возражения и права на зачет.

2) Должник не может отказаться:

- a) от возражений, вытекающих из обманных действий со стороны цессионария;
- b) от возражений, основанных на недееспособности должника.

3) Такая договоренность может быть изменена только путем подписания письменного соглашения. Последствия такого изменения по отношению к цессионарию определяются статьей 22 (2).

Примечания

Рабочая группа, возможно, пожелает разъяснить, необходимо ли, чтобы письменное соглашение, указанное в пункте 3, было подписано и цессионарием, и должником или же только должником.

Статья 22. Изменение первоначального договора

1) Договоренность, которая заключена между cedentом и должником до уведомления об уступке и которая затрагивает права цессионария, имеет силу в отношении цессионария, и цессионарий приобретает соответствующие права.

2) После уведомления об уступке договоренность между cedentом и должником, затрагивающая права цессионария, не имеет силы в отношении цессионария, за исключением случаев, когда:

а) цессионарий дает на это свое согласие; или

б) дебиторская задолженность не полностью подкреплена исполнением и либо изменение предусмотрено в первоначальном договоре, либо в контексте первоначального договора разумный цессионарий согласился бы на такое изменение.

3) Пункты 1 и 2 настоящей статьи не затрагивают никаких прав cedента или цессионария в связи с нарушением договоренности между ними.

Статья 23. Истребование уплаченных сумм

Без ущерба для права, регулирующего защиту должника в сделках, совершаемых в первую очередь в личных, семейных или домашних целях, в государстве, в котором он находится, и прав должника согласно статье 20, неисполнение cedentом первоначального договора не дает должнику права на истребование у цессионария сумм, уплаченных должником cedенту или цессионарию.

*Раздел III. Другие стороны**Статья 24. Коллизия прав нескольких цессионариев*

1) Приоритет в отношениях между несколькими цессионариями, получившими одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же cedента, регулируется правом государства, в котором находится cedент.

2) Цессионарий, обладающий приоритетом, может в любой момент в одностороннем порядке или по договоренности уступить свой приоритет любому из существующих или будущих цессионариев.

Примечания

1. Во избежание возникновения риска отсылки Рабочая группа, возможно, пожелает включить в текст проекта конвенции (возможно, в проект статьи 5) следующее положение: "Для целей настоящей Конвенции "право" означает право, действующее в каком-либо государстве, инос, чем его нормы международного частного права" (см. статью 15 Конвенции Европейского союза о праве, применимом к договорным обязательствам, Рим, 1980 год; в дальнейшем именуемой "Римской конвенцией"). В качестве альтернативы этот вопрос можно разъяснить в комментарии.

2. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли суд быть в состоянии отменить нормы, применимые согласно проекту статьи 24, если они явно противоречат его императивным нормам ("loi de police") или публичному порядку. Такой подход является совместимым с обычной практикой в текстах по международному частному праву. Хотя, возможно, весьма маловероятно то, что вопрос об императивных нормах или публичном порядке возникнет в отношении коллизии приоритета между несколькими цессионариями, получающими одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же cedента, вероятность возникновения такого вопроса нельзя исключить. Если Рабочая группа одобрит этот подход, то следует предусмотреть применимость проектов статей 30 и 31 к проекту статьи 24, а также ко всем положениям международного частного права, содержащимся в проекте конвенции (которые могут быть помещены в одну главу), а проекты статей 25 (3) и (4) и 26 (5) могут быть исключены. Проект статьи 25 (5) может быть также исключен при том понимании, что, хотя проект статьи 31 может действовать только для отмены применимого права, проект статьи 30 может выполнять как негативную, так и позитивную функцию, поскольку он может привести как к отмене применимого права, так и к применению внутренних норм по отношению к преференциальным внедоговорным правам.

Статья 25. Коллизия прав цессионария и кредиторов цедента или управляющего, назначенного для проведения процедур банкротства

- 1) Приоритет в отношениях между цессионарием и кредиторами цедента регулируется правом государства, в котором находится цедент.
- 2) В случае процедуры банкротства приоритет в отношениях между цессионарием и кредиторами цедента регулируется правом государства, в котором находится цедент.
- 3) Независимо от пунктов 1 и 2, суд или иной компетентный орган может отказать в применении какого-либо положения права государства, в котором находится цедент, только в том случае, если это положение явно противоречит публичному порядку государства суда.
- 4) Если процедура банкротства начинается в каком-либо ином государстве, чем государство, в котором находится цедент, то, за исключением предусмотренного в настоящей статье, настоящая Конвенция не затрагивает прав управляющего, назначенного для проведения процедур банкротства, или прав кредиторов цедента.
- 5) Если процедура банкротства начинается в каком-либо ином государстве, чем государство, в котором находится цедент, то любое [внедоговорное] [преференциальное] право или интерес, которые согласно праву государства суда будут являться приоритетными по отношению к интересу цессионария, обладает таким приоритетом, независимо от пункта 2. [Государство может в любой момент сдать на хранение заявление, в котором будут определены [внедоговорные] [преференциальные] права и интересы, имеющие приоритет по отношению к интересам цессионария, независимо от применения положения о приоритете, содержащегося в пункте 2.]
- 6) Цессионарий, заявляющий права на основании настоящей статьи, обладает не меньшими правами, чем цессионарий, заявляющий права на основании других норм права.

Примечания

1. В пункте 2 термин "управляющий, назначенный для проведения процедур банкротства" был заменен термином "кредиторы цедента", поскольку в некоторых правовых системах управляющий по делу о несостоятельности не становится держателем прав кредиторов, а при некоторых производствах, предусматривающих реорганизацию, может и не быть управляющего по делу о несостоятельности (A/CN.9/WG.III/WP.102, примечание 1 к проекту статьи 24). Однако с учетом того обстоятельства, что в других правовых системах управляющий по делу о несостоятельности действительно становится держателем прав кредиторов, ссылку на такого управляющего необходимо включить в пункт 2.
2. Если пункты 3–5 будут сохранены (см. примечание 2 к проекту статьи 24), то их формулировки, возможно, будет необходимо изменить. Применение пункта 3 должно ограничиваться случаями, когда производство по делу о несостоятельности или иное производство возбуждается в каком-либо государстве, ином, чем основное государство цедента. Если такое производство возбуждается в основном государстве цедента, то любая коллизия с *lex loci concursus* или *lex fori* будет разрешаться на основе норм права этого государства. В пункте 4, возможно, необходимо далее разъяснить, что цессионарий, обладающий преимущественным правом, сохраняет свое право, однако уступка может быть оспорена управляющим по делу о несостоятельности, например, как преференциальная или мошенническая передача (слова "за исключением предусмотренного в настоящей статье" могут и не отражать предполагаемые последствия пункта 4). В пункте 5 можно исключить второе предложение текста. Весьма маловероятно, что любое государство сделает заявление, ограничивающее внедоговорные права, которые оно желало бы сохранить.
3. Пункт 6 также можно исключить. Как представляется, он предполагает, что, хотя коллизия приоритета охватывается проектом конвенции, право, иное, чем право места нахождения должника, может быть применимым. Пункт 6 первоначально был призван обеспечить, чтобы цессионарий, заявляющий преимущественное право на основании материально-правовых положений проекта конвенции, обладал не меньшими правами, чем если бы он заявлял преимущественное право на основании материально-правовых норм, действующих за пределами сферы применения проекта конвенции (A/CN.9/455, пункт 40, и A/CN.9/445, пункт 44). Поскольку Рабочая группа решила преобразовать нормы проекта конвенции, касающиеся преимущественных прав, в нормы международного частного права (A/CN.9/445, пункт 22), пункт 6 не представляется уместным.

[Статья 26. Коллизия прав в отношении платежей]

- 1) Если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цессионарию, цессионарий имеет имущественное право на весь платеж, который был получен по уступленной дебиторской задолженности.

2) Если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цеденту, цессионарий имеет имущественное право на весь платеж, который был получен по уступленной дебиторской задолженности, если:

а) полученный платеж представляет собой деньги, чеки, электронные переводы, положительное сальдо на депозитных счетах или аналогичные активы ("поступления в форме денежной наличности");

б) цедент инкассировал поступления в форме денежной наличности по указанию цессионария осуществлять хранение поступлений в форме денежной наличности в его пользу; и

с) цедент осуществляет хранение поступлений в форме денежной наличности в пользу цессионария отдельно от своих активов, как то в виде отдельного депозитного счета, на котором хранятся только поступления в форме денежной наличности от дебиторской задолженности, уступленной цессионарию.

3) В отношении имущественных прав, о которых говорится в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, цессионарий обладает тем же приоритетом, что и в уступленной дебиторской задолженности.

4) Если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цеденту и при этом установленные в пункте 2 требования не соблюдены, приоритет в отношении всего полученного платежа определяется следующим образом:

а) если полученный платеж представляет собой дебиторскую задолженность, приоритет регулируется правом государства, в котором находится цедент;

б) если полученный платеж представляет собой иные активы, чем дебиторская задолженность, приоритет регулируется правом государства, в котором находятся эти активы.

5) В случае возникновения коллизии приоритета между цессионарием и управляющим, назначенным для проведения процедур банкротства, или кредиторами цедента в отношении всего полученного платежа применяются пункты 3–5 статьи 25.]

Примечания

1. В отличие от проектов статей 24 и 25, согласно которым вопрос о приоритете в дебиторской задолженности и средствах защиты, имеющихся у цессионария, решается на основе права места нахождения цедента, пункты 1 и 2 призваны предоставлять цессионарию в определенных случаях имущественное право (право *in rem*) в поступлениях. Однако они не предназначены для изменения порядка приоритетов, установленного в пунктах 3 и 4. Действие проекта статьи 26 нагляднее всего можно проиллюстрировать нижеследующими примерами. При коллизии в отношении поступлений между несколькими цессионариями одной и той же дебиторской задолженности порядок приоритетов будет устанавливаться согласно праву, применимому в силу пунктов 3 и 4. В таком случае приоритет не зависит от того, имеет ли цессионарий право *in rem* или *ad personam* (т.е. старший цессионарий с личным требованием превалирует над младшим цессионарием с имущественным требованием). При коллизии в отношении поступлений между цессионарием и кредиторами цедента или управляющим по делу о несостоятельности цедента порядок приоритетов будет все же определяться правом, применимым в силу пунктов 3 и 4. Вопрос о том, имеет ли цессионарий, обладающий приоритетом в поступлениях, имущественное или личное требование в отношении таких поступлений, также регулируется правом, регламентирующим приоритет в поступлениях согласно пунктам 3 и 4, за исключением ситуаций, затрагиваемых в пунктах 1 и 2, в которых цессионарию, обладающему приоритетом в отношении поступлений, предоставляется имущественное право требования в отношении таких поступлений.

2. Для того чтобы лучше отразить это понимание, Рабочая группа, возможно, пожелает отделить вопросы приоритета в поступлениях от вопроса о средствах защиты, имеющихся у цессионария, который обладает приоритетом, и затронуть первую группу вопросов в положении, содержащем пункты 3, 4 и 5, а второй вопрос – в положении, содержащем пункты 1 и 2. Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, можно ли распространить действие нормы, воплощенной в пункте 2, на иные поступления, чем поступления в форме денежной наличности, при условии, что они удовлетворяют требованиям пункта 2. В случае принятия такого подхода подпункт а) можно было бы исключить, наряду с любой ссылкой на поступления в форме денежной наличности в подпунктах б) и с). В подпункте с) требование в отношении того, что поступления должны быть "в разумной степени отличимыми", которое уже подразумевается, возможно, необходимо будет установить прямо.

3. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает согласовать пункты 1 и 2 с проектом статьи 16 для обеспечения того, чтобы право цессионария на поступления не превышало то, что ему причитается из дебиторской задолженности. Вместе с тем, полное соответствие проекту статьи 16 (2) может и не быть практически возможным, поскольку Рабочая группа пока не решила предоставить цессионарию в случае платежа лицу, иному, чем цессионарий или цедент (например, конкурирующий цессионарий или кредитор цедента), право *in rem* в отношении этих поступлений (таким образом, включение в проект статьи 26 нормы, аналогичной проекту статьи 16 (2), не было бы целесообразным). Можно было бы рассмотреть следующую формулировку:

"Статья 26. Приоритет в поступлениях"

1) Приоритет между несколькими цессионариями одной и той же дебиторской задолженности от одного и того же cedentа и между цессионарием и кредиторами cedentа или управляющим, назначенным для проведения процедур банкротства, в отношении того, что получено в виде платежа [, или иного погашения,] уступленной дебиторской задолженности, определяется следующим образом:

а) если полученный платеж представляет собой дебиторскую задолженность, приоритет регулируется правом государства, в котором находится cedent;

б) если полученный платеж представляет собой иные активы, чем дебиторская задолженность, приоритет регулируется правом государства, в котором находятся эти активы.

2) В случае возникновения коллизии приоритетов между цессионарием и кредиторами cedentа или управляющим, назначенным для проведения процедур банкротства, в отношении всего полученного платежа [, или иного погашения,] уступленной дебиторской задолженности применяются пункты 3–5 статьи 25.

Статья 26 бис. Права in rem в поступлениях

1) За исключением случаев, предусмотренных в пунктах 2–4 настоящей статьи, вопрос о том, [имеет ли цессионарий право in rem или ad personam в том,] [вправе ли цессионарий истребовать и удерживать то,] что было получено в виде платежа [, или иного погашения,] уступленной дебиторской задолженности, решается в соответствии с правом, регулирующим приоритет согласно статье 26 настоящей Конвенции.

2) Если платеж [, или иное погашение,] по уступленной дебиторской задолженности произведен цессионарию, цессионарий, обладающий приоритетом по сравнению с кредиторами cedentа или управляющим, назначенным для проведения процедур банкротства, согласно статье 26 настоящей Конвенции, имеет [право in rem в том,] [право удерживать то,] что было получено, вплоть до суммы, причитающейся ему в дебиторской задолженности [, включая проценты].

3) Если платеж [, или иное погашение,] по уступленной дебиторской задолженности произведен cedentu, цессионарий, обладающий приоритетом по сравнению с кредиторами cedentа или управляющим, назначенным для проведения процедур банкротства, согласно статье 26 настоящей Конвенции, имеет [право in rem в том,] [право удерживать то,] что было получено, вплоть до суммы, причитающейся ему в дебиторской задолженности [, включая проценты,] если:

а) cedent получил платеж [, или иное погашение,] по указанию цессионария осуществлять хранение всего, что получено, в пользу цессионария; и

б) все, что получил cedent, хранится cedentом в пользу цессионария отдельно от своих активов, и все это является в разумной степени отличимым от его активов, как то в виде отдельного депозитного счета, на котором хранятся только поступления в форме денежной наличности от дебиторской задолженности, уступленной цессионарию."

ГЛАВА V. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА

Примечания

1. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть сферу применения или цель норм международного частного права, содержащихся в проекте конвенции (по этому вопросу см. документ A/CN.9/WG.III/ WP.102, примечания 18–20 к проекту статьи 1). В принципе было бы нецелесообразным ограничивать применение норм международного частного права на основании материально-правовых понятий, воплощенных в главе I (т.е. только к уступкам, как они определяются в проекте статьи 2, или только к международным сделкам, как они определяются в проекте статьи 3, или же только в случае, когда cedent находится в каком-либо договаривающемся государстве). Если государством суда является договаривающееся государство, то должно быть разрешено применять главу V, когда заключенная сделка имеет какой-либо международный элемент и независимо от того, находится ли cedent или должник в договаривающихся государствах, или от того, сопряжена ли сделка с уступкой договорной или недоговорной дебиторской задолженности.

2. Такой подход позволил бы государствам, не имеющим адекватных норм международного частного права, касающихся уступок, или вообще таких норм, извлекать преимущества из норм, содержащихся в главе V. Нужно признать, что эти нормы отражают общие принципы, которые необходимо будет дополнить другими принципами международного частного права. Вместе с тем, в своей совокупности положения главы V устанавливают нормы, которые могут быть полезными для многих государств и разъясняют вопросы (например, вопросы приоритета), в отношении которых в международном частном праве сохраняется большая

степень неопределенности. Те государства, которые располагают адекватными нормами, касающимися уступки, всегда могут отказаться от применения главы V.

3. Что касается вопроса о том, будет ли правильной законодательной политикой включать положения международного частного права в какой-либо материально-правовой текст, то Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что сложные сделки в области финансирования, такие как те, которые сопряжены с уступками, могут регулироваться разумным образом только в том случае, если они регулируются в тексте, который настолько последовательно и всеобъемлюще, насколько это возможно, затрагивает как материально-правовые аспекты, так и аспекты международного частного права. Если вопросы международного частного права не будут затронуты в главе V, то будет сохраняться большая степень неопределенности в отношении всех тех вопросов, которые проект конвенции оставляет в силу необходимости для решения на основе норм права, не входящих в сферу применения проекта конвенции (перечень этих вопросов см. в документе A/CN.9/WG.II/ WP.98, примечание 2 к проекту статьи 8). Кроме того, если нормы проектов статей 24–26, касающиеся приоритета, станут общепризнанными, то нет причин для ограничения их применения на основании материально-правовых понятий, воплощенных в главе I, и тем самым игнорирования возможности разъяснить вопрос, в отношении которого в нынешних текстах по международному частному праву сохраняется значительная неопределенность.

4. Если Рабочая группа решит придерживаться этого подхода, то вступительные формулировки текстов проектов статей 27–29 следует исключить, а проект статьи 1 (3) (который можно поместить в начало текста главы V) необходимо пересмотреть следующим образом: "Положения главы V применяются независимо от положений главы I. Однако эти положения не применяются, если государство делает заявление согласно статье 34".

5. Иерархию материально-правовых норм и норм международного частного права, содержащихся в проекте конвенции, а именно то, что договаривающееся государство сначала будет применять материально-правовые положения и, только в том случае, если вопрос не решен в материально-правовых положениях, – положения международного частного права, возможно, также необходимо рассмотреть. Можно было бы рассмотреть вопрос о включении в начало текста главы V следующей формулировки: "Если положения настоящей Конвенции, не входящие в главу V, не применяются к уступке, то применяются положения главы V". Таким образом, если государством суда является договаривающееся государство, то будет применяться глава V вместо его собственных норм международного частного права.

6. В качестве альтернативы Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о сохранении главы V без проекта статьи 27. Проект статьи 27 затрагивает договорные аспекты уступки, которые не являются основной направленностью проекта конвенции и, возможно, уже в достаточной мере урегулированы (даже хотя принцип свободы выбора применимого права может и не быть общим для всех систем). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть другие альтернативы, включая ограничение применения главы V международными сделками, как они определены в главе I, без других ограничений, предусмотренных главой I (прецедент см. в статьях 21 и 22 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах), или только международными сделками со всеми ограничениями в отношении материально-правового и территориального применения, установленными в главе I. В последнем случае, по вышеупомянутым причинам, проект статьи 27 можно исключить; проект статьи 29 можно также исключить, поскольку вопрос о приоритете в достаточной мере охватывается проектами статей 24–26, а проекты статей 30 и 31 могут быть изложены в контексте проектов статей 24–26. В таком случае Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли поместить проект статьи 28 в контекст раздела II главы IV, без возможности отказа от ее применения, поскольку она отражает общепризнанные принципы.

Статья 27[29]⁹. *Право, применимое к договору уступки*

1) [За исключением вопросов, урегулированных в настоящей Конвенции,] договор уступки регулируется правом, прямо избранным cedentом и цессионарием.

2) В отсутствие выбора права cedentом и цессионарием договор уступки регулируется правом государства, с которым наиболее тесно связан договор уступки. В отсутствие доказательств противного считается, что договор уступки наиболее тесно связан с государством, в котором находится коммерческое предприятие cedenta. Если cedent имеет более чем одно коммерческое предприятие, принимается во внимание коммерческое предприятие, наиболее тесно связанное с договором. Если cedent не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание его обычное местожительство.

3) Если договор уступки связан только с одним государством, тот факт, что cedent и цессионарий избрали право другого государства, не наносит ущерба применению права государства, с которым связана уступка, если отход от этого права на основании договора не допускается.

⁹ Число в квадратных скобках указывает на номер этого положения в приложении к документу A/CN.9/455, из которого взяты положения главы V и главы VI, за исключением подчеркнутых формулировок главы VI.

Примечания

Для того чтобы яснее отразить вопросы, которые должны быть предметом автономии сторон, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вероятность замены слов "договор уступки регулируется" словами "заклучение, действительность и права и обязательства цедента и цессионария, вытекающие из договора уступки, регулируются". Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли пункт 2 необходимым. Если цель проекта статьи 27 заключается в признании автономии сторон без какой-либо детализации, то пункт 2 может и не быть абсолютно необходимым, в частности с учетом того факта, что сделки, которые предполагается охватить, обсуждаются весьма тщательно опытными и квалифицированными сторонами, которые обычно включают положение о выборе права в свои договоры. Если пункт 2 будет сохранен и будет принято определение местонахождения, аналогичное предложенному выше (см. примечание 4 к проекту статьи 5), то третье и четвертое предложения текста пункта 2 можно было бы исключить. В отношении пункта 3 Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли он полезным без каких-либо детальных норм, касающихся соответствующих связующих факторов (например, типичного исполнения согласно статье 4 (2) Римской конвенции и положения статьи 4 (5) Римской конвенции об отступлении, если типичное исполнение не может быть определено). Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, чтобы затронуть в главе V проблему формы уступки (пункт 1 предназначается для урегулирования только действительности по существу; см. примечания к главе III).

Статья 28[30]. Право, применимое к правам и обязательствам цессионария и должника

[За исключением вопросов, урегулированных в настоящей Конвенции,] право, регулирующее дебиторскую задолженность, к которой относится уступка, определяет возможность ее уступки, отношения между цессионарием и должником, условия, при которых на уступку можно сослаться против должника, и любой вопрос о том, были ли исполнены обязательства должника.

Примечания

1. Рабочая группа, возможно, пожелает пересмотреть свое решение не затрагивать вопрос о нормах права, применимых к правам на зачет (A/CN.9/456, пункт 197). Права на зачет со стороны должника в отношении цессионария возникают весьма часто и неизбежно воздействуют на наличие и стоимость кредита.

2. Общий принцип, касающийся договорных прав на зачет, заключается в том, что они регулируются правом договора, из которого они вытекают. Это означает, что нормы права, регулирующие право на зачет, будут теми же, что и нормы права, регулирующие дебиторскую задолженность, если право на зачет вытекает из первоначального договора, и другими, если право на зачет вытекает из другого договора. Такая норма увеличила бы определенность и может оказывать благоприятное воздействие на стоимость кредита. Можно рассмотреть следующую формулировку: "Права на зачет, вытекающие из первоначального договора, регулируются правом, регулирующим дебиторскую задолженность. Права на зачет, вытекающие из другого договора, регулируются правом, регулирующим данный договор".

3. Что касается статутной возможности уступки, то следует отметить, что применение права, регулирующего дебиторскую задолженность, было бы нецелесообразным в случае статутной возможности уступки. Такой подход мог бы непреднамеренно привести к тому, что цеденту и должнику было бы позволено избегать возможных статутных ограничений, которые сопряжены с вопросами императивных норм или публичного порядка, посредством выбора удобного права для регулирования дебиторской задолженности. Статутные ограничения могут быть направлены на защиту цедента (как, например, в случае статутного ограничения в отношении уступки заработной платы и пенсий) или должника (как, например, в случае ограничения в отношении уступки дебиторской задолженности, принадлежащей государственному органу-должнику). Рабочей группе известно, что она решила не включать каких-либо дополнительных положений в проект статьи 28 при том понимании, что статутные ограничения возможности уступки, которые обычно вытекают из императивных норм, будут сохранены согласно проекту статьи 30 (A/CN.9/456, пункт 117).

4. Независимо от того, будет ли сохранена вступительная формулировка, если сфера применения главы V будет выходить за пределы сферы применения главы I, то проект статьи 28 будет охватывать статутную возможность уступки и договорную возможность уступки в отношении сделок, иных, чем сделки, охватываемые проектом конвенции, тогда как проект статьи 10 будет охватывать договорную возможность уступки в отношении сделок, входящих в сферу применения проекта конвенции. Если сохранить вступительную формулировку и обусловить главу V главой I, то проект статьи 10 будет охватывать договорную возможность уступки, а проект статьи 28 – статутную возможность уступки (A/CN.9/456, пункт 95).

Статья 29[31]. Право, применимое к коллизии приоритетов

[За исключением вопросов, урегулированных в главе IV:]

а) приоритет в отношениях между несколькими цессионариями, получившими одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же cedentа, определяется согласно праву государства, в котором находится cedent;

б) приоритет в отношениях между цессионарием и кредиторами cedentа определяется согласно праву государства, в котором находится cedent;

с) приоритет в отношениях между цессионарием и управляющим в деле о несостоятельности определяется согласно праву государства, в котором находится cedent;

[d) если производство по делу о несостоятельности возбуждается в каком-либо ином государстве, чем государство, в котором находится cedent, то любое внедоговорное право или интерес, который согласно праву государства суда будет являться приоритетным по отношению к интересу цессионария, обладает таким приоритетом, независимо от подпункта (с), но только в той степени, в которой такой приоритет оговорен государством суда в документе, сданном на хранение депозитарию до момента совершения уступки;]

е) цессионарий, заявляющий права на основании настоящей статьи, не обладает меньшими правами, чем цессионарий, заявляющий права на основании других норм права.]

Примечания

Если глава V, включая проект статьи 29, будет сохранена, то подпункт d) необходимо будет согласовать с проектом статьи 25 (5) (при условии, что это положение будет также сохранено). Как было предложено в отношении проекта статьи 25 (5), подпункт с), возможно, потребуются исключить (см. примечание 3 к проекту статьи 25).

Статья 30[32]. Императивные нормы

1) Ничто в статьях 27 и 28 не ограничивает применения норм права государства суда в ситуации, когда они являются императивными, вне зависимости от права, применимого на иных основаниях.

2) Ничто в статьях 27 и 28 не ограничивает применения императивных норм права другого государства, с которым вопросы, урегулированные в этих статьях, имеют тесную связь, если — и в той мере, в которой — согласно праву этого другого государства эти нормы должны применяться вне зависимости от права, применимого на иных основаниях.

Статья 31[33]. Публичный порядок

В отношении вопросов, урегулированных в настоящей главе, в применении какого-либо положения права, указанного в настоящей главе, может быть отказано судом или иным компетентным органом только в том случае, если это положение явно противоречит публичному порядку государства суда.

ГЛАВА VI. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 32[41]. Депозитарий

Депозитарием настоящей Конвенции является Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций.

Статья 33[42]. Коллизии с международными соглашениями

1) За исключением предусмотренного в пункте 2 настоящей статьи, настоящая Конвенция имеет преимущественную силу по отношению к любой международной конвенции или другому многостороннему или двустороннему соглашению, которые уже заключены или могут быть заключены Договаривающимся государством и которые содержат положения по вопросам, являющимся предметом регулирования настоящей Конвенции.

2) Государство может в любой момент заявить, что настоящая Конвенция не будет иметь преимущественной силы по отношению к перечисленным в заявлении международным конвенциям или другим многосторонним или двусторонним соглашениям, которые оно заключило или заключит и в которых содержатся положения по вопросам, являющимся предметом регулирования настоящей Конвенции.

Примечания

Коллизии могут возникнуть с Оттавской конвенцией, Римской конвенцией и Конвенцией ЕС о несостоятельности (в отношении возможных коллизий с проектом конвенции МИУЧП см. примечания 8–16 к проекту статьи 4). Возможные коллизии с Оттавской конвенцией являются минимальными, поскольку сфера применения Оттавской конвенции уже, чем сфера применения данного проекта конвенции, и в любом случае положения этого проекта конвенции являются в значительной мере аналогичными положениям Оттавской конвенции (за исключением, например, оговорки к норме о договорных ограничениях на уступку и норме о взыскании с цессionario платежей, произведенных должником). Возможные коллизии с Римской конвенцией также являются минимальными, поскольку проекты статей 27 и 28 почти идентичны статье 12 Римской конвенции. Что касается права, регулирующего приоритет, то превалирующая точка зрения заключается в том, что статья 12 не затрагивает этого вопроса. Однако даже если проект статьи 12 затрагивает вопросы приоритета, никакие нормы права, применимые согласно статье 12 (т.е. право, выбранное сторонами, или право, регулирующее дебиторскую задолженность), не являются надлежащими (возможно, за исключением уступки одной, нынешней дебиторской задолженности). Как представляется, не возникает и существенной коллизии с Конвенцией ЕС о несостоятельности. Понятие центрального административного органа почти идентично понятию центра основных интересов, используемому в Конвенции ЕС о несостоятельности (см. примечание 10 к проекту статьи 5), и данная Конвенция не затрагивает прав *in rem* в ходе основного производства по делу о несостоятельности (статья 5). Хотя Конвенция ЕС о несостоятельности может затрагивать права *in rem* в ходе вторичного производства по делу о несостоятельности (статьи 2 g), 4 и 28), проект статьи 25 (4) будет достаточным для сохранения, например, права кредиторов цедента и управляющего по делу о несостоятельности на лишение действительности уступки как мошеннической или преференциальной передачи. В любом случае права кредиторов цедента и управляющего по делу о несостоятельности будут сохранены, если проекты статей 30 и 31 заменят проекты статей 25 (3) и (4). В таком случае право места нахождения цедента может быть заменено *lex concursus* или *lex fori* (см. примечание 2 к проекту статьи 24).

Статья 34[42 бис]. *Применение главы V*

Государство может в любой момент заявить, что оно не будет связано главой V.

Примечания

Если Рабочая группа решит исключить проекты статей 27 и 29–31 и перенести проект статьи 28 в раздел II главы IV, то проект статьи 34 можно исключить (новая статья, предусматривающая оговорку к проектам статей 10 и 11 в отношении государственных органов-должников, может быть включена здесь; см. примечания к проекту статьи 12).

[Статья 35[42 кватер]. *Другие исключения*

Государство может в любой момент заявить, что оно не будет применять настоящую Конвенцию к определенным видам практики, перечисленным в заявлении.]¹⁰

Статья 36[43]. *Применение приложения*

Государство может в любой момент заявить, что оно не будет связано либо [разделами I и II, либо разделом III] приложения к настоящей Конвенции.

Примечания

Если Рабочая группа заменит приложение положениями, касающимися пересмотра проекта конвенции и внесения в нее поправок (см. примечания к приложению ниже), то проект статьи 36 можно будет исключить. Если приложение будет сохранено, то проект статьи 36, возможно, потребует пересмотреть для обеспечения того, чтобы государство могло применять правила определения преимущественных прав на основе регистрации (раздел I) или правила регистрации (раздел II), или то и другое (A/CN.9/455, пункты 122 и 131).

[Статья 37[44]. *Правила или процедуры по вопросам несостоятельности, не затрагиваемые настоящей Конвенцией*

Государство может в любой момент заявить, что другие регулирующие вопросы несостоятельности цедента правила или процедуры не затрагиваются настоящей Конвенцией.]

¹⁰ Текст, подчеркнутый в положениях главы VI, отражает предложения, внесенные Секретариатом в документе A/CN.9/WG.III/WP.102.

Примечания

С учетом общей формулировки проекта статьи 25(4) Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, что проект статьи 37 не является необходимым и может быть исключен.

Статья 38[45]. *Подписание, ратификация, принятие, утверждение, присоединение*

- 1) Настоящая Конвенция открыта для подписания всеми государствами в Центральных учреждениях Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке до ...
- 2) Настоящая Конвенция подлежит ратификации, принятию или утверждению подписавшими ее государствами.
- 3) Настоящая Конвенция открыта для присоединения всех не подписавших ее государств с даты открытия ее для подписания.
- 4) Ратификационные грамоты, документы о принятии, утверждении и присоединении сдаются на хранение Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций.

Примечания

Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о сроке, в течение которого проект конвенции должен быть открытым для подписания государствами. Можно отметить, что в конвенциях, подготовленных ЮНСИТРАЛ, этот срок составляет от одного до двух лет. При рассмотрении этого вопроса Рабочая группа может учитывать необходимость предоставить государствам достаточное время для изучения вопроса о подписании проекта конвенции с указанием при этом на их намерение ратифицировать ее и необходимость не устанавливать слишком длительный срок, что может непреднамеренно создать впечатление того, что нет безотлагательности в скорой ратификации проекта конвенции и вступлении его в силу.

Статья 39[46]. *Применение в отношении территориальных единиц*

- 1) Если государство имеет две или более территориальные единицы, в которых применяются различные системы права в отношении вопросов, являющихся предметом регулирования настоящей Конвенции, то оно может в любой момент заявить, что настоящая Конвенция распространяется на все его территориальные единицы или только на одну или несколько из них, и может в любой момент представить другое заявление вместо ранее сделанного.
- 2) В этих заявлениях должны прямо указываться территориальные единицы, на которые распространяется действие Конвенции.
- 3) Если в силу заявления, сделанного в соответствии с настоящей статьей, действие настоящей Конвенции распространяется не на все территориальные единицы какого-либо государства, а цент и/или должник находятся в территориальной единице, на которую действие Конвенции не распространяется, это местонахождение не рассматривается как находящееся в Договаривающемся государстве.
- 4) Если государство не делает заявления в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, действие Конвенции распространяется на все территориальные единицы этого государства.

Статья 40[47]. *Вступление заявления в силу*

- 1) Заявления в соответствии со статьями 34–37 и 39(1), сделанные в момент подписания, подлежат подтверждению при ратификации, принятии или утверждении.
- 2) Заявления и подтверждения заявлений делаются в письменной форме и официально сообщаются депозитарию.
- 3) Заявление вступает в силу одновременно со вступлением в силу настоящей Конвенции в отношении соответствующего государства. Однако заявление, о котором депозитарий получает официальное уведомление после такого вступления в силу, вступает в силу с первого дня месяца по истечении шести месяцев после даты его получения депозитарием.
- 4) Любое государство, которое делает заявление в соответствии со статьями 34–37 и 39(1), может отказаться от него в любой момент посредством официального уведомления в письменной форме на имя депозитария. Такой отказ вступает в силу с первого дня месяца по истечении шести месяцев после даты получения уведомления депозитарием.
- [5] Заявление или отказ от него не затрагивает права сторон в отношении уступок, совершенных до даты вступления в силу такого заявления или такого отказа от него.

Статья 41[48]. Оговорки

Не допускаются никакие оговорки, кроме тех, которые прямо предусмотрены настоящей Конвенцией.

Статья 42[49]. Вступление в силу

- 1) Настоящая Конвенция вступает в силу в первый день месяца по истечении шести месяцев после даты сдачи на хранение пятой ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении.
- 2) Для каждого государства, становящегося Договаривающимся государством настоящей Конвенции после даты сдачи на хранение пятой ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении, настоящая Конвенция вступает в силу в первый день месяца по истечении шести месяцев после даты сдачи на хранение соответствующего документа от имени этого государства.
- 3) Настоящая Конвенция применяется только к уступкам, совершенным в дату вступления или после даты вступления настоящей Конвенции в силу в отношении Договаривающегося государства, упомянутого в пункте 1 статьи 1.

Статья 43[50]. Денонсация

- 1) Настоящая Конвенция может быть в любой момент денонсирована Договаривающимся государством путем направления депозитарию письменного уведомления.
- 2) Денонсация приобретает силу в первый день месяца по истечении одного года после получения уведомления депозитарием. Если в уведомлении указан более длительный срок, то денонсация приобретает силу по истечении такого более длительного срока после получения уведомления депозитарием.
- 3) Конвенция остается применимой к уступкам, совершенным до даты вступления денонсации в силу.

Приложение**Примечания**

1. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, служит ли приложение своей предполагаемой цели дать государствам некоторые ориентиры в отношении материально-правового режима преимущественных прав. Как представляется, с учетом того факта, что приложение предусматривает не один, а два рекомендуемых режима преимущественных прав, причем оба режима необходимо дополнить значительным числом дополнительных положений, это приложение не может достичь своей заявленной цели.
2. В связи с этим Рабочая группа, возможно, пожелает еще больше расширить приложение в более всеобъемлющую совокупность типовых правил для законодательных органов или, в качестве альтернативы, если расширение приложения представляется мероприятием, выходящим за рамки данного проекта, преобразовать его в одно или несколько положений, которые оставят вопрос о создании системы международной регистрации для решения с помощью процедуры, обычно устанавливаемой в целях пересмотра какой-либо международной конвенции или внесения в нее поправок.
3. Такие положения, которые можно было бы добавить к заключительным положениям, могли бы быть аналогичными статьям 32 и 33 Конвенции Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов 1978 года (Гамбургские правила) и предусматривать следующее (изменения к вышеупомянутым статьям подчеркнуты):

"Статья X. Пересмотр и внесение поправок

1. По просьбе не менее чем одной трети Договаривающихся государств настоящей Конвенции депозитарий созывает конференцию Договаривающихся государств для пересмотра ее или внесения в нее поправок.
2. Считается, что любая ратификационная грамота и любой документ о принятии, утверждении или присоединении, сданные на хранение после вступления в силу поправки к настоящей Конвенции, относятся к Конвенции с внесенными в нее поправками.

Статья Y. Пересмотр режима преимущественных прав

1. Несмотря на положения статьи X, конференция Договаривающихся государств, имеющая целью только установление международного режима публичной регистрации уведомлений для решения

вопросов преимущественных прав, возникающих в контексте уступки дебиторской задолженности согласно настоящей Конвенции, созывается депозитарием в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи.

2. Конференция по пересмотру должна созываться депозитарием, когда об этом просит не менее одной четверти Договаривающихся государств. Депозитарий просит все Договаривающиеся государства, приглашенные на конференцию, представить такие предложения, какие могут быть по их желанию изучены конференцией, и сообщает всем приглашенным Договаривающимся государствам предварительную повестку дня и все представленные предложения.

3. Любое решение конференции должно приниматься большинством в две трети участвующих государств. Конференция может принимать все меры, необходимые для установления эффективного международного режима публичной регистрации уведомлений для решения вопросов преимущественных прав, возникающих в контексте уступки дебиторской задолженности согласно настоящей Конвенции. Ни одно государство не обязано прямо или косвенно участвовать в международном режиме, установленном таким образом.

4. Любая утвержденная поправка вступает в силу с первого дня месяца по истечении одного года после ее принятия двумя третями Договаривающихся государств. Принятие осуществляется путем сдачи официального документа об этом на хранение депозитарию.

5. После вступления в силу поправки Договаривающееся государство, принявшее эту поправку, имеет право применять Конвенцию с внесенными в нее поправками в отношениях с Договаривающимися государствами, которые в течение шести месяцев после утверждения поправки не уведомили депозитария о том, что они не считают себя связанными этой поправкой.

6. Считается, что любая ратификационная грамота и любой документ о принятии, утверждении или присоединении, сланные на хранение после вступления в силу поправки к настоящей Конвенции, относятся к Конвенции с внесенными в нее поправками¹¹.

Раздел I. Правила определения преимущественных прав на основе регистрации

Статья 1[34]¹¹ *Преимущественные права в отношениях между несколькими цессионариями*

В отношениях между цессионариями, получившими одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же cedenta, преимущественные права определяются на основе очередности, в которой определенная информация об уступке регистрируется согласно настоящей Конвенции, независимо от момента передачи дебиторской задолженности. Если ни одна уступка не зарегистрирована, преимущественные права определяются на основе момента уступки.

Статья 2[35]. *Преимущественные права в отношениях между цессионарием и управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами cedenta*

[С учетом статей 25 (3) и (4) настоящей Конвенции и статьи 4 этого приложения] цессионарий обладает преимущественным правом по отношению к управляющему в деле о несостоятельности и кредиторам cedenta, включая кредиторов, обращающихся за наложением ареста на уступленную дебиторскую задолженность, если:

а) дебиторская задолженность [была уступлена] [возникла] [подкреплена исполнением] и информация об уступке была зарегистрирована в соответствии с настоящей Конвенцией до открытия производства по делу о несостоятельности или наложения ареста; или

б) цессионарий обладает преимущественным правом на иных основаниях, чем положения настоящей Конвенции.

Раздел II. Регистрация

Статья 3[36] *Создание системы регистрации*

Для регистрации данных об уступках в соответствии с настоящей Конвенцией будет создана система регистрации, правила функционирования которой будут приняты регистратором и контролирующим органом. В правилах будет подробно регламентироваться функционирование системы регистрации, а также процедура для урегулирования споров, связанных с регистрацией.

¹¹ Числа в квадратных скобках указывают на номера соответствующих положений в документе A/CN.9/WG.III/WP.96, из которого взяты положения данного приложения. Подчеркнутая часть текста отражает предложения Секретариата, которые разъясняются в указанном документе.

Статья 4[37]. Регистрация

- 1) Любое лицо может в соответствии с настоящей Конвенцией и регистрационными правилами зарегистрировать в регистре данные в отношении уступки. Зарегистрированные данные включают наименование и адрес cedentа и цессионария и краткое описание уступленной дебиторской задолженности.
- 2) Одна регистрация может охватывать:
 - a) уступку cedентом цессионарию нескольких статей дебиторской задолженности;
 - b) еще не совершенную уступку;
 - c) уступку дебиторской задолженности, не существующей на момент регистрации.
- 3) Регистрация или ее изменение вступает в силу с того момента, когда данные, упомянутые в пункте 1, становятся доступными для сторон, осуществляющих их поиск. Регистрация или ее изменение действует в течение срока, указанного регистрирующей стороной. В отсутствие такого указания регистрация действует в течение [пяти] лет. В правилах устанавливается порядок, в котором регистрация может быть возобновлена, изменена или прекращена.
- 4) Любая ошибка, неправильность, пропуск или ошибка в отношении наименования cedentа, которые приводят к тому, что поиск зарегистрированных данных по наименованию cedentа не даст результатов, делают регистрацию недействительной.

Статья 5[38]. Поиск данных в регистре

- 1) Любое лицо может осуществлять поиск данных в записях регистра по наименованию cedentа и получать результат такого поиска в письменном виде.
- 2) Результат поиска в письменном виде, который, как утверждается, выдан регистром, допускается в качестве доказательства и, в отсутствие доказательств противного, является подтверждением данных, к которым относится поиск, включая:
 - a) дату и момент регистрации; и
 - b) порядок регистрации.

Раздел III. Правила определения преимущественных прав на основе момента заключения договора уступки**Статья 6[39]. Преимущественные права в отношениях между несколькими цессионариями**

- 1) Если дебиторская задолженность уступается несколько раз, право на нее принадлежит цессионарию, с которым был заключен наиболее ранний договор уступки.
- 2) Наиболее ранний цессионарий не может заявить свое преимущественное право, если в момент заключения договора уступки он действовал недобросовестно.
- 3) Если дебиторская задолженность передается в силу требований закона, бенефициар такой передачи обладает преимущественным правом по отношению к цессионарию, заявляющему о том, что с ним был заключен более ранний договор уступки.
- 4) В случае спора бремя доказывания приоритета лежит на цессионарии, заявляющем о том, что с ним был заключен более ранний договор уступки.

Статья 7[40]. Преимущественные права в отношениях между цессионарием и управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами cedentа

[С учетом статей 25 (3) и (4) настоящей Конвенции и статьи 4 этого приложения] цессионарий обладает преимущественным правом по отношению к управляющему в деле о несостоятельности и кредиторам cedentа, включая кредиторов, обращающихся за наложением ареста на уступленную дебиторскую задолженность, если:

- a) дебиторская задолженность была уступлена до открытия производства по делу о несостоятельности или наложения ареста; или
- b) цессионарий обладает преимущественным правом на иных основаниях, чем положения настоящей Конвенции.

С. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по международной договорной практике на ее тридцать первой сессии: комментарий к проекту конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность (Часть I) (A/CN.9/WG.II/ WP.105) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Страницы</i>
ВВЕДЕНИЕ.....	345
НАЗВАНИЕ И ПРЕАМБУЛА	346
ГЛАВА I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ.....	347
Статья 1. Сфера применения.....	347
Статья 2. Уступка дебиторской задолженности.....	349
Статья 3. Международный характер.....	353
Статья 4. Исключения.....	354
ГЛАВА II. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	355
Статья 5. Определения и правила толкования	355
Статья 6. Автономия сторон.....	357
Статья 7. Принципы толкования.....	358
ГЛАВА III. ПОСЛЕДСТВИЯ УСТУПКИ.....	359
Форма уступки.....	
Статья 8. Действительность групповых уступок, уступок будущей дебиторской задолженности и частичных уступок	360
Статья 9. Момент уступки.....	362
Статья 10. Договорные ограничения на уступку.....	362
Статья 11. Передача обеспечительных прав.....	364
Статья 12. Ограничения в отношении административных и иных государственных органов.....	365

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать восьмой сессии (1995 год) Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли постановила поручить Рабочей группе по международной договорной практике подготовить унифицированный закон об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность¹. На этой сессии Комиссии был представлен доклад Генерального секретаря, озаглавленный "Уступка при финансировании под дебиторскую задолженность: обсуждение и предварительный проект унифицированных правил" (A/CN.9/412). Было решено, что данный доклад, в котором излагаются озабоченности и цели, обуславливающие этот проект, а также возможное содержание унифицированного закона, является полезной основой для рассмотрения Рабочей группой².

2. На своей двадцать четвертой сессии (ноябрь 1995 года) Рабочая группа начала работу с рассмотрения этого доклада Генерального секретаря³. На своих двадцать пятой – тридцать первой сессиях Рабочая группа

¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 17 (A/50/17), пункты 374–381.*

² Там же, пункт 379. На своих двадцать шестой и двадцать седьмой сессиях Комиссия рассмотрела два других доклада Генерального секретаря (A/CN.9/378/Add.3 и A/CN.9/397). Обсуждение Комиссией этих докладов см. там же, *сорок восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/48/17), пункты 297–301, и сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункты 208–214, соответственно.*

³ Доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее двадцать четвертой сессии (A/CN.9/420).

рассмотрела пересмотренные проекты статей, подготовленные Секретариатом⁴, а на своих двадцать девятой и тридцать первой сессиях она приняла проект конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (точное название еще предстоит определить)⁵.

3. На своей тридцать второй сессии (1999 год) Комиссия выразила Рабочей группе признательность за проделанную работу и обратилась к ней с просьбой оперативно продолжать свою работу, с тем чтобы своевременно распространить проект конвенции, наряду с докладом о работе следующей сессии Рабочей группы, среди правительств для получения их замечаний, а также представить проект конвенции на рассмотрение Комиссии для его принятия на ее тридцать третьей сессии (2000 год). В отношении последующей процедуры принятия проекта конвенции Комиссия отметила, что на следующей сессии ей необходимо будет решить, будет ли она рекомендовать проект конвенции для принятия Генеральной Ассамблеей или дипломатической конференцией, которая будет специально созвана Генеральной Ассамблеей для этой цели⁶.

4. Рабочая группа продолжила свою работу при том понимании, что Секретариат подготовит комментарий к проекту конвенции, который будет способствовать правительствам при подготовке ими своих замечаний по проекту текста и позднее при рассмотрении ими проекта конвенции с целью его принятия⁷.

5. Настоящая записка, которая по причинам, связанным со своевременным переводом и распространением, содержит только первую часть комментария, была подготовлена с учетом такого понимания (вторая часть будет подготовлена вскоре после первой части). В ней приводится резюме, в котором излагаются причины принятия определенного положения, его основные цели, наряду с разъяснением и толкованием конкретных терминов. В ней не приводится полный отчет о travaux préparatoires, в том числе о различных предложениях и проектах положений, которые не были сохранены. Для удобства тех, кто стремится получить более полную информацию о ходе разработки какого-либо данного положения, в комментарии имеются ссылки на соответствующие части докладов Рабочей группы о работе ее восьми сессий⁸.

6. При подготовке комментария Секретариат учитывал то обстоятельство, что данный комментарий не является комментарием к окончательному тексту, поскольку его основная и непосредственная цель заключается в оказании Рабочей группе содействия в проведении обзора и завершении подготовки текста. После завершения подготовки текста Секретариат подготовит пересмотренный комментарий для оказания правительствам содействия в подготовке ими своих замечаний по проекту конвенции и позднее в рассмотрении ими проекта конвенции с целью его принятия. В соответствии с применимыми инструкциями, касающимися осуществления более строгого контроля и ограничения объема документов Организации Объединенных Наций, текст проекта конвенции, к которому относится комментарий, здесь не воспроизводится. Он воспроизведен в документе A/CN.9/WG.II/WR.104, наряду с примечаниями и предложениями Секретариата в отношении возможного решения остающихся вопросов. Такие вопросы обозначены в тексте проекта конвенции квадратными скобками, в которые взяты соответствующие положения. Секретариат позволил себе отметить в комментарии дополнительные вопросы и внести дополнительные предложения, касающиеся возможного решения этих вопросов.

НАЗВАНИЕ И ПРЕАМБУЛА

Ссылки:

- A/CN.9/420, пункты 14–18
- A/CN.9/434, пункты 14–16
- A/CN.9/445, пункты 120–124
- A/CN.9/455, пункты 157–159
- A/CN.9/456, пункты 19–21 и 60–65

Комментарий

7. Название и преамбула проекта конвенции пока не были приняты. Основной вопрос заключается в том, будет ли сохранена ссылка на финансирование (аргументы в пользу того или иного решения см. в документе A/CN.9/WG.II/WR.104, примечания к названию и преамбуле).

⁴ Проекты статей, подготовленные Секретариатом, содержатся в документах A/CN.9/WG.II/WR.87, A/CN.9/WG.II/WR.89, A/CN.9/WG.II/WR.93, A/CN.9/WG.II/WR.96, A/CN.9/WG.II/WR.98, A/CN.9/WG.II/WR.102 и A/CN.9/WG.II/WR.104. Доклады Рабочей группы содержатся в документах A/CN.9/420, A/CN.9/432, A/CN.9/434, A/CN.9/445, A/CN.9/447, A/CN.9/455, A/CN.9/456 и A/CN.9/466.

⁵ A/CN.9/455, пункт 17; A/CN.9/456, пункт 18; и A/CN.9/466, пункт [...].

⁶ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункт 330.*

⁷ См., например, A/CN.9/456, пункты 40, 58–59, 143, 150 и 215; и A/CN.9/455, пункты 80, 84, 87 и 103.

⁸ Во избежание путаницы не приводится специальная ссылка на предыдущие номера статей, которые в ходе подготовки проекта конвенции были изменены несколько раз. Однако любой предыдущий номер статьи будет очевидным с учетом соответствующей части ее обсуждения, отраженного в докладах о работе сессий Рабочей группы.

8. Прембула призвана служить в качестве изложения общих принципов, на которых основывается проект конвенции и которые, согласно проекту статьи 7, могут использоваться для заполнения пробелов, оставленных в проекте конвенции. Эти принципы включают облегчение получения коммерческих и потребительских кредитов по более доступным ставкам, что отвечает интересам всех участвующих сторон, cedentov, цессионариев и должников; принцип защиты должника, согласно которому правовое положение должника не затрагивается, если только в проекте конвенции не указано прямо иное; содействие движению товаров и услуг через границы; повышение определенности и предсказуемости в отношении прав сторон, участвующих в сделках, которые связаны с уступками; обновление и согласование внутренних и международных норм права, касающихся уступки, как на материально-правовом уровне, так и на уровне международного частного права; содействие развитию новых видов практики и недопущение подрыва существующих видов практики; недопущение причинения ущерба конкуренции.

ГЛАВА II. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ

Статья 1. Сфера применения

Ссылки:

A/CN.9/420, пункты 19–32
A/CN.9/432, пункты 13–38
A/CN.9/434, пункты 17–41
A/CN.9/445, пункты 45–48 и 125–145
A/CN.9/447, пункты 143–146
A/CN.9/455, пункты 41–46 и 160–173
A/CN.9/456, пункты 22–37

Комментарий

Структура главы I

9. В главе I вопросы, касающиеся сферы применения, затрагиваются в различных положениях в интересах ясности и простоты текста; одно положение о сфере применения было бы слишком объемным и сложным. В проекте статьи 1 определяются материально-правовая сфера применения, хотя и в общих выражениях, а также территориальная сфера применения проекта конвенции. В проектах статей 2 и 3 материально-правовая сфера применения определяется более подробно (определения уступки и международного характера, соответственно). Проект статьи 5 не является частью главы I, поскольку термины, определяемые в этой статье, ставят не вопросы, касающиеся сферы применения, а вопросы толкования различных положений проекта конвенции.

Материально-правовая сфера применения

10. Согласно проекту статьи 1 охватываются уступки международной дебиторской задолженности, независимо от того, являются ли эти уступки международными или внутренними, хотя уступки внутренней дебиторской задолженности охватываются только в том случае, если эти уступки являются международными. Другими словами, уступка дебиторской задолженности охватывается независимо от того, возникает ли эта дебиторская задолженность в контексте международной или внутренней торговли, если сама уступка является международной (замечания в отношении международного характера см. в пунктах 40 и 41). Таким образом, такие сделки, как факторинг и форфейтинг международной дебиторской задолженности, а также секьюритизация внутренней дебиторской задолженности, будут охватываться (не исчерпывающий перечень и краткое описание охватываемых видов практики см. в пунктах 31–39).

11. Проект конвенции применяется также к последующим уступкам, совершенным, например, в контексте международных сделок, связанных с факторингом, секьюритизацией и рефинансированием, при условии, что любая предшествующая сделка регулируется проектом конвенции (принцип *continuatio juris*). Согласно принципу *continuatio juris* даже внутренняя уступка внутренней дебиторской задолженности может быть привнесена в сферу действия проекта конвенции, если она является последующей после какой-либо международной уступки. Однако если только на все уступки в цепи уступок не распространялся один и тот же правовой режим, будет весьма трудно решать связанные с уступками вопросы каким-либо последовательным образом. Проект конвенции также применяется к последующим уступкам, которые сами по себе подпадают под действие проекта статьи 1 (а), независимо от того, регулируется какая-либо предшествующая уступка проектом конвенции или нет. В результате проект конвенции может применяться только к некоторым уступкам в цепи уступок. Такой результат является отходом от принципа *continuatio juris*. Вместе с тем Рабочая группа сочла необходимым придерживаться этого подхода, поскольку стороны уступок при сделках секьюритизации, в которых первая уступка может быть внутренней, не должны лишаться преимуществ, которые могут быть получены от применения проекта конвенции. Этот подход основывается на том предположении, что он не

подрывает ненадлежащим образом внутреннюю практику (по этому вопросу см. пункты 12, 18, 20 и 30). Рабочая группа не приняла предложения ограничить действие принципа *continatio juris* теми случаями, в которых международный характер был бы очевидным, поскольку такой подход мог бы привести неприемлемую степень неопределенности в отношении применения проекта конвенции.

12. В результате охвата проектом конвенции международных уступок внутренней дебиторской задолженности или даже внутренних уступок внутренней дебиторской задолженности, совершенных в контексте последующих уступок, стороны, участвующие во внутренних сделках, могут извлекать пользу из более широкого доступа к международным финансовым рынкам и таким образом к потенциально не дорогостоящим кредитам. В то же время интересы внутренних цессионариев не будут нарушаться, поскольку для того, чтобы коллизия между внутренним и иностранным цессионариями охватывалась проектом конвенции, необходимо, чтобы цедент находился в договаривающемся государстве [проект статьи I (a)] и чтобы это государство, по определению внутренней уступки внутренней дебиторской задолженности (проект статьи 3), было государством, в котором будут находиться внутренний должник и внутренний цессионарий (описание проблемы, которая может возникнуть, если в проекте статьи 24 сделать ссылку на место нахождения центрального административного органа, а не на место нахождения коммерческого предприятия, см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания 3–5 к проекту статьи I). Кроме того, то обстоятельство, что цедент решает уступить дебиторскую задолженность иностранному цессионарию, не распространит на должника действие нового и потенциально не известного правового режима, поскольку проект конвенции может применяться к правам и обязательствам должника только в том случае, если имеет свое коммерческое предприятие в договаривающемся государстве [проект статьи I (3); значение термина "местонахождение" должника см. в документе A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 4 к проекту статьи 5]. В любом случае правам должника не будет причинен ущерб, поскольку проект конвенции устанавливает достаточно высокий стандарт защиты должника (т.е. проекты статей 17–23).

Территориальная сфера применения

13. Территориальная сфера применения проекта конвенции определяется ссылкой на место нахождения цедента (вопрос о том, будет ли это место нахождения коммерческого предприятия, место инкорпорации или место нахождения центрального административного органа, пока не решен; предложения Секретариата по этому вопросу см. в документе A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания 4–19 к проекту статьи 5). Положения, касающиеся прав и обязательств должника (т.е. глава IV, раздел II), имеют иную территориальную сферу применения в той мере, что для применения этих положений должнику также необходимо находиться в договаривающемся государстве. Для обеспечения достаточной предсказуемости в отношении применения проекта конвенции в том, что касается должника, Рабочая группа решила, что место нахождения должника необходимо определять посредством ссылки на место нахождения его коммерческого предприятия (A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 4 к проекту статьи 5).

14. Этот подход к вопросу о территориальной сфере применения проекта конвенции основывается на том предположении, что основные споры, которые проект конвенции будет призван урегулировать, будут решены, если цедент (и, только для применения положений, касающихся должника, должник) находится в договаривающемся государстве. Такие споры могут возникать в отношении прав цессионария против цедента, вытекающих из нарушения гарантии; обеспечения дебиторской задолженности цессионарием против должника; исполнения своих обязательств должником; возражений должника по отношению к цессионарию; относительных прав цессионария и управляющего по делу о несостоятельности цедента; относительных преимущественных прав цессионария и конкурирующего цессионария; и действительности последующих уступок. Дополнительные причины, оправдывающие этот подход, включают то, что обеспечение будет обычно исчерпываться в месте нахождения цедента или должника и, таким образом, нет необходимости делать ссылку на место нахождения цессионария и что применение положений проекта конвенции, иных, чем положения, содержащиеся в разделе II главы IV, не будет затрагивать должника и, таким образом, нет необходимости исключать применение всех положений проекта конвенции, если должник не находится в договаривающемся государстве.

15. В результате использования этого подхода территориальная сфера применения проекта конвенции является достаточно широкой и, таким образом, нет необходимости распространять ее на все случаи, в которых ни одна сторона не находится в договаривающемся государстве. Такое расширение территориальной сферы применения может быть достигнуто, если она представляет собой право договаривающегося государства, применимое в силу норм международного частного права суда. Рабочая группа полагала, что расширение территориальной сферы применения таким образом может породить неопределенность в той мере, в какой нормы международного частного права, касающиеся уступки, не являются единообразными. Рабочая группа также сочла, что в любом случае определенность не будет обеспечена такой ссылкой на нормы международного частного права, поскольку стороны не будут знать в момент заключения сделки, в отношении чего может возникнуть спор и, в результате, какие нормы международного частного права могут применяться. Однако ситуация является иной в отношении права, регулирующего вопросы, касающиеся должника, поскольку существует достаточная степень согласия в том, что эти вопросы должны регулироваться правом, регулирующим дебиторскую задолженность (т.е. правом, регулирующим договор, из которого возникает дебиторская задолженность). Так, проект статьи I (3) включает ссылку на такое право, расширяя

территориальную сферу применения положений проекта конвенции о защите должника для охвата ситуаций, в которых должник может и не находиться в договаривающемся государстве.

16. Проект статьи 1 (4) и (5) пока не был принят (замечания Секретариата по этим положениям см. в документе A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания 1–6 к главе V и 1–3 к приложению к проекту конвенции).

Форма подготавливаемого документа

17. Рабочая группа решила, что конвенция будет предпочтительной по сравнению с типовым законом, поскольку она приведет к большей определенности. По общему мнению, такая определенность является необходимой для достижения основной цели проекта конвенции, а именно обеспечения более широкого доступа к кредиту по низкой стоимости. Кроме того, было решено, что конвенция может лучше достичь цели установления, наряду с Конвенцией о международном факторинге (которая была подготовлена Международным институтом по унификации частного права – в дальнейшем именуемым "МИУЧИП" – и принята на дипломатической конференции, созванной правительством Канады, Оттава, 1988 год – в дальнейшем именуемая "Оттавской конвенцией"), более всеобъемлющего правового режима в отношении сделок, связанных с уступкой.

"Применение"/"неприменение" проекта конвенции

18. Рабочая группа решила не ограничивать применение проекта конвенции случаями, в которых цедент и цессионарий сделали выбор в пользу распространения на свои взаимоотношения действия проекта конвенции. По общему мнению, такое ограничение сферы применения проекта конвенции не является необходимым. Проект конвенции не направлен на замену национальных норм, касающихся уступки; он скорее направлен на содействие развитию международной практики, которая в настоящее время недостаточно разработана с учетом неопределенности, преобладающей с точки зрения внутригосударственного законодательства (в отношении возможного воздействия проекта конвенции на национальную практику см. пункты 11, 12, 20 и 30). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, могут ли стороны уступки, не подпадающей под сферу действия проекта конвенции, сделать выбор в пользу применения проекта конвенции. Такое право выбора в пользу применения может или не может существовать согласно нормам международного частного права, применимым к проекту конвенции, по крайней мере в той степени, в какой такой выбор права может затрагивать третьи стороны, а в таком случае может возникнуть неопределенность [прецедент в отношении прямого положения о выборе в пользу применения см. в статье 1 (2) Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах].

19. Проект статьи 6 признает право сторон уступки или договора, в связи с которым возникает дебиторская задолженность, исключить применение проекта конвенции или отходить от любого ее положения, или изъяснять ее положения, если не затрагиваются права третьих сторон. Этот подход основывается на том предположении, что последствия сделок, связанных с уступкой, для третьих сторон обычно будут регулироваться внутригосударственными императивными нормами права, отход от которых или изменение которых по договоренности между сторонами не допускается (в отношении вопроса об автономии сторон см. пункты 59–60).

Статья 2. Уступка дебиторской задолженности

Ссылки:

- A/CN.9/420, пункты 33–44
- A/CN.9/432, пункты 39–69 и 257
- A/CN.9/434, пункты 62–77
- A/CN.9/445, пункты 146–153
- A/CN.9/456, пункты 38–43

Комментарий

"Передача по договоренности"

20. Уступка определяется как "передача по договоренности". Это означает, что основной упор проект конвенции делает на уступке как способе передачи имущественных прав в дебиторской задолженности. Договор уступки или договор о финансировании не охватывается, за исключением случаев, когда прямо предусмотрено иное (например, проекты статей 13–16 и 27; Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что глава III касается действительности уступки как передачи имущественных прав, а не договора уступки). Вместе с тем охватываются другие виды практики, сопряженные с передачей имущественных прав в дебиторской задолженности, такие как договорная суброгация или залог. Такой подход является надлежащим, в частности с учетом того обстоятельства, что в определенных правовых системах значительные сделки по финансированию под дебиторскую задолженность, например факторинг, сопряжены с договорной суброгацией или залогом, а не с уступкой дебиторской задолженности. Прямая ссылка на такие сделки, содержавшаяся в

одном из предыдущих вариантов проекта статьи 2 (A/CN.9/WG.II/ WP.93), была исключена при том понимании, что перечисление таких смежных видов практики может непреднамеренно привести к исключению некоторых из них (A/CN.9/445, пункт 151). Как уже упоминалось выше (см. пункты 11, 12 и 18), проект конвенции, не создавая нового вида уступки, направлен скорее на установление единообразных норм, касающихся уступки и связанных с уступкой видов практики с международным элементом, который, хотя и охватывается в теории действующим в настоящее время внутригосударственным правом, не может в достаточной степени развиваться с учетом неопределенности, преобладающей во внутригосударственном законодательстве. Ссылка на договоренность призвана исключить уступки в силу закона (например, статутную суброгацию).

21. Во избежание какой-либо двусмысленности в отношении того, включает ли термин "передача" уступки, совершенные в качестве обеспечения, этот вопрос прямо разъясняется во втором предложении текста проекта статьи 2 (а), создающем юридическую фикцию, согласно которой для целей проекта конвенции создание обеспечительных прав в дебиторской задолженности считается передачей. Вместе с тем в проекте конвенции не определяются прямые уступки и уступки, совершенные в качестве обеспечения. Этот вопрос оставлен для решения на основе других норм права, применимых вне проекта конвенции, поскольку с учетом широких различий между правовыми системами в отношении классификации передачи уступка, совершенная в качестве обеспечения, может фактически обладать атрибутами продажи, тогда как продажа может использоваться как способ обеспечения (перечень вопросов, оставленных для решения на основе других норм, см. в пункте 64).

"Одним лицом другому лицу"

22. Как цедент, так и цессионарий могут быть юридическими или физическими лицами, будь то торговцами или потребителями. Таким образом, уступка между физическими лицами охватывается, если только они оба не являются потребителями и уступка не совершается в потребительских целях, общих для этих лиц [проект статьи 4 (а)]. В результате этого охватывается и уступка дебиторской задолженности по кредитным карточкам при сделках секьюритизации, которая сопряжена с вероятностью предоставления кредитов по низкой стоимости производителям, торговцам и потребителям. Уступка займов, обеспеченных недвижимым имуществом при секьюритизации ипотечного залога, также охватывается. С учетом того факта, что в проекте конвенции единственное число включает множественное число и наоборот, уступка, совершенная многими лицами (например, сособственниками дебиторской задолженности) многим лицам (например, финансовому синдикату), также охватывается. Однако при определении территориальной сферы применения или международного характера множественность цедентов или цессионариев следует игнорировать, а уступка каждого цедента или каждому цессионарию должна рассматриваться независимо от уступок другим лицом или другому лицу (вопрос о том, может ли место нахождения нескольких цедентов или цессионариев определяться с помощью ссылки на место нахождения уполномоченного агента, Рабочей группе еще предстоит рассмотреть; см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.102, примечание 14 к проекту статьи 1; в отношении случаев, затрагивающих множественных должников, см. пункт 26).

"Договорное право на платеж денежной суммы"

23. Термин "договорное" призван обеспечить, чтобы охватывалась дебиторская задолженность, возникающая из договора любого вида, тогда как дебиторская задолженность, возникающая в силу закона, например деликтная дебиторская задолженность, налоговая дебиторская задолженность или дебиторская задолженность, установленная в судебных решениях, исключалась, если только она не подтверждена в соглашении об урегулировании. Договорная дебиторская задолженность, уступка которой охватывается проектом конвенции, включает дебиторскую задолженность, возникающую в связи с договорами купли-продажи товаров или договорами о предоставлении услуг, независимо от того, являются ли эти договоры коммерческими или потребительскими сделками, а также дебиторскую задолженность в форме авторских гонораров, возникающую из лицензирования интеллектуальной собственности, и дебиторскую задолженность в форме кредитового сальдо на депозитных счетах или по сделкам с ценными бумагами (краткое описание этих видов практики см. в пунктах 31–39).

24. Уступка других, не денежных, договорных прав не охватывается (например, уступка права на исполнение или права заявить о расторжении договора; в отношении права цедента требовать возмещения убытков в связи с нарушением договора или выплаты процентов в связи с просрочкой платежа см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания 2 и 3). Хотя право на исполнение, например право продавца на любые возвращенные товары, не является дебиторской задолженностью, цессионарий приобретает его в той мере, в какой любые товары, возвращенные покупателем, занимают место уступленной дебиторской задолженности. Этот вопрос затрагивается в проектах статей 16 и 26, согласно которым платеж включает платеж наличными или в натуре. Однако для того, чтобы более четко разъяснить этот момент, Рабочая группа, возможно, пожелает включить в проекты статей 16 и 26 ссылку на право цессионария на весь полученный платеж "или иное погашение" уступленной дебиторской задолженности (см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечание 1 к проекту статьи 16). Уступки договоров, которые сопряжены с уступкой договорных прав и делегированием обязательств, также не охватываются. Хотя такие сделки могут быть частью финансовых договоренностей, тот, кто осуществляет финансирование, будет обычно полагаться главным образом на дебиторскую задолженность. Что касается делегирования обязательств, то, по мнению Рабочей группы, оно выходит далеко за пределы желательной сферы применения проекта конвенции.

"[Причитающейся] с третьего лица"

25. Помимо цедента и цессионария, должник также может быть юридическим или физическим лицом, торговцем или потребителем. В той мере, в какой она является договорной, потребительская дебиторская задолженность охватывается проектом конвенции, если только она не уступлена одним потребителем другому и тем самым не призвана служить только личным, семейным или домашним целям (проекты статей 2 и 4 (и)); по этому вопросу см. также пункты 35 и 43).

26. Уступка дебиторской задолженности, будь то всей дебиторской задолженности или ее частей, принадлежащей множественным должникам совместно (т.е. полностью) или раздельно (т.е. независимо), также охватывается при условии, что договор, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность (в дальнейшем именуемый "первоначальным договором"), регулируется правом договаривающегося государства. Однако если первоначальный договор не регулируется правом договаривающегося государства и один или несколько, но не все, должников находятся в договаривающемся государстве, каждая сделка должна рассматриваться как независимая сделка и, таким образом, должники, которые не находятся в договаривающемся государстве, не должны затрагиваться проектом конвенции. В противном случае предсказуемости в отношении применения проекта конвенции к правам и обязательствам должников, что является одной из основных целей проекта конвенции, может быть причинен ущерб.

Договор уступки, договор о финансировании или предоставлении другой услуги, первоначальный договор

27. Проект конвенции признает право сторон строить свои договорные взаимоотношения свободно, с тем чтобы удовлетворять свои различные потребности в финансировании с целью оставаться конкурентоспособными на быстро меняющемся мировом рынке (проект статьи 6). Таким образом, проект конвенции не затрагивает договор уступки, если только в нем прямо не предусмотрено иное (например, проекты статей 13–16 и 27), договор о финансировании или предоставлении другой услуги (который может быть таким же, что и договор уступки, как, например, при факторных операциях, или отдельным договором, как, например, при операциях по секьюритизации) или первоначальный договор между цедентом и должником, из которого возникает дебиторская задолженность, если только в проекте конвенции прямо не устанавливается иное (например, проект статьи 19).

28. Ссылка на "стоимость, кредит или смежные услуги, предоставленные или обещанные" в обмен на уступленную дебиторскую задолженность, которая содержалась в предыдущем варианте определения "уступки" (A/CN.9/WG.II/WP.96, проект статьи 2), была исключена, поскольку "стоимость, кредит или услуги" являются частью договора о финансировании, а не уступки. Однако исключение этих слов не меняет того обстоятельства, что уступки охватываются независимо от того, являются ли они прямыми уступками, при которых стоимость предоставлена или обещана цессионарием цеденту или другому лицу, связанному с цедентом или которому цедент имеет долг, или же уступками, совершенными в качестве обеспечения, при которых кредит предоставлен или обещан, или уступками, при которых предлагается не финансирование, а услуги (например, бухгалтерский учет, взыскание долгов или страхование от неисполнения должником своего обязательства, которые часто являются основным или единственным элементом международных факторных операций). Уступки дебиторской задолженности будут охватываться независимо от того, предоставлены ли или обещаны ли такие "стоимость, кредит или услуги" не только в момент уступки, но и ранее. В результате сделки, связанные с уступкой, которые сопряжены с реструктурированием задолженности должника, испытывающего финансовые трудности, но состоятельного, будут также охватываться проектом конвенции.

29. На ранней стадии своей работы Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, следует ли ограничить применение проекта конвенции уступками с коммерческим или финансовым характером или контекстом. Рабочая группа решила, что такое ограничение не было бы целесообразным, поскольку такое ограничение ненадлежащим образом установило бы еще один специальный режим относительно уступки, даже хотя в таком режиме нет необходимости, и тем самым непреднамеренно привело бы к дальнейшему "дроблению" норм права, касающихся уступки, породило бы неопределенность, поскольку термины "финансирование" и "коммерческий" не одинаково понимаются во всем мире, равно как не было бы практически возможным или желательным попытаться определить их единообразно в международной конвенции, и ненужным образом исключило бы из сферы применения проекта конвенции такие важные сделки, как уступки при международных факторных операциях, при которых может быть предоставлена только услуга (например, бухгалтерский учет, услуги по взысканию долгов или страхование от неисполнения должником своего обязательства). Рабочая группа предпочла исходить из широкой сферы применения и исключить сделки, которые уже хорошо регулируются.

30. Что касается вероятного воздействия такого подхода на внутригосударственное право, то, как уже упоминалось (см. пункты 11, 12, 18 и 20), проект конвенции призван охватить уступки с международным элементом и не окажет неблагоприятного воздействия на внутренние уступки внутренней дебиторской задолженности (по этому вопросу см. также документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания 3–5 к проекту статьи 1; о возможной коллизии с Оттавской конвенцией см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания к проекту статьи 33).

Охватываемые сделки

31. Проект конвенции охватывает широкую совокупность финансовых сделок. Прежде всего, включены такие традиционные методы финансирования, как факторинг, форфейтинг и скидка со счета-фактуры. При сделках такого вида цеденты уступают тому, кто осуществляет финансирование, свои права в дебиторской задолженности, возникающей из продажи цедентом товаров или услуг. Уступка при таких сделках может либо совершаться в качестве обеспечения, либо совершаться посредством прямой передачи с корректировкой покупной цены в зависимости от риска и момента времени, связанного с взысканием дебиторской задолженности, о которой идет речь. Эти сделки, помимо своих традиционных форм, привели к разработке ряда вариантов, приспособленных для удовлетворения различных потребностей сторон международных торговых сделок. Например, в дополнение к финансированию или вместо него может предоставляться ряд услуг, включая взыскание долгов, бухгалтерский учет и страхование от неисполнения должником своих обязательств. Страховые услуги часто предоставляются при международном факторинге, когда дебиторская задолженность уступается фактору в стране цедента ("фактор по экспорту"), а затем фактором по экспорту другому фактору в стране должника ("фактор по импорту") для целей взыскания долга, хотя факторы не имеют права регрессного требования против цедента в случае неисполнения должником своих обязательств (факторинг без права регрессного требования). Все эти сделки охватываются проектом конвенции вне зависимости от их формы.

32. С учетом широкого определения "дебиторской задолженности" в проекте статьи 2 а) ("договорное право на платеж денежной суммы") проект конвенции также охватывает многие другие формы финансовых сделок, используемых в современной международной торговле. Они включают такие передовые методы финансирования, как секьюритизация, проектное финансирование и "свопы", а также сделки, связанные с финансированием продажи дорогостоящего мобильного оборудования (по вопросу о том, должны ли некоторые из этих видов практики иметь иной режим или же их следует исключить из сферы применения проекта конвенции полностью, см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания 3-16 к проекту статьи 4).

33. При сделке секьюритизации цедент создает дебиторскую задолженность за счет своих собственных усилий. Цедентом может быть какой-либо промышленный концерн, продающий товары; им также может быть какой-либо банк, предоставляющий займы. Цедент уступает, как правило посредством прямой передачи, эту дебиторскую задолженность какому-либо юридическому лицу, созданному специально в целях приобретения этой дебиторской задолженности и выплаты ее стоимости за счет денежных сумм, полученных от инвесторов, которым оно продает дебиторскую задолженность или ценные бумаги, обеспеченные этой дебиторской задолженностью. Таким образом, это "специально-целевое средство" ("SPV") имеет в качестве своего единственного актива переданную ему дебиторскую задолженность. Отделение дебиторской задолженности от других активов цедента позволяет определить стоимость кредита, предоставленного для передачи цедентом SPV, исключительно на основе суммы уступленной дебиторской задолженности и без учета других активов цедента. Сразу же после такой передачи или одновременно с ней SPV уступает нераспределенный интерес в дебиторской задолженности инвесторам или выпускает ценные бумаги, обеспеченные этой дебиторской задолженностью. Как указывалось выше, цена, уплачиваемая инвесторами за этот интерес (или предоставленная в заем денежная сумма, которая используется для возвратного платежа первоначальному цеденту), увязывается с финансовой стоимостью уступленной дебиторской задолженности, а не с кредитоспособностью цедента. Таким образом, цедент может быть в состоянии получить больший кредит, чем было бы обоснованным, на основании своего кредитного рейтинга. Кроме того, вследствие получения доступа к международным рынкам ценных бумаг цедент может быть в состоянии получить кредит по стоимости, которая будет ниже средней стоимости коммерческого банковского кредита. Более того, уступка дебиторской задолженности первоначальному цедентом юридическому лицу, созданному с единственной целью выпуска ценных бумаг, обеспеченных дебиторской задолженностью, уменьшает риск банкротства и тем самым стоимость кредита.

34. Проект конвенции будет также применяться к уступке будущих поступлений наличности в рамках какого-либо проекта. При осуществлении крупномасштабных, обеспечивающих поступления проектов в области инфраструктуры спонсоры покрывают первоначальные инвестиционные расходы, заимствуя за счет будущих поступлений от проекта. Так, строительство гидроэлектростанций финансируется под будущее обязательство плательщиков вносить платежи за электроэнергию, создание телефонных систем оплачивается за счет будущих поступлений от телекоммуникационных сборов, а автомагистрали сооружаются с помощью средств, собранных посредством уступки будущих сборов за проезд. С учетом применимости проекта конвенции к будущей дебиторской задолженности эти виды проектного финансирования могут быть сокращены до передачи, обычно в целях обеспечения, будущей дебиторской задолженности, которая возникнет в результате финансирования проекта.

35. В этом контексте следует подчеркнуть, что исключение из проекта конвенции уступок, совершенных для личных, семейных или домашних целей, не будет означать исключения потребительской дебиторской задолженности (сделка, в силу которой возникает дебиторская задолженность, например установление обязательства потребителя, такого как обязательство, представленное счетом за коммунальные услуги, не является уступкой). Только передача права на получение такого платежа представляет собой уступку, а такая передача права предприятием общественного пользования тому, кто осуществляет финансирование, или SPV

не будет считаться произведенной для личных, семейных или домашних целей (по этому вопросу см. пункты 25 и 43). Кроме того, следует отметить, что сборы за пользование автодорогой будут договорной дебиторской задолженностью, входящей в сферу применения проекта конвенции, поскольку они возникают из договоров, заключенных де-факто между операторами и пользователями автодорог.

36. "Свопы" и операции, сопряженные с производными финансовыми инструментами, будут также входить в сферу применения проекта конвенции. "Своп" в основном представляет собой двустороннюю сделку, при которой используются кредитоспособность сторон и их готовность пойти на финансовые риски. В традиционном случае платежеспособное юридическое лицо заимствует денежные средства по фиксированной ставке. Менее обеспеченное юридическое лицо заимствует аналогичную сумму, но его финансовое положение лишь позволяет ему заимствовать на рынках кредита по переменной ставке. Через финансового посредника эти два юридических лица "свопируют" свои соответствующие обязательства и соглашаются выплачивать возмещение и не допускать ущерба друг другу, если какая-либо из сторон не исполнит свои обязательства. Существует сбор за "своп", конечный результат которого заключается в том, что менее платежеспособное юридическое лицо может за уплату этого сбора получить кредит по фиксированной ставке. С учетом того факта, что финансовые учреждения, предоставляющие в заем средства, неизменно являются сторонами таких сделок (в противном случае "свопинг", по всей вероятности, приведет к неисполнению обязательств), передача ими прав на получение денег привносит эти виды сделок в сферу применения проекта конвенции.

37. Операции, сопряженные с производными финансовыми инструментами, являются аналогичными "свопам" в том, что обязательства должников разделяются и продаются среди финансовых и других учреждений. Например, первые пять лет выплаты процентов по 30-летним долговым обязательствам по облигациям могут быть объединены в "пакет" и проданы инвесторам, равно как и последние пять лет таких платежей. С учетом различных сроков эти платежи сопряжены с разными рисками, что привлекает инвесторов, создавая рынок для таких инструментов. Торговля такими правами на денежные средства прямо входит в сферу применения проекта конвенции.

38. Проском конвенции охватываются даже менее традиционные сделки. Например, синдицирование займов и участие в таких займах являются сложными формами уступки договорного обязательства должника погасить свою задолженность. Все формы синдицирования займов, при котором участник получает определенное право на договорное обязательство должника произвести платеж, входят в сферу применения проекта конвенции. Эта сделка может принимать общую форму банковского займа или форму государственного финансирования какого-либо проекта или приобретения оборудования. Так, случаи передачи сертификатов задолженности (являющихся договорными обязательствами произвести платеж), обеспеченных воздушным судном, будут охватываться проектом конвенции, равно как и участие в трасте для финансирования покупок оборудования. В действительности, если первоначальное финансирование мобильного оборудования, например воздушных судов, обеспечивается будущими поступлениями, проект конвенции будет также применяться, поскольку передача такой дебиторской задолженности, совершаемая в качестве обеспечения, фактически будет передачей договорного обязательства потребителя произвести платеж. В этом контексте следует отметить, что если переуступаемые облигации представляют собой обязательство произвести платеж, то их передача не охватывается проектом конвенции в силу исключения передачи оборотных документов, предусмотренного проектом статьи 5.

39. Аналогичным образом уступки банковских счетов (представляющих собой обязательство депозитного банка производить платежи с таких счетов) или уступки страховых полисов (представляющих собой ограниченное условиями обязательство страховой компании возместить убытки) также будут охватываться. И вновь такая передача может быть прямой передачей, например тогда, когда портфели банковских счетов или страховых полисов передаются между компаниями или в рамках какой-либо корпоративной структуры. Может иметь место также передача, совершаемая в качестве обеспечения, например ссуды под страховые взносы или ссуды, обеспеченные депозитом в коммерческом банке.

Статья 3. Международный характер

Ссылки:

- A/CN.9/420, пункты 26–29
- A/CN.9/432, пункты 19–25
- A/CN.9/445, пункты 154–167
- A/CN.9/456, пункты 44–45 и 226–227

Комментарий

40. В соответствии с проектом конвенции он всегда охватывает уступку дебиторской задолженности, если она является международной. Однако даже если дебиторская задолженность является внутренней, ее уступка может охватываться проектом конвенции в случае, когда такая уступка является международной или частью цепи уступок, которая включает предшествующую международную уступку (по этому вопросу см. пункт 10, а также документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания к проекту статьи 3). Вопрос о значении термина

"местонахождение" и вопрос о местонахождении множественных cedentov и цессионариев пока не решены (предложения Секретариата по этим вопросам см. в документе A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания 3–10 к проекту статьи 5).

41. Международный характер дебиторской задолженности определяется в момент заключения первоначального договора. Этот подход основывается на том предположении, что в этот момент кредитору (потенциальному cedentu) будет необходимо знать, какое право может применяться, с тем чтобы он мог оценить риски, сопряженные со сделкой, и решить, предоставлять ли должнику кредит и на каких условиях. Вместе с тем в результате использования этого подхода стороны уступки могут и не быть в состоянии в момент уступки определить, будет ли применяться проект конвенции, если речь идет о будущей дебиторской задолженности (т.е. дебиторской задолженности, возникающей из договоров, не существующих в момент уступки). С другой стороны, международный характер уступки определяется в момент ее совершения. Таким образом, стороны всегда будут в состоянии в момент уступки предвидеть, будет ли применяться проект конвенции.

Статья 4. *Исключения*

Ссылки:

A/CN.9/432, пункты 18, 47–52, 106 и 234–238

A/CN.9/434, пункты 42–61

A/CN.9/445, пункты 168–179

A/CN.9/456, пункты 46–52

Комментарий

42. С учетом своего решения о том, что сфера применения проекта конвенции должна быть настолько широкой, насколько это возможно, Рабочая группа согласилась исключить некоторые виды практики, которые нет необходимости регулировать.

Уступки для потребительских целей

43. Подпункт (а) призван исключить из сферы применения проекта конвенции уступки одного потребителя другому потребителю, поскольку такие уступки не имеют практического значения (предложение Секретариата изменить формулировку подпункта (а) или даже исключить его см. в документе A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 1 к проекту статьи 4). Однако подпункт (а) не исключает уступки потребителя торговцу. Такие уступки потребительской дебиторской задолженности представляют собой важные виды практики, такие как секьюритизация дебиторской задолженности по кредитной карточке, облегчение которой сопряжено с вероятностью расширения доступа к кредитам по низкой стоимости для производителей, торговцев и потребителей и в результате может способствовать международной торговле потребительскими товарами. Хотя проект конвенции охватывает уступки потребительской дебиторской задолженности, он не призван отменять нормы права о защите потребителей. Когда это необходимо, в проекте конвенции содержится прямая ссылка на этот принцип. Например, согласно проектам статей 21 (1) и 23 потребитель-должник не может отказаться от каких-либо возражений и прав на зачет и имеет право истребовать платежи у цессионария, если законодательство о защите потребителей, применимое в его стране, предусматривает это (об оговорках о недопустимости уступок в потребительском контексте см. в пунктах 83 и 86).

Уступки оборотных документов

44. Подпункт (b) исключает уступки, совершенные путем индоссамента и передачи какого-либо оборотного документа, например переводного или простого векселя или чека, или же посредством лишь передачи какого-либо документа, например документа на предъявителя. Основная причина такого исключения заключается в необходимости избегать подрыва видов практики, которые хорошо регулируются внутренним законодательством и международными документами. Проект конвенции ссылается на форму передачи, а не на документальный характер дебиторской задолженности, так как такая ссылка является адекватной для защиты обращаемости документа и интересов защищаемого держателя, поскольку было бы весьма трудно достичь соглашения в отношении единообразного определения термина "документарная дебиторская задолженность" и поскольку нет необходимости исключать уступку договорной дебиторской задолженности лишь на том основании, что такая задолженность была включена в оборотный документ с целью получения платежа с помощью упрощенного судебного разбирательства, если это необходимо.

Уступка дебиторской задолженности при корпоративных приобретениях

45. Подпункт (c) направлен на исключение уступок, совершаемых в контексте продажи действующего коммерческого предприятия, если она совершается продавцом в пользу покупателя. Такие уступки исключаются потому, что они обычно регулируются по-иному внутренним законодательством,

касающимся корпоративных приобретений, и не носят финансового характера. Однако уступки, совершаемые в пользу учреждения, которое финансирует продажу, не исключаются.

Другие уступки

46. В ходе своей работы Рабочая группа рассмотрела с целью исключения другие виды уступок, такие как уступки в силу закона, уступки как дары, уступки заработной платы, уступки договорных прав в целом, уступки страховых взносов, уступки арендной платы за недвижимое имущество и оборудование и уступки сальдо на депозитных счетах. В отношении уступок в силу закона следует отметить, что они исключаются с учетом определения "уступки" с помощью ссылки на "передачу по договоренности". С учетом того факта, что возмещение считалось частью договора уступки, которая, за исключением проектов статей 13 16 и 27, не затрагивается проектом конвенции, Рабочая группа решила не рассматривать уступки как дары. Что касается уступок заработной платы, то Рабочая группа решила оставить этот вопрос для урегулирования на основе других норм права. Если такие уступки запрещаются внутригосударственным законодательством, то проект конвенции не затрагивает такое запрещение. Однако если такие уступки не запрещаются внутригосударственным законодательством, то с целью сохранения таких важных видов практики, как финансирование услуг по обеспечению временной занятости, проект конвенции не содержит положения, предусматривающего их недействительность (в отношении норм права, применимых к статутной возможности уступки, см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания 3–4 к проекту статьи 28). Рабочая группа решила охватить уступки страховых взносов и арендной платы за недвижимое имущество и оборудование, а также уступки кредитового сальдо на депозитных счетах (в отношении точного статуса некоторых сделок такого рода и возможных исключений см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания 3–16 к проекту статьи 4).

47. В интересах увеличения приемлемости проекта конвенции пункт 2, который взят в квадратные скобки, поскольку он пока не принят Рабочей группой, призван обеспечить государствам возможность исключать дополнительные виды практики. Такой подход может быть необходимым в том случае, если не будет достигнуто соглашения в отношении видов практики, подлежащих исключению из пункта 1, или для учета озабоченностей, которые могут возникнуть в будущем. Однако возможным недостатком такого подхода является то, что сфера применения проекта конвенции может быть разной для каждого государства, вследствие чего точную сферу применения проекта конвенции будет трудно определять с учетом множественности затрагиваемых сторон и вероятности того, что одно или несколько соответствующих государств, но, возможно, не все, могут сделать заявление. Этот результат сам по себе может увеличить судебные издержки и тем самым окончательные расходы по сделке (по этому вопросу см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания 7 и 16 к проекту статьи 4).

ГЛАВА II. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 5. Определения и правила толкования

Ссылки:

- A/CN.9/420, пункты 52–60
- A/CN.9/432, пункты 70–72, 94–105
- A/CN.9/434, пункты 78–85, 109–114, 167 и 244
- A/CN.9/445, пункты 180–190
- A/CN.9/456, пункты 53–78

Комментарий

"Первоначальный договор"

48. Этот термин определяется, поскольку ссылки на него содержатся в проектах статей 5 (b), 5 k) (iii), 17 (1), 17 (2) (a) и (b), 18 (1), 19 (1), 20 (2), 22 (2) (b) и 23. Наряду с договором уступки и договором финансирования или договором о предоставлении другой услуги, который может быть тем же или другим договором, первоначальный договор является частью базовой цепи договорных взаимоотношений, которые связаны со сделкой, сопряженной с уступкой. За исключением тех положений, которые прямо предусматривают иное (например, проекта статьи 19), проект конвенции не затрагивает прав и обязательств должника, как они установлены в первоначальном договоре (проект статьи 17).

"Считается возникшей в момент заключения первоначального договора"

49. С целью увеличения определенности проект конвенции устанавливает единообразную норму, касающуюся момента, в который дебиторская задолженность считается возникшей. Такая норма является весьма важной для определения международного характера дебиторской задолженности и действительности групповых уступок. Момент заключения первоначального договора – это наиболее подходящий момент

времени, поскольку в этот момент становятся известными личности кредитора и должника, а также правовой источник дебиторской задолженности и ее сумма. Момент, в который наступает срок погашения дебиторской задолженности или первоначальный договор приобретает исковую силу, был сочтен неподходящим в этом отношении, поскольку задержка во времени, когда дебиторская задолженность возникает и может использоваться для получения кредита, могла бы оказать неблагоприятное воздействие на доступность кредита. Термин "заключение" относится к заключению договора, и его точное значение оставлено для определения на основе норм права, применимых вне сферы действия проекта конвенции. В любом случае "заключение" не касается исполнения договора [редакционное предложение Секретариата об исключении подпункта (b) и включении в проекты статей 3 и 8 (1) (b) и (2) прямой ссылки на момент заключения первоначального договора см. в документе A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 1 к проекту статьи 5].

"Существующая" и "будущая" дебиторская задолженность

50. Ссылка на термины "существующая" и "будущая" дебиторская задолженность содержится в проектах статей 8 (действительность уступки) и 9 (момент уступки). Проект конвенции не устанавливает какого-либо ограничения в отношении видов будущей дебиторской задолженности, уступка которой охватывается. Так, в определении охватывается вся совокупность видов будущей дебиторской задолженности, включая условную (т.е. дебиторскую задолженность, которая может возникнуть при условии наступления какого-либо события, которое может или не может произойти) и чисто гипотетическую дебиторскую задолженность (т.е. дебиторскую задолженность, которая может возникнуть в результате деятельности, которая не была инициирована цедентом в момент уступки). Вместе с тем проект статьи 8 устанавливает ограничение в отношении действительности уступки будущей дебиторской задолженности, требуя, чтобы будущая дебиторская задолженность поддавалась идентификации в момент заключения первоначального договора в качестве дебиторской задолженности, с которой связана уступка. При выполнении этого требования будущая дебиторская задолженность считается переданной в момент заключения договора уступки. Однако такой результат не должен наносить ущерба правам третьих лиц (см. пункт 70).

"Финансирование под дебиторскую задолженность"

51. Это определение, взятое в квадратные скобки, не было принято Рабочей группой (предложение Секретариата исключить это определение и, возможно, сделать ссылку на финансирование под дебиторскую задолженность в преамбуле см. в документе A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 1 к проекту статьи 5).

"Письменная форма"

52. Это определение призвано включить иные, чем основывающиеся на использовании бумажных документов, средства сообщения, которые могут выполнять те же функции, что и бумажное сообщение (например, предоставлять материальные доказательства, служить в качестве предупреждения сторонам в отношении последствий, являться удобочитаемым сообщением, удостоверить подлинность и давать достаточные гарантии своей неприкосновенности). Оно навеяно статьями 6 и 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и отражает два разных понятия – "письменная форма" и "подпись" (или "подписанная письменная форма").

53. Проект конвенции требует письменной формы для уведомления об уступке и подписанной письменной формы для отказа должника от возражений (однако в проекте статьи 21 (3), возможно, необходимо уточнить, требуются ли подписи и цедента, и должника или же только должника; см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание к проекту статьи 21). Письменная форма также требуется для заявлений государств и для определенных актов, относящихся к регистрации. Этот подход основывается на том предположении, что необходимость в более жестких гарантиях подлинности сообщений должна оцениваться по-разному, в зависимости от контекста, в котором направляется сообщение.

54. Слово "доступная" подразумевает, что сообщение является удобочитаемым и разборчивым; слово "использование" относится не только к использованию сообщения физическим лицом, но и к его использованию с помощью компьютера, а слова "последующее использование" устанавливают стандарт, сходный с тем, что подразумевается таким понятием, как долговечность (хотя и без ссылки на ограничительное толкование понятия долговечности в некоторых правовых системах как равнозначного неизменяемости), но являющийся более объективным, чем то, что подразумевается такими понятиями, как удобочитаемость или разборчивость (см. Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, пункт 50). Подпись определяется ссылкой на идентификацию подписавшего лица и указанием на согласие этого лица с содержанием сообщения.

"Уведомление об уступке"

55. Согласно подпункту (f) уведомление отвечает требованиям проекта конвенции, если оно составлено в письменной форме и разумно идентифицирует уступленную дебиторскую задолженность. Что представляет собой разумную идентификацию – это вопрос, который должен решаться с учетом обстоятельств. Однако разумная идентификация была бы примерно следующей: "вся моя дебиторская задолженность, связанная с

моей предпринимательской деятельностью по продаже автомобилей" и "вся моя дебиторская задолженность в отношении моих клиентов в странах А, В и С". Не установлено требования о том, чтобы в уведомлении идентифицировалось лицо, которому или на счет которого, или в адрес которого должнику необходимо произвести платеж. В результате этого уведомление, не содержащее платежной инструкции, является действительным согласно проекту конвенции. Однако с учетом того факта, что, согласно проекту конвенции, уведомление изменяет способ, с помощью которого должник может погасить свою задолженность, стороны, уведомляющие должника, будут заинтересованы во включении в уведомление такой платежной инструкции. Рабочая группа основывает освобождение должника от ответственности на уведомлении, а не на платежных инструкциях, с тем чтобы избежать введения должника в заблуждение в случаях, когда два сообщения могут быть направлены по отдельности или когда несколько сообщений могут быть направлены должнику несколькими лицами.

"Управляющий, назначенный для проведения процедур банкротства" и "процедура банкротства"

56. Формулировки подпунктов (g) и (h) разрабатывались с учетом определений "иностранного производства" и "иностранного представителя", содержащихся в статье 2 (a) и (d) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности. Они также соответствуют статьям 1 (1) и 2 (a) и (b) Европейской конвенции о производстве по делам о несостоятельности. Ссылаясь на цель производства или функцию лица, но не используя технические выражения, которые могут иметь разное значение в правовых системах, эти определения являются достаточно широкими для охвата целого ряда видов производства по делу о несостоятельности, в том числе временного производства. Этот подход позволяет избежать того, чтобы договаривающееся государство признавало в качестве производства или управляющего по делу о несостоятельности производство или лицо, которое не носит такого характера согласно *lex loci concursus*, или было неспособным признать в качестве производства или управляющего по делу о несостоятельности производство или лицо, которое носит такой характер согласно *lex loci concursus*.

"Приоритет"

57. В соответствии с проектом конвенции приоритет означает, что сторона может удовлетворить свое требование в преимущественном порядке по сравнению с другими сторонами, заявившими свои требования, на подразумеваемых условиях, что имеет место действительная уступка в отношениях между cedentом и цессионарием и что цессионарий предоставил кредит cedенту (замечания по поводу того, охватывает ли понятие "приоритета" вопрос о том, имеет ли цессионарий право требования *in rem* или *ad personam*, см. в документе A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечание 3 к проекту статьи 5). Вопрос о том, может ли лицо, имеющее преимущественное право, удерживать все поступления от платежа или передать какой-либо остаток после выплаты суммы его требования следующему лицу в порядке очередности или cedенту, зависит от того, идет ли речь о прямой уступке или же об уступке, совершенной в качестве обеспечения; этот вопрос оставлен для решения на основе норм права, применимых вне сферы действия проекта конвенции. Это определение не содержит ссылки на право на платеж, поскольку, хотя это выражение может быть надлежащим в отношении уступок, совершенных в качестве обеспечения, оно может быть ограничительным в отношении прямых уступок, при которых цессионарий может, например, иметь право на получение любых товаров, возвращенных должником cedенту. Однако Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, нельзя ли лучше отразить этот аспект, если включить в подпункт (i) следующую формулировку: "право на платеж или иное погашение".

"Местонахождение"

58. Рабочая группа пока не пришла к решению относительно значения понятия "местонахождение" (предложения Секретариата см. в документе A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания 4–10 к проекту статьи 5).

Статья 6. Автономия сторон

Ссылки.

- A/CN.9/432, пункты 33–38
- A/CN.9/434, пункты 35–41
- A/CN.9/445, пункты 191–194
- A/CN.9/456, пункты 79–80

Комментарий

59. Статья 6, формулировка которой разрабатывалась с учетом статьи 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год; в дальнейшем именуемой "Конвенцией Организации Объединенных Наций о купле-продаже"), предусматривает широкое признание принципа автономии сторон. Однако, в отличие от статьи 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, проект статьи 6 не разрешает cedенту и цессионарию исключать применение проекта

конвенции в целом. Причина использования этого подхода заключается в том, что поскольку проект конвенции затрагивает права иных сторон, чем cedent и должник, то исключение применения проекта конвенции повлияло бы на права третьих сторон (т.е. в контексте договоренности между cedentом и цессионарием, на права должника, кредиторов cedента и управляющего по делу о несостоятельности, а в контексте договоренности между cedentом и должником — на права цессионария, кредиторов cedента и управляющего по делу о несостоятельности). Такой результат не только выходил бы за рамки какого-либо приемлемого понятия автономии сторон, но и привнес бы нежелательную степень неопределенности и тем самым нанес бы ущерб основной цели проекта конвенции, заключающейся в содействии обеспечению более широкого доступа к кредитам по низкой стоимости и созданию в то же время адекватной системы защиты должника. Таким образом, cedent и цессионарий могут только отходить от положений проектов статей 13–16 и 27 или изменять эти положения, тогда как cedent и должник свободны отходить от положений проектов статей 17–23 или изменять эти положения, если это не ущемляет права цессионария или других третьих сторон.

60. Как и статья 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, проект статьи 6 требует наличия договоренности, т.е. двух совпадающих заявлений о намерениях, для фактического отхода от положений проекта конвенции. Такая договоренность может быть прямой или косвенной. Типичным примером косвенного отхода является случай, когда стороны ссылаются на право договаривающегося государства или на национальное право договаривающегося государства. Отход имеет место, если выбор права сторонами является действительным согласно нормам международного частного права суда. Если выбор права является недействительным, то в отсутствие других признаков нельзя в целом полагать, что стороны намерены отойти от положений проекта конвенции, независимо от того, был ли их выбор права действительным или нет. Нельзя в целом также предполагать, что если бы стороны знали, что их выбор права будет недействительным, то они пожелали бы, чтобы к их договору применялись надлежащие нормы договорно-обязательственного права. Фактический отход не требует, чтобы стороны достигли договоренности в отношении права, применимого к вопросам, в связи с которыми они отошли от положений проекта конвенции. В таком случае пришлось бы предположить, что стороны не желают прибегать к национальному праву, но желают, чтобы любые пробелы были заполнены в соответствии с проектом статьи 7 (2). Если стороны достигли договоренности относительно права, применимого к вопросам, в связи с которыми они отошли от положений проекта конвенции, то это право должно применяться таким образом, чтобы это было совместимым с проектом конвенции, если только отход не является столь масштабным, что уже нельзя считать какой-либо конкретный вопрос входящим в сферу применения проекта конвенции.

Статья 7. Принципы толкования

Ссылки:

- A/CN.9/432, пункты 76–81
- A/CN.9/434, пункты 100–101
- A/CN.9/445, пункты 199–200
- A/CN.9/456, пункты 82–85

Комментарий

61. Эта статья, будучи сформулированной на основе статьи 7 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, касается толкования положений проекта конвенции и заполнения пробелов в них. В отношении толкования проекта конвенции проект статьи 7(1) содержит ссылку на три принципа, т.е. на международный характер текста, единообразие в его применении и добросовестность в международной торговле. Эти принципы являются общими для большинства текстов ЮНСИТРАЛ. Ссылка на международный характер или источник текста должна побуждать суд к тому, чтобы избегать толкования проекта конвенции на основе понятий национального права, если только значение какого-либо термина, используемого в проекте конвенции, не является явно идентичным его значению в конкретном национальном праве. Необходимость сохранять единообразие может быть реализована только в том случае, если суды или арбитражные трибуналы будут применять общие принципы, лежащие в основе проекта конвенции, и принимать во внимание решения судов или трибуналов других стран. Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ (ППТЮ), т.е. система информирования о прецедентном праве ЮНСИТРАЛ, было создано ЮНСИТРАЛ именно с учетом необходимости обеспечивать единообразие (материалы ППТЮ имеются в бумажной форме на шести официальных языках Организации Объединенных Наций и доступны для ознакомления через страницу ЮНСИТРАЛ в сети Интернет: <http://www.uncitral.org> на английском, испанском и французском языках; в зависимости от наличия ресурсов в будущем будут также предоставляться тексты на других языках).

62. Ссылка на добросовестность может относиться не только к толкованию проекта конвенции, но и к поведению сторон. Однако, хотя принцип добросовестности было бы целесообразно применять к договорным взаимоотношениям между cedentом и цессионарием или cedentом и должником, он может нанести ущерб определенности проекта конвенции, если его применить к взаимоотношениям между цессионарием и должником или цессионарием и любым другим лицом, заявляющим требование. Например, если принцип добросовестности, превалирующий в государстве суда, применить к взаимоотношениям между цессионарием и должником или цессионарием и третьей стороной, то должник, который, возможно, произвел платеж

цессионарию после уведомления, может быть вынужден платить вновь в том случае, когда он, например, знал о предшествующей уступке, а право, применимое согласно проекту статьи 24, может быть проигнорировано, если в нем не соблюдается принцип добросовестности, как он может пониматься в государстве суда.

63. В отношении заполнения пробелов правило заключается в том, что если вопросы регулируются проектом конвенции (глава I), но прямо не урегулированы в ней, они должны решаться в соответствии с общими принципами, на которых основывается проект конвенции. В число таких принципов входят в первую очередь принципы, прямо упомянутые в преамбуле или закрепленные в ряде положений проекта конвенции (например, принцип содействия обеспечению более широкого доступа к кредитам по низкой стоимости и принцип защиты должника). Прибегать к нормам международного частного права разрешается только в том случае, если не существует принципа, на основе которого может быть решен какой-либо конкретный вопрос, или если данный вопрос не регулируется проектом конвенции вообще.

64. Вопросы, которые не регулируются проектом конвенции и оставлены для решения на основе других норм права, включают: вопрос о значении прямой уступки и уступки, совершаемой в качестве обеспечения; вопрос о форме договора уступки; вопрос об акцессорном или независимом характере обеспечительного права, которое является основой для определения того, передается ли оно автоматически с дебиторской задолженностью, погашение которой оно обеспечивает, или же необходим новый акт передачи; вопрос о последствиях нарушения гарантий цедентом; в значительной степени вопрос о возможности уступки дебиторской задолженности (проект конвенции охватывает его в некоторой мере, поскольку в нем указывается ряд видов дебиторской задолженности, которые могут быть уступлены, включая будущую дебиторскую задолженность и дебиторскую задолженность, не идентифицированную индивидуально, и поскольку он затрагивает договорные ограничения на уступку, но не касается других видов дебиторской задолженности и других статутных ограничений на уступку); вопрос о том, несет ли цедент ответственность перед должником за уступку своей дебиторской задолженности в нарушение оговорки о недопустимости уступки; вопрос об обязанности должника произвести платеж (проект конвенции касается только освобождения должника от ответственности); вопрос об освобождении должника от ответственности на иных основаниях, чем те, которые указаны в проекте конвенции (например, путем платежа правомочному лицу, заявившему требование, если полученное уведомление не отвечает требованиям проекта конвенции); вопрос о возражениях и правах на зачет, на которые должник может сослаться по отношению к цессионарию (проект конвенции предусматривает, что должник может сослаться по отношению к цессионарию на те же возражения и права на зачет, что и по отношению к цеденту, но без их указания); вопрос о договоренностях между должником и цессионарием, в силу которых должник отказывается сослаться на свои возражения и права на зачет по отношению к цессионарию; вопрос о приоритете между несколькими цессионариями одной и той же дебиторской задолженности, между цессионарием и управляющим по делу о несостоятельности и между цессионарием и кредиторами цедента; и вопрос о том, является ли право цессионария на поступления правом *ad personam* или правом *in rem*.

65. С учетом возможных трудностей при определении того, регулируется ли какой-либо вопрос проектом конвенции, но не урегулирован в нем прямо или же не регулируется вообще, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, было ли бы целесообразным включить в проект конвенции положение, аналогичное статье 4 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, в которой прямо перечислены охватываемые Конвенцией вопросы.

66. Рабочая группа, возможно, также пожелает уточнить, следует ли заполнять пробелы в положениях проекта конвенции, касающихся международного частного права, в соответствии с материально-правовыми принципами или же принципами международного частного права, лежащими в основе проекта конвенции. В отсутствие таких принципов пробелы такого рода будут заполняться в соответствии с нормами международного частного права суда.

ГЛАВА III. ПОСЛЕДСТВИЯ УСТУПКИ

Форма уступки

Ссылки

- A/CN.9/420, пункты 75–79
- A/CN.9/432, пункты 82–86
- A/CN.9/434, пункты 102–106
- A/CN.9/445, пункты 204–210
- A/CN.9/456, пункты 86–92

Комментарий

67. Рабочая группа рассмотрела большую совокупность требований в отношении формы – от письменной формы (с любыми требованиями относительно подписи или без них) до отсутствия какой-либо формы (возможность оставить этот вопрос для решения на основе других норм права, применимых вне проекта

конвенции, была также рассмотрена). Хотя мнение значительного большинства заключалось в том, что чисто устные уступки должны быть лишены действительности, по меньшей мере в отношении третьих сторон, Рабочая группа не смогла достичь соглашения по этому вопросу и решила исключить положение, касающееся формы уступки. Рабочая группа приняла это решение при том понимании, что этот вопрос затрагивается в отношении взаимных интересов cedent и cessionary в проекте статьи 6, в котором закрепляется автономия сторон, в отношении интересов должника – в проекте статьи 19 (в отсутствие письменного уведомления об уступке право должника на исполнение своего обязательства в соответствии с первоначальным договором не затрагивается) и в проекте статьи 17 (общий принцип защиты должника), а в отношении интересов третьих сторон – в проектах статей 24–26 (нормы, касающиеся приоритета).

68. Однако в проектах статей 24–26 не уточняется, что право места нахождения cedent регулирует вопросы формы. В результате этого и с учетом того факта, что формальная действительность является предварительным условием приоритета, cessionary для обеспечения приоритета должен будет выполнить требования права места нахождения cedent и права, регулирующего формальную действительность, которое, может быть, трудно определить (предложение Секретариата о включении в текст нормы международного частного права, касающейся формы, см. в документе A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания к главе III). Уточнение насчет права, применимого к формальной действительности, обеспечило бы некоторую степень определенности. Однако это оставило бы для решения на основе применимого права вопрос о том, будут ли действительными чисто устные уступки, что тем самым создает возможность для злоупотреблений или мошеннического сговора между cessionary и cedentом, особенно в ситуациях, когда cedent может стать несостоятельным, вопрос о том, подлежат ли уплате гербовые сборы для того, чтобы договор уступки был действительным, что повлияло бы на общие расходы по сделке, и вопрос о форме уступки дебиторской задолженности, обеспеченной правом, на которое может распространяться действие норм права, регулирующих обеспечительные права (по этому вопросу см. пункт 93).

Статья 8. Действительность групповых уступок, уступок будущей дебиторской задолженности и частичных уступок

Ссылки:

- A/CN.9/420, пункты 45–60
- A/CN.9/432, пункты 93–112 и 254–258
- A/CN.9/434, пункты 122 и 124–127
- A/CN.9/445, пункты 211–214
- A/CN.9/456, пункты 93–97

Комментарий

Пункт 1

69. В качестве принципа проект статьи 8 объявляет действительными уступку (т.е. передачу, а не договор уступки) будущей дебиторской задолженности, групповые уступки и уступки частей или неразделенных интересов в дебиторской задолженности. Этот принцип обусловлен определенными требованиями. Хотя уступка является действительной по отношению к должнику с момента ее совершения, до получения письменного уведомления должник может отказаться произвести платеж cessionary и погасить свой долг путем платежа в соответствии с первоначальным договором (должник может погасить свой долг путем платежа cessionary даже до получения письменного уведомления; однако в таком случае должник принимает риск двойного платежа, если позднее окажется, что уступка не имела места).

70. Второе требование, обуславливающее вышеупомянутый принцип, заключается в том, что вопрос о действительности уступки по отношению к третьим сторонам оставлен для решения на основе норм права, применимых к приоритету согласно проектам статей 24–26. Таким образом, проект статьи 8 не призван придавать действительность первой по времени уступке, лишая действительности любую последующую уступку той же дебиторской задолженности тем же cedentом, или обеспечивать, чтобы cessionary превалировал над управляющим по делу о несостоятельности лишь на том основании, что уступка была совершена до фактической даты возбуждения производства по делу о несостоятельности. Во избежание непреднамеренной передачи вопроса о действительности будущих уступок полностью для решения на основе норм права, применимых к приоритету, Рабочая группа решила исключить из проекта статьи 8 формулировку, которая обуславливала бы проект статьи 8, а также проект статьи 9 проектами статей 24–26. Это решение было принято при том понимании, что совместное применение проектов статей 8–12 и 24–26 привело бы к этому же результату, а именно к тому, что положения главы III не призваны воздействовать на вопросы приоритета, поскольку эти вопросы рассматриваются в проектах статей 24–26.

“Существующая или будущая дебиторская задолженность”

71. Уступка будущей дебиторской задолженности группами является стержнем современной практики фиксации под дебиторскую задолженность. И все же сохраняется значительная неопределенность в отношении действительности таких уступок. В связи с этим в проекте конвенции уделяется большое внимание

действительности уступки будущей дебиторской задолженности и, в частности, групповых уступок. На ранней стадии своей работы Рабочая группа отметила, что придание действительности условной дебиторской задолженности и чисто гипотетической дебиторской задолженности может привести к тому, что какое-либо коммерческое предприятие уступит все свои требования на весь период своего существования, а такая практика может противоречить публичному порядку в некоторых странах (в отношении видов охватываемой будущей дебиторской задолженности см. пункт 49). Вместе с тем Рабочая группа сочла, что полное исключение условной или гипотетической дебиторской задолженности из сферы применения проекта конвенции могло бы воспрепятствовать важным видам практики, например практике, сопряженной с уступкой поступлений наличности в результате осуществления проекта по созданию публичной инфраструктуры в целях финансирования. Тщательно рассмотрев этот вопрос, Рабочая группа решила включить в проект статьи 8 (1) требование, согласно которому дебиторская задолженность должна поддаваться идентификации в момент ее возникновения (т.е. в момент заключения первоначального договора) в качестве дебиторской задолженности, с которой связана уступка. Это требование призвано обеспечить надлежащее признание, с одной стороны, экономической необходимости разрешать групповые уступки различных видов будущей дебиторской задолженности и, с другой стороны, необходимости обеспечивать защиту цедентов от рисков, которые могут возникать вследствие неограниченной свободы уступать все мыслимые будущие дебиторские задолженности.

"Одна или несколько"

72. Хотя в центре проекта конвенции находится уступка большого объема дебиторской задолженности с низкой стоимостью (связанная, например, с факторингом торговой дебиторской задолженности или секьюритизацией дебиторской задолженности по кредитным карточкам), уступка одной дебиторской задолженности большой стоимости (связанной, например, с синдицированием займа) также является действительной (в отношении вопроса о том, следует ли рассматривать оговорки о недопустимости уступок и вопросы приоритета по-разному в случае уступки одной дебиторской задолженности, см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания 3–7 к проекту статьи 4).

"Является действительной"

73. Результат действительности уступки зависит от того, идет ли речь о прямой уступке или уступке, совершенной в качестве обеспечения, причем этот вопрос оставлен для решения на основе права, применимого вне проекта конвенции. В случае прямой уступки выражение "является действительной" означает, что уступка передает полное право собственности на дебиторскую задолженность. Это, в свою очередь, означает, что цессионарий вправе удерживать любой избыток, оставшийся после удовлетворения его требования к цеденту, и что в случае неисполнения должником своего обязательства цессионарий не имеет права регрессного требования против цедента. В случае уступки, совершенной в качестве обеспечения, выражение "является действительной" означает, что цессионарий должен передать любой остающийся избыток следующему лицу, заявившему требование, в порядке очередности и что, если должник не производит платеж, цессионарий может обратиться к цеденту и потребовать платежа за кредит или услуги, предоставленные цеденту в обмен на уступленную дебиторскую задолженность.

74. Что касается использования терминов, то было сочтено, что термин "effective" является предпочтительным термину "valid", поскольку термин "effective" точнее отражает представление о действительности *erga omnes*, а термин "valid" не понимается одинаково во всем мире.

"Определена"

75. Термин "определена" призван установить более низкий стандарт, чем стандарт, который был бы установлен термином "указана". Согласно этому стандарту общего определения дебиторской задолженности без какого-либо указания на личность должника или сумму дебиторской задолженности было бы достаточно (например, "вся моя дебиторская задолженность, связанная с моей предпринимательской деятельностью по продаже автомобилей").

"Индивидуально"/"любым другим способом"

76. Эти слова призваны обеспечить действительность уступки существующей или будущей дебиторской задолженности независимо от того, определена ли эта дебиторская задолженность индивидуально или любым другим способом, достаточным для увязки дебиторской задолженности с уступкой.

Пункт 2

77. С целью ускорения процесса кредитования и уменьшения расходов по сделке пункт 2 фактически предусматривает, что генерального соглашения достаточно для передачи прав в нескольких дебиторских задолженностях. Если новый документ будет требоваться каждый раз, когда возникает новая дебиторская задолженность, то расходы на управление программой кредитования значительно возрастут, а время, необходимое для получения надлежащим образом оформленных документов и их изучения, замедлит процесс кредитования в ущерб цеденту.

78. Согласно пункту 2, который предусматривает, что генерального соглашения достаточно для передачи нескольких будущих дебиторских задолженностей, и проекту статьи 9, которая предусматривает, что будущая дебиторская задолженность передается в момент заключения договора уступки, права в будущей дебиторской задолженности передаются непосредственно цессионарию без прохождения через имущество cedentia. Однако вопрос о том, является ли уступка действительной по отношению к кредиторам cedentia или управляющему по делу о несостоятельности, должен решаться в соответствии с нормами права, регулирующими приоритет согласно проектам статей 24–26.

Статья 9. Момент уступки

Ссылки:

- A/CN.9/420, пункты 51 и 57
- A/CN.9/432, пункты 109–112 и 254–258
- A/CN.9/434, пункты 107–108 и 115–121
- A/CN.9/445, пункты 221–226
- A/CN.9/456, пункты 76–78 и 98–103

Комментарий

79. Проект статьи 9 направлен на признание права cedentia и цессионария согласовывать момент передачи дебиторской задолженности, если только их договоренность не оказывает негативного воздействия на права третьих сторон, установление нормы о неисполнении, согласно которой в отсутствие договоренности между cedentem и цессионарием об ином моменте передачи дебиторской задолженности является момент заключения договора уступки, и разъяснение значения других соответствующих положений, таких как проекты статей 6, 8, 19 и 24–26.

80. Проект статьи 9 признает и в то же время ограничивает автономию сторон. Момент, указанный cedentem и цессионарием, связывает третьи стороны, причем этот вопрос, возможно, и не является достаточно ясным с учетом проекта статьи 6. Однако для того, чтобы такая договоренность была обязательной для третьих сторон, она должна предусматривать момент передачи, который не наступит раньше момента заключения договора уступки. Этот подход соответствует принципу, закрепленному в проекте статьи 6, поскольку договоренность, предусматривающая более ранний момент, может затронуть порядок первоочередности между несколькими лицами, заявившими требования.

81. В отсутствие договоренности между cedentem и цессионарием, предусматривающей момент передачи прав в уступленной дебиторской задолженности, моментом такой передачи является момент заключения договора уступки, причем этот факт нельзя изменить. Хотя этот подход является очевидным по отношению к дебиторской задолженности, существующей в момент ее уступки, создается юридическая фикция в отношении будущей дебиторской задолженности (т.е. дебиторской задолженности, возникающей из договоров, которых не было в момент уступки). На практике цессионарий приобретает права в будущей дебиторской задолженности только в том случае, если она действительно возникнет, однако с правовой точки зрения момент передачи вернется к моменту заключения договора уступки. Такой подход призван способствовать мобилизации cedentem будущей задолженности с целью получения кредита или смежных услуг по низкой стоимости.

82. Хотя проект статьи 9 устанавливает момент передачи дебиторской задолженности, он не предназначается для установления нормы, касающейся приоритета и предусматривающей, что уступка является действительной по отношению к третьим сторонам с момента ее совершения, поскольку такая норма была бы несовместимой с проектами статей 24–26. Если будущая дебиторская задолженность передана действительной по отношению к третьим сторонам с момента ее уступки, то она будет изъята из конкурсной массы или станет предметом обеспечительного права вне зависимости от какого-либо акта объявления, требуемого правом, регулирующим приоритет.

Статья 10. Договорные ограничения на уступку

Ссылки:

- A/CN.9/420, пункты 61–68
- A/CN.9/432, пункты 113–126
- A/CN.9/434, пункты 128–137
- A/CN.9/445, пункты 49–51 и 227–231
- A/CN.9/447, пункты 148–152
- A/CN.9/455, пункты 47–51
- A/CN.9/456, пункты 104–116

Комментарий

83. Основная цель проекта статьи 10 заключается в придании действительности уступкам, совершенным вопреки существованию оговорки о недопустимости уступки в первоначальном договоре, в договоре уступки или в любом последующем договоре уступки. Определяющее соображение заключается в том, что каждому выгоднее облегчать уступку дебиторской задолженности и сокращать расходы по сделке, чем обеспечивать, чтобы должник не был вынужден производить платеж иному лицу, чем первоначальный кредитор (цедент). Оговорки о недопустимости уступки могут либо полностью воспрепятствовать достижению цели сделки о финансировании или предоставлении смежных услуг, поскольку они могут лишить уступки действительности, либо, по меньшей мере, увеличить расходы по сделке до такого уровня, что финансирующим учреждениям придется проверять, вероятно, большое число договоров с целью обеспечить, чтобы в них не содержались оговорки о недопустимости уступок. В ходе рассмотрения Рабочая группа учла, что мелкие должники, такие как потребители, не испытывают неблагоприятного воздействия со стороны такой нормы, поскольку они не располагают возможностями для включения оговорок о недопустимости уступок в свои договоры, и в любом случае они будут часто продолжать вносить платежи на тот же банковский счет или в то же почтовое отделение, контроль над которыми перейдет от цедента к цессионарию без оповещения должников. Рабочая группа также учла, что в любом случае проект статьи 10 не будет затрагивать интересы потребителей-должников в такой мере, чтобы на них распространялись статутные ограничения, установленные в законодательстве о защите потребителей, поскольку проект статьи 10 не касается статутных ограничений. В отношении крупных должников Рабочая группа сочла, что они не будут испытывать неблагоприятного воздействия со стороны нормы, содержащейся в проекте статьи 10, поскольку они располагают достаточными возможностями в ходе переговоров и позаботятся о своих интересах. Рабочая группа также сочла, что проект статьи 10 устанавливает надлежащую норму, не разрешая таким крупным должникам препятствовать мелким и средним предприятиям в получении кредитов или услуг по низкой стоимости на основе их дебиторской задолженности. Проект статьи 12 предусматривает исключение в отношении государственных органов-должников (см. пункты 94–96; относительно возможных дополнительных исключений см. документ A/CN.9/WG.III/ WP.104, примечания 3–7 к проекту статьи 4).

84. Таким образом, проект статьи 10 призван наделить цессионария преимущественным статусом по отношению к кредиторам цедента в случае неисполнения цедентом своих обязательств дать цессионарию возможность взыскать долг непосредственно с должника, однако без лишения должника его прав и возражений или способности принять любые меры, которые могут быть им приняты против цедента в связи с нарушением договора или даже против цессионария в связи с деликтом. Такой подход представляет собой компромисс между правовыми системами, которые лишают действительности уступки, совершенные в нарушение оговорок о недопустимости уступок, и правовыми системами, которые лишают действительности оговорки о недопустимости уступок. Таким образом, он сопряжен с попыткой сбалансировать необходимость сохранить автономию сторон и необходимость содействовать заключению сделок о финансировании и предоставлении смежных услуг в интересах торговли в целом. Рабочая группа признала, что лишение оговорок о недопустимости уступок действительности оградяло бы интересы цессионария более эффективно, поскольку цессионарий пользовался бы защитой от риска приобретения какой-либо ответственности и от риска того, что первоначальный договор может быть объявлен должником расторгнутым за нарушение оговорки о недопустимости уступок. Однако, по широко распространенному мнению, подход, основывающийся на лишении оговорок о недопустимости уступок действительности, чрезмерно вторгнется бы в автономию сторон и сместил бы баланс интересов в пользу цессионария до неприемлемой степени. С другой стороны, в попытке сделать еще один шаг в направлении защиты должника Рабочая группа рассмотрела также возможность разрешить должнику продолжать платежи в соответствии с первоначальным договором. Такой подход позволил бы цессионарию превалировать в случае коллизии приоритетов с кредиторами цедента, но лишил бы цессионария права требовать платежа от должника. Рабочая группа отметила, что, согласно статье 16 Обычаев международного факторинга, принятых Международной ассоциацией факторных компаний, в случае оговорки о недопустимости уступок цеденту разрешается получать платежи в качестве агента цессионария. Признав, что такая норма может быть приемлемой в рамках групп учреждений, придерживающихся одного кодекса поведения, Рабочая группа решила не распространять ее применение на другие виды практики, поскольку лишение цессионария права требовать платежа от должника увеличило бы риск неплатежа и тем самым стоимость кредита.

85. Любой договорной ответственности, которую цедент может нести перед должником согласно нормам права, применимым вне проекта конвенции, за совершение уступки в нарушение оговорки о недопустимости уступок, ущерба не наносится. По определению, цессионарий не может нести договорной ответственности за нарушение договора, стороной которого он не является. Любой деликтной ответственности, которую цессионарий может нести перед должником согласно другим нормам права, ущерба также не наносится. В этом контексте Рабочая группа решила, что она должна предусмотреть санкции за злонамеренное поведение цессионария и что простая осведомленность о существовании оговорки о недопустимости уступок не должна быть достаточной для установления ответственности цессионария. Установление санкций по отношению к цессионарию за принятие уступки, осведомленному об оговорке о недопустимости уступок, непреднамеренно привело бы к поощрению цессионария к игнорированию критерия должной осмотрительности. Если цессионарий будет осмотрительным, он узнает о существовании оговорки о недопустимости уступок и не

примет дебиторскую задолженность или примет ее по значительно уменьшенной стоимости с учетом существенного риска неплатежа (предложение Секретариата относительно способов, с помощью которых эта идея может быть прямо изложена в проекте статьи 10, см. в документе A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания 2-3 к проекту статьи 10).

86. Проект статьи 10 дополняется правовым режимом, устанавливающим достаточно высокие стандарты защиты должника в проекте конвенции. Помимо обязательства произвести платеж цессионарию (в стране и валюте, указанных в первоначальном договоре) правовое положение должника проектом конвенции не затрагивается (проект статьи 17). Уведомление об уступке может ликвидировать только те права на зачет со стороны должника, которые вытекают из договоров, иных, чем первоначальный договор. Этот результат был бы приемлемым, поскольку должник будет знать об этом последствии и сможет строить соответствующие планы. Например, должник сможет избегать принятия на себя дополнительных обязательств. В исключительных ситуациях, в которых, например, уступка, совершенная в нарушение оговорки о недопустимости уступок, представляет собой фундаментальное нарушение первоначального договора, должник может даже заявить о расторжении первоначального договора. Однако такое расторжение договора, какое лишает цессионария права требовать платежа от должника, должно допускаться только при исключительных обстоятельствах. В противном случае риск расторжения договора может сам по себе оказывать негативное воздействие на стоимость кредита. В таких ситуациях должник сможет истребовать платежи у цедента, но не у цессионария (проект статьи 23). Этот результат является целесообразным, поскольку даже в отсутствие уступки должник будет нести риск несостоятельности своего договорного партнера. Кроме того, любые товары, возвращенные должником после расторжения первоначального договора, поступят цессионарию, который предложил бы стоимость цеденту в обмен на аннулированную дебиторскую задолженность. На основе того понимания, что проект конвенции устанавливает правовой режим с достаточно высокими стандартами защиты должника, Рабочая группа решила, что следует допускать оговорку государств в отношении проекта статьи 10 (относительно исключения, касающегося государственных органов-должников, см. предложение Секретариата по проекту статьи 12 в документе A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания к проекту статьи 12). Приходя к этому выводу, Рабочая группа учла, что государствам, рассматривающим возможность принятия проекта конвенции, потребуется оценить потенциальные неудобства для должника, который будет вынужден производить платеж иному лицу, в сравнении с преимуществом более широкого предложения кредитов по низкой стоимости должникам и цедентам, которое может стимулировать экономику в целом.

87. Проект статьи 10 применяется к любым договорным положениям, ограничивающим каким-либо образом уступку (а не только к положениям, запрещающим уступку), но не применяется к статутным ограничениям на уступку или к ограничениям, касающимся уступки иных прав, чем дебиторская задолженность (например, оговоркам о конфиденциальности). В связи со статутными ограничениями Рабочая группа рассмотрела возможность их учета путем придания уступке действительности и разрешения при этом должнику исполнить свое обязательство посредством платежа в соответствии с первоначальным договором. Такой подход позволил бы цессионарию превалировать над другими кредиторами цедента в случае неисполнения цедентом своих обязательств, защищая при этом интересы должника. Однако Рабочая группа не смогла достичь соглашения, поскольку она не смогла найти способ провести различие между статутными ограничениями, направленными на защиту должника (например, запрещением уступки дебиторской задолженности государственных органов-должников), и статутными ограничениями, направленными на защиту цедента (например, запрещением уступки заработной платы).

88. Однако проект конвенции уже отклонил статутные ограничения на уступку в той мере, в какой они относятся к будущей дебиторской задолженности или групповым уступкам. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает обеспечить, например, чтобы проект статьи 8 не относился к будущей заработной плате. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть ограниченную норму, касающуюся статутных ограничений, которые направлены на защиту должника. Например, такая норма могла бы наделять действительностью уступку между цедентом и цессионарием и по отношению к третьим сторонам, но не по отношению к должнику. Более того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об установлении такой же нормы в отношении одной дебиторской задолженности (которая обычно является дебиторской задолженностью на крупную сумму), в связи с которой критерий надлежащей осмотрительности не был бы сопряжен с риском увеличения стоимости кредита. Такой подход мог бы учитывать необходимость совершать, например, уступки при синдицировании займа и участии в таком займе при условии согласия должника (анализ возможных подходов к таким видам практики см. в документе A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания 3-7 к проекту статьи 4 и примечание 1 к проекту статьи 10).

Статья 11. Передача обеспечительных прав

Ссылки:

- A/CN.9/420, пункты 69-74
- A/CN.9/432, пункты 127-130
- A/CN.9/434, пункты 138-147
- A/CN.9/445, пункты 232-235
- A/CN.9/456, пункты 117-126

Комментарий

89. Проект статьи 11 отражает общепринятый принцип, согласно которому акцессорные обеспечительные права передаются автоматически с дебиторской задолженностью, обеспечиваемой ими. Вопрос об акцессорном или независимом характере обеспечительного права и вопрос о материально-правовых и процессуальных требованиях, которые должны быть выполнены для создания такого обеспечительного права, оставлены для решения на основе норм права, регулирующих это право. Проект статьи 11 не сопряжен с попыткой конкретно указать нормы права, применимые к обеспечительным правам, с учетом большой совокупности прав, которые он призван охватить (включая, например, гарантии, залоги и ипотечные залоги), и существенных отличий между различными правовыми системами в этом отношении.

90. В этом положении также признается право cedentа и цессионария достичь договоренности о том, что акцессорное право не передается цессионарию и тем самым ликвидируется. Такая договоренность может отражать отсутствие у цессионария готовности принять ответственность и расходы, сопряженные с хранением и сохранностью обремененного имущества (например, расходы на налоги и страхование в случае недвижимого имущества и расходы на страхование в случае оборудования). Проект статьи 11 также устанавливает обязательство cedentа передать цессионарию любое независимое право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, а также поступления от такого права. Что касается независимых гарантий и резервных аккредитивов, то это положение основывается на том понимании, что право требования платежа у гаранта/эмитента не является дебиторской задолженностью. В результате этого права гаранта/эмитента не затрагиваются уступкой независимого обязательства, тогда как цессионарий имеет право в поступлениях, что имеет особое значение в случае несостоятельности cedentа.

91. Пункт 2 призван обеспечить, чтобы никакая оговорка о недопустимости уступок, согласованная между cedentом и должником или иным лицом, предоставляющим обеспечительное право, не лишала уступку действительности. Согласно пункту 3 любая ответственность, которую cedent может нести за нарушение договора в силу норм права, применимых вне проекта конвенции, не затрагивается, но и не распространяется на цессионария (этот подход согласуется с подходом, принятым в проекте статьи 10). Определяющее соображение заключается в том, что обеспечительные права должны рассматриваться по отношению к оговоркам о недопустимости уступок таким же образом, что и дебиторская задолженность, поскольку стоимость, на которую полагались цессионарий, кроется в обеспечительном праве, а не в самой дебиторской задолженности. Например, при секьюритизации, когда дебиторская задолженность уступает первоначальному кредитором специально-целевому средству ("SPV"), полностью принадлежащему первоначальному кредитору, стоимость, на которую полагались инвесторы, приобретающие ценные бумаги, выпущенные SPV и обеспеченные дебиторской задолженностью, может гарантироваться cedentом. Однако в случае гарантов, являющихся третьими сторонами и при этом государственными органами, в соответствии с проектом статьи 12 оговорка о недопустимости уступки лишает уступку действительности, но только по отношению к гаранту, являющемуся третьей стороной и при этом государственным органом.

92. Независимо от того, запрещается ли договоренностью передача обеспечительного права, если такая передача сопряжена с передачей права владения обремененным имуществом, а передача права владения причиняет ущерб должнику или лицу, предоставляющему это право, любая ответственность, которая может возникать согласно нормам права, применимым вне проекта конвенции, не затрагивается. Например, пункт 4 предусматривает передачу заложенных акций, которая может уполномочить иностранного цессионария осуществлять права акционера в ущерб должнику или любому другому лицу, которое могло заложить эти акции.

93. Согласно пункту 5 не затрагиваются требования норм права, применимых вне проекта конвенции, к форме передачи обеспечительных прав. В результате этого нотариально заверенный документ и регистрация могут быть необходимыми для фактической передачи ипотечного залога, тогда как передача владения или регистрация могут требоваться для передачи залога. Проект конвенции также не призван затрагивать любые требования в отношении формы уступки дебиторской задолженности, обеспеченной определенным активом (например, регистрацию уступки, обеспеченной недвижимым имуществом). Однако если Рабочая группа включит норму, касающуюся формы уступки, распространив на форму уступки действие права места нахождения cedentа (предложение Секретариата см. в документе A/CN.9/WG.II/WRP.104, примечания к главе III), то эту норму необходимо будет согласовать с пунктом 5 (например, с помощью положения о том, что право места нахождения cedentа будет регулировать форму, если только дебиторская задолженность не подкреплена обеспечительным правом, ибо в таком случае форму будут регулировать нормы права, регулирующие обеспечительное право).

Статья 12. Ограничения в отношении административных и иных государственных органов

Ссылки:

A/CN.9/432, пункт 117

A/CN.9/455, пункт 48

A/CN.9/456, пункты 115–116

Комментарий

94. Проект статьи 12 призван обеспечить, чтобы государственные органы-должники не затрагивались уступками, совершенными в нарушение оговорок о недопустимости уступок, содержащихся в договорах о государственных закупках или других аналогичных договорах. Рабочая группа решила придерживаться этого подхода, с тем чтобы не уменьшить приемлемость проекта конвенции для государств, которые могут и не быть в состоянии защитить свои интересы с помощью какого-либо статутного ограничения.

95. В силу проекта статьи 12 уступка дебиторской задолженности, принадлежавшей государственному органу-должнику, не является действительной по отношению к этому государственному органу-должнику, который может продолжать платежи в соответствии с первоначальным договором. Кроме того, возражения или права на зачет со стороны государственного органа-должника не затрагиваются независимо от того, вытекают ли они из первоначального договора или любого другого договора. Вместе с тем уступка остается действительной по отношению к цеденту и кредиторам цедента, что имеет особое значение в случае несостоятельности цедента.

96. Точную сферу применения проекта статьи 12, а именно то, будет ли она применяться к уступкам дебиторской задолженности, возникающей из договоров, заключенных центральным правительством, местными органами управления, принадлежащими государству коммерческими предприятиями или административными органами, ведущими коммерческую деятельность, Рабочей группе еще предстоит определить (по этому вопросу, а также по вопросу о преобразовании проекта статьи 12 в оговорку см. предложения Секретариата в документе A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания к проекту статьи 12).

D. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по международной договорной практике на ее тридцать первой сессии: комментарий к проекту конвенции об уступке при фидуциаризации под дебиторскую задолженность (часть II): записка Секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.106) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Страница</u>
ВВЕДЕНИЕ	367
ГЛАВА IV. ПРАВА, ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ВОЗРАЖЕНИЯ	367
Раздел I. Цедент и цессионарий	367
Статья 13. Права и обязательства цедента и цессионария	367
Статья 14. Гарантии со стороны цедента	368
Статья 15. Право на уведомление должника	370
Статья 16. Право на платеж	372
Раздел II. Должник	373
Статья 17. Принцип защиты должника	373
Статья 18. Уведомление должника	374
Статья 19. Освобождение должника от ответственности в результате платежа	375
Статья 20. Возражения и права на зачет со стороны должника	378
Статья 21. Договоренность не ссылаться на возражения и права на зачет	379
Статья 22. Изменение первоначального договора	381
Статья 23. Истребование уплаченных сумм	382
Раздел III. Другие стороны	383
Статья 24. Коллизия прав нескольких цессионариев	383
Статья 25. Коллизия прав цессионария и кредиторов цедента или управляющего, назначенного для проведения процедур банкротства	386
Статья 26. Коллизия прав в отношении платежей	389

	Страница
ГЛАВА V. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА	390
Статья 27. Право, применимое к договору уступки	390
Статья 28. Право, применимое к правам и обязательствам цессионария и должника	391
Статья 29. Право, применимое к коллизии приоритетов	392
Статья 30. Императивные нормы:	392
Статья 31. Публичный порядок	393

ВВЕДЕНИЕ

В настоящем документе содержится вторая часть комментария к проекту конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность (название проекта конвенции еще не принято Рабочей группой; см. документ A/CN.9/WG.П/WR.104, примечания к названию и преамбуле). Вторая часть комментария начинается там, где заканчивается первая часть, т.е. с проекта статьи 13, и заканчивается проектом статьи 31 (первая часть комментария содержится в документе A/CN.9/WG.П/WR.105). Комментарий к заключительным положениям и приложению, если оно будет сохранено (см. документ A/CN.9/WG.П/WR.104, примечания к приложению), будет подготовлен после принятия Рабочей группой проекта конвенции в целом.

ГЛАВА IV. ПРАВА, ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ВОЗРАЖЕНИЯ

Раздел I. Цедент и цессионарий

Комментарий

1. В отличие от других положений проекта конвенции, в которых уступка рассматривается как передача имущественных прав в дебиторской задолженности, положения, содержащиеся в настоящем разделе, касаются вопросов, которые обычно затрагиваются в договоре уступки или другой договоренности между цедентом и цессионарием. Польза этих положений кроется в том обстоятельстве, что в них признается автономия сторон и распределяются риски в отсутствие договоренности между цедентом и цессионарием.

Статья 13. Права и обязательства цедента и цессионария

Ссылки

A/CN.9/432, пункты 131-144
A/CN.9/434, пункты 148-151
A/CN.9/447, пункты 17-24
A/CN.9/456, пункты 127-128

Комментарий

2. Главное назначение проекта статьи 13 заключается в том, чтобы подтвердить в контексте отношений цессионария и цедента принцип автономии сторон, который уже закреплен в общих чертах в проекте статьи 6. Цедент и цессионарий могут свободно определять свои взаимные права и обязательства таким образом, чтобы они удовлетворяли их конкретным потребностям. Они могут также свободно включать в свое соглашение любые правила или условия, не воспроизводя их в этом соглашении, а делая на них ссылку общего характера. Условия, на которых стороны могут осуществлять свою свободу, и соответствующие правовые последствия определяются законом, регулирующим соглашение между ними.

3. В пунктах 2 и 3 проекта статьи 13, содержание которых определено на основе статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (в дальнейшем именуемой "Конвенцией Организации Объединенных Наций о купле-продаже"), также закрепляется принцип, который, возможно, признается не во всех правовых системах и который заключается в том, что при толковании договоров уступки должны учитываться обычаи и практика торговли. В пункте 2 проводится четкое различие между обычаями и практикой торговли, которое заключается в том, что обычаи должны быть согласованы, с тем чтобы связывать стороны, а практика связывает их без какого-либо конкретного соглашения, если только стороны не договорились об ином. Такие обычаи и практика являются источниками прав и обязательств цедента и цессионария. Тем не менее они не могут связывать третьи стороны, например, должника или кредиторов цедента. Они не могут также

связывать последующих цедентов или цессионариев. Все эти стороны могут и не знать об обычаях и практике, согласованных первоначальным цедентом и первоначальным цессионарием.

4. С учетом того обстоятельства, что в пункте 1 признается автономия сторон, стороны всегда имеют право договориться об ином в том, что касается обязательного характера практики, устанавливаемой в их взаимоотношениях. Поэтому, возможно, нет необходимости в содержащейся в пункте 2 формулировке "в отсутствие договоренности об ином". Эти слова, отсутствующие в пункте 1 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, были изначально включены в пункт 2, поскольку проект конвенции имеет преимущественную силу по сравнению с договоренностями сторон, что противоречит иерархии правовых норм, закрепленной в Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже. После ограничения пункта 1 взаимными правами и обязательствами цедента и цессионария правило о преимущественной силе проекта конвенции было исключено, и была устранена причина для расхождения с формулировкой пункта 1 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже.

5. В пункте 3 определяется сфера действия международного обычая. Согласно пункту 3 международных обычаев связывают лишь стороны международных уступок. Такое ограничение не было сочтено необходимым в статье 9, поскольку Конвенция Организации Объединенных Наций о купле-продаже применяется лишь в отношении международной купли-продажи. Тем не менее было сочтено необходимым внести его в проект статьи 13 с учетом того, что проект конвенции может применяться к внутренним уступкам международной дебиторской задолженности. Кроме того, согласно пункту 3, а также согласно пункту 2 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, обычаи применяются лишь в отношении соответствующей практики. Это означает, что обычай международного факторинга не может применяться к уступкам при сделке секьюритизации. Тем не менее в отличие от пункта 2 проекта статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже в пункте 3 делается ссылка не на субъективную, фактическую или предполагаемую осведомленность сторон, а лишь на объективные требования, в соответствии с которыми обычай должен быть широко известен и постоянно соблюдаться. По мнению Рабочей группы, такая ссылка на субъективную осведомленность сторон, которая может быть полезной в рамках двусторонних отношений, является неприемлемой в рамках трехсторонних отношений, поскольку третьим сторонам чрезвычайно сложно определить, что знали или должны были знать цессионарий или цедент.

Статья 14. Гарантии со стороны цедента

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 80-88
A/CN.9/432, пункты 145-158
A/CN.9/434, пункты 152-161
A/CN.9/447, пункты 25-40
A/CN.9/456, пункты 129-130

Комментарий

6. Гарантии, которые дает цедент, призваны уменьшить риск, сопряженный со сделкой и связанный с тем, сможет ли цессионарий истребовать дебиторскую задолженность у должника в случае необходимости (при уступке, совершенной в качестве обеспечения, для цессионария нет необходимости истребовать дебиторскую задолженность, за исключением тех случаев, когда цедент не исполняет свое обязательство, а в случае секьюритизации или закрытого учета счета-фактуры цедент продолжает получать платежи от должника как агент цессионария). Таким образом гарантии представляют собой важный фактор для определения цессионарием размера кредита, который может быть предоставлен цеденту, и стоимости этого кредита.

7. С учетом важности гарантий для определения стоимости сделки они весьма тщательно обсуждаются и четко согласуются цедентом и цессионарием. Признавая эту реальность, проект статьи 14 закрепляет принцип автономии сторон в отношении гарантий цедента. Такие гарантии могут вытекать из договора о финансировании, договора уступки (если он представляет собой отдельный договор) или любого другого договора между цедентом и цессионарием. В соответствии с пунктами 2 и 3 проекта статьи 13 они могут вытекать также из обычаев и практики торговли.

8. Помимо признания принципа автономии сторон проект статьи 14 призван установить норму, касающуюся случая неисполнения обязательства и распределяющую риски между цедентом и цессионарием в отсутствие договоренности сторон по этому вопросу. Применительно к распределению рисков общая цель проекта статьи 14 заключается в том, чтобы уравновесить необходимость обеспечения справедливости и необходимость содействия расширению доступа к недорогостоящему кредиту. Справедливость обеспечивается в той мере, в какой проект статьи 14 отражает равновесие, часто устанавливаемое договоренностью сторон. Обычно в соглашениях о финансировании цедент гарантирует наличие уступленной дебиторской задолженности, но не состоятельность

цедента. С другой стороны, если стороны не договорились о гарантиях, то расширение доступа к недорогостоящему кредиту, в отсутствие нормы, сходной положением проекта статьи 14, достигается за счет повышения риска неплатежа. Такая ситуация может воспрепятствовать осуществлению сделки (если риск слишком высок) или по крайней мере привести к уменьшению размера предлагаемого кредита и повышению стоимости кредита. В той мере, в какой цедент может покрыть такое увеличение стоимости за счет должника, товары или услуги цедента становятся более дорогостоящими или даже недоступными для должника.

9. Согласно пункту 1 цедент гарантирует, что он имеет право уступать дебиторскую задолженность, что он не уступал ее ранее и что должник не имеет и не будет иметь никаких возражений. С учетом того, что цессионарий должен иметь возможность оценивать связанный со сделкой риск до предоставления кредита, в пункте 1 предусматривается, что гарантии должны даваться и вступать в силу в момент заключения договора уступки. Считается, что такие гарантии даются не только непосредственному цессионарию, но и любому последующему цессионарию. Таким образом, любой последующий цессионарий может предъявить цеденту требования в связи с нарушением гарантий. Если было сочтено, что гарантии даются лишь непосредственному цессионарию, то любой последующий цессионарий сможет обращаться лишь к своему непосредственному цеденту, что ведет к повышению риска и, следовательно, стоимости сделок, сопряженных с последующими уступками.

10. В подпунктах (а)-(с) вводятся гарантии, которые в общем могут быть охарактеризованы как гарантии, связанные с "существованием" дебиторской задолженности (или возможностью ее уступки). Если цедент не имеет права совершать уступку, уже уступил дебиторскую задолженность или лишил ее в какой-либо мере стоимости в результате ненадлежащего выполнения договора с должником, то такая дебиторская задолженность не "существует". В связи с этим в ходе обсуждений в Рабочей группе была высказана обеспокоенность по поводу того, что в результате предоставления сторонам права корректировать гарантии, связанные с самим существованием уступаемых дебиторских задолженностей, содержание проекта статьи 14 может противоречить стандартам добросовестности. С учетом этой обеспокоенности было предложено полностью исключить проект статьи 14, либо не распространять на нее принципы автономия сторон, или же по крайней мере предусмотреть, что ее положения могут корректироваться лишь на основании ясно выраженной договоренности сторон. Тем не менее Рабочая группа приняла решение сохранить проект статьи 14 без изменений. Многие члены Рабочей группы высказали мнение о том, что, хотя обеспечение соответствия деловой практики стандартам добросовестности является важной целью, она не должна достигаться за счет ограничения возможностей сторон договариваться о распределении рисков и, следовательно, расходов в рамках сделок о финансировании. В результате этого было принято решение не ограничивать автономию сторон, а толкование положений договора в случае наличия подразумеваемой договоренности должно осуществляться в соответствии с законом, регулирующим этот договор.

11. Цедент нарушает гарантию своего права совершать уступку, отраженную в подпункте (а), если он неправопособен или неправомошен действовать или же если установлено какое-либо статутное ограничение в отношении уступки. Такой подход оправдан тем, что цедент лучше знает, имеет ли он право совершать уступку. Однако цедент не несет ответственности за нарушение гарантий, если в первоначальном договоре содержится оговорка о недопустимости уступок. Рабочая группа постановила, что в подпункт (а) нет необходимости включать четкую ссылку на эту норму, поскольку это подразумевается в проекте статьи 10, согласно которому уступка является действительной даже в том случае, если она вступает в коллизию с оговоркой о недопустимости уступок.

12. Содержащаяся в подпункте (b) гарантия того, что цедент не уступил ранее дебиторскую задолженность, призвана обеспечить ответственность цедента перед цессионарием в том случае, если в результате прежней уступки цедента цессионарий не обладает преимущественным правом. Это может произойти в том случае, если у цессионария нет объективных возможностей установить, совершалась ли ранее уступка. Тем не менее согласно подпункту (b) от цедента не требуется гарантия того, что он не будет уступать дебиторскую задолженность другому цессионарию после первой уступки. Такая гарантия будет противоречить современной практике финансирования, в соответствии с которой право цедента предлагать различным кредиторам части одной и той же дебиторской задолженности в качестве обеспечения для получения кредита имеет основополагающее значение. Такого рода гарантия, предусматривающая заявление об отсутствии информации, обычно дается в рамках некоторых специальных сделок, таких как соглашения о субординации, с помощью которых несколько лиц, выдвигающих требования в отношении одной и той же дебиторской задолженности, урегулируют коллизии приоритетов.

13. Согласно подпункту (с) на цедента возлагается ответственность за риск возникновения скрытых возражений или прав на зачет со стороны должника, которые могут полностью или частично ликвидировать требования цессионария. Это положение основано на том соображении, что, надлежащим образом выполняя заключенный с должником договор, цедент может предотвратить возникновение таких возражений. В частности, в контексте купли - продажи товаров, которая включает элементы обслуживания и материально-технического обеспечения, такой подход позволит обеспечить более высокую степень ответственности цедента за надлежащее выполнение его договора с должником. Это положение основывается также на том предположении, что цедент в любом случае лучше осведомлен о том, будет ли надлежащим образом выполняться договор, даже если он является лишь продавцом товаров, произведенных третьим лицом. Во всех этих случаях отсутствует необходимость в том, чтобы цедент действительно знал о каких-либо возражениях.

14. Подпункт (с) имеет широкую сферу применения: он охватывает возражения и права на зачет, вытекающие из договоров или имеющие иную природу и связанные с существующими или будущими дебиторскими задолженностями. Он охватывает также права на зачет, вытекающие из договоров, которые не связаны с первоначальным договором. Что касается гарантий, связанных с отсутствием возражений против групповых уступок будущих дебиторских задолженностей в качестве обеспечения, то, по мнению Рабочей группы, предусмотренная в подпункте (с) гарантия надлежащим образом отражает современную практику. В соответствии с такой практикой при групповых уступках, свободных от возражений или связанных с возражениями против дебиторских задолженностей, цеденты обычно получают кредит лишь на сумму тех дебиторских задолженностей, в отношении которых вряд ли будут выдвигаться возражения, в то время как сами они вынуждены выплачивать большую сумму. Кроме того, в случае неплатежа должником цедент должен забрать дебиторскую задолженность, по которой цессионарий не в состоянии получить платеж от должника, и заменить ее другой дебиторской задолженностью или выплатить стоимость непогашенной дебиторской задолженности ("финансирование с правом регресса").

15. Правовые последствия нарушения гарантий цедентом регулируются правом, применимым вне проекта конвенции. Рабочая группа рассмотрела, в частности, вопрос о том, производится ли повторная передача дебиторской задолженности цеденту автоматически в случае нарушения цедентом гарантий, или же необходимо решение о повторной передаче. Практическое значение этого вопроса заключается в том, что если дебиторская задолженность, которую цессионарий не может истребовать, автоматически вновь передается цеденту и цедент тем временем становится несостоятельным, то у цессионария, возможно, будет больше возможностей для отделения цели, уплаченной за дебиторскую задолженность, от конкурсной массы или по крайней мере для получения платежа за счет поступлений по дебиторской задолженности раньше кредиторов, не имеющих обеспечения. С другой стороны, если требуется решение о повторной передаче и цедент становится несостоятельным, то такая передача не будет принята управляющим по делу о несостоятельности. Рабочая группа решила не рассматривать вопрос о правовых последствиях нарушения гарантий, считая, что он связан с нарушением договора о финансировании или договора уступки (если он является отдельным договором) и должен решаться на основании норм права, регулирующих этот договор. Рабочая группа выдвинула, в частности, следующие доводы в поддержку этого подхода: вопросы, касающиеся основного договора о финансировании, выходят за рамки сферы применения проекта конвенции; в любом случае Рабочей группе было бы очень трудно достичь согласия по таким вопросам, как ответственность за нарушение гарантий.

16. В пункте 2 отражен общепринятый принцип, согласно которому цедент не гарантирует состоятельность должника. В результате этого риск неисполнения должником обязательств несет цессионарий, который учитывает этот факт, принимая решение о том, предоставлять ли кредит и на каких основаниях. Признавая право сторон сделок финансирования договариваться об ином распределении риска, с целью перерасчета стоимости сделки пункт 2 разрешает цеденту и цессионарию договориться об ином. В пункте 2 также предусмотрено, что такая договоренность может быть прямой или косвенной. Вопрос о том, в чем заключается косвенная договоренность, решается с помощью норм, касающихся толкования договоров и относящихся к праву, регулирующему данный договор.

Статья 15. Право на уведомление должника

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 89-94 и 119-122

A/CN.9/432, пункты 159-164 и 175

A/CN.9/434, пункты 162-165

A/CN.9/447, пункты 41-47

A/CN.9/456, пункты 131-144 и 193

Комментарий

17. В проекте статьи 15 рассматривается вопрос о том, кто имеет право уведомлять должника и запрашивать платеж: цедент или цессионарий. В нем не затрагиваются условия действительности уведомления по отношению к должнику, поскольку это рассматривается в проекте статьи 18, или вопрос о том, кому должник должен произвести платеж для правомерного освобождения от ответственности, который рассматривается в проекте статьи 19, или же другие правовые последствия уведомления, которые рассматриваются в проектах статей 20 и 22 (в связи с этими вопросами см. пункт 33).

18. Главная цель проекта статьи 15 заключается в том, чтобы признать право цессионария уведомлять должника и запрашивать платеж без согласования или согласия цедента. Рабочая группа признала, что в некоторых случаях считается нормальным, если цедент уведомляет должника в момент совершения уступки и просит произвести платеж цессионарию (например, при факторинге). Вместе с тем Рабочая группа одновременно учитывала тот факт, что в других случаях цессионарию важно иметь возможность направлять уведомление независимо от цедента, будь то при неисполнении или исполнении обязательств. В целом было сочтено, что в принципе цессионарий, как новый

кредитор, должен обладать по отношению к цеденту правом уведомлять должника и запрашивать платеж. Защита должника от риска получения уведомления и инструкции произвести платеж потенциально неизвестному лицу была расценена как отдельная проблема, которая может быть решена путем предоставления должнику, получившему уведомление от цессионария, возможности запрашивать соответствующие доказательства (см. пункт 47).

19. Было сочтено, что предоставление цессионарию самостоятельного права уведомлять должника имеет важное практическое значение, в частности потому, что цедент может не желать или, в случае несостоятельности, быть неспособным сотрудничать с цессионарием. Кроме того, было высказано мнение, что по крайней мере в тех правовых системах, где приоритетность определяется с учетом момента уведомления должника, цедент, выступающий в споре с одним лицом, заявляющим требование, в нарушение интересов другого лица, заявляющего требование, может определять порядок приоритетности, если только каждое из лиц, заявляющих требования, не обладает правом уведомлять должника независимо от цедента. Рабочая группа подтвердила, что цедент может всегда уведомлять должника - независимо от любого цессионария - даже в том случае, если такое уведомление представляет собой нарушение договоренности между цедентом и цессионарием. Было высказано общее мнение о том, что должник должен быть способным исполнить свое обязательство в соответствии с указаниями цедента, содержащимися в уведомлении, и его не должны касаться частные договоренности, существующие между цедентом и цессионарием (тем не менее, после направления уведомления об уступке должник освобождается от своего обязательства путем предоставления платежа цессионарию или в соответствии с указаниями цессионария; см. изменения к проекту статьи 19(2), предложенные Секретариатом в документе A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечание 8 к проекту статьи 19).

20. Чтобы учесть практику, не предусматривающую направление уведомлений, в пункте 1 уведомление формулируется как право, а не как обязательство. Обычно при такой практике должник не уведомляется об уступке, а цедент получает платеж от имени цессионария. Проект статьи 15 также призван обеспечить признание практики, при которой должник продолжает производить платеж как и до уступки, в то время как цедент и цессионарий договариваются о мерах контроля за счетом или почтовым адресом (например, абонентным почтовым ящиком), на который производится платеж. С тем чтобы избежать любых неудобств, которые могут возникнуть у должника в результате временной задержки нормального потока платежей, при такой практике должник либо не уведомляется вовсе, либо он получает уведомление и инструкцию продолжать производить платеж цеденту (такое уведомление обычно предназначено для того, чтобы предотвратить приобретение должником прав на зачет после получения уведомления в соответствии с договорами, которые не связаны с первоначальным договором). Должник получает уведомление и новые платежные инструкции (т.е. произвести платеж цессионарию или другому лицу либо на иной счет или адрес) лишь в исключительных случаях (например, в случае неисполнения обязательства).

21. Хотя проект статьи 15 наделяет цессионария самостоятельным правом уведомлять должника и запрашивать платеж, в нем также признается право цедента и цессионария вести переговоры и согласовывать вопрос об уведомлении должника с учетом своих конкретных потребностей. Например, цедент и цессионарий могут договориться о том, что должнику не направляется уведомление до тех пор, пока платежи поступают непрерывно (как, например, в случае закрытого учета счета-фактуры). Чтобы гарантировать отсутствие необходимости в конкретной договоренности, вступительная часть пункта 1 сформулирована в виде отрицания ("если цедент и цессионарий не договорились об ином").

22. В определении "уведомления", содержащемся в проекте статьи 5, отсутствуют какие-либо ссылки на личность remitenta, а в проекте статьи 15 содержится отдельная ссылка на уведомление и запрос платежа. Настоящий подход призван обеспечить признание отличия уведомления от платежной инструкции с точки зрения цели и момента времени, а также действительность практики, при которой уведомление направляется без каких-либо платежных инструкций. Согласно этому подходу простое уведомление об уступке является действительным для цели лишения должника прав на зачет, вытекающих из договоров, не связанных с первоначальным договором, а также для цели изменения процедуры внесения поправок в первоначальный договор цедентом и должником. Однако, чтобы не затруднять исполнение должником своих обязательств, Рабочая группа постановила не давать определение "платежной инструкции" и не обуславливать исполнение должником своих обязательств получением платежной инструкции. Согласно пункту 1 платежная инструкция может быть направлена цедентом вместе с уведомлением либо после направления уведомления она может быть направлена цессионарием. В пункте 1, в отличие от проекта статьи 19, указывается на момент "направления" (а не "получения") уведомления, поскольку ни цедент, ни цессионарий не могут установить момент получения. Это может быть важным для освобождения должника от ответственности согласно проекту статьи 19, но не для определения того, кто обладает правом направлять платежную инструкцию - цедент или цессионарий.

23. В пункте 2 рассматривается вопрос о действительности уведомления, направленного в нарушение договоренности между цедентом и цессионарием. Изложенное в первом предложении текста пункта 2 правило заключается в том, что должник освобождается от ответственности, если уведомление направляется в нарушение такой договоренности и если должник осуществляет платеж (поскольку это касается освобождения должника от ответственности, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о переносе первого предложения текста

пункта 2 в проект статьи 19; см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания к проекту статьи 15). Вопрос о том, несет ли лицо, нарушившее такую договоренность, ответственность за нарушение договора согласно праву, применимому за рамками проекта конвенции, – это отдельный вопрос, и он не должен влиять на освобождение от ответственности должника, не являющегося стороной этой договоренности. В то же время уведомление, направленное в нарушение договоренности между цедентом и цессионарием, не лишает должника прав на зачет, вытекающих из договоров, которые не связаны с первоначальным договором (проект статьи 20), не влечет за собой изменение процедуры внесения поправок в первоначальный договор цедентом и должником (проект статьи 22) и не создает основы для прекращения действия преимущественного права согласно праву, применимому к вопросам приоритета (проекты статей 24-26). По мнению Рабочей группы, такие результаты дадут необоснованные преимущества цессионарию, который неправомерно направил уведомление должнику. Содержащаяся в пункте 2 формулировка “являются действительными” призвана обеспечить, чтобы простое нарушение договоренности между цедентом и цессионарием, с одной стороны, не лишало действительности уведомление для цели освобождения должника от ответственности, но, с другой стороны, не вступает в коллизию с положениями договорного права, касающимися условий, которые необходимы для обеспечения действительности такой договоренности.

Статья 16. Право на платеж

Ссылки

A/CN.9/447, пункты 48-68

A/CN.9/456, пункты 145-159

Комментарий

24. В проектах статей 2, 8 и 15 закрепляется право цессионария запрашивать платеж в рамках отношений между цедентом и цессионарием. Поэтому это право регулируется на основе общего принципа автономии сторон, закрепленного в проекте статьи 6, и сформулировано в качестве нормы, касающейся неисполнения обязательства и применимой в отсутствие договоренности между цедентом и цессионарием. Оно также регулируется положениями проекта конвенции, которые касаются защиты должника и приоритета. Хотя в проекте статьи 16 отсутствует определение поступлений, она сформулирована достаточно широко, с тем чтобы охватить как поступления по дебиторской задолженности и поступления от доходов, так и платеж наличными и в натуре, например, возвращенными товарами (предложение определить “поступления” и сделать ссылку на “платеж или иное погашение”, см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 1 к проекту статьи 16).

25. Право цессионария на поступления не зависит от какого-либо уведомления об уступке. Такой подход обусловлен необходимостью обеспечить следующее: если платеж произведен цессионарию до уведомления, цессионарий может удерживать поступления от платежа; а если платеж произведен цеденту после уведомления (что не освобождает должника от его ответственности за выплату долга), цессионарий получает право на такие платежи. Такое право имеет особое значение в тех случаях, когда цедент или должник становятся несостоятельными. Если платеж произведен цеденту после уведомления, то, в принципе, цессионарий может требовать платежа от цедента согласно пункту 1(b) проекта статьи 16 или от должника согласно пункту 2 проекта статьи 19. Однако, как показывает практика, цессионарий не требует платежа от должника, если только цедент не становится несостоятельным. В таком случае любое требование должника в отношении конкурсной массы несостоятельного цедента (например, на основе принципов неосновательного обогащения), как правило, будет бессмысленным, поскольку маловероятно, чтобы лица, выдвигающие личные требования, могли получить платеж. Тем не менее этот результат является адекватным по той причине, что должник, производящий платеж цеденту после уведомления, принимает риск осуществления двойного платежа.

26. В проекте статьи 16 рассматриваются ситуации, когда платеж производится цессионарию, цеденту или другому лицу. В последнем случае цессионарий обладает преимущественным правом. С учетом этого Рабочая группа постановила не делать общую ссылку на какое-либо “преимущественное право согласно применимым нормам права”, которое включало бы право депозитного учреждения на добросовестно полученные платежи. По мнению Рабочей группы, цессионарий не должен иметь право требовать от депозитного учреждения таких добросовестно полученных и объединенных с другими средствами поступлений (предложение разъяснить в пункте 2, что право третьего лица на платеж является правом в рамках отношений между цедентом и цессионарием, которое регулируется на основе принципа автономии сторон, см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 2 к проекту статьи 16).

27. Хотя согласно пункту 2 цессионарий может требовать выплаты всех поступлений по платежу, он может удерживать лишь то, что ему причитается плюс проценты (право цедента на проценты, возможно, потребует конкретно предусмотреть; см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 3 к проекту статьи 16). Этот подход призван отразить обычную практику уступок в качестве обеспечения, согласно которой цессионарий может иметь право истребовать дебиторскую задолженность в полном объеме, однако он должен отчитаться по ней и вернуть

цеденту или его кредиторам любой остаток, сохранившийся после осуществления платежа по требованию цессионария. Рабочая группа, возможно, пожелает вновь рассмотреть вопрос о том, насколько точно выражение "что ему причитается" отражает назначение пункта 2.

28. Что касается взаимосвязи между проектами статей 12 и 16, то следует отметить, что государственный орган-должник может погасить свой долг, произведя платеж цеденту, в то время как цессионарий будет иметь право требовать от цедента выплаты поступлений по платежу. Вопрос о том, является ли это право правом *in rem* или правом *ad personam*, решается в соответствии с правом, применимым к вопросам приоритета.

Раздел II. Должник

Статья 17. Принцип защиты должника

Ссылки

A/CN.9/420, пункт 101

A/CN.9/432, пункты 33-38, 89-90, 206 и 244

A/CN.9/434, пункты 86-95

A/CN.9/445, пункты 195-198

A/CN.9/456, пункты 21, 81 и 168-176

Комментарий

29. Основной целью любого законодательства, касающегося уступки, возможно, является обеспечение надлежащего баланса между необходимостью, с одной стороны, предоставления сторонам возможности мобилизовать свою дебиторскую задолженность для получения кредита и услуг и, с другой стороны, недопущения отрицательных последствий для правового положения должника. Для того чтобы особо подчеркнуть важность необходимости защиты должника, Рабочая группа решила включить в преамбулу соответствующую ссылку, а в проект статьи 17 - общее изложение этого принципа, имеющего важнейшее значение для проекта конвенции. Принцип защиты должника находит более конкретное применение в положениях раздела II главы IV. Этим объясняется также содержащееся в проекте статьи 1(3) требование о том, что для применения положений проекта конвенции, которые затрагивают права и обязательства должника (т.е. глава III и раздел II главы IV), необходимо, чтобы должник находился в договаривающемся государстве. Этот же принцип служит основанием для ограничения права цедента и цессионария на неприменение положений проекта конвенции в целом (проект статьи 6). Такое право на неприменение могло бы аннулировать вводимую проектом конвенции систему защиты должника. Необходимость обеспечения особой защиты для государственных органов-должников лежит также в основе проекта статьи 12. Проект статьи 28, относящий ряд касающихся должника вопросов к сфере права, регулирующего дебиторскую задолженность, также является особым случаем применения общего принципа, закрепленного в проекте статьи 17. Правом, которое, вероятно, будет выбрано цедентом и должником в момент принятия ими первоначальных обязательств, будет право, регулирующее первоначальный договор.

30. Основное правило, заключенное в пункте 1, состоит в том, что проект конвенции не направлен на нанесение ущерба правам и обязательствам должника. Проект конвенции не предусматривает, в частности, изменения условий платежа, оговоренных в первоначальном договоре (т.е. суммы долга, момента и места платежа). Из этого основного правила имеются три исключения. Во-первых, должник может провести переговоры с цедентом или цессионарием и договориться об отказе от возражений или прав на зачет. Такая договоренность может позволить должнику получить такого рода выгоды, как повышение суммы кредита, продление периода выплаты или снижение процентной ставки. Проект статьи 21, касающийся такой договоренности между цедентом и должником, устанавливает определенные ограничения. Однако он не касается вопросов согласованного цессионарием и должником отказа от возражений, которые будут регулироваться другими применимыми нормами права. Вопрос о том, должен ли отказ от возражений толковаться как согласие или подтверждение согласия должника на уступку, также будет регулироваться другими применимыми нормами права (см. пункт 56).

31. Второе исключение основано на тех положениях проекта конвенции, которые затрагивают правовое положение должника. К этим положениям относятся: проект статьи 10 (уступка является действительной, даже если она совершена несмотря на существование оговорки о недопустимости уступки); проект статьи 19 (после получения уведомления должник может исполнить свое обязательство, произведя платеж в соответствии с инструкциями, полученными в уведомлении, или в соответствии с последующей платежной инструкцией, данной цессионарием); проект статьи 20(2) (после уведомления должник не может сослаться в отношении цессионария на любое право на зачет, вытекающее из договоров, не связанных с первоначальным договором); проект статьи 20(3) (должник не может предъявить цессионарию никакого требования в связи с нарушением цедентом оговорки о недопустимости уступки); проект статьи 22 (после уведомления право должника на изменение первоначального договора без согласия цессионария является ограниченным); и проект статьи 23 (несмотря на возможное неисполнение цедентом

первоначального договора должник не может истребовать у цессионария никаких уплаченных сумм; должнику придется истребовать такие уплаченные суммы у cedentа и, таким образом, на нем будет лежать риск несостоятельности своего партнера по договору).

32. Третье исключение из правила, установленного в пункте 1, содержится в пункте 2. В соответствии с пунктом 2 в платежной инструкции, независимо от того, была ли она дана вместе с уведомлением или впоследствии, может быть изменено лицо, адрес или счет, на который должен быть произведен платеж. Однако в платежной инструкции не может быть изменена валюта платежа. Не может быть в ней изменена и страна платежа, если только это изменение не является выгодным для должника и не ведет к разрешению произвести платеж в стране, в которой находится должник. Такое изменение страны платежа часто допускается в договорах факторинга для содействия платежам должников.

Статья 18. Уведомление должника

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 124-125
A/CN.9/432, пункты 176-177, 187
A/CN.9/434, пункты 172-175
A/CN.9/447, пункты 45-47 и 158-159
A/CN.9/455, пункты 59-66
A/CN.9/456, пункты 177-180

Комментарий

33. Как уже отмечалось (пункт 17), различные аспекты уведомления об уступке затрагиваются в нескольких статьях проекта конвенции. В проекте статьи 5(f) дается определение термина "уведомление" для целей проекта конвенции. Проект статьи 15 рассматривает уведомление как право cedentа или цессионария. Проект статьи 18 касается вопросов уведомления, имеющих отношение к правовому положению должника в целом. Он касается также платежной инструкции, которая, не будучи определена в проекте конвенции, в целом описывается в проекте статьи 17(2). Проекты статей 19, 20 и 22 касаются правовых последствий уведомления.

34. Основная цель проекта статьи 18 заключается в том, чтобы подтвердить "правило получения", в соответствии с которым уведомление и платежная инструкция становятся действительными, когда они получены должником. Принятие этого правила Рабочей группой обусловлено прежде всего тем, что уведомление, независимо от того, сопровождается ли оно платежной инструкцией или нет, имеет значительные последствия для правового положения должника (оно вызывает изменение в том порядке, в каком должник может погасить свой долг, ликвидирует права на зачет, вытекающие из договоров, не связанных с первоначальным договором, и изменяет порядок того, каким образом должник может изменить первоначальный договор по согласованию с cedentом). Такие последствия возможны лишь в том случае, когда уведомление или платежная инструкция составлены на языке, который "разумно позволяет должнику ознакомиться с их содержанием". Например, когда уведомление составлено в электронной форме и не может быть сразу прочитано, должник должен быть способен легко расшифровать его. Во избежание неопределенности в пункт 1 включено правило "безопасной гавани", в соответствии с которым язык первоначального договора удовлетворяет необходимому критерию.

35. Если должник не готов согласиться с каким-либо изменением, которое может вытекать из уступки, то при получении уведомления он, зная, что не сможет приобрести дополнительные права на зачет, может избежать вступления в дальнейшие договорные отношения с cedentом. В исключительных случаях, когда уступка представляет собой существенное нарушение соглашения о недопустимости уступки, должник может даже расторгнуть первоначальный договор. Однако такая радикальная мера должна применяться лишь тогда, когда вследствие уступки должник попадает в крайне сложное положение. В противном случае риск расторжения договора может сам по себе оказывать негативное воздействие на стоимость и возможность получения кредита (см. пункт 50; см. также документ A/CN.9/WG.II/WP.105, пункт 86). Чтобы избежать этого результата, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении в проект статьи 10 разъяснения, согласно которому любое имеющееся у должника средство правовой защиты в отношении cedentа в связи с нарушением оговорки о недопустимости уступки будет ограничено требованием возместить убытки (или должник не может заявлять о расторжении первоначального договора лишь на том основании, что cedent нарушил оговорку о недопустимости уступки). Этот результат мог бы быть достигнут в любом случае, поскольку проекты статей 10, 20(3) и 22 могут толковаться как препятствующие применению такой радикальной меры, по крайней мере после уведомления об уступке. Разрешение должнику заявлять о расторжении договора лишь на основании нарушения оговорки о недопустимости уступки противоречило бы принципу, в соответствии с которым уступка является действительной, даже если она совершена в нарушение оговорки о недопустимости уступки, и принципу, в соответствии с которым должник не может предъявить цессионарию какого-либо требования, которое у него, возможно, имеется в отношении cedentа в связи с нарушением договора. Кроме того, если после уведомления должника без согласия

цессионария не разрешается минимум, а именно изменение первоначального договора, то не может быть разрешен и максимум, т.е. расторжение договора.

36. Согласно пункту 2 уведомление может казаться будущей дебиторской задолженности. Это правило имеет важнейшее значение. Если уведомление или платежная инструкция, касающиеся будущей дебиторской задолженности, не могут быть практически переданы, должник может отказаться производить платеж цессионарию, несмотря на уведомление или платежную инструкцию. Кроме того, если право, применимое к вопросам приоритета согласно проектам статей 24-26, будет регулировать коллизию приоритетов на основе момента уведомления, цессионарии не смогут действительно уведомлять должника и, таким образом, устанавливать приоритет в том, что касается будущей дебиторской задолженности (см. пункт 78). Такой результат мог бы практически исключить предложение кредитов на основе будущей дебиторской задолженности.

37. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, следует ли для защиты цедента от риска лишиться всей суммы дебиторской задолженности ограничить действительность уведомления, касающегося будущей дебиторской задолженности, определенным сроком, который, возможно, мог бы быть продлен посредством второго уведомления. Рабочая группа решила не вводить такое ограничение. Было сочтено, что такие ограничения должны рассматриваться в договоре о финансировании, которого проект конвенции не должен никоим образом касаться. Было также сочтено, что любой установленный срок будет носить произвольный характер и подрывать коммерческую практику, основанную на долгосрочных отношениях. Применительно, в частности, к долгосрочным договорам требование о возобновлении уведомления по истечении установленного срока могло бы быть чрезмерно обременительным как для цессионария, так и для должника. Цессионарию будет затруднительно установить дату получения уведомления должником, с которой начинается отсчет установленного срока. Должник будет чрезмерно обременен обязательством проверять дату получения уведомления в прошлом для оценки того, может ли он быть освобожден от ответственности, произведя платеж цессионарию.

38. Пункт 3 содержит одно из наиболее важных положений проекта конвенции, в частности для международных сделок факторинга. В таких сделках цедент обычно уступает дебиторскую задолженность цессионарию в своей собственной стране (фактор экспортера), и этот фактор экспортера в последующем уступает дебиторскую задолженность цессионарию в стране должника (фактор импортера). При такой организации взимание долга обременено настолько, что фактор импортера может принять все необходимые меры для того, чтобы вторая уступка была действительна в отношении должника. Эффективное функционирование таких сделок основано на том предположении, что первая уступка является также действительной в отношении должника. Учитывая тот факт, что должник обычно уведомляется лишь о второй уступке, важно обеспечить, чтобы уведомление о второй уступке охватывало также и первую уступку. В противном случае первая уступка могла бы быть признана недействительной в отношении должника, причем эта ситуация могла бы отрицательно отразиться на действительности и второй уступки. В целях учета ситуаций, в которых совершается более одной последующей уступки, пункт 3 предусматривает, что уведомление охватывает любую предыдущую, а не только непосредственно предшествующую уступку (что касается вопроса об освобождении должника от ответственности в случае нескольких уведомлений, касающихся последующих уступок, см. пункт 45).

Статья 19. Освобождение должника от ответственности в результате платежа

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 98-117, 127-131, 169-173 и 179

A/CN.9/432, пункты 165-174 и 178-204

A/CN.9/434, пункты 176-191

A/CN.9/447, пункты 69-93 и 153-157

A/CN.9/455, пункты 52-58

A/CN.9/456, пункты 181-193

Комментарий

39. Проект статьи 19 преследует двойную цель: создать четкий механизм для освобождения должника от обязательства посредством платежа и обеспечить выплату долга. Он не направлен на рассмотрение вопроса об освобождении должника от ответственности в целом или на рассмотрение обязательства платежа как такового, поскольку это обязательство зависит от первоначального договора и от права, регулирующего этот договор. Основное правило состоит в том, что до получения должником уведомления об уступке он может быть освобожден от ответственности посредством платежа в соответствии с первоначальным договором, тогда как после получения уведомления он освобождается от ответственности, только произведя платеж в соответствии с инструкциями, направленными в уведомлении либо цедентом или цессионарием, либо впоследствии цессионарием. Проект статьи 19 также касается ряда конкретных ситуаций, в которых: имеется несколько уведомлений; должник получает уведомление от цессионария и сомневается в том, является ли этот цессионарий стороной, правомочной заявлять требования; освобождение от ответственности посредством платежа осуществляется в соответствии с

нормами права, применимыми за пределами сферы действия проекта конвенции; и освобождение от ответственности посредством платежа в случае уступки, которая является недействительной.

40. Согласно пункту 1 до момента получения уведомления должник имеет право, но не обязан, исполнить свое обязательство, произведя платеж в соответствии с первоначальным договором (т.е. произведя платеж цеденту или другому лицу либо на счет или адрес, указанный в первоначальном договоре). Учитывая, что уступка является действительной с момента заключения договора об уступке, должник, зная об уступке, может предпочесть погасить свой долг посредством платежа цессионарию. Однако в таком случае должник рискует произвести платеж дважды, если позднее будет доказано, что не было совершено никакой уступки. Рабочая группа решила не указывать прямо на возможность того, что должник может произвести платеж либо цеденту, либо цессионарию, чтобы избежать негативного воздействия на такие виды практики, как секьюритизация, когда обычно предполагается, что должник продолжает платить цеденту (однако эта проблема может быть и не решена таким образом; предложение Секретариата по этому вопросу см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 1 к проекту статьи 19). Ссылка на платеж "в соответствии с первоначальным договором", а не на платеж цеденту, призвана сохранить право цедента и должника договариваться о любом виде платежа, позволяющего удовлетворить их потребности (платеж на банковский счет без указания владельца счета или платеж третьему лицу).

41. Рабочая группа довольно долго обсуждала вопрос, должна ли осведомленность об уступке рассматриваться в качестве уведомления и вызывать изменение способа, с помощью которого должник мог бы исполнить свое обязательство. Было заявлено, что если позволить должнику погасить свой долг посредством платежа цеденту, в частности, если должник был осведомлен об уступке, или посредством платежа цессионарию, в частности, если должник был осведомлен, что еще у кого-то имеется преимущественное право, то это противоречило бы принципу добросовестности. Рабочая группа решила, что осведомленность об уступке не должна затрагивать освобождение должника от ответственности. Было в целом сочтено, что хотя приведение деловой практики в соответствие со стандартами добросовестности является важной целью, это не должно происходить в ущерб определенности. Степень определенности снизится, если осведомленность об уступке будет приводить к изменению способа, с помощью которого должник может исполнить свое обязательство. В таком случае цеденту или лицу, имеющему преимущественное право, у которых не будет в распоряжении соответствующего доказательства, потребуется устанавливать, что было известно должнику. Если бремя доказывания будет возложено на должника, то должник не сможет получить действительное освобождение от ответственности, если только он не сумеет доказать, что он не был осведомлен об уступке. В таком случае потребуется определить, что считать осведомленностью (например, общее знание того факта, что была совершена уступка, или знание таких подробных деталей уступки, как точная сумма уступленной дебиторской задолженности и, в случае уступки, совершенной в качестве обеспечения, точная сумма обеспеченного долга). Этот процесс был бы особо обременительным в случае коллизии нескольких уступок. В результате возникнет серьезная угроза для определенности, которая необходима в правиле об освобождении должника от ответственности. Рабочая группа также приняла во внимание то, что в некоторых случаях (например, при секьюритизации и закрытом учете счетов-фактур) обычной деловой практикой для должника является продолжение платежей цеденту, даже если должник осведомлен об уступке, поскольку цессионарий не имеет необходимой деловой структуры для получения платежей.

42. Рабочая группа также рассмотрела вопрос о том, должна ли при освобождении должника от ответственности учитываться недействительность уступки (например, вследствие обмана, действия под принуждением или без правомочий действовать) или осведомленность о недействительности уступки. На начальном этапе своей работы Рабочая группа рассмотрела положение, в соответствии с которым должник должен быть в состоянии исполнить свое обязательство, даже если какая-либо из уступок в цепи уступок была недействительной (A/CN.9/WG.II/WP.96, проект статьи 27). Было сочтено, что должник не должен подвергаться риску произвести платеж дважды лишь потому, что не известные ему стороны решили совершить последующие уступки. В конечном итоге Рабочая группа решила, что вопрос о платеже лицу, уступка которому была недействительной, возникает лишь в исключительных ситуациях и мог бы регулироваться с помощью норм права, применимых за пределами сферы действия проекта конвенции (такова направленность проекта статьи 19(8); предложения Секретариата по этому вопросу см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания 6-8 к проекту статьи 19).

43. В отличие от пункта 1 пункт 2 не предоставляет должнику выбора в отношении способа погашения его долга. После уведомления должник может исполнить свое обязательство, лишь произведя платеж цессионарию или в соответствии с инструкциями цессионария. Ссылка на платежные инструкции призвана учесть потребности различных видов практики. Цессионарий может, например, уведомить должника, с тем чтобы "заморозить" права на зачет со стороны должника, не потребовав произвести платеж или потребовав от должника продолжать платить цеденту (например, в случае закрытого учета счета-фактуры или секьюритизации). Рабочая группа, возможно, пожелает прямо указать в пункте 2 на то, о чем уже говорится в проекте статьи 15(1), а именно, что такие инструкции могут быть даны цедентом или цессионарием, или же после уведомления только цессионарием (см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 8 к проекту статьи 19).

44. Пункты 3 и 5 призваны обеспечить простые и четкие правила освобождения от ответственности в случае нескольких уведомлений. Пункт 3 касается ситуаций, когда должник получает несколько уведомлений о более чем

одной уступке одной и той же дебиторской задолженности, совершенных одним и тем же цедентом ("двойные уступки"). Такие ситуации не обязательно связаны с мошенничеством. Они могут быть, например, связаны с несколькими уступками различных частей дебиторской задолженности, совершенными в качестве обеспечения, при этом главный вопрос в том, кто получит платеж первым (т.е. кто имеет приоритет). Согласившись с тем, что уступка не должна отрицательно влиять на правовое положение должника, Рабочая группа провела четкое различие между вопросом об освобождении должника от ответственности и вопросом о приоритете. Так, согласно пункту 3, платеж, произведенный в соответствии с первым уведомлением, освобождает должника от ответственности, даже если лицо, получающее платеж, не имеет преимущественного права. Определяющее соображение состоит в том, что было бы несправедливо и вразрез с политикой защиты должника требовать от должника определять, кто из нескольких сторон, заявивших требования, имеет приоритет, и что должник платит дважды, если он платит ненадлежащему лицу. Наиболее вероятно то, что должник предъявит иск в отношении этого лица, однако права должника могут остаться нереализованными, если это лицо становится несостоятельным. Риск несостоятельности должника, получающего платеж, должны нести различные стороны, заявившие требования в отношении дебиторской задолженности, а не должник. Таким сторонам придется между собой устанавливать свои права на поступления в рамках платежа в соответствии с нормами права, регулирующими вопрос приоритета и просекте конвенции.

45. Пункт 5 касается уведомлений о более чем одной последующей уступке. Такие ситуации на практике встречаются редко, поскольку обычно лишь последний в цепи цессионариев уведомляет должника и требует произвести платеж. В любом случае во избежание какой-либо неопределенности в отношении способа, с помощью которого должник может погасить свой долг, пункт 5 предусматривает, что должник должен следовать инструкциям, содержащимся в уведомлении о последней уступке в цепи уступок. Чтобы это правило могло применяться, получаемые должником уведомления должны легко поддаваться идентификации как уведомления, касающиеся последующих уступок. В противном случае будет применимо правило, содержащееся в пункте 3, и должник будет освобождаться от ответственности посредством платежа в соответствии с первым полученным уведомлением. В любом случае, согласно пункту 6, если должник испытывает сомнения, он может требовать от направивших уведомления цессионариев представить ему надлежащие доказательства (предложение Секретариата, состоящее в том, что до представления таких доказательств должник может погасить свой долг посредством платежа цеденту, см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 2 к проекту статьи 19). Если должник получает несколько уведомлений о нескольких уступках одной и той же дебиторской задолженности, совершенных одним и тем же цедентом, и о последующих уступках, должник, согласно совокупному применению пунктов 3 и 5, освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с первым уведомлением о последней уступке.

46. Пункт 4 призван обеспечить цессионарию возможность изменять или корректировать свои платежные инструкции. Независимо от того, уведомляется ли должник цедентом или цессионарием, если направленная новая платежная инструкция касается одной и той же уступки, должник может погасить свой долг лишь в соответствии с этой инструкцией. В соответствии с основной концепцией проекта статьи 15(1) единственное условие состоит в том, что платежную инструкцию, которая направляется после уведомления, должен давать цессионарий, который является единственным лицом, имеющим право распоряжаться дебиторской задолженностью. Чтобы оградить должника от риска платить дважды, в пункте 4 содержится четкое указание на то, что платежная инструкция, полученная должником после платежа, должна быть проигнорирована.

47. Согласно проекту статьи 15 уведомление может быть направлено цедентом или цессионарием независимо от цедента. В этой связи должник, получив уведомление об уступке от, возможно, неизвестного лица, может испытывать сомнения в отношении законности требований, заявленных этим лицом, платеж которому освободит должника от ответственности. Чтобы оградить должника от неопределенности в отношении способа, с помощью которого он мог бы погасить в таких случаях свой долг, пункт 6 предоставляет должнику право потребовать от цессионария представить ему в течение разумного срока надлежащие доказательства совершения уступки. Пункт 6 не устанавливает обязательства для должника, поскольку требование дополнительных доказательств во всех случаях излишне затягивает платеж и повышает связанные с уведомлением расходы. Вопрос о том, что представляют собой "надлежащие" доказательства и "разумный" срок, является вопросом толкования для арбитражных или иных судов с учетом конкретных обстоятельств. Рабочая группа сочла, что эти термины вносят необходимую гибкость, поскольку невозможно найти ни одного правила, которое подходило бы для всех возможных случаев. Кроме того, чтобы избежать какой бы то ни было неопределенности, которая могла бы возникнуть в результате использования этих терминов, Рабочая группа решила включить правило "безопасной гавани", в соответствии с которым письменное подтверждение от цедента представляет собой надлежащее доказательство.

48. Уведомление не является основанием для исполнения обязательства произвести платеж, которое по-прежнему регулируется первоначальным договором и применимыми к нему нормами права. Это означает, что должник не обязан производить платеж и с него не причитаются проценты за просроченный платеж, пока он ожидает запрошенных надлежащих доказательств. Однако, если в соответствии с первоначальным договором срок выплаты долга наступает в этот период, возникает вопрос, приостанавливается ли действие обязательства платежа до получения должником таких доказательств и использования им разумного срока для их оценки и принятия соответствующих мер. Если не будет приостанавливаться действие обязательства платежа, то это может настолько

снизить степень защиты, обеспечиваемой должнику пунктом 6, что должнику, просрочившему платеж, даже по обоснованным причинам, придется выплачивать проценты. Рабочая группа продолжила обсуждение при том понимании, что в таких случаях действие обязательства платежа будет приостанавливаться, но при этом предпочла не включать в пункт 6 какую-либо определенно выраженную формулировку, поскольку этого результата и так можно достичь без ясно выраженной формулировки, а любая дополнительная формулировка могла бы непреднамеренно вмешаться в национальные нормы права, касающиеся процентов. Рабочая группа, возможно, пожелает пересмотреть этот подход. Любая неопределенность в этом вопросе могла бы снизить степень полезности пункта 6. Возможно, предпочтительнее прямо указать на то, что действие обязательства платежа приостанавливается. Чтобы избежать приостановления исполнения платежа, которое может нанести ущерб как цеденту, так и цессионарию, Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что если срок погашения долга наступает в период, когда должник ожидает от цессионария доказательств уступки, должник должен погасить свой долг, произведя платеж цеденту (см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечание 2 к проекту статьи 19).

49. Пункт 7 призван обеспечить, чтобы проект статьи 19 не исключал других способов исполнения должником своего обязательства, которые могут существовать в соответствии с нормами внутригосударственного права, применимыми вне сферы действия проекта конвенции. Однако пункт 7 может непреднамеренно привести к тому, что должник будет игнорировать уведомление, направленное согласно проекту конвенции (например потому, что оно касается будущей дебиторской задолженности, которая не обязательно разрешается согласно другим нормам права), и производить платеж кому-то другому в соответствии с другими нормами права. По этой причине Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о придании действительности платежу согласно другим нормам права лишь в том случае, если он производится законному цессионарию согласно проекту конвенции, и ограничить возможности обращения о взыскании платежа в суды и другие аналогичные органы случаями, в которых имеют место несколько уведомлений (см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания 3-5 к проекту статьи 19) и, возможно, уведомление, направленное цессионарием. Если следовать этому подходу, возможно, отпадет необходимость в пункте 8, поскольку если должник, получив уведомление от цессионария, сомневается в действительности уступки, то он может погасить свой долг посредством платежа суду.

Статья 20. Возражения и права на зачет со стороны должника

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 66-68 и 132-135

A/CN.9/432, пункты 205-209

A/CN.9/434, пункты 194-197

A/CN.9/447, пункты 94-102

A/CN.9/456, пункты 194-199

Комментарий

50. Проект статьи 20 является еще одним конкретным воплощением общего принципа, согласно которому правовое положение должника не должно чрезмерно затрагиваться в результате уступки. У должника в отношении цессионария имеются все возражения и права на зачет, на которые он мог бы сослаться в отношении цедента. Вопрос о том, что представляют собой эти возражения и права на зачет, в проекте конвенции не рассматривается и оставлен для решения на основе других норм права.

51. Согласно пункту 1 должник может сослаться в отношении цессионария на все вытекающие из первоначального договора возражения без какого-либо ограничения, включая договорные требования, которые в ряде правовых систем, возможно, не считаются "возражениями"; права на расторжение договора, например по причине ошибки, мошенничества или принуждения; освобождение от ответственности за неисполнение договора, например, из-за не зависящего от сторон непредвиденного препятствия; и встречные требования согласно первоначальному договору. На такие возражения и права на зачет может делаться ссылка независимо от того, имеются ли они в момент получения уведомления об уступке или возникают после такого уведомления. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли права на зачет, вытекающие из договоров между цедентом и должником, которые тесно связаны с первоначальным договором (например, соглашение о техническом обслуживании или других услугах, заключенное в поддержку первоначального договора купли-продажи), рассматривать таким же образом, как и права на зачет, вытекающие из первоначального договора.

52. Пункт 2 вводит ограничение по времени в отношении прав на зачет, вытекающих из любого источника, иного, чем первоначальный договор, т.е. какого-либо отдельного договора между цедентом и должником, норм права (например, по вопросам о деликтах) или судебных или иных решений. На такие права не может делаться ссылка в отношении цессионария, если они возникают после уведомления об уступке. Это правило обосновывается тем, что права осмотнительного цессионария, который уведомляет должника, не должны ставиться в зависимость от прав на зачет, вытекающих в какой-либо момент из отдельных деловых отношений между цедентом и должником или

других событий, о которых цессионарий, как разумно ожидать, не мог быть осведомлен. С другой стороны, интересы должника не затрагиваются чрезмерно, поскольку если невозможность приобретения должником прав на зачет представляет для должника неприемлемую трудность, то он может избежать вступления в новые деловые отношения с цедентом (комментарии по вопросу о том, может ли должник объявить первоначальный контракт расторгнутым, см. в пункте 35). Ввиду вышеуказанного обоснования пункта 2 права на зачет, вытекающие из отдельных договоров между должником и цессионарием, не затрагиваются. Такие права могут быть заявлены в отношении цессионария даже после уведомления об уступке, как и вытекающие из первоначального договора права на зачет. Следует также отметить, что уведомление ведет к "замораживанию" прав на зачет со стороны должника, независимо от того, содержится в уведомлении платежная инструкция или нет. Этот подход призван учесть практику, когда уведомление просто направляется именно с целью воспрепятствовать получению должником более широких прав на зачет в результате не зависящих от цессионария действий или бездействия цедента, хотя при этом ожидается, что должник продолжает платить цеденту. Вследствие проекта статьи 12, согласно которому уступка, совершенная несмотря на оговорку о недопустимости уступки, будет недействительна в отношении государственных органов-должников, проект статьи 20 не будет затрагивать права государственных органов-должников.

53. Рабочая группа рассмотрела предложение о том, чтобы уточнить значение слова "имелось" указав, что какое-либо возражение или право на зачет не могут быть исключены, если в момент получения уведомления они являются "существующими и установленными". Это предложение не было принято, поскольку оно привело бы к нецелесообразному сведению имеющихся у должника прав на зачет к тем правам, которые были определены количественно в момент уведомления. Чтобы не оставлять этот вопрос совершенно нерешенным, Рабочая группа рассмотрела также различные предложения в отношении норм права, применимых к правам на зачет. Было указано на нормы права, регулирующие дебиторскую задолженность, и на нормы права места нахождения цедента. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении, напротив, ссылки, по крайней мере в отношении договорных прав на зачет, на нормы права, регулирующие договор, из которого, возможно, вытекает право на зачет (см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания 1-2 к проекту статьи 28).

54. Пункт 3 призван обеспечить, чтобы должник не мог сослаться в отношении цессионария на нарушение цедентом оговорки о недопустимости уступки в качестве основания для возражения или зачета. Должник может иметь основание для иска в отношении цедента, если, согласно нормам права, применимым вне сферы действия проекта конвенции, уступка представляет собой нарушение договора, которое ведет к убыткам для должника. Однако всего лишь наличие оговорки о недопустимости уступки не является нарушением гарантии, установленной в проекте статьи 14(1)(а). В отсутствие положения, аналогичного пункту 3, проект статьи 10(3), оберегающий цессионария от ущерба в связи с нарушением договора цедентом, мог бы лишиться всякого смысла.

Статья 21. Договоренность не сослаться на возражения и права на зачет

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 136-144
A/CN.9/432, пункты 218-238
A/CN.9/434, пункты 205-212
A/CN.9/447, пункты 103-121
A/CN.9/456, пункты 200-204

Комментарий

55. В целях получения большей стоимости под свою дебиторскую задолженность и по более низкой цене цеденты обычно гарантируют в отношении цессионариев отсутствие возражений и прав на зачет со стороны должника. Признавая эту практику, проект статьи 14(1)(с) предусматривает, что такая гарантия существует даже в отсутствие договоренности между сторонами в этом отношении. На практике, если такие гарантии не могут быть даны и дебиторская задолженность, вероятно, обусловлена возражениями, то такая дебиторская задолженность либо не акцептуется цессионариями, либо акцептуется по значительно сниженной стоимости или же акцептуется лишь на основе регресса (т.е. если цессионарий не может истребовать платеж у должников, он имеет право вернуть дебиторскую задолженность цеденту и истребовать платеж у него). Чтобы избежать этих отрицательных последствий, цеденты на практике договариваются с должниками об отказе от возражений и прав на зачет, на которые должники могли бы сослаться в отношении любого будущего цессионария. На основе таких отказов цессионарии определяют предлагаемые цедентом условия кредита, которые в свою очередь, вероятно, сказываются на условиях кредита, предлагаемых цедентами должникам.

56. Проект статьи 21 объявляет действительными такие отказы от возражений и прав на зачет, с тем чтобы позволить цедентам получать менее дорогостоящий кредит. Кроме того, чтобы избежать неопределенности в отношении правовых последствий отказа, а также того, что суд может отвергнуть его в качестве несправедливого по отношению к должнику, пункт 1 устанавливает то, что, возможно, является очевидным в некоторых правовых

системах, а именно, что отказ лишает должника права ссылаться в отношении цессионария на возражения и права на зачет. С учетом того факта, что на практике отказ может быть согласован в момент заключения первоначального договора, а также ранее или позднее, пункт 1 не содержит конкретной ссылки на момент, когда может быть согласован отказ. В пункте 1 не содержится прямой ссылки на то, что принятие к сведению уступки должником имеет силу отказа или подтверждения отказа. Этот вопрос оставлен для решения согласно другим нормам права. Пункт 1 не требует, чтобы возражения были известны должнику либо были прямо указаны в договоренности относительно отказа от возражений. Рабочая группа сочла, что такое требование внесет элемент неопределенности, поскольку цессионарию придется устанавливать, о чем должник был осведомлен или мог быть осведомлен в каждом конкретном случае.

57. Будучи направлен на содействие более широкому доступу к менее дорогостоящему кредиту, что отвечает интересам торговли в целом, проект статьи 21 не пренебрегает защитой должника. Чтобы защитить должников от неправомерного давления со стороны кредиторов, с тем чтобы они отказались от своих возражений, пункт 2 устанавливает разумные ограничения в отношении таких отказов от возражений. Такие ограничения касаются формы, в которой могут делаться такие отказы, определенных видов должников и определенных видов возражений. С учетом того факта, что сфера применения пункта 1 ограничена отказами, согласованными cedentом и должником, содержащиеся в пункте 2 ограничения не относятся к отказам, согласованным должником и цессионарием. Рабочая группа сочла, что проект конвенции не должен ограничивать способность должника вести переговоры с цессионарием с целью получения какой-либо льготы, например, снижения процентной ставки или продления срока платежа. В то же время Рабочая группа сочла, что, поскольку договоренности между цессионариями и должниками не входят в сферу применения проекта конвенции, проект конвенции не должен уполномочивать должника договариваться об отказе с цессионариями, если, согласно применимым нормам права, должник не обладает таким правомочием.

58. Пункт 1 вносит дополнительные ограничения. Отказ не может представлять собой одностороннее действие или устную договоренность; он должен оформляться в виде подписанной письменной договоренности с целью гарантировать, что обе стороны вполне осведомлены о факте отказа и его последствиях, в том числе о выгодах, предлагаемых взамен должнику, и с целью облегчить подтверждение. Кроме того, отказ не может вести к отмене правовых норм о защите интересов потребителя, действующих в стране местонахождения должника (которое в данном контексте следует понимать как место нахождения коммерческого предприятия). Во избежание терминологических и иных различий, существующих между различными правовыми системами, в пункте 1 содержится ссылка на должников по сделкам, совершенным "в личных, семейных и домашних целях". Такая ссылка сопровождается оговоркой "в первую очередь", призванной обеспечить, чтобы это ограничение было применимым лишь к сделкам, совершенным в чисто потребительских целях (например, сделки между потребителями), но не к сделкам, совершенным как в потребительских, так и в коммерческих целях (например, сделки между потребителем и коммерческим предприятием). Рабочая группа, возможно, пожелает пересмотреть этот подход. По-видимому, задаче защиты должников-потребителей соответствовало бы применение этого положения к сделкам, отвечающим потребительским целям в отношении одной стороны и коммерческим целям в отношении другой стороны (это было бы верным также в контексте проекта статьи 23, но не в контексте проекта статьи 4; см. пункт 70 и документ A/CN.9/WG.II/WP.105, пункт 43).

59. Кроме того, согласно пункту 2 отказ не может касаться возражений, вытекающих из обманных действий, совершенных цессионарием. Такой результат противоречил бы основополагающим стандартам добросовестности. В целях защиты цессионария, который акцентирует уступку добросовестно, Рабочая группа решила не применять это же ограничение к возражениям, касающимся обмана со стороны cedentа. Если бы должник не мог отказываться от таких возражений, цессионарию пришлось бы проводить расследование, чтобы убедиться в том, что cedentом не было совершено обмана в контексте первоначального договора. Однако предусмотренное в пункте 2 ограничение применяется не только к возражениям, касающимся обмана со стороны лишь цессионария, но и к возражениям, касающимся обмана со стороны цессионария в стоворе с cedentом. В этом контексте Рабочая группа рассмотрела другие возражения, от которых нельзя отказываться. Чтобы учесть определенные экспортные сделки, Рабочая группа решила, что возражение, касающееся недействительности первоначального договора, следует поставить в зависимость от отказа. Что касается возражений в отношении защищенного держателя какого-либо оборотного документа, касающихся требований относительно подписи и учреждения (статья 30(1)(с) Конвенции Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях), то Рабочая группа сочла, что не следует проводить параллель между дебиторской задолженностью и оборотным документом. Такой параллелизм не соответствовал бы проекту статьи 4(1)(b), который исключает передачу документов путем индоссамента и вручения или путем просто вручения. Это не соответствовало бы также воле сторон, которые решили не включать свою дебиторскую задолженность в оборотный документ.

60. В соответствии с пунктом 1 пункт 3 устанавливает, что для изменения отказа требуется подписанное письменное соглашение. Стороны должны предупреждаться о правовых последствиях такого изменения, которое, при необходимости, должно легко обосновываться. С целью обеспечения того, чтобы изменение, которое может быть согласовано cedentом и должником, не затрагивало права цессионария, пункт 3 обуславливает изменение предусмотренной в проекте статьи 22(2) процедурой в отношении изменения первоначального договора после

уведомления об уступке (т.е. фактическим или юридически подразумеваемым согласием со стороны цессионария; см. пункт 65).

Статья 22. Изменение первоначального договора

Ссылки

A/CN.9/420, пункт 109
A/CN.9/432, пункты 210-217
A/CN.9/434, пункты 198-204
A/CN.9/447, пункты 122-135
A/CN.9/456, пункты 205-206

Комментарий

61. Вопрос об изменении первоначального договора нередко возникает на практике. Необходимость изменения может быть обусловлена различными причинами, например: какое-либо существенное изменение в основных обстоятельствах, с учетом которых был заключен договор, может нарушить справедливость поставки товаров цедентом, как было обещано; при строительстве проекта может возникнуть необходимость в оборудовании или материалах, отличных от тех, по которым была достигнута договоренность; или же в связи с изменением обстоятельств в целом может потребоваться отсрочка момента платежа, согласованного в первоначальном договоре. В той мере, в какой такие изменения договора поднимают вопросы, касающиеся прав и обязательств в отношениях между цедентом и должником или в отношениях между цедентом и цессионарием, они, как правило, рассматриваются в соответствующем договоре или в законодательстве. Однако в той мере, в какой такие изменения договора поднимают вопрос о правах и обязательствах в отношениях между цессионарием и должником, соответствующие вопросы могут и не рассматриваться в полной мере либо в договоре, либо в законодательстве.

62. Таким образом, основная цель проекта статьи 22 состоит в обеспечении того, чтобы у должника в отношении цессионария имелось право изменять первоначальный договор в том смысле, что в случае снижения цены должник освобождается от ответственности, произвести платеж по сниженной цене и не несет обязательства произвести платеж по цене первоначальной дебиторской задолженности. Однако проект статьи 22 не имеет целью вмешиваться в отношения между цедентом и должником. Поэтому требования и правовые последствия действительной договоренности между цедентом и должником относительно изменения остаются обусловленными нормами права, регулирующими эту договоренность. Второй целью проекта статьи 22 является защита цессионария путем обеспечения того, что цессионарий приобретает права согласно измененному первоначальному договору. Это означает, что если цена товаров и услуг, предложенная в первоначальном договоре, изменяется, то должник не может в качестве возражения сослаться на изменение договора, заявив, что цессионарий не имеет прав по новому измененному договору и отказаться произвести платеж даже по сниженной цене (однако никакие права, которые может иметь цессионарий в отношении цедента в связи с нарушением договора, не затрагиваются; см. пункт 67).

63. Основное правило, которое устанавливает проект статьи 22, состоит в том, что до уведомления цедент и должник могут свободно изменять свой договор. Им не требуется получать согласие цессионария, даже если цедент, возможно, в договоре уступки обязался воздерживаться от внесения любых изменений в договор без согласия цессионария или, возможно, несет обязательство добросовестно информировать цессионария об изменении договора. Нарушение такого обязательства может вести к возникновению ответственности цедента в отношении цессионария. Однако это не лишает действительности договоренность об изменении первоначального договора, поскольку такой подход ненадлежащим образом затрагивал бы права должника. После уведомления изменение первоначального договора становится действительным в отношении цессионария лишь при условии фактического или юридически подразумеваемого согласия цессионария. Определяющее соображение заключается в том, что после уведомления цессионарий становится одной из сторон в трехсторонних отношениях и любое изменение в этих отношениях, затрагивающее права цессионария, не должно связывать цессионария обязательством вопреки его воле. Этот подход согласуется с проектом статьи 19, в соответствии с которым до уведомления должник может исполнить свое обязательство в соответствии с первоначальным договором.

64. Пункт 1 требует договоренности между цедентом и должником, которая заключается до уведомления об уступке и затрагивает права цессионария. Если эта договоренность не затрагивает права цессионария, то пункт 1 не применяется. Если договоренность заключается после уведомления, то применяется пункт 2. Рабочая группа, возможно, пожелает конкретно указать, что соответствующим моментом времени является момент, когда должник получает уведомление, поскольку с этого момента должник может исполнить свое обязательство лишь в соответствии с платежными инструкциями цессионария.

65. В формулировке пункта 2 используется отрицательная конструкция, поскольку правило заключается в том, что после уведомления изменение не имеет силы в отношении цессионария, за исключением случаев, когда удовлетворяется одно из дополнительных требований. Формулировка "не имеет силы" означает, что цессионарий

может требовать первоначальную дебиторскую задолженность и что должник не в полной мере освобождается от ответственности, заплатив меньше стоимости первоначальной дебиторской задолженности. Пункт 2 требует фактического или юридически подразумеваемого согласия цессионария. Фактическое согласие требуется в том случае, если дебиторская задолженность была полностью подкреплена исполнением, и поэтому у цессионария имеются разумные основания ожидать, что он получит платеж первоначальной дебиторской задолженности. Для целей проекта конвенции дебиторская задолженность считается полностью подкреплённой исполнением, когда выписан счет-фактура, даже если соответствующий договор был исполнен лишь частично. Следовательно, для изменения таких частично исполненных договоров требуется фактическое согласие цессионария. Юридически подразумеваемое согласие имеет место тогда, когда первоначальный договор допускает изменения или когда разумный цессионарий дал бы свое согласие. Такое согласие является достаточным, если дебиторская задолженность не полностью подкреплена исполнением и изменение предусмотрено в первоначальном договоре или если разумный цессионарий согласился на такое изменение. Требуя наличия фактического или юридически подразумеваемого согласия, Рабочая группа намеревалась обеспечить сочетание определенности и гибкости. Если дебиторская задолженность полностью подкреплена исполнением, ее изменение затрагивает разумные ожидания цессионария, и поэтому должно быть обусловлено согласием цессионария. С другой стороны, если дебиторская задолженность не полностью подкреплена исполнением, то нет необходимости чрезмерно обременять стороны требованиями, которые могут затронуть эффективное осуществление договора. При осуществлении, в частности, долгосрочных договоров, например, о проектном финансировании или реструктуризации задолженности (в рамках которых дебиторская задолженность предлагается в качестве обеспечения взамен на снижение процентной ставки или отсрочку наступления срока платежа), требование получения цедентом согласия цессионария на каждое небольшое изменение договора могло бы замедлить ход операций и возложить нежелательное бремя на цессионария. Однако эта проблема обычно не возникает, поскольку на практике стороны склонны решать такие вопросы путем договоренности относительно того, какие виды изменений требуют согласия цессионария. На случай отсутствия такой договоренности или нарушения такой договоренности цедентом пункт 2 обеспечивает надлежащую степень защиты должника.

66. Рабочая группа решила не ссылаться на такие общие принципы, как принцип добросовестности или разумные коммерческие стандарты, для обоснования изменения. Было сочтено, что эти стандарты вносят нежелательную степень неопределенности, поскольку не существует единого понимания того, что они означают. Рабочая группа предпочла также не ограничивать спектр ситуаций, когда требуется согласие цессионария, ситуациями, когда изменение первоначального договора привело бы к "неблагоприятным материальным последствиям" для цессионария.

67. Пункт 3 призван сохранить любое из прав цессионария в отношении цедента, если изменение первоначального договора нарушает договоренность между цедентом и цессионарием. Это означает, что если изменение является действительным в отношении цессионария без согласия цессионария, то должник освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с измененным договором. Однако цессионарий может обратиться к цеденту и потребовать остаток первоначальной дебиторской задолженности и компенсацию за любой дополнительно понесенный ущерб, если изменение представляет собой нарушение договоренности между цедентом и цессионарием.

Статья 23. Истребование уплаченных сумм

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 145-148
A/CN.9/432, пункты 239-244
A/CN.9/434, пункты 94 и 213-215
A/CN.9/447, пункты 136-139
A/CN.9/456, пункты 207-208

Комментарий

68. На практике должник может произвести платеж цессионарию до того, как цедент исполнит свои обязательства по первоначальному договору. В случае неисполнения цессионарием возникает вопрос о том, может ли должник истребовать у цессионария уплаченные суммы. Этот вопрос имеет особенно важное значение, если цедент становится несостоятельным, и, таким образом, истребование у цедента уплаченных сумм является невозможным.

69. В качестве дополнения к принципу, согласно которому правовое положение должника не должно ухудшаться вследствие уступки, проект статьи 23 предусматривает, что положение должника не должно и улучшаться. Если должник производит платеж цессионарию, а цедент надлежащим образом не исполняет первоначальный договор, должник имеет право регрессного требования против цедента согласно первоначальному договору и законодательству, регулирующему этот договор, но не против цессионария. Это означает, что должник несет риск несостоятельности своего партнера по договору, что в любом случае имеет место в отсутствие уступки. Рабочая

группа отметила, что в Оттавской конвенции используется другой подход, и сочла, что это различие является оправданным. Гарантия исполнения цессионарием первоначального договора, возможно, является надлежащей в конкретных ситуациях факторинга, рассматриваемых в Оттавской конвенции, но была сочтена ненадлежащей в контексте других сделок по финансированию или услугам, включая факторинговые сделки, в которых преобладающим является элемент услуг.

70. В отношении нормы, содержащейся в проекте статьи 23, существуют определенные ограничения. Согласно законодательству о защите потребителей потребитель-должник может иметь право объявлять первоначальный договор расторгнутым и истребовать у цессионария любые платежи, произведенные цессионарию. Рабочая группа сочла, что проект конвенции не должен отменять нормы права о защите потребителей, действующие в стране, в которой должник находится (т.е. в стране, в которой расположено его коммерческое предприятие; относительно значения формулировки "в первую очередь" и возникающей в этой связи проблемы см. пункт 58). Рабочая группа также сочла, что в общей ссылке на публичный порядок в данном контексте нет необходимости. Понятия "публичный порядок" и "императивные нормы права" применяются согласно проектам статей 30 и 31 с помощью механизма норм международного частного права, что обеспечивает широкое признание норм права, применимых вне сферы проекта конвенции. Рабочая группа также сочла, что множественные ссылки на публичный порядок и императивные нормы права могли бы ненадлежащим образом расширить сферу этого ограничения и уменьшить степень определенности, достигнутую в проекте конвенции.

71. Второе ограничение в отношении нормы, содержащейся в проекте статьи 23, устанавливается путем ссылки на проект статьи 20. Эта ссылка призвана обеспечить сохранение возражений и прав на зачет со стороны должника в отношении платежей частями, когда некоторые частичные платежи были произведены, в то время как другие подлежат выплате. Такие права будут применимыми лишь тогда, когда должнику будет необходимо сократить или избежать платежа оставшихся невыплаченными частей.

Раздел III. Другие стороны

Статья 24. Коллизия прав нескольких цессионариев

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 149-164
A/CN.9/432, пункты 245-260
A/CN.9/434, пункты 238-254
A/CN.9/445, пункты 18-29
A/CN.9/455, пункты 18-31
A/CN.9/456, пункты 209-210

Комментарий

72. На практике дебиторская задолженность может быть уступлена несколько раз. Такие "последовательные уступки" являются обычной практикой при уступках, совершаемых в качестве обеспечения, когда различные части одной и той же дебиторской задолженности предлагаются в качестве обеспечения кредита. В таком случае возникает вопрос о порядке приоритета в отношении платежа между несколькими лицами, заявляющими требования. Приоритет не означает действительность. Он предполагает наличие действительной уступки (действительность по существу рассматривается в главе III, в то время как вопросы формальной действительности решаются на основании норм права, применимого вне сферы действия проекта конвенции; предложение Секретариата охватить проектом конвенции и формальную действительность см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания к главе III). Наличие приоритета не позволяет предопределить, будет ли цессионарий, обладающий приоритетом, удерживать все поступления от платежа или вернет какой-либо остаток cedentu или следующему лицу, заявляющему требование, в порядке приоритетности. Это зависит от того, является ли уступка прямой уступкой или уступкой, совершенной в качестве обеспечения, что определяется на основании других норм права, применимых вне сферы действия проекта конвенции. Приоритет также не влияет на освобождение должника от ответственности. Должник, производящий платеж в соответствии с проектом статьи 19 (или, если проект статьи 19 не может применяться, в соответствии с нормами права, применимыми согласно проекту статьи 28), освобождается от ответственности, даже если платеж произведен цессионарию, не обладающему приоритетом (согласно проекту статьи 24 или, если проект статьи 24 не может применяться, согласно проекту статьи 29). Вопрос о том, удерживает ли этот цессионарий поступления от платежа, является вопросом приоритета, который должен решаться различными лицами, заявляющими требования, в соответствии с нормами права, применимыми согласно проекту статьи 24 (или проекту статьи 29).

73. Тем не менее совершение нескольких прямых уступок одной и той же дебиторской задолженности одним и тем же cedentом может представлять собой мошенническое или недобросовестное действие. В то время как

мошенничество совершается довольно редко, случаи простой невнимательности со стороны цедента или незнание правовых последствий предыдущей уступки встречаются довольно часто. Типичным примером является уступка лицу, осуществляющему финансирование под дебиторскую задолженность, в обмен на оборотный капитал и лицу, осуществляющему финансирование под складские накладные, или поставщику материалов в кредит с сохранением прав собственности или другого обеспечительного интереса до полной выплаты стоимости складских накладных или материалов. В таком случае может возникнуть коллизия между глобальной уступкой (уступкой всех текущих и будущих дебиторских задолженностей) лицу, осуществляющему финансирование под дебиторскую задолженность, и уступкой лицу, осуществляющему финансирование под складские накладные, или поставщику поступлений от продажи складских накладных или материалов. В целях обеспечения определенности в том, что касается прав различных кредиторов цедента, и расширения тем самым доступа цедента к кредиту Рабочая группа продолжила свою работу исходя из предположения о том, что такие коллизии будут учтены. Если уступка лицу, осуществляющему финансирование под складские накладные, или поставщику является договорной, такие коллизии, безусловно, подпадают под сферу действия проекта конвенции. Тем не менее все может обстоять иначе, если уступка совершается в силу закона, поскольку, согласно пункту 1 проекта статьи 2, проект конвенции охватывает лишь уступки по договоренности, но не в силу закона. Поэтому Рабочая группа, возможно, пожелает разъяснить, что любые коллизии приоритетов между лицом, осуществляющим финансирование под дебиторскую задолженность, или поставщиком, обладающим законным правом на любые поступления, и цессионарием подпадают под сферу действия проекта конвенции. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения в проект конвенции правил, касающихся приоритета, поскольку лицо, осуществляющее финансирование под складские накладные, или поставщик могут ожидать, что вопросы приоритета будут регулироваться нормами права места нахождения складских накладных или поставленных материалов.

74. Проект статьи 24 призван урегулировать коллизию прав цессионариев, положение которых регулируется конвенцией, и цессионариев, статус которых конвенцией не регулируется (например, внутренних и иностранных цессионариев внутренней дебиторской задолженности). Такой подход не будет затрагивать внутреннюю практику. Более того, одна из причин, по которой Рабочая группа решила превратить правила, касающиеся приоритета, в нормы международного частного права, заключается в том, что такие нормы не будут оказывать негативного влияния на внутреннюю практику. Внутреннему цессионарию необходимо будет выполнять требования той же правовой системы, поскольку, по определению, в случае коллизии с иностранным цессионарием внутренний цессионарий, цедент и должник должны находиться в одном и том же государстве. С учетом того, что в проекте конвенции "местонахождение" юридического лица определяется ссылкой на место инкорпорации или место нахождения центрального административного органа и что это место отличается от места нахождения коммерческого предприятия, применимое право может различаться. Тем не менее даже в таком случае внутренний цессионарий может предположить вероятность применения проекта конвенции, поскольку внутренний цессионарий будет находиться в договариваемом государстве (в том же государстве, в котором находится цедент; в противном случае проект конвенции применяться не будет); и внутренний цессионарий будет знать, что цедент является, например, филиалом иностранного юридического лица. Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить такое понимание (см. также документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания 3-5 к проекту статьи 1).

75. В случае совершения нескольких прямых уступок одной и той же дебиторской задолженности одним и тем же цедентом вопрос, возможно, будет заключаться не в том, кто будет получать платеж первым (т.е. вопрос приоритета), а в том, кто вообще получит платеж (т.е. вопрос действительности). При таких уступках цессионарий, обладающий "приоритетом", получает все поступления (при условии, что он обладает обоснованным требованием), и ни один другой цессионарий не может получить платеж. Тем не менее в проекте конвенции не проводится разграничение между прямыми уступками и уступками, совершаемыми в качестве обеспечения, поскольку третьи стороны могут не располагать сведениями о том, является ли уступка уступкой в качестве обеспечения или прямой уступкой; и в любом случае было бы чрезвычайно сложно провести такое разграничение с учетом существенных различий в положениях различных правовых систем, касающихся обеспечительных прав.

76. В проекте статьи 24 содержится норма международного частного права, подчиняющая вопросы приоритета праву места нахождения цедента (значение термина "местонахождение" еще не было определено Рабочей группой; предложения Секретариата см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания 4-10 к проекту статьи 5). Рабочая группа признала, что нормы международного частного права не могут обеспечить единообразие в сфере торговли, поскольку нормы одного права могут дать первому цессионарию приоритет во времени, а нормы другого права могут дать первому цессионарию приоритет в отношении уведомления должника или регистрации определенных данных об уступке. Тем не менее Рабочая группа также признала очевидную коммерческую ценность нормы международного частного права, подчиняющей вопросы приоритета нормам какой-либо одной и легко определяемой правовой системы. Такая норма позволит существенно улучшить нынешнее положение, когда цессионарии, как правило, либо отклоняют международные дебиторские задолженности, уступаемые в качестве обеспечения кредита, или принимают их по низкой цене, поскольку они либо не могут определить, какие нормы права могут регулировать вопросы приоритета, либо должны выполнять требования нескольких правовых систем для обеспечения своего приоритета.

77. Если согласно применимому праву приоритет зависит от момента уступки, то цессионарий, рассматривающий вопрос о финансировании под определенную дебиторскую задолженность, должен опираться на гарантии cedent'a и, по возможности, на гарантии других сторон или на информацию, имеющуюся на определенном рынке. Если же согласно применимому праву приоритет зависит от приоритета в уведомлении должника, то предполагаемый цессионарий также должен опираться на гарантии cedent'a и должника, а также на информацию из других источников. В таких правовых системах: приоритет в отношении будущей дебиторской задолженности вообще невозможно будет получить в момент уступки (в этот момент неизвестна личность должника); а приоритет в отношении дебиторских задолженностей, уступленных оптом, может быть получен лишь при выполнении дополнительного условия уведомления всех должников. С другой стороны, если согласно применимому праву приоритет предоставляется в результате занесения определенных данных в публичный реестр, независимо от гарантий cedent'a или других сторон, то предполагаемый цессионарий сможет опираться на этот публичный реестр. Кроме того, цессионарий, зарегистрировавший соответствующие данные, сможет на объективных основаниях получить приоритет.

78. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает разъяснить, что если согласно нормам права места нахождения cedent'a (который должен находиться в договариваемом государстве, чтобы можно было применять проект конвенции) приоритет определяется на основе момента уведомления должника, то уведомление должно направляться в соответствии с проектом конвенции. Если уведомление должно направляться в соответствии с внутренним правом места нахождения cedent'a и в этом праве уведомления в отношении будущей дебиторской задолженности считаются недействительными, то цессионарии не смогут установить приоритет в отношении будущей дебиторской задолженности, что негативно отразится на наличии и стоимости кредита (см. пункт 36).

79. Отступая от традиционно применяемого во многих правовых системах подхода, в соответствии с которым вопросы приоритета решаются на основе *lex situs* дебиторской задолженности (права страны, где должен быть произведен платеж или где находится должник), Рабочая группа постановила регулировать вопросы приоритета нормами права места нахождения cedent'a. Рабочая группа избрала этот подход, поскольку, по ее мнению, традиционное правило уже не считается эффективным или действенным. Во все чаще встречающихся случаях глобальной уступки текущей и будущей дебиторской задолженности (например, при факторинге, учете счетов-фактуры или соглашениях о секьюритизации) применение права *lex situs* дебиторской задолженности не позволяет выделить единую правовую норму, регулирующую эти вопросы. Кроме того, в этом случае будущие цессионарии будут вынуждены умозрительно определять *situs* в отношении каждой дебиторской задолженности отдельно. Аналогичные результаты дает применение права, регулирующего вопросы дебиторской задолженности, или права, избранного сторонами. В отношении разных статей дебиторской задолженности в массе дебиторской задолженности будут применяться различные правила, регулирующие приоритет, а в случае будущей дебиторской задолженности стороны не смогут с достаточной степенью уверенности определить, какое право регулирует вопрос о приоритете, что может воспрепятствовать осуществлению сделки или, по крайней мере, привести к повышению стоимости кредита. Применение права, избранного, в частности, cedent'ом и цессионарием, может позволить cedent'у, действующему в створе со стороной, заявившей требование с целью получения особых преимуществ, определять приоритет среди нескольких лиц, заявляющих требования. Кроме того, избранное сторонами право будет абсолютно неприемлемым в случае нескольких уступок одной и той же дебиторской задолженности одним и теми же или разными цессионариями, поскольку в отношении одних и тех же коллизий приоритетов могут применяться разные нормы права.

80. Независимо от того, определяется ли местонахождение ссылкой на место инкорпорации или на место центрального административного органа юридического лица, в результате применения правовых норм места нахождения cedent'a будет применяться право одного государства, причем право, которое может быть легко определено в момент уступки. Таким образом, упомянутые выше трудности будут устранены. Кроме того, применение правовых норм места нахождения cedent'a будет более всего согласовываться с правом государств, предусматривающим публичную регистрацию, в которых третьи стороны обычно сверяются с правовыми нормами места нахождения cedent'a с целью определения способа установления приоритета.

81. Рабочая группа рассмотрела вопрос о моменте времени, который следует учитывать при определении места нахождения cedent'a. Если cedent изменил свое местонахождение после совершения первой уступки, но до совершения следующей уступки, то цессионарий, обладающий приоритетом согласно правовым нормам первоначального места нахождения, не должен утрачивать своего приоритета. С другой стороны, право лиц, заявляющих требования в новом месте нахождения cedent'a, не должно всегда считаться второстепенным по сравнению с правами лиц, заявляющих требования в других государствах. Вместе с тем было высказано общее мнение, что на практике изменение места нахождения cedent'a в период между двумя уступками происходит крайне редко, и введение правила для урегулирования этого вопроса приведет к необоснованному усложнению проекта статьи 24. Поэтому Рабочая группа постановила оставить решение этого вопроса на усмотрение других норм права, применимых вне сферы действия проекта конвенции.

82. Как уже отмечалось выше, Рабочая группа решила отойти от традиционного подхода, с тем чтобы учесть наиболее широко распространенные виды практики, включающей оптовые уступки всех текущих и будущих

дебиторских задолженностей. Рабочая группа решила, что в отношении уступок отдельных статей существующей дебиторской задолженности большой стоимости не следует делать никаких исключений. Введение нового правила определения приоритета применительно к уступке такой дебиторской задолженности приведет к уменьшению определенности, достигнутой в проекте статьи 24. Было бы чрезвычайно сложно дать четкое определение "дебиторской задолженности с высокой стоимостью". Кроме того, при оптовой уступке дебиторской задолженности как "с высокой стоимостью", так и "с низкой стоимостью", вопросы приоритета будут регулироваться разными правовыми нормами.

83. В контексте обсуждения права, применимого к вопросам приоритета, Рабочая группа рассмотрела вопрос о вероятных коллизиях с Конвенцией о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим, 1980 год; в дальнейшем именуемой "Римской конвенцией"), в статье 12 которой рассматривается вопрос о праве, применимом к уступкам. По мнению Рабочей группы, ссылка на региональный документ, применимый к договорным обязательствам, не должна препятствовать созданию специального правового режима, предназначенного для универсального применения в отношении сделок, касающихся финансирования и предоставления услуг. Рабочая группа также приняла к сведению существующую большую неопределенность относительно того, рассматриваются ли в статье 12 Римской конвенции вопросы приоритета и, если рассматриваются, то является ли применимым правом право, избранное сторонами, или право, регулирующее дебиторскую задолженность. По мнению Рабочей группы, было бы полезно устранить эту неопределенность, а вопросы приоритета (т.е. имущественные последствия уступки) в любом случае не должны подпадать под действие права, регулирующего дебиторскую задолженность, или права, избранного сторонами (см. пункты 79-80 и 88). Тем не менее была достигнута договоренность о том, что государства должны иметь право не применять главу V (проект статьи 34) и что в любом случае они могут урегулировать любую коллизию между проектом конвенции и Римской конвенцией путем указания на текст, которому они желают отдать предпочтение (проект статьи 33).

84. Хотя согласно проекту статьи 24 коллизии приоритетов нескольких цессионариев, получающих одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же cedent, регулируются правом места нахождения cedent, в ней признается заинтересованность сторон такой коллизии в ведении переговоров и отказе от приоритета в пользу лица, заявляющего субординированное требование, если этого требуют коммерческие соображения. Для обеспечения максимальной гибкости и отражения существующей деловой практики пункт 2 был сформулирован таким образом, чтобы четко выразить мысль о том, что действительная субординация не требует заключения соглашения о прямой субординации между цессионарием, обладающим приоритетом, и бенефициаром соглашения о субординации. Она может действовать также в одностороннем порядке, например, в результате взятия на себя цессионарием первой очереди обязательств перед cedentом (в договоре уступки или независимом письменном или устном соглашении), и предоставления cedentu полномочий совершать вторую уступку, обладая приоритетом первой очереди. Кроме того, формулировка "в одностороннем порядке" призвана пояснить, что бенефициар субординации (второй цессионарий) не должен предлагать никакого вознаграждения в обмен на приоритет, предоставленный ему в результате субординации в одностороннем порядке. Далее в пункте 2 разъясняется, что действительная субординация не требует конкретного указания предполагаемого бенефициара или бенефициаров ("любому из существующих или будущих цессионариев"), и вместо этого могут использоваться обобщающие формулировки.

85. Рабочая группа также рассмотрела несколько альтернативных материально-правовых норм, касающихся вопросов приоритета, однако не пришла к согласию. Поэтому в приложение к проекту конвенции были включены две альтернативных материально-правовых нормы, касающихся вопросов приоритета, с тем чтобы государства могли сделать свой выбор. В результате этого государства могут прийти в замешательство, не зная, какой из подходов рекомендуется. Кроме того, если государство не остановит свой выбор на одной из этих альтернатив (например, потому что его режим приоритета основан на приоритете момента уведомления должника), фактически будет воспроизведен весь комплекс альтернатив. Кроме того, приложение необходимо будет дополнительно усовершенствовать, с тем чтобы с ним можно было работать. С учетом вышеизложенного Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, чтобы заменить текст приложения несколькими общими принципами и включить вопрос о подготовке типовых положений о приоритете в процедуру пересмотра и внесения поправок в проект конвенции (см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание к приложению).

Статья 25. Коллизия прав цессионария и кредиторов cedent или управляющего,
назначенного для проведения процедур банкротства

Ссылки

- A/CN.9/420, пункты 149-164
- A/CN.9/434, пункты 216-237 и 255-258
- A/CN.9/445, пункты 30-44
- A/CN.9/455, пункты 32-40
- A/CN.9/456, пункты 211-222

Комментарий

86. Проект статьи 25 предназначен для урегулирования коллизий приоритетов в отношениях между цессионарием и кредиторами цедента или управляющим в деле о несостоятельности. В проекте конвенции не предусмотрено рассмотрение вопросов, возникающих в результате несостоятельности цессионария, если только цессионарий не делает последующую уступку и не становится цедентом. По мнению Рабочей группы, такие вопросы выходят за пределы сферы применения проекта конвенции. Проект конвенции не предназначен также для решения вопросов, возникающих в случае несостоятельности должника. Предполагается, что цессионарий обладает такими же правами в отношении дебиторской задолженности, что и цедент в случае несостоятельности должника. Как уже отмечалось, приоритет определяется как предоставление преимущества (в праве на платеж или иное погашение; см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.105, пункт 57). Характер правовых последствий такого преимущества зависит от того, является ли уступка уступкой, совершенной в качестве обеспечения, или прямой уступкой, что определяется в соответствии с нормами права, применимыми вне сферы действия проекта конвенции. В любом случае преимущество, предоставляемое согласно проекту конвенции, не преследует цели ущемления специальных преференциальных или самых приоритетных прав, существующих согласно национальным правовым нормам о несостоятельности (см. пункт 93).

87. Коллизии приоритетов, охватываемые проектом статьи 25, могут возникнуть в том случае, если уступка совершается до наложения ареста или открытия производства по делу о несостоятельности (если уступка совершается после этого, коллизия не возникает; любые права, которые может получить цессионарий, уступают правам кредиторов цедента или управляющего в деле о несостоятельности). Если приоритет зависит от момента уступки, то тот факт, что уступка совершена до наложения ареста или открытия производства по делу о несостоятельности, является достаточным, чтобы считать, что дебиторская задолженность отделена от имущества цедента (при прямой уступке) или что цессионарий может удовлетворить свое требование в преимущественном порядке по сравнению с необеспеченными кредиторами (при уступке, совершенной в качестве обеспечения). Тем не менее, если приоритет определяется на основе уведомления должника или регистрации определенных данных об уступке в публичном реестре, тот факт, что уступка совершена до наложения ареста или открытия производства по делу о несостоятельности, не является достаточным для цели установления приоритета. Кроме того, уведомление должника или регистрация должны быть произведены до наложения ареста или открытия производства по делу о несостоятельности.

88. Согласно проекту статьи 25 такие коллизии преимущественных прав регулируются правовыми нормами места нахождения цедента (вопрос о значении термина "место нахождения цедента" еще не решен; см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания 4-10 к проекту статьи 5). Как уже отмечалось (см. пункты 79 и 80), место нахождения цедента, рассматриваемое в качестве коллизионной привязки, обладает преимуществами простоты и предсказуемости по целому ряду причин, включая следующие: такое место является единственным эталоном; оно может быть установлено даже в момент отовой уступки будущей дебиторской задолженности; эта привязка будет приемлемой даже для тех правовых систем, в которых практикуется регистрация; и оно приведет к применению права территории, на которой скорее всего будет открыто производство по делу о несостоятельности цедента. Последний аспект, касающийся применения правовых норм места нахождения цедента, имеет чрезвычайно важное значение, поскольку он в должной степени охватывает вопрос о взаимосвязи между проектом конвенции и применимым правом о несостоятельности. Действительно, основное назначение проекта статьи 25 заключается в обеспечении того, чтобы в большинстве случаев в качестве права, регулирующего вопросы приоритета согласно проекту статьи 25, и права, регулирующего вопросы несостоятельности цедента, использовалось право одного и того же государства (основного государства цедента, будь то место инкорпорации или место нахождения центрального административного органа). В таком случае любая коллизия между проектом конвенции и применимым правом о несостоятельности будет решаться на основе норм права этого государства. Во всех других случаях, когда производство по делу о несостоятельности, связанному с активами и деловыми операциями цедента, открывается в государстве, отличном от государства основной юрисдикции цедента (например, государства, в котором цедент располагает активами), проект конвенции уступает нормам права, отражающим публичный порядок государства, в суде или арбитраже которого будет рассматриваться спор (проект статьи 25(3)). Кроме того, в таких случаях проект конвенции призван не вступать ни в какие противоречия с определенными правами кредиторов цедента или управляющего в деле о несостоятельности, которые, хотя и не отражают публичный порядок, являются частью императивных норм права (проект статьи 25(4)). Рабочая группа, возможно, пожелает распространить сферу применения этих двух ограничений на судопроизводство за рамками случаев несостоятельности. В любом случае при этом не будут затрагиваться внедоговорные преференциальные права (проект статьи 25(5)).

89. Под публичным порядком, упоминаемым в пункте 3, понимается международный публичный порядок государства суда. Обращение к такому публичному порядку имеет лишь негативные последствия в том смысле, что оно может воспрепятствовать применению положения права, применимого согласно проекту статьи 25, которое явно противоречит публичному порядку государства суда (например, правило, дающее приоритет иностранному государству применительно к уплате налогов). В результате этого некоторых лиц могут обойти при определении приоритета, в то время как приоритет будет установлен с помощью других положений применимого права. Тем не менее публичный порядок, предусмотренный в проекте статьи 25, может и не оказывать позитивного действия;

он не может привести к позитивному применению нормы государства суда, касающейся приоритета, которая отражает публичный порядок (например, нормы, дающей приоритет наемным работникам в государстве суда). Поэтому Рабочая группа постановила включить в проект статьи 25 пункт 5, в котором особо оговаривается сохранение внедоговорных самых приоритетных прав (см. пункт 93).

90. Согласно пункту 3 норма, касающаяся приоритета, может быть отклонена в том случае, если она "явно противоречит" публичному порядку государства суда. Понятие "явно противоречит" используется в международно-правовых текстах (включая статью 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статью 16 Римской конвенции и статью 18 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам) в качестве ограничения числа ссылок на публичный порядок. Цель такого ограничения заключается в том, чтобы подчеркнуть, что исключения, касающиеся публичного порядка, следует толковать ограничительно, а пункт 3 следует использовать лишь при особых обстоятельствах, затрагивающих вопросы, которые имеют основополагающее значение для государства суда. В противном случае может возникнуть серьезная угроза подрыва определенности, достигнутой в проекте статьи 25, что отрицательно скажется на наличии и стоимости кредита, предоставляемого под дебиторскую задолженность (формулировка "явно противоречит" используется также в проекте статьи 31; см. пункт 114).

91. Если правовая норма, в коллизию с которой вступает норма применимого права, касающаяся приоритета, не отражает публичного порядка, но является нормой императивного права, то, согласно пункту 4, "за исключением предусмотренного в настоящей статье", эта Конвенция не затрагивает специальных прав кредиторов цедента и управляющего в деле о несостоятельности. Указанная формулировка означает, что норма применимого права, касающаяся приоритета, не отклоняется; она применяется в той мере, в какой она не затрагивает определенные специальные права. Основание для такого подхода заключается в том, что нормы применимого права, касающиеся приоритета, сами по себе являются императивными правовыми нормами, и отклонение от таких норм в пользу императивных правовых норм государства суда создало бы неопределенность и, следовательно, отрицательно сказалось бы на наличии и стоимости кредита. Однако в то же время Рабочая группа признала, что следует сделать исключение для случаев, когда затрагиваются специальные права кредиторов цедента или управляющего в деле о несостоятельности.

92. К таким специальным правам относится, в частности, любое право кредиторов цедента на аннулирование или иное признание недействительной уступки в качестве мошеннической или преференциальной передачи или на возбуждение иска об аннулировании или ином признании недействительной такой уступки. К ним относятся также любое право управляющего в деле о несостоятельности на аннулирование или иное признание недействительной уступки в качестве мошеннической или преференциальной передачи или на возбуждение иска об аннулировании или ином признании недействительной такой уступки; на аннулирование или иное признание недействительной уступки дебиторской задолженности, которая еще не возникла в момент открытия производства по делу о несостоятельности, или на возбуждение иска об аннулировании или ином признании недействительной такой уступки; на обременение уступленной дебиторской задолженности расходами управляющего в деле о несостоятельности по исполнению первоначального договора или на обременение уступленной дебиторской задолженности расходами управляющего в деле о несостоятельности по поддержанию, сохранению или взысканию дебиторской задолженности по просьбе и в интересах цессионария. В случае, когда уступленная дебиторская задолженность представляет собой обеспечение долга или иных обязательств, к специальным правам, охраняемым согласно пункту 4, относятся любые права, действующие в соответствии с правилами или процедурами о несостоятельности, обычно регулируемыми несостоятельностью цедента: которые позволяют управляющему в деле о несостоятельности обременять уступленную дебиторскую задолженность; которые предусматривают приостановление права индивидуальных цессионариев или кредиторов цедента на истребование дебиторской задолженности в ходе производства по делу о несостоятельности; которые позволяют замену уступленной дебиторской задолженности новой дебиторской задолженностью по крайней мере равной стоимости; которые предусматривают право управляющего в деле о несостоятельности осуществлять заимствование при использовании уступленной дебиторской задолженности в качестве обеспечения в той мере, в которой ее стоимость превышает обеспеченные обязательства. К ним относятся также иные правила и процедуры, которые устанавливают аналогичные последствия и имеют общее применение в случае несостоятельности цедента и которые прямо указаны договаривающимся государством в соответствующем заявлении (проект статьи 25(5)).

93. Как уже отмечалось, государство суда может, согласно пункту 3, отказать в предоставлении приоритета, например, иностранному государству применительно к уплате налогов, однако не может применять собственное правило, касающееся приоритета, и предоставить приоритет наемным работникам в государстве суда. Пункт 5 предназначен для достижения именно такого результата: позволить государству суда применять собственные правила, касающиеся приоритета, в тех случаях, когда правило о приоритете, применимое согласно пунктам 1 и 2, явно противоречит публичному порядку суда, и предоставить приоритет внедоговорным правам, отражающим публичный порядок суда (в отношении пунктов 5 и 6 см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания 2 и 3 к проекту статьи 25). В пункте 5 делается еще один шаг вперед. В нем государству позволяет перечислить в заявлении внедоговорные самые приоритетные права, которые должны превалировать над правами цессионария согласно проекту конвенции. Возможность делать такие заявления предоставляется в целях повышения уверенности

в наличии механизма, с помощью которого цессионарии могут узнать, какие самые приоритетные права будут превалировать над их правами. Он сформулирован как возможность (не как обязательство) и заключен в квадратные скобки, поскольку, по мнению Рабочей группы, он может ограничить степень приемлемости проекта конвенции, в частности потому, что такое заявление будет оказывать ограничительное действие на национальные самые приоритетные права, которые будут сохранены (предложение Секретариата исключить взятую в квадратные скобки формулировку в пункте 5 см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 2 к проекту статьи 25).

[Статья 26. Коллизия прав в отношении платежей]

Ссылки

A/CN.9/447, пункты 63-68
A/CN.9/456, пункты 160-167

Комментарий¹

94. Проект статьи 26 преследует двойную цель: обеспечить, чтобы цессионарий обладал в отношении поступлений таким же приоритетом, что и в отношении дебиторской задолженности, и в то же время предоставить цессионарию в отношении определенного вида поступлений и при определенных условиях такие же права *in rem*, какими цессионарий обладает в дебиторской задолженности. Поступления определяются как все, полученное в качестве платежа по дебиторской задолженности. К ним относятся поступления от доходов, в то время как платеж включает как платеж наличными, так и в натуре (например, товарами, возвращенными должником ценному).

95. Вопрос об имущественном (*in rem*) характере права в поступлениях отличается от вопроса о приоритете. Лицо, заявляющее требование и обладающее приоритетом в соответствии с применимым правом согласно проекту конвенции, получает платеж первым и обладает преимущественным правом по сравнению с другим лицом, заявляющим требование (отличным от лица, заявляющего требование, которое обладает самым приоритетным внедоговорным правом; см. пункт 5 проекта статьи 25), независимо от того, обладает ли это другое лицо, заявляющее требование, правом *in rem* или правом *ad personam* (по этой причине Секретариат предлагает рассматривать эти вопросы в отдельных положениях; см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания к проекту статьи 26). Тем не менее характер *in rem* права лица, заявляющего требование, в отношении поступлений может иметь решающее значение в деле о несостоятельности. Если лицо, заявляющее требование и обладающее приоритетом, имеет право *in rem* в отношении поступлений, то это лицо сможет отделить поступления от конкурсной массы (при прямой уступке) или будет рассматриваться в качестве обеспеченного кредитора и получать платеж раньше необеспеченных кредиторов (при уступке, совершенной в качестве обеспечения). С другой стороны, если лицо, заявляющее требование и обладающее приоритетом, имеет право *ad personam*, оно получит платеж пропорционально другим необеспеченным кредиторам, если имеется какой-либо остаток после совершения платежа любым кредиторам, которые обладают особыми привилегиями и обеспечительными правами.

96. Согласно пункту 1 цессионарий, обладающий приоритетом, который получает платеж, может удерживать этот платеж. Подразумеваемое ограничение, которое, возможно, требует четкого разъяснения, заключается в том, что цессионарий не может удерживать больше, чем причитается по его дебиторской задолженности (что касается этого вопроса и вопроса о проценте, см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 3 к проекту статьи 26). Пункт 2 призван предоставить цессионарию право *in rem* в определенных видах поступлений (т.е. поступлениях в форме денежной наличности) и только при определенных условиях (т.е., если ценит получает платеж от имени цессионария и хранит эти поступления отдельно от своих активов). Это ограничительное положение преследует цель содействия таким видам практики, как закрытый учет счета-фактуры или секьюритизация, в той мере, в какой право *in rem* в отношении поступлений повышает определенность платежа цессионарию, особенно в случае несостоятельности. Такое положение может оказать существенное положительное воздействие на наличие и стоимость кредита (предложение Секретариата распространить сферу применения этого положения на другие виды поступлений при соблюдении условий, изложенных в пункте 2, см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 2 к проекту статьи 26).

97. Пункты 3-5 касаются вопроса о приоритете в поступлениях. Они основываются на проведении различия между поступлениями, которые являются дебиторской задолженностью, и другими видами поступлений (например, товарами). Закрепленное в этих пунктах правило заключается в том, что приоритет в поступлениях, представляющих собой дебиторскую задолженность, регулируется правом места нахождения ценита, а приоритет в активах другого рода регулируется правом *lex rei sitae*. Применительно к дебиторской задолженности Рабочая группа смогла заменить право *lex situs* дебиторской задолженности правом места нахождения ценита. Главная

¹ С учетом предварительного характера проекта статьи 26 комментарий к данному положению является кратким. Полный комментарий будет подготовлен после окончательного согласования этого положения Рабочей группой.

причина избрания этого подхода заключается в том, что применение *lex situs* дебиторской задолженности принесет неприемлемые результаты, поскольку в случае будущей дебиторской задолженности *lex situs* не будет известным в момент уступки, а в случае оптовой уступки вопросы приоритета в отношении той же массы дебиторской задолженности будут регулироваться разными правовыми нормами. Что касается поступлений в виде материальных активов, то Рабочая группа сочла невозможным отойти от *lex rei sitae*, поскольку такой подход может обмануть ожидания третьих сторон в стране, в которой находятся эти активы.

ГЛАВА V. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 185-187
A/CN.9/445, пункты 52-55
A/CN.9/455, пункты 67-73

Комментарий

98. Глава V призвана сформулировать несколько общих принципов, которые являются широко принятыми, но признаются не во всех правовых системах. Она не направлена ни на рассмотрение в полном объеме всех вопросов, касающихся уступки, ни на изменение или опровержение какого бы то ни было международно-правового документа, существующего в этой области права. Проекты статей 27 и 28, в частности, отражают общепризнанные принципы, согласно которым: договор уступки регулируется правом, избранным cedentом и цессионарием; и отношения между цессионарием и должником определяются правом, регулирующим дебиторскую задолженность. Проекты статей 30 и 31 также отражают общепризнанные принципы, согласно которым применимое право может не приниматься во внимание, если оно явно противоречит императивным нормам права или публичному порядку.

99. Если Рабочая группа решит, что эта глава может применяться независимо от положений проекта конвенции, касающихся сферы применения, если суд находится в договаривающемся государстве (см. A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания к главе V), то глава V расширит сферу применения новаторских норм проекта конвенции, касающихся приоритета. В отличие от проектов статей 27, 28, 30 и 31, содержащаяся в проекте статьи 29 норма, касающаяся приоритета, является совершенно новой, поскольку рассматривает вопрос, который в современном праве четко или надлежащим образом не решен. В соответствии с проектами статей 24-26 проект статьи 29 обуславливает вопросы, касающиеся приоритета, применением права одного и легко определенного государства, а именно права места нахождения cedentа (анализ преимуществ этого подхода см. в пунктах 79-80 и 88).

Статья 27. Право, применимое к договору уступки

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 188-196
A/CN.9/445, пункты 52-74
A/CN.9/455, пункты 67-119

Комментарий

100. Проект статьи 27 призван отразить принцип автономии сторон в отношении права, применимого к договору уступки. Несмотря на широкое признание этого принципа, он известен не во всех правовых системах. Согласно пункту 1 cedent и цессионарий могут договариваться относительно права, применимого к договору уступки. Предполагается, что заключение, действительность и права и обязательства cedentа и цессионария, вытекающие из договора уступки, должны охватываться формулировкой "договор уступки" (предложение прямо установить это см. в документе A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания к проекту статьи 27). Однако, если уступка является лишь одним из положений договора о финансировании, это выражение не призвано охватывать договор о финансировании в целом.

101. Пункт 1 предусматривает, что выбор права должен быть прямо выраженным. Рабочая группа признала, что подразумеваемый выбор соответствовал бы современным тенденциям в области международного частного права. Однако, согласно широко распространенному мнению, другой подход является обоснованным в случае сделок по финансированию, в которых определенность имеет важнейшее значение и может быть определяющим фактором того, состоится ли сделка и какова будет ее стоимость.

102. Пункт 2 касается исключительных ситуаций, когда стороны не договорились относительно права, применимого к договору уступки, или когда стороны договорились, однако их договоренность позднее оказывается недействительной. В этом пункте содержится ссылка на критерий наиболее тесной связи, на основе которого может

быть применимым право места нахождения цедента (например, в случае уступки, совершаемой путем продажи) или право места нахождения цессионария (например, в случае уступки, совершаемой в качестве обеспечения в контексте кредитной сделки). Стремясь обеспечить сочетание гибкости и определенности, пункт 2 вносит опровержимую презумпцию, согласно которой правом государства, с которым наиболее тесно связан договор, является право места нахождения цедента. В данном контексте "местонахождение" означает место нахождения коммерческого предприятия. Учитывая ограниченную сферу применения пункта 2, Рабочая группа сочла, что такая ссылка на место, в котором расположено коммерческое предприятие, не снизит степень определенности, необходимую для сделок по финансированию.

103. Пункт 3 призван отразить общепризнанный принцип, согласно которому стороны договора не могут отменить императивные нормы права, применимые в отсутствие выбора права сторонами, если договор связан только с одним другим государством.

Статья 28. Право, применимое к правам и обязательствам цессионария
и должника

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 197-200

A/CN.9/445, пункты 65-69

A/CN.9/455, пункты 93-104 и 117

Комментарий

104. В соответствии с принципом, согласно которому проект конвенции не должен изменять правовое положение должника, проект статьи 28 отражает общепризнанное правило, предусматривающее, что отношения между цессионарием и должником обуславливаются правом, регулирующим дебиторскую задолженность. В случае договорной дебиторской задолженности этим правом будет право, регулирующее первоначальный договор, т.е., вероятно, право, избранное цедентом и должником и, в отсутствие выбора права, право страны, с которой наиболее тесно связан первоначальный договор. Рабочая группа решила не включать подробные правила в том, что касается права, регулирующего дебиторскую задолженность. Согласно широко распространенному мнению, такие подробные правила нет необходимости включать в главу, которая призвана установить некоторые общие правила, не рассматривая при этом все вопросы международного частного права, касающиеся уступки. Было в целом также сочтено нецелесообразным пытаться определить право, регулирующее дебиторскую задолженность в широком спектре договоров, которые могут быть в основе дебиторской задолженности (например, договоры купли-продажи, договоры страхования, договоры, касающиеся операций на финансовых рынках).

105. Проект статьи 28, который наведя статьей 12(2) Римской конвенции, содержит ссылку на отношения между цессионарием и должником. Уступка не создает договорных отношений между цессионарием и должником. Договорным партнером должника остается цедент, и должник сохраняет свои права в отношении цедента. Однако де-факто между цессионарием и должником устанавливаются отношения, основанные на том факте, что цессионарий может уведомить должника и потребовать произвести платеж. Чтобы не оставалось никаких сомнений, проект статьи 28 прямо указывает на то, что он охватывает условия, при которых на уступку можно ссылаться против должника, и освобождение должника от ответственности (относительно прав на зачет см. документ A/CN.9/WG.II/ WP.104, примечания 1-2 к проекту статьи 28)

106. В проекте статьи 28 возможность уступки рассматривается также в качестве вопроса, связанного с платежом должника и освобождением его от ответственности. Вопрос о том, охватывается ли как договорная, так и статутная возможность уступки, зависит от сферы действия главы V, которая еще не определена окончательно Рабочей группой. Если глава V будет применяться к сделкам, подпадающим под действие проекта конвенции, то договорная возможность уступки будет регулироваться положениями проекта статьи 10, а статутная возможность уступки будет регулироваться правом, указанным в проекте статьи 28, при условии, что суд находится в договаривающемся государстве. С другой стороны, если глава V будет применяться даже в отношении сделок, выходящих за пределы сферы действия проекта конвенции, то договорная возможность уступки в отношении таких сделок и статутная возможность уступки в отношении сделок, входящих в сферу действия проекта конвенции и выходящих за ее пределы, будут регулироваться правом, применимым согласно проекту статьи 28 (в таком случае договорная возможность уступки в отношении сделок, подпадающих под сферу действия проекта конвенции, будет регулироваться положениями проекта статьи 10). Рабочая группа сочла, что проект статьи 28 будет регулировать статутные запрещения, нацеленные на защиту должника (например, ограничения в отношении уступки дебиторской задолженности государственного органа) или на защиту цедента (например, ограничения в отношении уступки заработной платы, пенсий и платежей по полисам страхования жизни). Решение Рабочей группы было основано на том предположении, что если применение норм права, регулирующих дебиторскую задолженность, противоречит статутному запрещению, закрепленному в норме о публичном порядке или норме императивного права государства суда, и нацелено на защиту цедента, то они могут быть отклонены или даже заменены нормой императивного права

государства суда или другого государства (см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 3 к проекту статьи 28). Рабочая группа, возможно, пожелает вернуться к рассмотрению этого вопроса. Применение статутных запрещений, нацеленных на защиту цедента, приводит к признанию недействительности уступок для соответствующих сторон и, следовательно, для должника. В результате в этом контексте даже не возникает вопрос об отношениях между цессионарием и должником. Таким образом, возможно, было бы более целесообразным регулировать такие статутные запрещения правом места нахождения цедента, а не правом, регулирующим дебиторскую задолженность.

[Статья 29. Право, применимое к коллизии приоритетов]

Ссылки

A/CN.9/445, пункты 70-74
A/CN.9/455, пункты 105-110

Комментарий²

107. Текст проекта статьи 29 заключен в квадратные скобки, поскольку Рабочая группа еще не приняла решение о сфере действия или цели главы V. Сохранение проекта статьи 29 будет иметь смысл лишь в том случае, если глава V будет применяться в отношении сделок, выходящих за пределы сферы действия проекта конвенции согласно главе I. Если глава V будет иметь ту же сферу действия, что и другие части проекта конвенции, то в проекте статьи 29 будут повторяться правила, отраженные в проектах статей 24-26, и поэтому она может быть исключена. В случае сохранения проекта статьи 29 необходимо будет привести ее в соответствие с положениями проектов статей 24-26 (см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечания к проекту статьи 29). Если глава V будет применяться независимо от главы I, то, возможно, необходимо будет указать, что она применяется также в отношении коллизий, связанных с последующей уступкой, как если бы последующий цессионарий являлся первоначальным цессионарием (этот вопрос рассматривается в проекте статьи 2(b) главы I).

108. Целью проекта статьи 29, отражающей норму международного частного права, является обеспечение определенности в вопросе о праве, применимом в отношении коллизий приоритетов. Такая определенность зависит от ссылки на право одного и легко определяемого государства (право места инкорпорации или места центрального административного органа цедента; см. документ A/CN.9/WG.II/WP.104, примечание 4-10 к проекту статьи 5).

109. В пункте (i) проекта статьи 5 приоритет определяется как преимущественное право (в отношении платежа или иного погашения), а в проекте статьи 29 определяются стороны, между которыми могут возникать такие коллизии. Ввиду того, что должник не является ни одной из этих сторон, приоритет не связан с погашением, осуществляемым должником. Поэтому к должнику, освобождаемому от ответственности согласно праву, регулирующему дебиторскую задолженность, нельзя обратиться с требованием вновь произвести платеж стороне, обладающей приоритетом согласно праву места нахождения цедента.

Статья 30. Императивные нормы

Ссылки

A/CN.9/455, пункты 111-117

Комментарий

110. Пункт 1 призван отразить общепризнанный принцип международного частного права, в соответствии с которым императивная норма права государства суда может применяться вне зависимости от права, применимого на иных основаниях. В данном контексте под императивной нормой права понимается не та правовая норма, которую нельзя нарушать по договору, а правовая норма, имеющая основополагающее значение, например, правовые нормы о защите потребителей или уголовное право (*loi de police*).

111. В пункте 2 вводится иная норма, в соответствии с которой суд договаривающегося государства может применять не собственное право и не право, применимое согласно проектам статьи 27 и 28, а право третьей страны на том основании, что вопросы, урегулированные в этих статьях, имеют тесную связь с этой страной.

² В зависимости от решения Рабочей группы относительно сферы действия или цели главы V проект статьи 29, который призван воспроизвести правила, содержащиеся в проектах статей 24-26, может быть сохранен или исключен. Поэтому на данном этапе предлагается лишь краткий комментарий.

112. Отступая от подхода, используемого в текстах по международному частному праву, Рабочая группа приняла решение ограничить сферу действия проекта статьи 30 правом, применимым к договорам уступки и к отношениям между цессионарием и должником. Было высказано общее мнение о том, что такой подход требуется для права, применимого в отношении вопросов приоритета, поскольку правила, касающиеся приоритета, сами по себе носят императивный характер и закрепление преимущественной силы императивных норм государства суда или другого государства по сравнению с такими правилами может непреднамеренно привести к возникновению неопределенности в отношении прав третьих сторон, что будет иметь отрицательные последствия для доступности и стоимости кредита.

Статья 31. Публичный порядок

Ссылки

A/CN.9/455, пункты 118-119

Комментарий

113. Проект статьи 31 отличается от проекта статьи 30 тем, что проект статьи 31 предусматривает лишь отрицательное действие, т.е. отказ в использовании нормы применимого права в том случае, если она явно противоречит публичному порядку государства суда. В отличие от проекта статьи 30 проект статьи 31 не оказывает позитивного действия, т.е. он не ведет к позитивному применению публичного порядка государства суда. Другими словами, в контексте проекта статьи 31 публичный порядок означает международный публичный порядок, а не внутренний публичный порядок государства суда.

114. В соответствии с подходом, используемым в других международно-правовых текстах, перед словами "противоречит публичному порядку" было добавлено ограничение "явно" (см. пункт 90). Следует отметить, что публичному порядку государства суда должно явно противоречить использование применимого права в конкретном случае, а не само применимое право. Поэтому в применении какой-либо нормы иностранного права не может быть отказано на том основании, что само право в целом рассматривается как чуждое публичному порядку государства суда; в этом может быть отказано лишь в том случае, если применение определенной нормы в конкретном случае будет противоречить публичному порядку государства суда.

Е. Аналитический комментарий к проекту конвенции об уступке [при финансировании под дебиторскую задолженность] [дебиторской задолженности в международной торговле]: записка Секретариата (A/CN.9/470) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
ВВЕДЕНИЕ	1-3
АНАЛИТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ	4-235
Название и преамбула	4-12
ГЛАВА I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ	13-54
Структура главы I	13
Статья 1. Сфера применения	14-23
Статья 2. Уступка дебиторской задолженности	24-37
Статья 3. Международный характер	38-40
Статья 4. Исключения	41-49
Статья 5. Ограничения в отношении [уступок] дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью	50-54
ГЛАВА II. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	55-79
Статья 6. Определения и правила толкования	55-73
Статья 7. Автономия сторон	74-75
Статья 8. Принципы толкования	76-79

	Пункты
ГЛАВА III. ПОСЛЕДСТВИЯ УСТУПКИ	80-108
Форма уступки	80-82
Статья 9. Действительность оптовых уступок, уступок будущей дебиторской задолженности и частичных уступок	83-95
Статья 10. Момент уступки	96-97
Статья 11. Договорные ограничения на уступку	98-104
Статья 12. Передача обеспечительных прав	105-108
ГЛАВА IV. ПРАВА, ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ВОЗРАЖЕНИЯ	109-186
Раздел I. Цедент и цессионарий	109-127
Цель раздела I	109
Статья 13. Права и обязательства цедента и цессионария	110-112
Статья 14. Гарантии со стороны цедента	113-120
Статья 15. Право на уведомление должника	121-124
Статья 16. Право на платеж	125-127
Раздел II. Должник	128-160
Статья 17. Принцип защиты должника	128-129
Статья 18. Уведомление должника	130-132
Статья 19. Освобождение должника от ответственности в результате платежа	133-142
Статья 20. Возражения и права на зачет со стороны должника	143-147
Статья 21. Договоренность не ссылаться на возражения и права на зачет	148-153
Статья 22. Изменение первоначального договора	154-158
Статья 23. Истребование уплаченных сумм	159-160
Раздел III. Другие стороны	161-186
Структура раздела III	161
Статья 24. Право, применимое к коллизии прав других сторон	162-178
Статья 25. Публичный порядок и преференциальные права	179-182
Статья 26. Специальные правила в отношении поступлений	183-185
Статья 27. Уступка приоритета	186
ГЛАВА V. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА	187-199
Сфера применения и цель главы V	187-199
Статья 28. Право, применимое к правам и обязательствам цедента и цессионария	190-193
Статья 29. Право, применимое к правам и обязательствам цессионария и должника	194-196
Статья 30. Право, применимое к коллизии прав других сторон	197
Статья 31. Императивные нормы	198
Статья 32. Публичный порядок	199
ГЛАВА VI. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ	200-223
Статья 33. Депозитарий	200
Статья 34. Подписание, ратификация, принятие, утверждение, присоединение	201
Статья 35. Применение в отношении территориальных единиц	202
Статья 36. Коллизии с другими международными соглашениями	203-211
Статья 37. Применение главы V	212
Статья 38. Ограничения в отношении правительственных и других государственных органов	213-214
Статья 39. Применение приложения	215
Статья 40. Применение приложения	216
Статья 41. Действие заявления	217-219
Статья 42. Оговорки	220
Статья 43. Вступление в силу	221
Статья 44. Денонсация	222
Дополнительные заключительные положения	223

	Пункты
ПРИЛОЖЕНИЯ К ПРОЕКТУ КОНВЕНЦИИ	224-235
Раздел I. Правила определения приоритета на основе регистрации	226-228
Статья 1. Приоритет в отношениях между несколькими цессионариями	226-227
Статья 2. Приоритет в отношениях между цессионарием и управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами цедента	228
Раздел II. Регистрация	229-233
Статья 3. Создание системы регистрации	229-230
Статья 4. Регистрация	231-232
Статья 5. Поиск данных в регистре	233
Раздел III. Правила определения приоритета на основе момента заключения договора уступки	234-235
Статья 6. Приоритет в отношениях между несколькими цессионариями	234
Статья 7. Приоритет в отношениях между цессионарием и управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами цедента	235

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать восьмой сессии в 1995 году Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) постановила поручить Рабочей группе по международной договорной практике подготовить унифицированный закон об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность¹. На этой сессии Комиссии был представлен доклад Генерального секретаря, озаглавленный "Уступка при финансировании под дебиторскую задолженность: обсуждение и предварительный проект унифицированных правил" (A/CN.9/412). Было решено, что данный доклад, в котором излагаются озабоченности и цели, обуславливающие этот проект, а также возможное содержание унифицированного закона, является полезной основой для рассмотрения Рабочей группой².

2. На своей двадцать четвертой сессии в ноябре 1995 года Рабочая группа начала работу с рассмотрения этого доклада Генерального секретаря³. На своих двадцать пятой-тридцать первой сессиях Рабочая группа рассмотрела пересмотренные проекты статей, подготовленные Секретариатом⁴, а на своих двадцать девятой-тридцать первой сессиях она приняла проект конвенции, точное название которого еще предстоит определить⁵. На своей тридцать первой сессии Рабочая группа рассмотрела предварительный комментарий к проекту конвенции, подготовленный Секретариатом⁶. На этой же сессии Рабочая группа решила, что Секретариат завершит и распространит этот комментарий с целью оказания Комиссии содействия в рассмотрении и завершении разработки проекта конвенции на ее тридцать третьей сессии, которая состоится в Нью-Йорке 12 июня - 7 июля 2000 года⁷.

¹ Официальный отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 17 (A/50/17), пункты 374-381.

² Там же, пункт 379. На своих двадцать шестой и двадцать седьмой сессиях Комиссия рассмотрела два других доклада Генерального секретаря (A/CN.9/378/Add.3 и A/CN.9/397). Обсуждение Комиссией этих докладов см. там же, сорок восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/48/17), пункты 297-301 и сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункты 208-214, соответственно.

³ Доклад Рабочей группы содержится в документе A/CN.9/420.

⁴ Проекты статей, подготовленные Секретариатом, содержатся в документах A/CN.9/WG.II/WP.87, A/CN.9/WG.II/WP.89, A/CN.9/WG.II/WP.93, A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98, A/CN.9/WG.II/WP.102 и A/CN.9/WG.II/WP.104. Доклады Рабочей группы содержатся в документах A/CN.9/420, A/CN.9/432, A/CN.9/434, A/CN.9/445, A/CN.9/447, A/CN.9/455, A/CN.9/456 и A/CN.9/466.

⁵ A/CN.9/455, пункт 17; A/CN.9/456, пункт 18; и A/CN.9/466, пункт 19.

⁶ A/CN.9/WG.II/WP.105 и A/CN.9/WG.II/WP.106.

⁷ A/CN.9/466, пункт 215.

3. Настоящая записка была подготовлена согласно этому решению Рабочей группы. В ней приводится резюме, в котором излагаются причины принятия определенного положения и его основные цели наряду с разъяснением и толкованием конкретных терминов. Однако в ней не приводится полный отчет о подготовительных материалах или о всех предложениях и положениях, которые не были сохранены. Для удобства тех, кто стремится получить более полную информацию о ходе разработки какого-либо данного положения, в комментарии имеются ссылки на соответствующие части докладов Рабочей группы о работе ее восьми сессий³. После завершения разработки проекта конвенции Комиссия, возможно, пожелает просить Секретариат подготовить окончательный вариант комментария, который будет служить в качестве руководства для законодательных органов и средства толкования.

АНАЛИТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Проект конвенции об уступке [при финансировании под дебиторскую задолженность] [дебиторской задолженности в международной торговле]

Преамбула

Договаривающиеся государства,

вновь подтверждая свою убежденность в том, что международная торговля на основе равенства и взаимной выгоды является важным элементом в деле содействия развитию дружественных отношений между государствами,

[считая, что] [учитывая] проблемы, возникающие ввиду неопределенности в отношении содержания и выбора правового режима, примененного к уступкам [дебиторской задолженности] в международной торговле, [представляют собой препятствие для сделок финансирования],

стремясь закрепить принципы и принять правила, [касающиеся уступки дебиторской задолженности], которые позволят добиться определенности и транспарентности и будут содействовать модернизации права в области [уступок дебиторской задолженности], [финансирования под дебиторскую задолженность], [включая, в частности, уступки, используемые при факторинге, форфейтинге, секьюритизации, проектом финансирования и рефинансировании,] обеспечивая при этом защиту существующей практики [финансирования] [уступок] и способствуя развитию новых видов практики,

стремясь также обеспечить надлежащую защиту интересов должника в случае уступки дебиторской задолженности,

полагая, что принятие единообразных правил, регулирующих уступки [при финансировании под дебиторскую задолженность] [дебиторской задолженности], будет способствовать развитию международной торговли и расширению возможностей получения [финансовых ресурсов и] кредита по более доступным ставкам,

согласились о следующем:

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 14-18

A/CN.9/434, пункты 14-16

A/CN.9/445, пункты 120-124

A/CN.455, пункты 157-159

A/CN.456, пункты 19-21 и 60-65

³ Во избежание путаницы не приводится специальная ссылка на предыдущие номера статей, которые в ходе подготовки проекта конвенции были изменены несколько раз. Однако любой предыдущий номер статьи будет очевидным с учетом соответствующей части ее обсуждения, отраженного в докладах Рабочей группы. В приложении II к документу A/CN.9/466 содержится индекс, касающийся окончательного изменения нумерации статей.

Комментарий

Название

4. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить в названии проекта конвенции ссылку на финансирование под дебиторскую задолженность или на международную торговлю (исчерпывающий перечень и краткое описание видов практики, охватываемых проектом конвенции, см. в пунктах 6-12). Ссылка на финансирование может вводить в заблуждение, поскольку она может создать впечатление того, что сфера применения проекта конвенции ограничивается чистыми сделками финансирования, исключая важные сделки о предоставлении услуг (например, уступки в контексте международных факторинговых операций), при которых предоставляется страхование от неисполнения должником своих обязательств, а также услуги по ведению бухгалтерского учета или инкассированию; глава I не исключает такие сделки, поскольку она не содержит ссылки на цель финансирования или контекст уступки; см. пункт 26). Ссылка на международную торговлю может в достаточной степени отражать общую цель проекта конвенции, заключающуюся в содействии движению товаров и услуг через границы, и надлежащим образом указывать, что проект конвенции применяется к уступкам с международным и коммерческим элементом и при этом не стремится регулировать потребительские уступки или внутренние уступки внутренней дебиторской задолженности. С другой стороны, такая ссылка на международную торговлю может непреднамеренно создать впечатление того, что проект конвенции применяется только к уступкам дебиторской задолженности, возникшей в международной торговле, а не к уступке потребительской дебиторской задолженности, вытекающей из займа или других сделок, которые могут и не быть сопряжены с куплей-продажей товаров или предоставлением услуг. Кроме того, такая ссылка может и не отражать того обстоятельства, что проект конвенции может затрагивать внутренние уступки внутренней дебиторской задолженности, например, потому, что он призван предусмотреть, какие нормы права применяются к коллизии между внутренним и иностранным цессионариями внутренней дебиторской задолженности (по этому вопросу см. также пункты 21 и 169). В конечном счете, возможно, было бы предпочтительным включить ссылку на международную торговлю в название проекта конвенции и дать разъяснение по этому вопросу в комментарии.

Преамбула

5. Преамбула призвана служить в качестве изложения общих принципов, на которых основывается проект конвенции и которые согласно статье 8 могут использоваться для заполнения пробелов, оставленных в проекте конвенции. Эти принципы включают облегчение получения коммерческих и потребительских кредитов по более доступным ставкам, что отвечает интересам всех участвующих сторон, кредиторов, цессионариев и должников; принцип защиты должника, согласно которому правовое положение должника не затрагивается, если только в проекте конвенции прямо не указано иное; содействие движению товаров и услуг через границы; повышение определенности и предсказуемости в отношении прав сторон, участвующих в сделках, которые связаны с уступкой; обновление и согласование норм внутреннего и международного права, касающихся уступки, как на материально-правовом уровне, так и на уровне международного частного права; содействие развитию новых видов практики и недопущение подрыва существующих видов практики; недопущение подрыва конкуренции. Что касается ссылки на финансирование, которая взята в преамбуле в квадратные скобки, то Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости ее сохранения, поскольку она может с пользой для дела разъяснить основные цели проекта конвенции, не ограничивая сферу применения конвенции, причем этот вопрос можно было бы дополнительно разъяснить в комментарии.

Охватываемые сделки

6. С учетом широкого определения понятия "дебиторской задолженности", содержащегося в пункте (а) статьи 2 ("договорное право на платеж денежной суммы"), проект конвенции применяется к широкой совокупности сделок. В частности, проект конвенции охватывает уступку торговой дебиторской задолженности (возникающей из купли-продажи товаров или услуг между коммерческими предприятиями), потребительской дебиторской задолженности (возникающей из потребительских сделок), финансовой дебиторской задолженности (возникающей из таких финансовых сделок, как займы, депозитные счета, "свопы" и операции, сопряженные с производными финансовыми документами) и государственной дебиторской задолженности (возникающей из сделок с каким-либо административным органом). С целью уточнения контекста применения проекта конвенции эти виды практики кратко охарактеризованы в последующих пунктах. Перечень видов практики не может быть исчерпывающим, в частности с учетом того обстоятельства, что быстро развиваются новые виды практики, которые проект конвенции не может игнорировать.

7. Прежде всего включены такие традиционные методы финансирования, касающиеся торговой дебиторской задолженности, как факторинг (прямая продажа большого числа дебиторских задолженностей с правом регрессного требования или без такового) и форфейтинг (прямая продажа единой дебиторской задолженности большой стоимости, будь то документарной или нет, без права регрессного требования). При сделках такого вида кредиторы уступают финансирующим организациям свои права в дебиторской задолженности, возникающей из продажи

цедентом товаров или услуг. Уступка при таких сделках, как правило, представляет прямую передачу, однако может по различным причинам (например, гербовый сбор) совершаться в целях обеспечения. Покупная цена корректируется в зависимости от риска и времени, связанных со взысканием основной дебиторской задолженности. Эти сделки, помимо своих традиционных форм, привели к разработке ряда вариантов, приспособленных для удовлетворения различных потребностей сторон международных торговых операций. Например, при дисконтировании счетов-фактур имеет место прямая продажа большого числа дебиторских задолженностей без уведомления должника, однако при наличии полного права на регрессное требование в отношении цедента в случае неисполнения должником своих обязательств; при срочном факторинге осуществляются полное управление книгами учета продаж, взыскание долгов с должников и защита от сомнительных долгов, но без какого бы то ни было механизма кредитования; при международном факторинге дебиторская задолженность уступается фактору в стране цедента ("фактор по экспорту"), а затем фактором по экспорту другому фактору в стране должника ("фактор по импорту") для целей инкассирования, хотя факторы не имеют права регрессного требования против цедента в случае неисполнения должником своих обязательств (факторинг без права регрессного требования). Все эти сделки охватываются проектом конвенции вне зависимости от их формы.

8. Проект конвенции также охватывает такие передовые методы финансирования, как секьюритизация и проектное финансирование, которые могут быть сопряжены с широкой совокупностью дебиторских задолженностей, включая потребительскую дебиторскую задолженность. При операции по секьюритизации цедент, создавая дебиторскую задолженность за счет своих собственных усилий ("создатель"), уступает, обычно путем прямой передачи, эту дебиторскую задолженность какому-либо юридическому лицу ("специально-целевой механизм" или "SPV"), которое полностью принадлежит цеденту и специально учреждено в целях приобретения этой дебиторской задолженности и выплаты ее стоимости за счет денежных сумм, полученных от инвесторов, которым SPV продает дебиторскую задолженность или ценные бумаги, обеспеченные дебиторской задолженностью. Отделение дебиторской задолженности от других активов создателя позволяет увязать цену, уплачиваемую инвесторами (или предоставленную в кредит денежную сумму), с финансовой стоимостью уступленной дебиторской задолженности, а не с кредитоспособностью цедента. Оно также ограждает дебиторскую задолженность от риска несостоятельности создателя. Таким образом, создатель может быть в состоянии получить больший кредит, чем было бы обоснованным с учетом его кредитного рейтинга. Кроме того, вследствие получения доступа к международным рынкам ценных бумаг создатель может быть в состоянии получить кредит по стоимости, которая будет ниже средней стоимости коммерческого банковского кредита. При осуществлении крупномасштабных, обеспечивающих поступления проектов в области инфраструктуры спонсоры покрывают первоначальные инвестиционные расходы, заимствуя за счет будущих поступлений от проекта. Так, строительство гидроэлектростанций финансируется под обеспечение будущих поступлений за счет платежей за электроэнергию, создание телефонных систем оплачивается за счет будущих поступлений от телекоммуникационных сборов, а автомагистрали сооружаются с помощью средств, собранных посредством уступки будущих сборов за проезд. С учетом применимости проекта коллегия к будущей дебиторской задолженности эти виды проектного финансирования могут быть сокращены до передачи, обычно в целях обеспечения, будущей дебиторской задолженности, которая возникнет в результате финансирования проекта. В этом контексте следует подчеркнуть, что исключение из сферы применения проекта конвенции уступок, совершенных для личных, семейных или домашних целей, не будет означать исключения потребительской дебиторской задолженности.

9. Многие другие формы традиционных сделок, относящихся к уступке дебиторской задолженности, созданной в контексте какой-либо финансовой сделки, также будут охватываться. Они включают открытие кредитной линии под обеспечение в форме остатка на депозитном счете; рефинансирование займов для увеличения капитала до суммы обязательств или для целей диверсификации портфеля; уступку обусловленного обязательства страховой компании оплатить убытки; и уступку прав, возникающих из аккредитива. Кроме того, охватываются менее традиционные сделки, например синдицирование займов и участие в предоставлении займов, "свопы" и другие операции, сопряженные с производными финансовыми инструментами, соглашения о повторном приобретении ("репос") и межбанковские платежи.

10. "Своп" представляет собой операцию, при которой две стороны соглашаются произвести обмен одной совокупности обязательств на другую. Первые "свопы", касавшиеся выплаты процентов, затрагивали валюты, товары, энергию и кредитные обязательства, причем их охват продолжает расширяться. Основное обоснование совершения "свопа" заключается в передаче рисков, сопряженных с каким-либо конкретным обязательством, другой стороне, которая располагает большими возможностями или готова управлять такими рисками. При традиционном "свопе" процентов платежеспособное юридическое лицо, заимствующее денежные средства по фиксированной ставке, обменивает эти проценты на переменную процентную ставку, по которой менее обеспеченное юридическое лицо заимствует аналогичную сумму. В результате этого менее платежеспособное юридическое лицо за уплату сбора фактически заимствует денежные средства по фиксированной ставке. Между сторонами "свопа" (который вытекает из основных кредитных операций) не производится платеж суммы кредита. Между такими сторонами производится только выплаты процентов. На практике выплаты процентов взаимно зачитываются и только платеж суммы нетто производится стороной, с которой причитается более крупный платеж. Этот остаточный платеж представляет собой договорное право на какую-либо денежную сумму и поэтому входит в рамки широкого определения, содержащегося в статье 2. Существует несколько вариантов простого "свопа" процентной ставки.

Например, инвестор может приобрести облигацию по фиксированной ставке и "свопировать" данную фиксированную ставку на плавающую ставку с каким-либо банком; банк может принять обеспечение в отношении этой облигации для обеспечения исполнения обязательств инвестора по выплате сумм, равных фиксированной ставке.

11. Операции, сопряженные с производными финансовыми инструментами, представляют собой более общую категорию сделок, конкретным примером которых являются "свопы". Они имеют общую особенность, заключающуюся в установлении платежных обязательств, которые определяются ценой основной сделки (именно по этой причине они называются "производными" от этих сделок). За исключением "свопов" процентов, большинство производных контрактов относится к разнице между согласованной будущей ценой какого-либо актива на какую-либо будущую дату и фактической рыночной ценой этого актива на эту дату. Например, при срочном контракте одна сторона соглашается поставить другой стороне в конкретно указанный будущий день ("день наступления срока исполнения") какой-либо конкретно указанный актив (например, товар, валюту, задолженность, обеспечение в форме акций или пакет ценных бумаг, банковский депозит или любую другую категорию собственности) по цене, согласованной во время заключения контракта и подлежащей уплате в день наступления срока исполнения. Срочные контракты обычно исполняются посредством платежа разницы между ценой, согласованной в момент заключения контракта, и рыночной ценой в день наступления срока исполнения, а не посредством физической поставки и полного платежа в этот день (они называются производными, поскольку урегулирование осуществляется не фактическим исполнением договора купли-продажи или договора о депозите, а выплатой разницы, полученной от фактического актива и фактической цены; такой контракт является производным от обычного коммерческого договора). При опционах покупатель имеет право (но не обязательство) приобрести (опцион "кол") или продать (опцион "пут") какой-либо актив в будущем по цене, зафиксированной во время совершения опциона. Соглашения о повторном приобретении (или "репос") представляют собой контракты, согласно которым одна сторона продает (как правило, фиксированные проценты) обеспечение другой стороне и одновременно соглашается вновь приобрести это обеспечение на какую-либо будущую дату по согласованной цене, которая включает надбавку на проценты от возмещения в форме наличных средств и на накопленные проценты в отношении этого обеспечения. Такие платежи обусловлены предоставлением или возвращением обеспечения. В рамках систем межбанковских платежей и систем урегулирования по ценным бумагам участники несут обязательства производить большое число индивидуальных платежей, а также имеют права на получение аналогичного числа платежей от других участников. Эти обязательства и права сведены в платежи, причитающиеся такой системе в целом или от нее (как правило, с использованием центрального контрагента), или же причитающиеся между каждой парой участников.

12. Сделки, сопряженные с производными с финансовыми инструментами, включая "свопы" и "репос", как правило, заключаются в рамках генерального соглашения о взаимозачетах (например, Генерального соглашения о взаимозачетах, подготовленного Международной ассоциацией по свопам и производным финансовым инструментам (ISDA)), которое предусматривает взаимозачетное производство платежей, причитающихся в одной и той же валюте на одну и ту же дату. Такое соглашение может также содержать положение, предусматривающее в случае неисполнения своих обязательств какой-либо стороной прекращение всех остальных сделок при их замене или возмещении справедливых рыночных издержек, комиссии таких сумм в единую валюту и взаимозачете в единый платеж одной стороны другой стороне (вопросы, касающиеся взаимозачетов, затрагиваются в Типовом законе о взаимозачетах ISDA, принятом 21 государством). Право на зачет (погашение взаимных требований до размера наименьшего требования) и взаимозачеты (в своей простейшей форме способность зачитывать взаимные требования в случае несостоятельности контрагента) могут входить в сферу применения проекта конвенции в той степени, в какой может быть уступлено обязательство о взаимозачете, вытекающее из контракта, сопряженного с производными финансовыми инструментами.

ГЛАВА I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ

Комментарий

Структура главы I

13. В главе I вопросы, касающиеся сферы применения, затрагиваются в различных положениях в интересах ясности и простоты текста. В статье 1 в общих выражениях определяются материально-правовая сфера применения, а также территориальная сфера применения проекта конвенции. В статьях 2 и 3 материально-правовая сфера применения определяется более подробно (определения уступки, дебиторской задолженности и международного характера уступки или дебиторской задолженности). Статьи 4 и 5 касаются исключенных сделок и сделок с разным режимом. Статья 6 содержится в главе II проекта конвенции, поскольку термины, определяемые в ней, не ставят главным образом или только вопросы, касающиеся сферы применения. Однако Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли с учетом большого значения термина "местонахождение" перенести его определение, содержащееся в статье 6(i) в статью 2 или 3, или же в какую-либо новую статью в главе 1.

Статья 1. Сфера применения

1) Настоящая Конвенция применяется:

a) к уступкам международной дебиторской задолженности и международным уступкам дебиторской задолженности, как они определяются в настоящей главе, если в момент заключения договора уступки цедент находится в Договаривающемся государстве;

b) к последующим уступкам дебиторской задолженности при условии, что любая предшествующая уступка регулируется настоящей Конвенцией; и

c) к последующим уступкам, которые регулируются настоящей Конвенцией согласно подпункту (a) настоящего пункта, независимо от того, что какая-либо предшествующая уступка не регулируется настоящей Конвенцией.

2) Настоящая Конвенция не затрагивает прав и обязательств должника, за исключением случаев, когда должник находится в Договаривающемся государстве или когда право, регулирующее дебиторскую задолженность, является правом Договаривающегося государства.

[3) Положения главы V применяются к уступкам международной дебиторской задолженности и к международным уступкам дебиторской задолженности, как они определяются в настоящей главе, независимо от пунктов 1 и 2 настоящей статьи. Однако эти положения не применяются, если государство делает заявление согласно статье 37.]

4) Приложение к настоящей Конвенции применяется в Договаривающемся государстве, которое сделало заявление согласно статье 40.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 19-32
 A/CN.9/432, пункты 13-38
 A/CN.9/434, пункты 17-41
 A/CN.9/445, пункты 45-48 и 125-145
 A/CN.9/447, пункты 143-146
 A/CN.9/455, пункты 41-46 и 160-173
 A/CN.9/456, пункты 22-37
 A/CN.9/466, пункты 145-149

КомментарийМатериально-правовая и территориальная сфера применения

14. В соответствии со статьей 1 проект конвенции применяется к уступкам дебиторской задолженности (в отношении определения терминов "уступка" и "дебиторская задолженность" см. пункты 26, 27, 29 и 30). Применение проекта конвенции оговорено двумя условиями. Необходимо наличие элемента международного характера (в отношении исключения см. пункт 18) и элемента территориальной связи между определенными сторонами и договаривающимся государством. Элемент международного характера может относиться к уступке или к дебиторской задолженности. Соответственно, проект конвенции применяется к уступкам международной дебиторской задолженности вне зависимости от того, являются ли эти уступки международными или внутренними, а также к международным уступкам дебиторской задолженности даже в том случае, если дебиторская задолженность является внутренней. В результате этого уступка дебиторской задолженности охватывается вне зависимости от того, возникает ли эта дебиторская задолженность в контексте международной или внутренней торговли, если сама уступка является международной (замечания в отношении международного характера см. в пунктах 38-40). Элемент территориальной связи может относиться только к цеденту или же к цеденту и должнику. Для применения иных положений проекта конвенции, чем положения, касающиеся должника (например, раздела II главы IV), необходимо, чтобы только цедент находился в каком-либо договаривающемся государстве. Для применения проекта конвенции в целом необходимо, чтобы должник также находился в каком-либо договаривающемся государстве (или же необходимо, чтобы нормы права, регулирующие дебиторскую задолженность, были нормами права договаривающегося государства; термин "местонахождение" рассматривается в пунктах 66-70).

15. Этот подход к вопросу о территориальной сфере применения проекта конвенции основывается на том предположении, что основные споры, которые проект конвенции будет призван урегулировать, будут решены, если цедент (и, только для применения положений, касающихся должника, должник) находится в договаривающемся государстве. Такие споры могут возникать в отношении прав цессионария против цедента, вытекающих из

нарушения гарантии; обеспечения дебиторской задолженности цессионарием против должника; исполнения своих обязательств должником; возражений должника по отношению к цессионарию, относительных прав цессионария и управляющего в деле о несостоятельности cedentia; относительно преимущественных прав цессионария и конкурирующего цессионария; и действительности последующих уступок. Рабочая группа также сочла, что обеспечение будет обычно испрашиваться в месте нахождения cedentia или должника, и таким образом нет необходимости делать ссылку на место нахождения цессионария, и что применение положений проекта конвенции, иных, чем положения, содержащиеся в разделе II главы IV, не будет затрагивать должника, и таким образом нет необходимости исключать применение всех положений проекта конвенции, если должник не находится в договаривающемся государстве.

16. В результате использования этого подхода территориальная сфера применения проекта конвенции является достаточно широкой, и таким образом нет необходимости распространять ее на случаи, когда ни одна из сторон не находится в договаривающемся государстве, однако право договаривающегося государства применимо в силу норм международного частного права суда. Рабочая группа полагала, что использование такого подхода может породить неопределенность, по меньшей мере, в той степени, в какой нормы международного частного права, касающиеся уступки, не являются единообразными, и в любом случае стороны в момент заключения какой-либо сделки не будут знать, в отношении чего может возникнуть спор и, в результате этого, какие нормы международного частного права могут быть применимыми. Однако, если такой суд находится в недоговаривающемся государстве, то суды не связаны положениями проекта конвенции. Поэтому, несмотря на то обстоятельство, что статья I не упоминает о применении проекта конвенции в силу норм международного частного права, судам какого-либо недоговаривающегося государства нельзя воспрепятствовать в применении проекта конвенции в качестве части права, определенной на основании их норм международного частного права. В связи с этим возникает конкретный вопрос о том, будут ли суды какого-либо недоговаривающегося государства применять проект конвенции только в том случае, если его будут применять суды договаривающегося государства (т.е. если материально-правовые и территориальные требования проекта конвенции соблюдены) или даже если суды договаривающегося государства не будут его применять (т.е. если требования, установленные в главе I, не соблюдены). Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть этот вопрос.

17. В соответствии с пунктом 2 статьи I положения проекта конвенции, касающиеся должника, могут применяться к ситуациям, в которых должник может и не находиться в договаривающемся государстве, однако право договаривающегося государства регулирует уступленную дебиторскую задолженность. В этом контексте используется иной подход к территориальной сфере применения проекта конвенции, поскольку, по мнению Рабочей группы, определенности в отношении применения проекта конвенции не будет причинен несомненный ущерб. Кроме того, в отличие от пункта 1, пункт 2 статьи I не указывает момент времени, в который должнику необходимо находиться в договаривающемся государстве или же необходимо, чтобы дебиторская задолженность регулировалась правом договаривающегося государства (по этому вопросу см. также пункты 202 и 219). Комиссия, возможно, пожелает точно указать этот момент времени. С точки зрения защиты должника, возможно, был бы предпочтительным момент заключения первоначального договора, поскольку это повысило бы предсказуемость в отношении применения проекта конвенции к вопросам, касающимся должника. Такой подход был бы также совместим со статьей 39, в которой указывается местонахождение должника в государстве, делающем заявление в момент заключения первоначального договора. Однако такой подход привел бы к тому, что cedent, цессионарий и третьи стороны не были бы в состоянии определить, в случае будущей дебиторской задолженности, будет ли проект конвенции применяться к правам и обязательствам должника (рассмотрение связанной с этим проблемы, касающейся будущей дебиторской задолженности, которая была уступлена внутри страны, см. в пунктах 39 и 40).

Последующие уступки

18. В соответствии с принципом *continuatio juris* проект конвенции применяется также к последующим уступкам, совершенным, например, в контексте международных сделок, связанных с факторингом, секьюритизацией и рефинансированием, при условии, что любая предшествующая уступка регулируется проектом конвенции (и вне зависимости от того, существует ли элемент международного характера). Соответственно, даже внутренняя уступка внутренней дебиторской задолженности может быть привнесена в сферу применения проекта конвенции, если она является последующей после какой-либо международной уступки. Причина использования такого подхода заключается в том, что, если только на все уступки в цепи уступок не распространялся один и тот же правовой режим, будет весьма трудно решать связанные с уступками вопросы каким-либо последовательным образом. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли проект конвенции применяться к последующим уступкам только в том случае, если cedent находится в каком-либо договаривающемся государстве.

19. Проект конвенции также применяется к последующим уступкам, которые сами по себе подпадают под действие статьи I(a), независимо от того, регулируется ли какая-либо предшествующая уступка проектом конвенции (поскольку эта уступка не является отдельным видом уступки, Комиссия, возможно, пожелает вновь рассмотреть вопрос о местонахождении пункта 1(c) статьи I). В результате этого проект конвенции может применяться только к некоторым уступкам в цепи уступок. Такой результат является отходом от принципа *continuatio juris*. Вместе с тем Рабочая группа сочла необходимым придерживаться этого подхода, поскольку стороны уступок при сделках

секьюритизации, в которых первая уступка является внутренней и относится к внутренней дебиторской задолженности, не должны лишаться преимуществ, которые могут быть получены от применения проекта конвенции. Этот подход основывается на том предположении, что он не подрывает ненадлежащим образом внутреннюю практику (по этому вопросу см. пункт 20).

Взаимосвязь с внутригосударственным законодательством

20. В результате охвата проектом конвенции международных уступок внутренней дебиторской задолженности или даже внутренних уступок внутренней дебиторской задолженности, совершенных в контексте последующих уступок, стороны, участвующие во внутренних сделках, могут извлекать пользу из более широкого доступа к международным финансовым рынкам и, таким образом, к потенциально недорогостоящим кредитам. Интересы цедентов, защищаемые, например, установленными во внутригосударственном законодательстве запрещениями уступок будущей дебиторской задолженности или глобальных уступок, не будут ненадлежащим образом нарушаться в той степени, в какой проект конвенции не препятствует цеденту предлагать свою дебиторскую задолженность различным заимодавцам для целей предоставления кредита (например, поставщику материалов в кредит или финансовому учреждению для получения оборотного капитала), поскольку он не предоставляет одному приоритета над другим. Интересы должников, защищаемые внутригосударственным законодательством, не будут ненадлежащим образом нарушаться, по крайней мере, в той степени, в какой проект конвенции требует, чтобы должник находился в договаривающемся государстве, и ограничивает последствия уступки для должника главным образом производством платежа другому кредитору в стране и в валюте, указанных в первоначальном договоре. Интересы внутренних цессионариев не будут ненадлежащим образом нарушаться в любом случае, поскольку проект конвенции не предоставляет иностранному цессионарию приоритета над внутренним цессионарием. Он всего лишь указывает, какое внутригосударственное законодательство будет регулировать приоритет. Кроме того, для того чтобы коллизия между внутренним и иностранным цессионариями охватывалась проектом конвенции (статья 24(a)(i)), цедент должен будет находиться в договаривающемся государстве (статья 1(a)) и этим государством в силу определения внутренней уступки внутренней дебиторской задолженности (статья 3) будет государство, в котором будут находиться и внутренний должник, и внутренний цессионарий. Однако в силу действия нормы, касающейся места нахождения центрального органа управления, различные нормы права могут применяться к коллизии уступки, совершенной каким-либо филиалом, и уступки, совершенной главной конторой, если этот филиал или эта главная контора не находится в каком-либо договаривающемся государстве.

Сфера применения главы V

21. В соответствии с пунктом 3 статьи I положения главы V, основывающиеся на международном частном праве, применяются к уступкам с международным элементом, как он определен в статье 3, вне зависимости от того, находится ли цедент или должник в каком-либо договаривающемся государстве. Обоснование ограничения сферы применения главы V сопряжено с желанием уменьшить вероятность какой-либо коллизии с другими конвенциями, которые касаются вопросов уступки, связанных с международным частным правом (например, Конвенцией Европейского союза о праве, применимом к договорным обязательствам, Рим, 1980 год ("Римская конвенция") и Межамериканской конвенцией о праве, применимом к международным контрактам, Мехико, 1994 год ("Конвенция Мехико")). Комиссия, возможно, пожелает пересмотреть этот подход. Определение сферы применения положений международного частного права путем ссылки на материально-правовые или даже искусственные понятия международного характера не представляется целесообразным. В любом случае вопрос о коллизии с другими документами международного частного права уже в достаточной мере затрагивается в статье 36 (предоставляющей преимущественную силу любому другому международно-правовому документу, который касается тех же вопросов) и в статье 37 (разрешающей государствам не применять главу V).

22. Комиссия может также пожелать рассмотреть возможность решения вопроса, касающегося иерархии материально-правовых положений проекта конвенции и его положений, основывающихся на международном частном праве, с целью обеспечить чтобы прежде всего применялись материально-правовые положения (этот вопрос затрагивается в статье 24 формулировкой: "за исключением вопросов, урегулированных в других разделах настоящей Конвенции"). В начале главы V можно было бы включить новое положение, которое определяло бы сферу применения главы V, устанавливало бы иерархию в отношении главы V и остальных положений проекта конвенции и предусматривало бы право государств не применять главу V. В таком положении могло бы говориться следующее: "Глава V применяется к уступкам независимо от положений главы I. В случае уступки, к которой применяется настоящая Конвенция в соответствии с главой I, глава V применяется к вопросам, которые не урегулированы в других разделах настоящей Конвенции. Если государство делает заявление согласно статье 37, то глава V не применяется". В статье 37 разъяснились бы последствия такого заявления (дополнительные замечания в отношении сферы применения и цели главы V см. в пунктах 187-189). В случае использования такого подхода можно было бы исключить пункт 3 статьи I или же сохранить в нем ссылку только на возможность оговорки государств в отношении применения главы V.

Применение приложения

23. Статья 24 проекта конвенции относит вопросы приоритета к праву места нахождения цедента (в отношении значения понятия "местонахождение" см. статью 6(i)). Признавая то обстоятельство, что некоторые государства могут нуждаться в обновлении или корректировке своих норм, касающихся приоритета, пункт 4 статьи 1 разрешает государствам делать выбор в пользу применения одной из двух совокупностей материально-правовых норм, касающихся преимущественных прав и изложенных в приложении. В пункте 2 статьи 40 разъясняются последствия заявления, сделанного согласно пункту 4 статьи 1, а именно то, что для целей статьи 24 правом места нахождения цедента являются нормы, касающиеся преимущественных прав и изложенные в приложении, которые выбраны договаривающимися государством, в котором находится цедент (в отношении возможностей выбора, предоставляемых государствам, и последствий заявлений см. пункт 216). После завершения разработки статьи 40 Комиссия, возможно, пожелает пересмотреть эту формулировку и определить надлежащее место пункта 4 статьи 1 в проекте конвенции.

Статья 2. Уступка дебиторской задолженности

Для целей настоящей Конвенции:

а) "уступка" означает передачу по договоренности одним лицом ("цедентом") другому лицу ("цессионарию") договорного права цедента на платеж денежной суммы ("дебиторской задолженности"), причитающейся с третьего лица ("должника"). Создание прав в дебиторской задолженности в качестве обеспечения долга или иного обязательства считается передачей;

б) в случае уступки первоначальным или любым другим цессионарием ("последующая уступка") лицо, совершающее эту уступку, является цедентом, а лицо, в пользу которого совершается эта уступка, является цессионарием.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 33-34
A/CN.9/432, пункты 39-69 и 257
A/CN.9/434, пункты 62-77
A/CN.9/445, пункты 146-153
A/CN.9/456, пункты 38-43
A/CN.9/466, пункты 87-91

Комментарий

Уступка и договор уступки или договор о финансировании

24. Как и большинство правовых систем, проект конвенции признает различие между самой уступкой как передачей имущества и договором уступки как сделкой, создающей личные обязательства (другими словами, между уступкой и ее санкта, т.е. продажей, соглашением об обеспечении, дарением или платежом). Это различие может быть очевидным в тех случаях, когда договор уступки и уступка совершаются в разные моменты времени и являются частью отдельных соглашений (как, например, при сделках по секьюритизации и сделках по проектному финансированию). Оно может и не быть столь очевидным в тех случаях, когда данные две сделки заключаются одновременно и воплощаются в каком-либо едином договоре (как, например, при факторинговых операциях). Хотя проект конвенции в основном направлен на уступку как передачу имущественных прав в дебиторской задолженности, в своих статьях 13-16 и 28 он также затрагивает договорные вопросы. Вместе с тем проект конвенции не затрагивает вопросов о взаимосвязи между уступкой и договором уступки. Режим такой взаимосвязи является разным в каждой правовой системе. В некоторых правовых системах действительность уступки зависит от действительности договора. В других правовых системах уступка рассматривается как "абстрактная сделка", т.е. юридически независимая от основного договора в том смысле, что дефекты основного договора не затрагивают автоматически действительность уступки и *vice versa*. В других же правовых системах уступка является отдельным актом, однако она может затрагиваться недействительностью договора. На практике дефект в договоре уступки зачастую будет вести к аннулированию самой уступки. Однако в том ограниченном числе случаев, в которых только договор может быть недействительным, цедент будет располагать только личным требованием к цессионарию, ограничивающимся реституцией стоимости любого неосновательного обогащения, и не сможет отделить уступленную дебиторскую задолженность от конкурсной массы цессионария или возражать против изъятия уступленной дебиторской задолженности, находящейся в руках цессионария.

25. В частности, проект конвенции не указывает цель уступки, т.е. на то, совершена ли уступка лишь для целей финансирования или ведения книг учета, взыскания долга, страхования, управления рисками, диверсификации портфеля или же других целей. Такое обусловливание наносит ущерб цели договора уступки или договора

финансирования и привело бы к ненадлежащему ограничению сферы применения проекта конвенции лишь сделками финансирования и к установлению специального режима уступок для целей финансирования, даже хотя в нем нет необходимости, к возникновению неопределенности, поскольку термины "финансирование" и "коммерческий" не имеют универсального одинакового понимания, равно как и не является практически возможным или целесообразным их единообразное определение, и к необоснованному исключению из сферы применения конвенции важных сделок, при которых могут предоставляться только услуги (в отношении возможного воздействия такого подхода на внутрисударственное законодательство см. пункт 20; в отношении вероятной коллизии с Конвенцией о международных факторинговых операциях, Оттава, 1980 год ("Оттавская конвенция"), см. пункты 204-206).

"Передача по договоренности"

26. С целью включения в сферу применения проекта конвенции, помимо уступок, других видов практики, сопряженных с передачей имущественных прав в дебиторской задолженности, таких, как договорная суброгация или залог, в статье 2 "уступка" определяется как передача. Этот подход учитывает то обстоятельство, что значительное число сделок, касающихся финансирования под дебиторскую задолженность, таких, как факторинг, заключается в некоторых правовых системах посредством договорной суброгации или залога. Проект конвенции, вместо установления нового вида уступки, направлен на установление единообразных норм, касающихся уступки, и видов практики с международным элементом, касающихся уступки, которые, хотя и охватываются в теории действующими нормами внутрисударственного законодательства, не могут быть в достаточной мере разработанными с учетом свойственных внутрисударственному законодательству ограничений в отношении его применения к вопросам, связанным с императивными нормами права, в международном контексте. Ссылка на передачу "по договоренности" призвана исключить передачу в силу закона (например, статутную суброгацию).

27. Как и прямая передача, в том числе передача, совершенная в целях обеспечения, так и уступка, совершенная в качестве обеспечения, предназначены для охвата проектом конвенции независимо от того, предоставляются ли или делается ли обещание предоставить "имущество, кредит или услуги" в момент уступки или же в какой-либо предшествующий момент времени (вознаграждение не упоминается в статье 2, поскольку оно относится к договору уступки или договору финансирования). Во избежание какой-либо неясности в отношении того, охватывается ли уступка в качестве обеспечения, этот вопрос прямо разъясняется в статье 2(a), создающей юридическую фикцию, согласно которой для целей проекта конвенции создание обеспечительных прав в дебиторской задолженности считается передачей. Вместе с тем в проекте конвенции не определяются прямые уступки и уступки в качестве обеспечения. Этот вопрос оставлен для решения на основе других норм права, применимых вне проекта конвенции, поскольку с учетом широких различий между правовыми системами в отношении классификации передачи уступка, совершенная в качестве обеспечения, может фактически обладать атрибутами продажи, тогда как продажа может использоваться как способ обеспечения.

"Одним лицом другому лицу"

28. Как cedent, так и cessionary могут быть юридическими или физическими лицами, будь то торговцами или потребителями. В частности, уступка между физическими лицами охватывается, если только cessionary не является потребителем и уступка не совершается в его потребительских целях (пункт 1(a) статьи 4). В результате этого уступка дебиторской задолженности по кредитным карточкам или уступка займов, обеспеченных недвижимым имуществом, при сделках по секьюритизации, а также уступка оплаты за пользование дорогами при сделках по проектному финансированию входят в сферу применения проекта конвенции. С учетом того факта, что в проекте конвенции единственное число включает множественное число и vice versa, уступка, совершенная многими лицами (например, собственниками дебиторской задолженности) или многим лицам (например, финансовому синдикату), также охватывается (равно как и уступка нескольких дебиторских задолженностей). Однако при определении территориальной сферы применения или международного характера каждая уступка должна считаться отдельной уступкой и отвечать условиям, установленным в главе I, с тем чтобы проект конвенции применялся (в отношении случаев, касающихся множественных должников, см. пункт 38). При уступке доверительному собственнику, действующему от имени нескольких лиц, вопрос о том, существует ли один или несколько cessionaries, зависит от точных полномочий доверительного собственника, т.е. от того, является ли доверительный собственник простым агентом или же имеет полномочия принимать решения по существу. Этот вопрос оставлен для решения на основании норм права, применимых вне проекта конвенции.

"Договорное право на платеж денежной суммы"

29. Предполагается, что дебиторская задолженность, возникающая из договора любого вида, охватывается вне зависимости от того, существует ли этот договор в момент уступки. Передача дебиторской задолженности, возникающей в силу закона, например, деликтной дебиторской задолженности, дебиторской задолженности, возникающей в контексте неосновательного обогащения, налоговой дебиторской задолженности или дебиторской задолженности, установленной в судебных или арбитражных решениях, исключается, если только она не подтверждена в соглашении об урегулировании. Вопрос о том, что представляет собой "договорное" право, является

вопросом толкования в соответствии с нормами права, регулирующими данное право. Однако договорная дебиторская задолженность, уступка которой охватывается проектом конвенции, включает дебиторскую задолженность, возникающую в связи с договорами купли-продажи товаров или договорами о предоставлении услуг, независимо от того, являются ли эти договоры коммерческими или потребительскими сделками; дебиторскую задолженность в форме авторских гонораров, возникающую из лицензирования интеллектуальной собственности; убытки в результате нарушения договора; проценты, если они причитаются согласно первоначальному договору; дивиденды, полученные от акций, независимо от того, были ли они объявлены в момент уступки или возникли после этого; право на получение платежа поступлений по независимой гарантии или аккредитиву; и дебиторскую задолженность в форме кредитового сальдо на депозитных счетах или по сделкам с ценными бумагами.

30. Хотя в принципе право цедента/продавца на какие-либо товары, возвращенные покупателем (должником), не является дебиторской задолженностью согласно проекту конвенции, во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием оно рассматривается в качестве дебиторской задолженности в той степени, в какой любые возвращенные покупателем товары заменяют уступленную дебиторскую задолженность (статья 16, однако в отношении третьих сторон цессионарий не имеет права на какие-либо возвращенные товары, поскольку они исключаются из определения понятия "поступления", содержащегося в статье 6(k)). Кроме того, неденежные права, преобразуемые в денежную сумму (например, уступка прав, возникающих при "свопе" товаров), являются дебиторской задолженностью, уступка которой охватывается. В той мере, в какой такое преобразование предусматривается в первоначальном договоре, этот результат косвенно вытекает из статьи 2; в той мере, в какой такое преобразование не предусматривается в первоначальном договоре, оно соответствует решению Рабочей группы охватить уступку неденежных прав, преобразованных в возмещение убытков от нарушения договора. Этот результат также косвенно вытекает из статьи 5, которая касается "свопов" и сделок, сопряженных с производными финансовыми инструментами. Комиссия, возможно, пожелает прямо отразить это понимание в проекте конвенции. Комиссия, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли охватывать односторонние уступки, хотя такие уступки являются весьма редкими на практике. Кроме того, после принятия поступлений от уступленной дебиторской задолженности фактическая уступка будет существовать. Однако в небольшом числе случаев, когда совершается односторонняя уступка и возникает коллизия с уступкой по конвенции до какого-либо косвенного соглашения, заключенного посредством принятия платежа цессионарием, возможно, было бы желательным обеспечить, чтобы такая коллизия разрешалась согласно статье 24 на основе права места нахождения цедента.

Неденежные права на исполнение

31. Не охватывается уступка других, неденежных, договорных прав (например, право на исполнение, право заявить о расторжении договора и право требовать поставки товара или создания обеспечения в соответствии со "своим" или соглашением о повторном приобретении) или уступка сложных прав (например, право на представление документов и требование платежа в соответствии с независимой гарантией или аккредитивом). Комиссия, возможно, пожелает вновь рассмотреть вопрос об исключении уступки неденежных договорных прав на исполнение. Такой подход может привести к тому, что на отдельные части одной и той же сделки об уступке будут распространяться различные правовые режимы, поскольку на практике уступки зачастую относятся ко всем правам, возникающим согласно договору, а цессионарии полагаются также на неденежные права на исполнение (проект статьи 12.101 Европейских договорных принципов касается "прав на платеж или иное исполнение"⁹; однако проект статьи 1.1 принципов Международного института по унификации частного права (МИУЧП), касающихся уступки, сформулирован на основе статьи 2)¹⁰. Уступки договоров, сопряженные с уступкой договорных прав и делегированием обязательств, также не охватываются. Хотя такие сделки могут быть частью финансовых договоренностей, финансирующая организация будет обычно полагаться главным образом на дебиторскую задолженность. Что касается делегирования обязательств, то, по мнению Рабочей группы, оно не должно охватываться, поскольку оно ставит вопросы, выходящие далеко за пределы желательной сферы применения проекта конвенции.

Части или неразделенные интересы в дебиторской задолженности

32. Важные виды практики, которые предполагается охватить проектом конвенции, связаны с уступкой частей или неразделенных интересов в дебиторской задолженности (например, секьюритизация, синдицирование займов и участие в предоставлении кредитов). Действительность таких частичных уступок не является чем-то общим для всех правовых систем. Поэтому статья 9 признает такие уступки действительными. Однако с учетом того обстоятельства, что в главе I нет прямой ссылки на такие частичные уступки, не вполне ясно, применяется ли к ним проект конвенции в целом (включая положения о защите должника, применение которых является важным, если

⁹ Имеется в виду проект, подготовленный в декабре 1999 года для Комиссии по европейскому договорному праву профессором Роем Гудом.

¹⁰ Имеется в виду Unidroit 1999, Study L - Doc.65 of December 1999, Working Group for the preparation of Principles on International Commercial Contracts, Chapter [...], Assignment of rights, transfer of duties and assignment of contracts, Section I: assignment of rights (draft and explanatory notes prepared by Professor Marcel Fontaine).

дебиторская задолженность частично уступлена нескольким цессионариям, а должник несет расходы по производству платежей более чем одному лицу). В связи с этим Комиссия, возможно, пожелает разъяснить этот вопрос в статье 2(а) путем добавления, например, перед словами "договорного права цедента" слов "полностью или частично" (этот вопрос рассматривается в проекте статьи 12.103 Европейских договорных принципов и в проекте статьи 1.3 принципов МИУЧП, касающихся уступки).

33. Что касается денежных прав, которые являются делимыми, то должник, как правило, будет в состоянии произвести частичный платеж. Это может и не относиться к неденежным правам на исполнение, поскольку деление прав на исполнение может изменить взаимосвязь между исполнением и встречным исполнением и оказывать негативное воздействие на правовое положение должника. В связи с этим, если Комиссия решит включить уступку неденежных прав на исполнение в сферу применения проекта конвенции, то она, возможно, пожелает разъяснить, что частичная уступка таких прав допускается только в том случае, если они могут быть разделены (например, если должник вправе произвести отдельный платеж в отношении части уступленного исполнения; см. проект статьи 12.103(2) Европейских договорных принципов). Кроме того, Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть положение должника в случае частичной уступки денежной дебиторской задолженности. На практике кредиторы заинтересованы в обычном потоке платежей и поэтому маловероятно, чтобы должнику было предложено произвести платеж более чем одному цессионарию. Кроме того, согласно статье 17 такая просьба может затрагивать только различных получателей платежа в одной и той же стране и не может привести к каким-либо дополнительным расходам для должника.

34. Однако вполне возможно, что этот вопрос необходимо урегулировать прямо. Комиссия может пожелать рассмотреть, например, возможность того, что, по усмотрению должника, уведомление должно рассматриваться как недействительное, если связанная с ним платежная инструкция поручает должнику произвести платеж назначенному получателю в меньшем размере, чем сумма, причитающаяся по первоначальному договору. Использование такого подхода привело бы к охвату всех комбинаций единых или множественных уступок, частей или неразделенных интересов в дебиторской задолженности вне зависимости от того, касаются ли они единовременной суммы или периодических платежей. Оно также привело бы к обеспечению защиты должника достаточным, но гибким образом, без установления, в порядке регулирования, требований в отношении того, что должны делать цедент, должник или цессионарий, и без установления ответственности. Если должник готов выполнить инструкцию о производстве платежей множественным цессионариям, то нет оснований для воспрепятствования сторонам сделать то, что они все хотят сделать. С другой стороны, если должник производит платеж, не будучи осведомленным о своем праве проигнорировать такую платежную инструкцию, то факультативный характер недействительности уведомления сохранял бы освобождение про tanto должника от ответственности в результате того, что он произвел платеж в соответствии с платежными инструкциями. И наоборот, в случае частичной уступки идентификация одного получателя платежа может быть предусмотрена в качестве условия действительности уведомления и связанной с ним платежной инструкции. В таком случае если должник получил инструкции произвести платежи более чем одному цессионарию по частям дебиторской задолженности, то должнику можно позволить добиться освобождения от ответственности путем производства платежа цеденту или первому уведомляемому цессионарию (возможно, потребуются включить в статьи 18 и 19 дополнительную формулировку). Третий вариант мог бы заключаться в установлении права должника требовать от цедента компенсации за любые дополнительные расходы, понесенные должником в результате частичной уступки, или даже права на зачет в отношении цессионария. В случаях, когда право на компенсацию может и не защищать надлежащим образом должника от вероятности отдельных разбирательств, возбужденных цедентом и одним или несколькими цессионариями, должнику может быть предоставлено право ходатайствовать о порядке, в котором все заявившие требования лица будут объединены в ходе одного разбирательства, принятое в результате которого решение будет обязательным для всех (проект статьи 12.103(3) и (4) Европейских договорных принципов).

Личные права/статутная возможность уступки

35. Статья 2 не касается личных прав, которые в силу закона не могут быть уступлены (например, заработная плата, пенсия, страховые полисы, государственная дебиторская задолженность). Однако предполагается, что статутные ограничения на уступку, иные, чем ограничения, предусмотренные в статье 9, не предполагается охватывать см. пункты 84 и 85). Комиссия, возможно, пожелает прямо изложить такое понимание в статье 2 (проект статьи 12.302 Европейских договорных принципов содержит ссылку на "исполнение, предоставления которого кому бы то ни было, за исключением цедента, нельзя разумно требовать от должника в силу характера исполнения или взаимоотношений между должником и цедентом"; проект статьи 1.3 принципов МИУЧП, касающихся уступки, указывает на права, которые имеют "личный характер, или уступка [которых] запрещена применимым правом").

"[Причитающейся] с третьего лица"

36. Помимо цедента и цессионария, должник также может быть юридическим или физическим лицом, торговцем или потребителем, административным органом или финансовым учреждением (или же может иметь место множественность должников). В отличие от Оттавской конвенции, проект конвенции не исключает коммерческую

практику, сопряженную с уступкой договорной дебиторской задолженности, причитающейся с потребителей, если только уступка не совершается потребителю в его потребительских целях (пункт 1(а) статьи 4). Уступки потребительской дебиторской задолженности образуют часть важной практики, например, секьюритизации дебиторской задолженности по кредитным карточкам, содействие которой сопряжено с вероятностью получения доступа к кредиту по низкой стоимости производителями, розничными торговцами и потребителями, что может способствовать международной торговле потребительскими товарами. Однако, хотя проект конвенции охватывает уступку потребительской дебиторской задолженности, он не призван отменить законодательство о защите потребителей. Этот принцип вытекает из общего принципа защиты должника, закрепленного в пункте 1 статьи 17. Он также отражен в ряде положений проекта конвенции, например, в пункте 1 статьи 21 и в статье 23, в соответствии с которыми должник-потребитель не может отказаться от каких-либо возражений или прав на зачет и имеет право на возвращение платежей от цессионария, если законодательство о защите потребителей, применимое в стране должника, предусматривает это (в отношении положений о недопустимости уступки в потребительском контексте см. пункт 100).

37. Уступка дебиторской задолженности, принадлежащей правительству или государственному органу, охватывается, если только она не может быть уступлена в силу закона (этот вопрос, возможно, следовало бы разъяснить прямо; в отношении статутных ограничений см. пункты 84 и 85). Однако государство, в котором находится государственный орган-должник, может сделать оговорку в отношении действия статьи 11, согласно которой уступки являются действительными, несмотря на договорное ограничение на уступку (см. пункты 213 и 214). Дебиторская задолженность, причитающаяся с должников по финансовым договорам, таким, как займы, депозитные счета, "свопы" и операции, сопряженные с производными финансовыми инструментами, также охватывается проектом конвенции. Однако вопрос о действительности уступки в целом или только в отношении должника по такой дебиторской задолженности может быть оставлен для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции (статья 5). Кроме того, уступка одной или нескольких дебиторских задолженностей, будь то полностью или частично, причитающихся с множественных должников совместно (т.е. полностью) и раздельно (т.е. независимо), также охватывается при условии, что договор, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность (в дальнейшем именуемый "первоначальным договором"), регулируется правом договаривающегося государства. Однако, если первоначальный договор не регулируется правом договаривающегося государства и если один или несколько, но не все, должников находятся в договаривающемся государстве, то каждая сделка должна рассматриваться как независимая сделка и, таким образом, должники, которые не находятся в договаривающемся государстве, не должны затрагиваться проектом конвенции. В противном случае предсказуемости в отношении применения проекта конвенции к правам и обязательствам должников, что является одной из основных целей проекта конвенции, может быть причинен ущерб.

Статья 3. Международный характер

Дебиторская задолженность является международной, если в момент заключения первоначального договора цедент и должник находятся в разных государствах. Уступка является международной, если в момент заключения договора уступки цедент и цессионарий находятся в разных государствах.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 26-29
A/CN.9/432, пункты 19-25
A/CN.9/445, пункты 154-167
A/CN.9/456, пункты 44, 45, 227 и 228
A/CN.9/466, пункты 92 и 93

Комментарий

38. С целью обеспечения определенности в применении проекта конвенции статья 3, следуя примеру других текстов, подготовленных ЮНСИТРАЛ или другими организациями, определяет международный характер с помощью ссылки на местонахождение сторон (согласно статье 6(i) "местонахождение" означает место нахождения коммерческого предприятия или, в случае нескольких коммерческих предприятий, принадлежащих цеденту и цессионарию, место нахождения центрального административного органа или, в случае отсутствия коммерческого предприятия, обычное место жительства). В случае нескольких цедентов, цессионариев или должников международный характер определяется по отношению к каждой из этих сторон отдельно (см. пункты 28 и 37). Согласно статье 3 если дебиторская задолженность является международной, то ее уступка охватывается проектом конвенции вне зависимости от того, уступает ли дебиторская задолженность внутреннему или иностранному цессионарию. С другой стороны, даже если дебиторская задолженность является внутренней, ее уступка может входить в сферу применения проекта конвенции, если она является международной или частью в цепи уступок, которая включает предшествующую международную уступку (см. пункт 19).

39. Международный характер уступки определяется в момент ее совершения, тогда как международный характер дебиторской задолженности определяется в момент заключения первоначального договора ("в момент ее возникновения"). Определение международного характера дебиторской задолженности в момент ее возникновения обосновывается необходимостью того, чтобы потенциальный цедент в момент заключения первоначального договора был осведомлен о том, какое право может применяться к возможной уступке. Такая осведомленность является важной для потенциального цедента, с тем чтобы он мог определить, может ли и по какой стоимости он получить кредит, и на этой основе решить, предоставлять ли кредит должнику и на каких условиях. Однако в результате этого подхода к соответствующему моменту времени при определении международного характера в случае внутренней оптовой уступки внутренней и международной будущей дебиторской задолженности стороны могут и не быть в состоянии в момент уступки предвидеть, будет ли применяться проект конвенции (эта проблема не возникнет, однако, в случае международных уступок внутренней или международной дебиторской задолженности, поскольку международный характер уступки может быть определен в момент ее совершения). Кроме того, в случае внутренней уступки как внутренней, так и международной дебиторской задолженности проект конвенции будет применяться к уступке международной дебиторской задолженности, но не к уступке внутренней дебиторской задолженности. Это означает, что, в зависимости от того, применяется ли проект конвенции, подразумеваемые гарантии во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием, а также правовое положение должника могут быть разными (например, в отношении возражений и прав на зачет, но не в отношении освобождения от ответственности, поскольку должник может быть освобожден от ответственности на основании норм права, применимых вне проекта конвенции). Вместе с тем применимые нормы, касающиеся приоритета, не будут разными, поскольку проект конвенции будет охватывать в любом случае все возможные коллизии приоритетов, включая коллизии с внутренним цессионарием внутренней дебиторской задолженности.

40. По этой причине стороны внутренних уступок будут нуждаться в структурировании своих сделок определенным образом с целью избежать возникновения этой проблемы (например, избегая совершения при одной сделке уступки как внутренней, так и международной дебиторской задолженности). Если стороны не в состоянии сделать это, то они столкнутся с вероятностью того, что одна совокупность норм права может применяться к внутренней дебиторской задолженности, тогда как другая совокупность норм права, т.е. проект конвенции, будет применяться к международной дебиторской задолженности. Однако эта проблема порождена не проектом конвенции; она уже существует вне проекта конвенции в случаях уступки внутренней и международной дебиторской задолженности. Кроме того, легче обеспечить структурирование сделки согласно проекту конвенции, чем согласно другим нормам права, по крайней мере, в той степени, в какой стороны внутренней уступки будут сталкиваться только с двумя совокупностями норм права, которые, возможно, будут применимыми к их уступке: нормами права страны, в которой находятся цедент и цессионарий, и нормами, предусмотренными проектом конвенции. Кроме того, правовое положение должника не изменится, если только должник не находится в договаривающемся государстве или же право, регулирующее дебиторскую задолженность, не является правом договаривающегося государства.

Статья 4. Исключения

1) Настоящая Конвенция не применяется к уступкам:

- a) совершаемым для личных, семейных или домашних целей;
- b) в той мере, в какой уступка совершается путем вручения оборотного документа с любым необходимым индоссаментом;
- c) совершаемым в рамках продажи или изменения собственника или правового положения коммерческого предприятия, из которых возникла уступленная дебиторская задолженность.

2) Настоящая Конвенция не применяется к уступкам, перечисленным в заявлении, сделанном согласно статье 39 государством, в котором находится цедент, или - в отношении положений настоящей Конвенции, касающихся прав и обязательств должника, - государством, в котором находится должник.]

Ссылки

A/CN.9/432, пункты 18, 47-52, 106 и 234-238

A/CN.9/434, пункты 42-61

A/CN.9/445, пункты 168-179

A/CN.9/456, пункты 46-52

A/CN.9/466, пункты 54-59, 78-86 и 192-195

Комментарий

41. С учетом широкой сферы применения проекта конвенции статья 4 призвана исключить определенные виды практики, которые либо являются отличными от видов практики, касающихся уступки, либо уже в достаточной мере регулируются.

Уступки для потребительских целей

42. Подпункт (а) призван исключить из сферы применения проекта конвенции уступки коммерческого предприятия или потребителя другому потребителю, но только в том случае, если они совершаются для личных, семейных или домашних целей. Рабочая группа решила, что такие уступки не имеют практического значения. В результате этого уступки потребительской дебиторской задолженности не исключаются, если только они не совершены потребителем для своих потребительских целей.

Уступки оборотных документов

43. Подпункт (b) призван исключить передачу оборотных документов. Такая передача отличается от уступки и регулируется конкретными нормами внутригосударственного и международного права (например, нет требования направлять уведомление о передаче; если должник производит платеж индоссату, который не является держателем, то этот должник все еще несет ответственность перед держателем; лицо, которое принимает документ по стоимости и не будучи осведомленным о каких-либо скрытых возражениях в отношении индоссанта, то на это лицо не распространяются такие возражения). Не указывая на документальный характер дебиторской задолженности, подпункт (b) сосредоточивается на форме передачи. Такой подход является достаточным для сохранения оборотного характера документа и при этом позволяет избежать необходимости определять "оборотный документ", т.е. термин, в отношении которого нет универсального понимания. Исключены случаи передачи дебиторской задолженности, совершенной путем индоссамента и вручения или же путем простого вручения документа. Такие документы включают переводные векселя, простые векселя, чеки и документы на предъявителя (например, оборотные ценные бумаги).

44. Дебиторская задолженность, возникающая согласно договору, часто включается в оборотный документ с единственной целью получения платежа посредством упрощенного судопроизводства, если это необходимо. В таких случаях как дебиторская задолженность, возникающая согласно договору, так и дебиторская задолженность, включенная в оборотный документ, могут быть переданы. Слова "в той мере, в какой уступка совершается путем вручения оборотного документа с любым необходимым индоссаментом" призваны обеспечить, чтобы только передача дебиторской задолженности в форме оборотного документа, а не дебиторской задолженности в ее договорной форме была исключена из сферы применения проекта конвенции. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включить в статью 4(b) ссылку на передачу нематериальных (т.е. электронных) оборотных документов.

Уступка дебиторской задолженности при корпоративных приобретениях

45. Подпункт (c) направлен на исключение уступок, совершаемых в контексте продажи действующего коммерческого предприятия, если они совершаются продавцом в пользу покупателя. Такие уступки исключаются потому, что они обычно регулируются по-иному внутригосударственным законодательством, касающимся корпоративных приобретений, и не носят финансового характера. Однако уступки, совершаемые в пользу учреждения, которое финансирует продажу, не исключаются.

Другие виды уступок или дебиторской задолженности

46. В ходе своей работы Рабочая группа рассмотрела возможность исключения других видов уступок, таких, как уступки в силу закона, уступки как дары, уступки заработной платы, договорных прав в целом, страховых взносов, прав согласно независимым гарантиям и аккредитивам ("независимые обязательства"), уступки арендной платы за недвижимое имущество и оборудование, а также уступки сальдо на депозитных счетах. В отношении уступок в силу закона следует отметить, что они исключаются с учетом определения "уступки" с помощью ссылки на "передачу по договорности" (статья 2(a)). С учетом того обстоятельства, что награждение было сочтено частью договора уступки, который, за исключением статей 13-16 и 28, не затрагивается проектом конвенции, Рабочая группа решила не рассматривать уступки как дары.

47. Что касается заработной платы (или пенсий), то Рабочая группа решила оставить этот вопрос для урегулирования на основе других норм права. Если такие уступки запрещаются внутригосударственным законодательством, то проект конвенции не затрагивает такое запрещение. Однако если такие уступки не запрещаются внутригосударственным законодательством, то с целью сохранения таких важных видов практики, как финансирование услуг по обеспечению временной занятости, проект конвенции не содержит положений, предусматривающих их недействительность. Однако такой результат может и не быть достигнут, если только конкретная ссылка на статутные ограничения, относящиеся к личной или аналогичной дебиторской задолженности,

не будет включена в статью 9, которая придает действительность уступкам будущей дебиторской задолженности без какого-либо исключения в отношении личных прав, которые не могут быть уступлены в соответствии с внутригосударственным законодательством (по этому вопросу см. также пункты 84 и 85).

48. Уступка права на представление независимого обязательства наряду с любыми документами, которых оно требует, и на требование платежа, как предполагается, не будет охватываться проектом конвенции (Комиссия, возможно, пожелает прямо указать на этот результат в статье 4). Вместе с тем уступка поступлений от платежа по независимому обязательству охватывается проектом конвенции с предусматриваемой статьей 5 дополнительной защитой в отношении гаранта/эмитента такой независимой гарантии. В отношении уступки дебиторской задолженности, возникающей в результате продажи или аренды мобильного оборудования, Рабочая группа решила, что ее не следует исключать. Статья 36 была сочтена достаточной для урегулирования любых коллизий с предварительным проектом конвенции, который разрабатывается в настоящее время (см. пункт 211; в отношении уступки иной дебиторской задолженности, чем торговая дебиторская задолженность, см. пункты 50-54). Для уменьшения вероятности возникновения таких коллизий Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли уступку дебиторской задолженности, возникающую в результате продажи или аренды дорогостоящего мобильного оборудования, рассматривать таким же образом, как и уступку иной дебиторской задолженности, чем торговая дебиторская задолженность (т.е. необходимо ли придавать действительность договорным ограничениям на уступку в той мере, в какой это лишает действительности уступку в целом или только в отношении должника). Пункт 5 статьи 12 будет достаточным для сохранения любых требований в отношении формы или регистрации, касающихся обеспечения и других вспомогательных прав на дорогостоящее мобильное оборудование, а статья 24 будет достаточной для обеспечения того, чтобы любая коллизия приоритетов являлась объектом применения предварительного проекта конвенции, если цедент находится в государстве-участнике предварительного проекта конвенции.

49. В интересах увеличения приемлемости проекта конвенции пункт 2, который взят в квадратные скобки, поскольку он пока не принят Рабочей группой, призван обеспечить государствам возможность исключать дополнительные виды практики. Такой подход может быть необходимым в том случае, если не будет достигнуто соглашения в отношении видов практики, подлежащих исключению в пункте 1, или для учета озабоченностей, которые могут возникнуть в будущем. Однако возможным недостатком такого подхода является то, что сфера применения проекта конвенции может быть разной для каждого государства, вследствие чего точную сферу применения проекта конвенции будет трудно определить с учетом множественности затрагиваемых сторон и вероятности того, что одно или несколько соответствующих государств, но, возможно, не все, могут сделать заявление.

[Статья 5. Ограничения в отношении [уступок] дебиторской задолженности,
не являющейся торговой дебиторской задолженностью]

Вариант А

1) Статьи 17, 18, 19, 20 и 22 затрагивают права и обязательства должника в отношении дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью, только в той степени, в какой должник дает свое согласие на это.

2) Независимо от статей 11(2) и 12(3) цедент, уступающий дебиторскую задолженность, не являющуюся торговой дебиторской задолженностью, не несет ответственности перед должником за нарушение ограничения на уступку, указанного в статьях 11(1) и 12(2), и такое нарушение не имеет силы.

Вариант В

Статьи 11 и 12 и раздел II главы IV касаются лишь уступок торговой дебиторской задолженности. Что касается уступок дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью, то вопросы, затрагиваемые в этих статьях, должны регулироваться в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права.]

Ссылки

A/CN.9/466, пункты 60-77

Комментарий

50. Статья 5, которая взята в квадратные скобки, поскольку она пока не была принята Рабочей группой, призвана учесть особые нужды видов практики, связанных, например со "свопами" и операциями, сопряженными с производными финансовыми инструментами, "репосами", дебиторской задолженностью по сделкам между расчетными палатами, депозитными счетами, счетами ценных бумаг, а также страховой дебиторской задолженностью и дебиторской задолженностью, возникающей из независимых гарантий. При использовании этих

видах практики весьма важно обеспечить, чтобы положение должника не изменилось в результате уступки без согласия самого должника (т.е. чтобы должник мог игнорировать любое уведомление, погасить свою задолженность, как это предусмотрено в первоначальном договоре, сохранить все свои возражения и права на зачет, а также право на изменение первоначального договора без согласия цессионария).

51. В частности, в отношении "свопов" и операций, сопряженных с производными финансовыми инструментами, отраженный в статье 5 подход, как представляется, является обоснованным с учетом того обстоятельства, что таким финансовым сделкам присуще то, что любая сторона может быть должником или кредитором и по определению их платежи взаимно зачитываются. В результате этого если не произведен хотя бы один платеж, то вся сделка может быть разрушена. Другими словами, уступка может увеличить кредитный риск, на основе которого сторона заключала данную сделку. С учетом важного характера таких сделок для международных финансовых рынков и их объема такая ситуация может создать системный риск, который может затрагивать финансовую систему в целом. Такой же двусторонний поток платежей и необходимость сохранения взаимного характера платежей могут существовать в отношении сделок между расчетными палатами. Что касается "репосов", то потребуются обеспечить, чтобы одна сторона не сталкивалась с тем, что ее обязательство произвести платеж было уступлено другой стороне и реализовано данной другой стороной, тогда как первоначальный контрагент отказывается возместить обеспечение.

52. Что касается других видов дебиторской задолженности (уступка сальдо на депозитных счетах, страховой дебиторской задолженности и поступлений от независимых гарантий), то отраженный в статье 5 подход может требоваться по иным причинам. Например, в отношении независимых гарантий существует необходимость избегать подрыва установившихся видов практики или коллизии с Конвенцией Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, Нью-Йорк, 1995 год, ("Конвенция о гарантиях и резервных аккредитивах"). Пункт 1 статьи 11 и пункт 2 статьи 12 противоречили бы статье 10 Конвенции о гарантиях и резервных аккредитивах, согласно которой бенефициар не может уступить любые поступления без согласия гаранта/эмитента. Что касается депозитных счетов и счетов ценных бумаг, то весьма важно обеспечить, чтобы права за зачет депозитного учреждения или брокера по операциям с ценными бумагами не затрагивались.

53. В обоих вариантах А и В дебиторская задолженность определяется с помощью ссылки на хорошо известное понятие "торговой дебиторской задолженности". Этот подход сопряжен с преимуществом в том, что он позволяет избежать необходимости определять термин "финансовая дебиторская задолженность", который не имеет универсального одинакового понимания и значение которого постоянно меняется по мере возникновения новых видов практики. С другой стороны, ссылаясь на любую дебиторскую задолженность, иную, чем торговая дебиторская задолженность, статья 5 может непреднамеренно привести к исключению сделок, которые не следует исключать. В связи с этим Комиссия, возможно, пожелает определить исключаемые виды практики более конкретно. Основное различие между вариантами А и В заключается в том обстоятельстве, что согласно варианту А уступка может быть действительной между cedentом и цессионарием и только ее последствия в отношении должника регулируются нормами права, применимыми вне проекта конвенции, тогда как согласно варианту В вопрос о правомерности и действительности уступки полностью оставлен для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции. Другое различие заключается в том, что, в отличие от варианта В, вариант А предоставляет должнику право согласиться с применением проекта конвенции к своим правам и обязательствам. Еще одно различие между вариантами А и В заключается в том, что согласно варианту А должник не будет обладать правом расторжения первоначального договора за нарушение договорного ограничения на уступку.

54. Ценность сохранения действительности уступки во взаимоотношениях между cedentом и цессионарием кроется в том, что такая действительность является условием для получения приоритета. Если должник производит платеж cedенту, то цессионарий имеет имущественное требование в отношении уступленной дебиторской задолженности. Такой подход призван способствовать тем видам практики, при которых cedent получает платежи от имени цессионария и удерживает эти поступления отдельно от своих других активов (например, секьюритизация или закрытое дисконтирование счетов-фактур). Кроме того, такой подход призван сохранить для cedентов, цессионариев, кредиторов - третьих сторон и дающих согласие должников в связи с видами практики, сопряженными с уступкой финансовой дебиторской задолженности или же как торговой, так и финансовой дебиторской задолженности, основные преимущества проекта конвенции, которые нельзя обеспечить с помощью договора, поскольку они обычно составляют часть императивных норм права (например, действительность уступок будущей дебиторской задолженности или оптовых уступок, а также нормы проекта конвенции, касающиеся приоритетов).

ГЛАВА II. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 6 Определения и правила толкования

Для целей настоящей Конвенции:

- а) "первоначальный договор" означает договор между cedентом и должником, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность;

b) "существующая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает в момент заключения договора уступки или до его заключения; "будущая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает после заключения договора уступки;

[с) "финансирование под дебиторскую задолженность" означает любую сделку, в рамках которой имущество, кредит или связанные с ними услуги предоставляются в обмен на имущество в виде дебиторской задолженности. Финансирование под дебиторскую задолженность включает факторинг, форфейтинг, секьюритизацию, проектное финансирование и рефинансирование;]

d) "письменная форма" означает любую форму, в которой информация является доступной для ее последующего использования. В случаях, когда настоящая Конвенция требует, чтобы письменная форма была подписана, это требование считается выполненным, если в этой письменной форме с помощью общепризнанных средств или процедуры, одобренной лицом, подпись которого требуется, идентифицируется это лицо и указывается на согласие этого лица с информацией, содержащейся в письменной форме;

e) "уведомление об уступке" означает сообщение в письменной форме, в котором разумно идентифицируется уступленная дебиторская задолженность и цессионарий;

f) "управляющий в деле о несостоятельности" означает лицо или учреждение - включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, - которое уполномочено в рамках производства по делу о несостоятельности управлять реорганизацией или ликвидацией активов или деловых операций цедента;

g) "производство по делу о несостоятельности" означает коллективное судебное или административное производство - включая временное производство, - в рамках которого активы и деловые операции цедента подлежат контролю или наблюдению со стороны суда или иного компетентного органа в целях реорганизации или ликвидации;

h) "приоритет" означает преимущественное право какой-либо стороны по отношению к другой стороне;

i) лицо находится в государстве, в котором расположено его коммерческое предприятие. Если цедент или цессионарий имеет более чем одно коммерческое предприятие, местом нахождения коммерческого предприятия является то место, в котором осуществляется его центральное управление. Если должник имеет более чем одно коммерческое предприятие, коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором. Если лицо не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание обычное место жительства этого лица;

j) "право" означает право, действующее в каком-либо государстве, иное, чем его нормы международного частного права;

k) "поступления" означает все полученное по уступленной дебиторской задолженности, будь то в форме полной или частичной уплаты или иного погашения дебиторской задолженности. Этот термин охватывает все полученное в отношении поступлений. Термин не включает возвращенные товары.

[l) "торговая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, возникающую в связи с первоначальным договором купли-продажи или аренды товаров или договором о предоставлении услуг, иных, чем финансовые услуги.]

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 52-60

A/CN.9/432, пункты 70-72, 94-105

A/CN.9/434, пункты 78-85, 109-114, 167 и 244

A/CN.9/445, пункты 180-190

A/CN.9/456, пункты 53-78

A/CN.9/466, пункты 25-31, 46-49 и 94-100

Комментарий

"Первоначальный договор"

55 Первоначальный договор, который используется в качестве отсылки в тексте статей 6(i), 17, 18(1), 19(1), 20(1), 22(2)(b) и 23, является источником уступленной дебиторской задолженности. За исключением тех положений, в

которых прямо указывается иное (например, статей 9-12 и 17-23), проект конвенции не призван затрагивать первоначальный договор.

"Существующая" и "будущая" дебиторская задолженность

56. Термины "существующая" и "будущая" дебиторская задолженность используются в статьях 9 (Действительность уступки) и 10 (Момент уступки). Различие между существующей и будущей дебиторской задолженностью основывается на моменте заключения первоначального договора. Дебиторская задолженность, возникающая в соответствии с договором, который был заключен до или в момент уступки, считается существующей дебиторской задолженностью, даже если срок ее погашения наступит в будущем или же она зависит от встречного исполнения или наступления какого-либо иного указанного события. Данным определением охватывается вся совокупность видов будущей дебиторской задолженности, включая условную дебиторскую задолженность (т.е. дебиторскую задолженность, которая может возникнуть при условии наступления какого-либо будущего события, которое, однако, может или произойти, или нет) и чисто гипотетическую дебиторскую задолженность (т.е. дебиторскую задолженность, которая может возникнуть в результате деятельности, не осуществлявшейся цедентом в момент уступки; в отношении ограничения, установленного в статье 9, см. пункт 89). Точное значение термина "заключение договора" оставлено для определения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции. В любом случае слово "заключение" не считается относящимся к исполнению договора.

"Финансирование под дебиторскую задолженность"

57. Этот термин взят в квадратные скобки в преамбуле и в тексте пункта 3 статьи 13. Комиссия, возможно, пожелает исключить это определение и включить ссылку на финансирование под дебиторскую задолженность только в преамбулу (см. пункт 5).

"Письменная форма"

58. Этот термин упоминается в тексте статей 6(е), 19(1) и (5), 21(1) и (3), 41(2) и (4), 44(1) проекта конвенции, а также в статье 5 приложения. Определение этого термина призвано включить иные, чем основывающиеся на использовании бумажных документов, средства коммуникации, которые могут выполнять те же функции, что и коммуникации с помощью бумажных документов (например, обеспечивать материальные свидетельства, служить в качестве предупреждения для сторон в отношении последствий или являться удобочитаемым сообщением, удостоверять подлинность и давать достаточные гарантии своей неприкосновенности). Это определение сформулировано на основе статей 6 и 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и отражает два разных понятия - "письменная форма" и "подпись".

59. На основе предположения о том, что необходимость в более надежных гарантиях подлинности сообщений должна оцениваться по-разному в зависимости от контекста, в котором направляется сообщение, проект конвенции требует письменной формы для уведомления об уступке и письменной формы, подписанной должником, для отказа от возражений должника. Письменная форма также требуется для заявлений государств и для некоторых актов, касающихся регистрации. Слово "доступная" подразумевает, что сообщение является удобочитаемым и разборчивым; слово "использование" относится не только к использованию сообщения физическим лицом, но и к его использованию с помощью компьютера, а слова "последующее использование" устанавливают стандарт, сходный с тем, что подразумевается таким понятием, как долговечность (хотя и без ссылки на ограничительное толкование понятия долговечности в некоторых правовых системах как равнозначного неизменяемости), но являющийся более объективным тем то, что подразумевается такими понятиями, как удобочитаемость или разборчивость (см. Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, пункт 50). Подпись определяется ссылкой на идентификацию подписавшего лица и указанием на согласие этого лица с содержанием сообщения.

"Уведомление об уступке"

60. Этот термин используется в тексте статей 15, 16, 18, 19, 20(2) и 22. Уведомление отвечает требованиям проекта конвенции, если оно составлено в письменной форме и разумно идентифицирует уступленную дебиторскую задолженность и цессионария. Если уведомление не отвечает этим требованиям, то оно не является действительным согласно проекту конвенции (т.е. не приводит к изменению таким образом, чтобы должник мог исполнить свое обязательство, или не затрагивает права должника на зачет или право должника на изменение первоначального договора с согласия цедента). Однако вопрос о том, является ли действительным такое уведомление согласно нормам права, применимым вне проекта конвенции, решается на основе этих норм права. В частности, если на основании такого уведомления, не отвечающего установленным требованиям, должник производит платеж лицу, имеющему право на платеж (либо согласно проекту конвенции, либо согласно применимым нормам права), то должник в соответствии с пунктом 6 статьи 19 освобождается от ответственности (см. пункт 142).

61. Что представляет собой разумную идентификацию в каждом конкретном случае - это вопрос, который должен решаться с учетом обстоятельств. В целом не будет необходимости указывать, идет ли речь о прямой уступке или об уступке в качестве обеспечения, или же конкретно идентифицировать должника или сумму. Разумной была бы общая идентификация примерно следующего содержания: "вся моя дебиторская задолженность, связанная с моей предпринимательской деятельностью по продаже автомобилей, причитающаяся X" или "вся моя дебиторская задолженность в отношении моих клиентов в странах А, В и С-У". Однако в случае частичной уступки уступленную сумму, возможно, потребуются конкретно указать в уведомлении (в отношении частичных уступок см. пункты 32-34 и 91). Кроме того, хотя в уведомлении должен разумно идентифицироваться цессионарий для того, чтобы оно было действительным согласно проекту конвенции, в нем не требуется идентифицировать получателя платежа (т.е. лицо, которому или на счет или в адрес которого должник производит платеж). В результате этого уведомление, не содержащее платежной инструкции, является действительным согласно проекту конвенции (пункт 2 статьи 19). Однако с учетом того факта, что согласно проекту конвенции уведомление изменяет способ, с помощью которого должник может погасить свою задолженность, стороны, уведомляющие должника, будут заинтересованы во включении в уведомление такой платежной инструкции. Рабочая группа основывает освобождение должника от ответственности на уведомлении, а не на платежной инструкции, с тем чтобы избежать введения должника в заблуждение в случаях, когда два сообщения могут быть направлены по отдельности или когда несколько сообщений могут быть направлены должнику несколькими лицами.

"Управляющий в деле о несостоятельности" и "производство по делу о несостоятельности"

62. Термин "управляющий в деле о несостоятельности" используется в статьях 24(a)(iii) и 30(1)(a)(iii) проекта конвенции, а также в статьях 2 и 7 приложения. Термин "производство по делу о несостоятельности" используется в статье 25 проекта конвенции и в статьях 2 и 7 приложения. Определения этих терминов разрабатывались с учетом определений "иностранного производства" и "иностранного представителя", содержащихся в статье 2(a) и (d) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности. Они также соответствуют статьям 1(1) и 2(a) и (b) проекта постановления Европейского союза о производстве по делам о несостоятельности. Ссылаясь на цель производства или функцию лица, но не используя технические выражения, которые могут иметь разное значение в разных правовых системах, эти определения являются достаточно широкими для охвата целого ряда видов производства по делу о несостоятельности, в том числе временного производства. Этот подход позволяет избежать того, чтобы договаривающееся государство признало в качестве производства или управляющего в деле о несостоятельности производство или лицо, которое не имеет такого характера согласно *lex loci concursus*, или было неспособным признать в качестве производства или управляющего в деле о несостоятельности производство или лицо, которое имеет такой характер согласно *lex loci concursus*.

"Приоритет"

63. Термин "приоритет" используется в тексте статей 16, 24, 25(2), 26, 27, 30 и 40 проекта конвенции, а также в статьях 1, 2, 6 и 7 приложения. В соответствии с проектом конвенции приоритет означает, что сторона может удовлетворить свое требование в преимущественном порядке по сравнению с другими сторонами, заявившими требования. Приоритет не означает правомерности (в проекте конвенции вместо этого используется термин "действительность" для обозначения вещно-правовых последствий уступки). Он предполагает наличие действительной уступки (материально-правовая или материальная действительность затрагивается в главе III, тогда как вопросы, касающиеся формальной действительности, оставлены для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции; предложение Секретариата учесть нормы права, применимые к формальной действительности, см. в пунктах 80-82).

64. Кроме того, приоритет не означает, что заявившее требование лицо имеет вещное (*in rem*), а не личное (*ad personam*) право в отношении уступленной дебиторской задолженности или любых поступлений. Этот вопрос оставлен для решения на основе норм права места нахождения цедента (статьи 24 и 26). Более того, приоритет не предпрещает вопрос о том, сохранит ли обладающий приоритетом цессионарий все поступления в форме платежа или передаст любой остаток цеденту или следующему в порядке очередности лицу, заявившему требование. Этот вопрос зависит от того, идет ли речь о прямой уступке или об уступке в качестве обеспечения, и оставлен для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции (статья 24). Приоритет не затрагивает также исполнения должником своих обязательств. Должник, производящий платеж в соответствии со статьей 19 (или, если статья 19 неприменима, в соответствии с нормами права, применимыми согласно статье 29), освобождается от ответственности, даже если платеж производится цессионарию, который не обладает приоритетом (согласно статье 24 или, если статья 24 неприменима, согласно статье 30). Вопрос о том, сохранит ли цессионарий поступления в форме платежа, является вопросом приоритета, который должен решаться по отношению к различным заявившим требования лицам в соответствии с нормами права, применимыми согласно статье 24 (или статье 30).

65. Это определение не содержит ссылки на право на платеж, поскольку, хотя это выражение может быть надлежащим в отношении уступок, совершенных в качестве обеспечения, оно может быть ограничительным в отношении прямых уступок, при которых цессионарий может, например, иметь право на получение любых товаров,

возвращенных должником цеденту. После принятия Рабочей группой решения исключить возвращенные товары из определения поступлений для целей норм проекта конвенции, касающихся приоритета, Комиссия, возможно, пожелает пересмотреть определение приоритета, с тем чтобы в нем указывалось на право на платеж. Комиссия, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли совместное применение статей 6(h), 9 и 24(a)(i) достаточным для обеспечения того, чтобы несколько уступок одной и той же дебиторской задолженности одним и тем же цедентом могли быть действительными. Этот результат презюмируется в статье 24(a)(i), которая ссылается на коллизию приоритетов во взаимоотношениях между несколькими цессионариями одной и той же дебиторской задолженности, уступленной одним и тем же цедентом. Однако в некоторых правовых системах этот вопрос не сопряжен с вопросом о приоритете вообще, но связан с вопросом о действительности (*nemo dat quod non habet*). В результате этого в таких правовых системах первая уступка может считаться действительной согласно статье 9, а любая последующая уступка недействительной согласно внутригосударственному законодательству из-за отсутствия правового титула (этот вопрос не затрагивается в статье 9, касающейся вещно-правовых последствий уступки, но упоминается в статье 14, касающейся договора уступки). В таких случаях статья 24, возможно, никогда не будет задействована.

"Местонахождение"

66. Этот термин упоминается в нескольких положениях проекта конвенции (т.е. в статьях 1(1)(a) и (2), 3, 4(2), 17(2), 21(1), 23, 24, 25, 30, 35(3), 36, 37 и 39). Однако двумя основными аспектами, в связи с которыми упоминается термин "местонахождение", являются сфера применения и вопросы приоритета. Это определение призвано обеспечить сбалансированность между гибкостью и определенностью. Место нахождения коммерческого предприятия является хорошо известным термином, который широко используется в текстах ЮНСИТРАЛ и других международно-правовых документах и в отношении которого существует обширное прецедентное право. Он используется для обозначения места, в котором осуществляется профессиональная деятельность какого-либо физического или юридического лица. Для цели применения законодательства какого-либо государства несколько мест нахождения коммерческих предприятий в одном и том же государстве считаются одним местом нахождения коммерческого предприятия. Для обеспечения достаточной степени предсказуемости в отношении применения проекта конвенции к должнику в случае множественности мест нахождения коммерческих предприятий этого должника указывается то место, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором. С другой стороны, для обеспечения того, чтобы вопросы приоритета отсылались к какой-либо одной правовой системе (причем системе, в которой, вероятнее всего, будет начато какое-либо основное производство по делу о несостоятельности), статья 6(i) предусматривает, что если цедент (или цессионарий) имеет несколько коммерческих предприятий, то "местом нахождения коммерческого предприятия" является то место, в котором осуществляется его центральное управление. Содержащаяся в статье 6(i) норма применяется во всем тексте проекта конвенции, с тем чтобы избежать необходимости определять "место нахождения коммерческого предприятия" по-разному в разных целях. Такой подход может усложнить применение проекта конвенции или даже привести к достижению непоследовательных результатов.

67. Место осуществления центрального управления является сходным с центром основных интересов (термин, использующийся в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности), местом нахождения главного исполнительного органа или местом нахождения основного коммерческого предприятия. Все эти термины понимаются как обозначающие центр управления и контроля, т.е. центр осуществления реальной предпринимательской деятельности, из которого фактически, но не с точки зрения формы контролируется важная деятельность юридического лица и в котором фактически принимаются окончательные решения на самом высоком уровне (без учета места нахождения большинства активов или ведения бухгалтерского учета или книг записей), но не осуществляется повседневное управление делами и операциями такого юридического лица. Однако, в отличие от Типового закона ЮНСИТРАЛ, в котором устанавливается опровержимая презумпция, согласно которой центром основных интересов является место регистрации (пункт 3 статьи 16), проект конвенции не устанавливает такого правила "безопасной гавани". Причина использования этого подхода заключается в том, что, в отличие от Типового закона ЮНСИТРАЛ, который направлен главным образом на вопросы несостоятельности, данный проект конвенции сосредоточивается в основном на заблаговременном планировании при финансировании solventного должника, причем для облегчения такого планирования абсолютно необходимо определить местонахождение путем ссылки на единственную и легко определяемую правовую систему.

68. В большинстве случаев место осуществления центрального управления будет легко определить. Однако место осуществления центрального управления может и не быть столь очевидным, как место инкорпорации (формальное местонахождение), например, в том случае, если осуществление центрального управления столь поровну разделено между двумя или более странами, что сделать выбор в отношении того или иного места невозможно, а также в случае дочерних компаний, реальный административный контроль над которыми осуществляется материнской компанией. Вместе с тем место инкорпорации сопряжено с тем недостатком, что оно не является понятием, известным в большинстве правовых систем, и что его использование породило бы проблему применения норм права страны, которая не имеет тесной связи с договором уступки и в которой может и не быть какого-либо тщательно разработанного законодательства. Ссылка на место осуществления центрального управления и создание опровержимой презумпции в пользу места инкорпорации могут явиться решением этой проблемы, однако они могут

непреднамеренно привести к снижению уровня определенности, достигнутого нормой о месте осуществления центрального управления (поскольку может быть несколько мест регистрации). В любом случае в исключительных ситуациях, в которых место осуществления центрального управления может и не указывать с легкостью на какую-либо одну страну, стороны окажутся не в худшем положении, чем их первоначальное положение, и будут стремиться обеспечить, чтобы их интересы были действительными и реализуемыми в каждой стране, в которой, возможно, находится центр.

69. Определение "местонахождения" не затрагивает проблему распространения на сделки филиалов действия норм права главной конторы (в частности, вопросы приоритета, которые могут возникать в случае, если одна и та же дебиторская задолженность уступается одним или несколькими филиалами и главной конторой или разными филиалами разным цессионариям). Для решения этой проблемы Рабочая группа на своей тридцать первой сессии рассмотрела возможность исключения в отношении филиалов только банков или же и других организаций, однако не смогла достичь консенсуса (см. документ A/CN.9/466, пункты 25-30, 96 и 97). В конце работы тридцать первой сессии было внесено предложение в отношении филиалов поставщиков финансовых услуг, которое Рабочая группа из-за отсутствия достаточного времени не смогла рассмотреть (см. документ A/CN.9/466, пункты 98 и 99). Обоснование такого ограниченного исключения заключается в том, что финансовые учреждения стремятся вести предпринимательскую деятельность за рубежом через филиалы, с тем чтобы они могли использовать их капитал в целом (а не только капитал, депонированный, например, в целях деятельности отдельной, т.е. дочерней компании), и что на их филиалы, как правило, распространяется действие норм права государства, в котором они осуществляют свои операции.

70. В соответствии с предложенным текстом в случае, если филиал какого-либо поставщика финансовых услуг имеет более чем одно коммерческое предприятие, "местом нахождения коммерческого предприятия" цедента и цессионария является место нахождения филиала, в бухгалтерские книги которого занесена дебиторская задолженность непосредственно перед уступкой. "Поставщик финансовых услуг" определяется с помощью ссылки на "банк или другое финансовое учреждение" (например, на брокера по операциям с ценными бумагами), а также на "депозиты, займы или другие финансовые услуги". Точное значение этих терминов оставлено для определения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции. "Филиал" определяется с помощью ссылки на место нахождения коммерческого предприятия, иное, чем место осуществления центрального управления. Слова "заносится в бухгалтерские книги" определяются с помощью ссылки на "стандарты [ведения бухгалтерского учета] [регулирования]", точное значение которых также оставлено для определения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции. Если будет предусмотрено исключение из этого правила местонахождения в отношении филиалов финансовых учреждений, то его потребуют сделать также в отношении других отраслей, в которых используется структура, основанная на системе филиалов (например, страховое дело). Чем шире это исключение, тем большим сомнениям подвергается целесообразность правила о месте центрального управления. В ходе рассмотрения вопроса о "местонахождении" филиалов Комиссия, возможно, пожелает принять во внимание пункт 3 статьи 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах ("для цели определения сферы применения настоящего закона отделения и отдельные конторы банка в разных государствах являются отдельными банками"). Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть место в тексте проекта конвенции для статьи 6(i) (см. пункт 13).

"Право"

71. Термин "право" используется в преамбуле и в тексте статей 1(2), 5, вариант В, 8(2), 12(1), (4) и (5), 21, 23-25, 28-32, 35 и 40(2). Определение "права" призвано обеспечить недопущение тавтологии. Если "право" включает положения международного частного права, то любой вопрос может быть передан для решения на основе норм права, иных, чем нормы права, применимые в силу положений проекта конвенции, основывающихся на международном частном праве. Такой результат нанес бы ущерб определенности применимого права, определяемого положениями проекта конвенции, основывающимися на международном частном праве. Комиссия, возможно, пожелает определить термин "право" в случае какого-либо федеративного государства, имеющего несколько правовых систем (в отношении применения проекта конвенции в случае федеративного государства см. пункт 202). Можно было бы рассмотреть формулировку следующего содержания: "В случае государства с двумя или более территориальными единицами, в которых разные системы права действуют по отношению к вопросам, рассматриваемым в настоящей Конвенции, "право" означает право территориальной единицы, указанной в нормах права, действующих в таком государстве и определяющих, право какой территориальной единицы является применимым. В отсутствие таких норм "право" означает право территориальной единицы с соответствующей связью". Комиссия, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли необходимым любое другое положение о толковании проекта конвенции в случае федеративного государства (например, в отношении значения термина "местонахождение").

"Поступления"

72. Термин "поступления" используется в тексте статей 12(1), 16(1), 24(b) и 26. Его определение призвано охватить как все полученное по дебиторской задолженности, так и все полученное в отношении поступлений (например, если дебиторская задолженность выплачивается с помощью чека, то этот чек представляет собой "все полученное по

дебиторской задолженности", а наличные средства, выплаченные получателю по этому чеку, представляют собой "все полученное в отношении поступлений"). Оно также призвано охватить поступления в форме наличных средств ("уплата") и поступления в натуре ("иное погашение"), вне зависимости от того, получены ли они в форме полного или частичного погашения уступленной дебиторской задолженности. В частности, оно призвано охватить товары, полученные при полном или частичном погашении уступленной дебиторской задолженности, но не возвращенные товары (например, по причине дефектов в них и вследствие аннулирования договора купли-продажи или же по причине того, что договор купли-продажи разрешал покупателю вернуть товары после испытательного срока). Вместе с тем во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием цессионарий имеет право на возвращенные товары (см. пункт 126).

"Торговая дебиторская задолженность"

73. Определение термина "торговая дебиторская задолженность", который используется в тексте статьи 5, соответствует общему пониманию в отношении этого термина, закрепленного в Оттавской конвенции. Однако, в отличие от Оттавской конвенции, подпункт (I) исключает дебиторскую задолженность, возникающую в результате предоставления финансовых услуг.

Статья 7. Автономия сторон

Цедент, цессионарий и должник могут по договоренности отходить от положений настоящей Конвенции, касающихся их соответствующих прав и обязательств, или изменять эти положения. Такая договоренность не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной этой договоренности.

Ссылки

A/CN.9/432, пункты 33-38
A/CN.9/434, пункты 35-41
A/CN.9/445, пункты 191-194
A/CN.9/456, пункты 79 и 80

Комментарий

74. Статья 7, формулировка которой разрабатывалась с учетом статьи 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, Вена, 1980 год ("Конвенция Организации Объединенных Наций о купле-продаже"), предусматривает широкое признание принципа автономии сторон. Цедент, цессионарий и должник могут изменять положения проекта конвенции или отходить от них. Однако, в отличие от статьи 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, статья 7 не разрешает сторонам изменять положения или отходить от положений, которые затрагивают правовое положение третьих сторон, или же исключать применение проекта конвенции в целом. Соответственно, цедент и цессионарий могут изменять только статьи 13-16 и 28 или отходить от них, тогда как цедент и должник свободны изменять статьи 17-23 или отходить от них, если только это не наносит ущерба правам третьих сторон. Причина использования этого иного подхода заключается в том, что, хотя Конвенция Организации Объединенных Наций о купле-продаже касается взаимных прав и обязательств продавца и покупателя, проект конвенции затрагивает главным образом вещно-правовые последствия уступки и в связи с этим может оказывать воздействие на правовое положение должника и других третьих сторон. Разрешение сторонам договоренности влиять на права и обязательства третьих сторон не только выходило бы за рамки какого-либо приемлемого понятия автономии сторон, но и привнесло бы нежелательную степень неопределенности и, таким образом, могло бы нанести ущерб основной цели проекта конвенции, заключающейся в содействии обеспечению более широкого доступа к недорогостоящим кредитам и созданию в то же время адекватной системы защиты должника.

75. Как и статья 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, статья 7 требует наличия договоренности, т.е. двух совпадающих заявлений о намерениях, для фактического отхода от положений проекта конвенции. Такая договоренность может быть прямой или косвенной. Типичным примером косвенного отхода является случай, когда стороны ссылаются на право недоговаривающегося государства или на внутреннее право договаривающегося государства. Статья 7 предназначена для применения к договоренности между цедентом и цессионарием ("третьими сторонами" являются должник, кредиторы цедента и управляющий в деле о несостоятельности), а также к договоренности между цедентом и должником ("третьими сторонами" являются цессионарий, кредиторы цедента и управляющий в деле о несостоятельности). Комиссия, возможно, пожелает разъяснить, должна ли статья 7 также применяться к договоренности между цессионарием и должником (например, договоренности, согласно которой должник отказывается от своих возражений в отношении цессионария в обмен на такую уступку, как уменьшение процентной ставки или продление срока платежа. Такие договоренности не охватываются и по этой причине не ограничиваются статьей 21 (см. пункт 150).

Статья 8. Принципы толкования

1) При толковании настоящей Конвенции надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении и соблюдению добросовестности в международной торговле.

2) Вопросы, относящиеся к предмету регулирования настоящей Конвенции, которые прямо в ней не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а в отсутствие таких принципов - в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права.

Ссылки

A/CN.9/432, пункты 76-81

A/CN.9/434, пункты 100 и 101

A/CN.9/445, пункты 199 и 200

A/CN.9/456, пункты 82-85

Комментарий

76. Статья 8, будучи сформулированной на основе статьи 7 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, касается толкования положений проекта конвенции и заполнения пробелов в них. В отношении толкования проекта конвенции пункт 1 статьи 8 содержит ссылку на три принципа, т.е. на международный характер текста, единообразие в его применении и добросовестность в международной торговле. Эти принципы являются общими для большинства текстов ЮНСИТРАЛ. Ссылка на международный характер или источник текста должна побуждать суд к тому, чтобы избегать толкования проекта конвенции на основании понятий внутригосударственного права, если только значение какого-либо термина, используемого в проекте конвенции, не является явно идентичным его значению в конкретном внутригосударственном праве или же явно оставлено для определения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции. Необходимость сохранять единообразие может быть реализована только в том случае, если суды или арбитражные суды будут применять проект конвенции по существу и принимать во внимание решения судов или арбитражных судов в других странах. Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ (ППТЮ), т.е. система информирования о прецедентном праве ЮНСИТРАЛ, было создано ЮНСИТРАЛ именно с учетом необходимости обеспечивать единообразие. Материалы ППТЮ имеются в бумажной форме на шести официальных языках Организации Объединенных Наций и доступны для ознакомления через страницу ЮНСИТРАЛ в сети Интернет (<http://www.uncitral.org>) на английском, испанском и французском языках (в зависимости от наличия ресурсов в будущем будут также предоставляться тексты на других языках).

77. Ссылка на добросовестность относится только к толкованию проекта конвенции. Если в результате толкования *contra legem* проект конвенции будет применяться к поведению сторон, то следует проявлять осторожность. Хотя принцип добросовестности было бы целесообразно применять к договорным взаимоотношениям между цедентом и цессионарием или цедентом и должником, он может нанести ущерб определенности проекта конвенции, если его применить к взаимоотношениям между цессионарием и должником или цессионарием и любым другим лицом, заявляющим требование. Например, если принцип добросовестности, преваляющий в государстве суда, применить к взаимоотношениям между цессионарием и должником или цессионарием и третьей стороной, то должник, который, возможно, произвел платеж цессионарию после уведомления, может быть вынужден платить вновь в том случае, когда он, например, знал о предшествующей уступке, а право, применимое согласно статье 24, может быть проигнорировано, если в нем не соблюдается принцип добросовестности, как он может пониматься в государстве суда.

78. В отношении заполнения пробелов правило заключается в том, что, если вопросы входят в сферу применения проекта конвенции согласно главе I, но прямо не урегулированы в ней, они должны решаться в соответствии с общими принципами, на которых основывается проект конвенции. В число таких принципов входят в первую очередь принципы, прямо упомянутые в преамбуле или закрепленные в ряде положений проекта конвенции (например, принцип содействия обеспечению более широкого доступа к недорогостоящим кредитам и принцип защиты должника). Прибегать к нормам международного частного права разрешается только в том случае, если в отношении вопроса, регулируемого проектом конвенции, но прямо не урегулированного в ней, не существует принципа, на основе которого может быть решен этот вопрос, или же если данный вопрос не регулируется проектом конвенции вообще. Пробелы, оставленные в положениях проекта конвенции, основывающихся на международном частном праве, должны заполняться в соответствии с принципами международного частного права, лежащими в основе проекта конвенции. В отсутствие таких принципов такого рода пробелы будут заполняться в соответствии с нормами международного частного права суда.

79. Вопросы, которые не регулируются проектом конвенции и оставлены для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции в силу норм международного частного права, включают, но не ограничиваются

ими, требования и правовые последствия прямой уступки, прямой уступки в целях обеспечения и уступки в качестве обеспечения; вопрос о форме договора уступки; аксессуарный или независимый характер обеспечительного права, который является основой для определения того, передается ли оно автоматически с дебиторской задолженностью, погашение которой оно обеспечивает, или же необходим новый акт передачи; и последствия нарушения гарантий цедентом. Проект конвенции охватывает статутную возможность уступки в той мере, в какой он указывает на ряд видов дебиторской задолженности, которые могут быть уступлены, включая будущую дебиторскую задолженность и дебиторскую задолженность, не идентифицированную индивидуально, однако оставляет другие статутные ограничения (касающиеся, например, пенсий или заработной платы) для решения на основе других норм права. Вопросы, оставленные для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции, также включают вопрос о том, несет ли цедент ответственность перед должником за уступку своей дебиторской задолженности в нарушение оговорок о недопустимости уступки; вопрос об обязательстве должника произвести платеж (проект конвенции касается только освобождения должника от ответственности); вопрос об освобождении должника от ответственности на иных основаниях, чем те, которые указаны в проекте конвенции (например, путем платежа правомерному лицу, заявившему требование, если полученное уведомление не отвечает требованиям проекта конвенции); вопрос о возражениях и правах на зачет, на которые должник может ссылаться по отношению к цессионарию; и вопрос о договоренностях между должником и цессионарием, согласно которым должник отказывается от своих возражений и прав на зачет по отношению к цессионарию. Помимо этих вопросов, проект конвенции прямо передает определенные вопросы (например, вопросы приоритета) на решение на основе норм права, применимых вне проекта конвенции, конкретно указывая при этом такое право. Вопрос о том, должно ли право, применимое ко всем вышеупомянутым вопросам, а также к другим вопросам, не регулируемым проектом конвенции, определяться на основе положений международного частного права проекта конвенции или суда, зависит от того, находится ли суд в договаривающемся государстве и сделало ли данное договаривающееся государство выбор в пользу неприменения статьи V.

ГЛАВА III. ПОСЛЕДСТВИЯ УСТУПКИ

Форма уступки

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 75-79
A/CN.9/432, пункты 82-86
A/CN.9/434, пункты 102-106
A/CN.9/445, пункты 204-210
A/CN.9/456, пункты 86-92
A/CN.9/466, пункты 101-103

Комментарий

80. В главе III урегулированы вопросы материальной действительности уступки в соответствии с проектом конвенции. Однако в проекте конвенции урегулированы не все вопросы, касающиеся материальной действительности. Вопросы, которые не затрагиваются и которые оставлены для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции, включают, например, статутные ограничения в отношении уступки, иные, чем ограничения, затрагиваемые статьями 9, 11 и 12, а также вопросы, касающиеся правосубъектности и полномочий. Вопросы формальной действительности (например, вопрос о том, требуется ли письменная форма, уведомление, регистрация или уплата гербового сбора для того, чтобы уступка была правомерной/действительной) вообще не рассматриваются в проекте конвенции. Рабочая группа рассмотрела большую совокупность требований в отношении формы - от письменной формы (с любыми требованиями относительно подписи или без них) до отсутствия какой-либо формы вообще. Мнение подавляющего большинства заключалось в том, что письменная форма должна требоваться для того, чтобы уступка была действительной, по меньшей мере, по отношению к третьим сторонам. Однако во избежание лишения действительности практики устных уступок в некоторых странах Рабочая группа решила не устанавливать требования в отношении письменной формы. Рабочая группа также рассмотрела вопрос о праве, применимом к форме, однако не смогла достичь консенсуса. Трудности в рассмотрении вопроса формы сопряжены с тем фактом, что форма призвана выполнять различные функции. Между сторонами требование в отношении формы может функционировать в качестве предупреждения цеденту относительно серьезного характера гарантии или же в качестве свидетельства, сводящего к минимуму риск возникновения споров. Что касается третьих сторон, особенно третьих сторон-кредиторов, то требование в отношении формы призвано обеспечивать защиту от риска мошеннического сговора при устных уступках (например, сговор с целью проставить дату совершения уступки задним числом или сговор в отношении объема дебиторской задолженности, которую предполагается уступить).

81. Однако игнорирование вопроса формы в проекте конвенции породит неопределенность. Отсутствие какой-либо нормы, касающейся формы, может толковаться теми, кто будет применять проект конвенции, по-разному. Оно

может либо привести к передаче вопросов формы для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции, или к приданию действительности любой уступке вне зависимости от ее формы. В первом случае неопределенность возникнет в отношении формальной действительности уступки согласно проекту конвенции, которая является требованием приоритета (в отношении значения термина "приоритет" см. пункты 63-65; это усиливается тем фактом, что, в отличие от подпункта (b) статьи 24, подпункт (a) статьи 24 не касается "существования" какого-либо права; см. пункты 165 и 170). В последнем случае центральным в ответ на уступку, предоставленную цессионарием, в частности, до начала производства по делу о несостоятельности, может быть в состоянии предоставить приоритет данному цессионарию путем проставления даты задним числом или же увеличения объема уступки. В связи с этим Комиссия, возможно, пожелает пересмотреть вопрос, касающийся формы. Предпочтительной была бы материально-правовая норма. Однако, как представляется, достижение консенсуса в отношении такой нормы не является практически возможным. Поэтому можно было бы рассмотреть подход, основывающийся на международном частном праве.

82. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть следующие варианты: либо включение гибкой нормы, соответствующей нынешней практике в области международного частного права в отношении формальной действительности договора между цедентом и цессионарием (право, свойственное договору, право страны, в которой заключен договор, или, в случае договоров между лицами, находящимися в разных странах, право одной из этих стран; см. статью 9 Римской конвенции или статью 13 Конвенции Мехико), и объединение этой нормы с иной нормой, касающейся последствий для третьих сторон (право места нахождения цедента), либо установление правила "безопасной гавани" следующего содержания: "Уступка является действительной по отношению к третьим сторонам, если она отвечает, по меньшей мере, требованиям в отношении формы, установленным правом государства, в котором находится цедент" (специальную норму, применяющуюся в случае дебиторской задолженности, поддерживаемой обеспечительным правом, см. пункт 108). Норма, передающая форму в отношении третьих сторон на определение с помощью права места нахождения цедента, не обязательно противоречила бы нынешней практике в области международного частного права, поскольку такая практика относится к договору уступки, а не к самой передаче вещных прав, а требования в отношении формы, чтобы уступка была совершена в письменной форме, уведомление о ней направлено должнику или же чтобы она была зарегистрирована, призваны обеспечить временную связь для коллидирующих требований и, таким образом, затрагивают вопросы приоритета. В любом случае правило "безопасной гавани" позволит третьим сторонам определять формальную действительность уступки в качестве основы для приоритета и будет соответствовать подходу, используемому в статье 24, не подрывая тенденций, преобладающих в международном частном праве.

Статья 9. Действительность оптовых уступок, уступок будущей дебиторской задолженности и частичных уступок

1) Уступка существующей или будущей, одной или нескольких дебиторских задолженностей и частей или неразделенных интересов в дебиторской задолженности является действительной, независимо от того, определены ли дебиторские задолженности:

- а) индивидуально в качестве дебиторских задолженностей, с которыми связана эта уступка; или
- б) любым другим способом, при условии, что они могут быть идентифицированы в качестве дебиторских задолженностей, с которыми связана уступка, в момент уступки или - в случае будущих дебиторских задолженностей - в момент заключения первоначального договора.

2) В отсутствие договоренности об ином уступка одной или нескольких будущих дебиторских задолженностей является действительной в момент заключения первоначального договора без необходимости совершения нового акта передачи для уступки каждой дебиторской задолженности.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 45-60
A/CN.9/432, пункты 93-112 и 254-258
A/CN.9/434, пункты 122 и 124-127
A/CN.9/445, пункты 211-214
A/CN.9/456, пункты 93-97

Комментарий

83. Уступки будущей кредиторской задолженности, оптовые уступки и уступки частей или неразделенных интересов в дебиторской задолженности образуют сердцевину весьма важных видов практики в области финансирования (например, факторинга, секьюритизации, проектного финансирования, синдицирования займов и участия в предоставлении займов, "свопов" и операций, сопряженных с производными финансовыми

инструментами). И все же их действительность как вопрос вещного права не признается во всех правовых системах. Статья 9 призвана придать действительность такой передаче имущественных прав в дебиторской задолженности.

Статутная возможность уступки

84. Придавая действительность уступкам, которые упоминаются в пункте 1, статья 9 может отменять статутные запрещения, которые могут действовать во внутрисударственном праве в отношении таких уступок. Отменяя такого рода статутные ограничения, проект конвенции не призван вторгаться в сферу национальной политики. Такая политика направлена на обеспечение защиты цедента от отчуждения его будущего имущества и тем самым возможного лишения его средств к существованию. Она часто определяется посредством установления требования в отношении конкретности, которая может и не быть возможной в случае уступки будущей дебиторской задолженности или оптовой уступки. С целью уравновесить необходимость придавать действительность уступкам, упомянутым в пункте 1, и необходимость обеспечивать защиту цедентов пункт 1 статьи 9 требует, чтобы дебиторская задолженность могла быть идентифицируемой в момент ее возникновения (т.е. тогда, когда заключается первоначальный договор), в качестве дебиторской задолженности, к которой относится данная уступка. Кроме того, во избежание ограничения права цедента на передачу будущей дебиторской задолженности проект конвенции не предоставляет приоритета одному кредитору по сравнению с другим (например, глобальному цессионарию по сравнению с мелким поставщиком материалов в кредит с сохранением правового титула, распространяющегося на дебиторскую задолженность, возникшую в результате продажи конечной продукции цедента), но оставляет вопросы приоритета для решения на основе норм внутрисударственного права. Что касается статутных ограничений, направленных на обеспечение защиты должника при уступках, упомянутых в пункте 1 (например, в случае ограничений, относящихся к частичным уступкам), то проект конвенции не вторгается в сферу национальной политики, лежащей в основе таких ограничений, в той мере, в какой необходимо, чтобы должник находился в договаривающемся государстве и согласно проекту конвенции не был вынужден нести какие бы то ни было дополнительные издержки вследствие уступки (см. пункты 32-34 и 128).

85. Проект конвенции не призван затрагивать любые другие статутные ограничения, будь то направленные на обеспечение защиты цедента (например, получателя заработной платы или трудовой пенсии) или же на обеспечение защиты должников (например, государственных органов-должников или потребителей-должников). Этот вопрос оставлен для решения на основе норм внутрисударственного права, применимых вне проекта конвенции. Такой результат косвенно вытекает из статьи 11, которая касается только договорных ограничений на уступку (в отношении государственных органов-должников см. пункты 213 и 214; в отношении потребителей-должников см. пункт 100). Вследствие того, что этот результат не указан прямо в проекте конвенции, к сфере толкования будет относиться вопрос о том, регулируются ли такие вопросы проектом конвенции, но прямо не урегулированы в нем, ибо в таком случае будет применяться пункт 2 статьи 8 (т.е. будет сделана сначала ссылка на общие принципы, лежащие в основе проекта конвенции, а затем на нормы международного частного права), или же они вообще не регулируются (т.е. на них будет распространяться действие норм права, применимых в силу норм международного частного права суда). В любом случае возникнет неопределенность, которая может оказывать негативное воздействие на наличие и стоимость кредитов. В связи с этим Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли прямо затронуть в проекте конвенции статутную возможность уступки. Такой результат может быть достигнут с помощью включения нового положения о статутных ограничениях следующего содержания: "Настоящая Конвенция не затрагивает какие-либо статутные ограничения в отношении уступки, помимо тех ограничений, которые указаны в статье 9". В качестве альтернативного варианта такой результат может быть достигнут посредством исключения некоторых видов дебиторской задолженности из статьи 4 ("личная дебиторская задолженность, такая как заработная плата, пенсии, дебиторская задолженность по сделкам, заключенным в личных, семейных или домашних целях, и дебиторская задолженность государственных органов в той мере, в какой она не может быть уступлена согласно нормам права, регулирующим такую дебиторскую задолженность").

Действительность

86. Термин "действительная" призван отразить вещно-правовые последствия уступки (термин "правомерная" не может оказывать такого воздействия и в любом случае не имеет универсального одинакового понимания). Точное значение такой действительности, т.е. вопрос о том, может ли цессионарий сохранить какой-либо излишек, и условия, на которых цессионарий может добиваться реализации дебиторской задолженности по отношению к должнику или иметь право регресса в отношении цедента, зависят от того, идет ли речь о прямой уступке или об уступке в качестве обеспечения, причем этот вопрос оставлен для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции. В любом случае цессионарий может заявлять требование и (если должник не использует в качестве возражения отсутствие уведомления и производит платеж) сохранить платеж (должник может получить законное освобождение от ответственности согласно статье 9 независимо от того, произвел ли он платеж лицу, имеющему приоритет). Если должник производит платеж какому-либо другому лицу, то дебиторская задолженность погашается, а вопрос о характере *in rem* или *ad personam* права цессионария и о приоритетности этого права в отношении поступлений должен решаться на основе норм права места нахождения цедента (статья 24(b); см. пункты 165 и 170).

87. Хотя цессионарий приобретает внешнее право в уступленной дебиторской задолженности, действие такого права ограничивается взаимоотношениями между цедентом и цессионарием и по отношению к должнику. Действительность по отношению к третьим сторонам сопряжена с вопросами приоритета, и проект конвенции рассматривает такие вопросы, как иные вопросы, распространяя на них действие норм права места нахождения цедента (статья 24). В результате этого статья 9 должна отменять какое-либо статутное ограничение в отношении уступки будущей дебиторской задолженности или дебиторской задолженности, которая, например, конкретно не указана, но не норму, касающуюся приоритетности коллидирующих требований (или статутных требований в отношении формы). Кроме того, с учетом этого взаимодействия между действительностью согласно статье 9 и приоритетом согласно статье 24 статья 9 не будет лишать силы первую по времени уступку, лишая действительности любую последующую уступку одной и той же дебиторской задолженности одним и тем же цедентом, или же приводить к тому, что цессионарий будет превалировать над управляющим в деле о несостоятельности лишь на том основании, что уступка была совершена до даты начала производства по делу о несостоятельности, даже если дебиторская задолженность возникла или была получена после начала производства по делу о несостоятельности. Чтобы отразить это взаимодействие между действительностью в отношениях между цедентом и цессионарием и по отношению к должнику (в качестве условия предоставления приоритета) и действительностью по отношению к третьим сторонам, иным, чем должник (приоритет), и избежать непреднамеренного оставления вопросов о действительности уступок, указанных в пункте 1, полностью для решения на основе норм права, применимых к приоритету, Рабочая группа решила исключить из статьи 9 формулировку, которая распространяла бы на статью 9 и статью 10 действие статей 24-27. По этой же причине Рабочая группа решила включить в статью 24 слова "за исключением...", разъясняющие, что определенные вопросы, включая действительность уступки в качестве вопроса общего права, не оставлены для решения на основе норм права, регулирующих приоритет (см. пункт 163).

88. Однако различие между действительностью и приоритетом, которое проводится в проекте конвенции, может и не быть известным в праве места нахождения цедента, в котором могут быть установлены ограничения в отношении уступки в силу нормы, касающейся действительности в целом. В результате этого, возможно, и нельзя с легкостью определить, например, является ли норма права места нахождения цедента, ограничивающая действительность уступки будущей дебиторской задолженности, нормой, касающейся действительности *inter partes* или действительности по отношению к третьим сторонам (т.е. приоритета). В связи с этим Комиссия, возможно, пожелает прямо указать во вступительной части текста пункта 1 статьи 9, что уступка является действительной "во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием и по отношению к должнику". Комиссия, возможно, также пожелает указать в новом пункте 3, что "действительность уступки дебиторской задолженности, указанной в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, по отношению к третьим сторонам, иным, чем должник, регулируется нормами права, применимыми согласно статье 24. Однако такая уступка не является недействительной по отношению к таким третьим сторонам лишь на том основании, что право места нахождения цедента не признает ее действительности". Такая норма позволила бы обеспечить, чтобы уступка будущей дебиторской задолженности не лишалась действительности лишь на том основании, что она относится к будущей дебиторской задолженности, однако без подрыва действительности такой уступки в качестве вопроса приоритета между лицами, заявляющими коллидирующие требования.

"Существующая или будущая дебиторская задолженность"

89. Эти термины определяются в статье 6(b) с помощью ссылки на момент заключения первоначального договора. Предполагается охватить все виды будущей дебиторской задолженности, включая условную дебиторскую задолженность и чисто гипотетическую дебиторскую задолженность (см. пункт 56). С целью обеспечения защиты интересов цедента пункт 1 привносит элемент конкретности (дебиторская задолженность должна поддаваться идентификации в момент ее возникновения).

"Одна или несколько"

90. Проект конвенции касается главным образом оптовой уступки крупной дебиторской задолженности с низкой стоимостью (например, факторинг торговой дебиторской задолженности или секьюритизация дебиторской задолженности по кредитным карточкам) с учетом ее значимости и практики, а также того факта, что ее действительность не является общей для всех правовых систем. По соображениям обеспечения последовательности также охватывается уступка единой дебиторской задолженности с высокой стоимостью (например, уступка займа для целей рефинансирования или диверсификации портфеля).

"Части или неразделенные интересы в дебиторской задолженности"

91. Частичные уступки сопряжены с крупными сделками, такими как секьюритизация (при которой специально - целевой механизм (SPV) может уступать инвесторам неразделенные интересы в дебиторской задолженности, приобретенной у ее создателя в качестве обеспечения обязательств SPV перед инвесторами), или синдицирование займа или участие в предоставлении займа (при которых ведущий займодавец может уступить неразделенные интересы в данном займе ряду других займодавцев; в отношении частичных уступок см. пункты 32-34 и 61).

"Определена"

92. Термин "определена" призван установить более низкий стандарт, чем стандарт, который был бы установлен термином "указана". Согласно этому стандарту общего определения дебиторской задолженности без какого-либо указания на личность должника или сумму дебиторской задолженности было бы достаточно (например, "вся моя дебиторская задолженность, связанная с моей предпринимательской деятельностью по продаже автомобилей").

"Индивидуально"/"любым другим способом"

93. Эти слова призваны обеспечить действительность уступки существующей или будущей дебиторской задолженности независимо от того, определена ли эта дебиторская задолженность индивидуально или любым другим способом, достаточным для увязки дебиторской задолженности с уступкой.

Момент идентификации дебиторской задолженности

94. Существующая дебиторская задолженность должна быть идентифицирована как дебиторская задолженность, относящаяся к уступке, в момент уступки. Будущая дебиторская задолженность должна поддаваться идентификации в момент ее возникновения (который наступает по определению после момента уступки). В результате действия статьи 7, закрепляющей автономию сторон, цедент и цессионарий могут согласовать момент, в который будущая дебиторская задолженность должна быть идентифицирована в качестве дебиторской задолженности, с которой связана уступка, если она не затрагивает прав должника и других третьих сторон.

Генеральные договоренности

95. В целях ускорения процесса предоставления кредитов и уменьшения издержек, сопряженных с такой сделкой, пункт 2 фактически предусматривает, что генеральная договоренность является достаточной для передачи прав в группе будущих дебиторских задолженностей. Если новый документ будет требоваться каждый раз, когда возникает новая дебиторская задолженность, то расходы на управление программой кредитования значительно возрастут, а время, необходимое для получения надлежащим образом составленных документов и изучения этих документов, замедлит процесс кредитования в ущерб цеденту. В соответствии с пунктом 2, который предусматривает, что генеральная договоренность является достаточной для передачи группы будущих дебиторских задолженностей, и статьей 10, которая предусматривает, что будущая дебиторская задолженность считается переданной в момент заключения договора уступки, права в будущей дебиторской задолженности передаются непосредственно цессионарию без прохождения через имущество цедента. В результате цессионарий приобретает вещное право, и, если цессионарий также имеет приоритет, его право не станет объектом личных требований кредиторов цедента или управляющего в деле о несостоятельности. В своей первоначальной формулировке пункт 2 ссылался на момент "возникновения" будущей дебиторской задолженности с целью разъяснить, что уступка будущей дебиторской задолженности может быть действительной только в том случае, если такая дебиторская задолженность возникает. С учетом исключения положения, разъясняющего значение слова "возникновение", Рабочая группа на своей тридцать первой сессии решила заменить слово "возникновение" словами "в момент заключения первоначального договора". В результате этого пункт 2 касается момента уступки таким образом, что это является несовместимым со статьей 10, согласно которой уступка будущей дебиторской задолженности является действительной в момент заключения договора уступки, и стороны могут согласовать лишь более поздний момент времени. В связи с этим Комиссия, возможно, пожелает исключить ссылку на момент заключения первоначального договора уступки и разъяснить этот вопрос в комментарии к статье 10 (см. пункт 96). В качестве альтернативного варианта текст пункта 2 можно было бы согласовать с текстом статьи 10 и указать в нем на момент заключения договора уступки.

Статья 10. Момент уступки

Существующая дебиторская задолженность передается, а будущая дебиторская задолженность считается переданной в момент заключения договора уступки, если только цедент и цессионарий не укажут более поздний момент.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 51 и 57
A/CN.9/432, пункты 109-112 и 254-258
A/CN.9/434, пункты 107, 108 и 115-121
A/CN.9/445, пункты 221-226
A/CN.9/456, пункты 76-78 и 98-103

Комментарий

96. Статья 10 направлена на признание и одновременно ограничение права cedentа и цессионария согласовывать момент передачи дебиторской задолженности, установление нормы о неисполнении, согласно которой в отсутствие договоренности между cedentом и цессионарием об ином моменте передачи дебиторской задолженности является момент заключения договора уступки, и разъяснение значения других соответствующих положений, таких как статьи 7, 9, 19 и 24-27. Момент уступки, согласованный cedentом и цессионарием, связывает третьи стороны, причем этот вопрос, возможно, и не является достаточно ясным с учетом статьи 7. Однако чтобы такая договоренность была обязательной для третьих сторон, она должна предусматривать момент передачи, который не наступает раньше момента заключения договора уступки. Этот подход соответствует принципу автономии сторон, закрепленному в статье 7, поскольку договоренность, предусматривающая более ранний момент, может затронуть порядок очередности между несколькими лицами, заявившими требования (однако ни статья 7, ни статья 10 не препятствует сторонам договориться о датировании задним числом момента вступления в силу их взаимных договорных обязательств).

97. В отсутствие договоренности между cedentом и цессионарием, предусматривающей момент передачи прав в уступленной дебиторской задолженности, моментом такой передачи является момент заключения договора уступки, причем этот факт нельзя изменить. Хотя этот подход является очевидным по отношению к дебиторской задолженности, существующей в момент ее уступки, создается юридическая фикция в отношении будущей дебиторской задолженности (т.е. дебиторской задолженности, возникающей из договоров, которых не было в момент уступки). На практике цессионарий приобретет права в будущей дебиторской задолженности только в том случае, если она действительно возникнет, однако с правовой точки зрения момент передачи вернется к моменту заключения договора уступки. Предоставление цессионарию вещного права в уступленной дебиторской задолженности с момента заключения договора уступки привело бы к обеспечению защиты цессионария, имеющего приоритет согласно праву места нахождения cedentа. Без предоставления такого вещного права даже право цессионария, обладающего приоритетом, может обуславливаться правами обеспеченных и преференциальных кредиторов в случае несостоятельности.

Статья 11. Договорные ограничения на уступку

1) Уступка дебиторской задолженности является действительной независимо от любой договоренности между первоначальным или любым последующим cedentом и должником или любым последующим цессионарием, ограничивающей каким бы то ни было образом право cedentа уступать свою дебиторскую задолженность.

2) Ничто в настоящей статье не затрагивает никакого обязательства или ответственности cedentа за нарушение такой договоренности. Лицо, не являющееся стороной такой договоренности, не несет ответственности только на том основании, что оно знало о ее существовании.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 61-68
 A/CN.9/432, пункты 113-126
 A/CN.9/434, пункты 128-137
 A/CN.9/445, пункты 49-51 и 227-231
 A/CN.9/447, пункты 148-152
 A/CN.9/455, пункты 47-51
 A/CN.9/456, пункты 104-116
 A/CN.9/466, пункты 104-106

Комментарий

98. Основная цель статьи 11, которая разработана с учетом статьи 6 Оттавской конвенции, заключается в установлении баланса между необходимостью обеспечить защиту должника, с одной стороны, и необходимостью обеспечить защиту cedentа и цессионария, с другой стороны. У должника могут быть веские коммерческие основания для ограничения способности cedentа уступать дебиторскую задолженность (например, нежелание нести дополнительные расходы). С другой стороны, cedent может нуждаться в уступке своей дебиторской задолженности для получения финансирования или какой-либо услуги, а цессионарий может и не знать о существовании договорного ограничения на уступку (например, в случае будущей дебиторской задолженности или оптовых уступок).

Материально-правовая и территориальная сфера применения

99. Статья 11 предназначена для применения к договорным ограничениям вне зависимости от того, предусмотрены ли они в первоначальном договоре или другой договоренности между cedentом и должником, или же в

первоначальном или любом последующем договоре уступки. Она также предназначена для применения к любым договорным положениям, ограничивающим уступку (например, ее обусловливанием согласием должника), а не только к положениям, запрещающим уступку. Однако она не предназначена для применения к статутным ограничениям на уступку или к ограничениям, относящимся к уступке прав, иных, чем дебиторская задолженность (например, положениям о конфиденциальности). В результате этого, если уступка совершена в нарушение какого-либо статутного ограничения или положения о конфиденциальности, статья 11 не применяется с целью лишения действительности такой уступки или ограничения какой-либо ответственности, возникающей согласно нормам права, применимым вне проекта конвенции. В зависимости от подхода, который Комиссия решит использовать в отношении уступок финансовой дебиторской задолженности, сфера применения нормы, содержащейся в статье 11, может быть разной, а вопрос о действительности уступки в целом или же только по отношению к должнику может быть оставлен для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции (см. статью 5 и пункты 50-54).

100. Статья 5 также призвана применяться к уступкам дебиторской задолженности, причитающейся с государственных органов-должников, если только государство, в котором находится должник, не делает заявления согласно статье 38 в отношении применения статьи 11 (см. пункты 213 и 214). И в таком случае вопрос о том, является ли действительной уступка по отношению к государственному органу-должнику, будет оставлен для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции. Кроме того, статья 11 призвана применяться к уступкам дебиторской задолженности, причитающейся с потребителей-должников. Однако она не призвана изменять законодательство о защите потребителей (хотя на практике, за исключением состоятельных лиц, которые могут и не нуждаться в статутной защите, потребители не располагают возможностями включать такие ограничения в свои договоры; в отношении потребительской дебиторской задолженности и защиты потребителей см. пункты 36, 128, 152, 160 и 196). В любом случае потребители либо не будут даже уведомлены о какой-либо уступке, либо будут уведомлены и им будет предложено вносить и далее платежи на тот же банковский счет или через то же почтовое отделение. В таком случае должник, озабоченный возможностью утраты прав на зачет, которые могут возникнуть из договоров, не имеющих отношения к первоначальному договору, может прекратить свои взаимоотношения с цессионарием.

101. В действительности же при ограниченном применении статьи 11 к потребительским ситуациям и с исключением поставщиков финансовых услуг (статья 5) и возможным исключением правительств и государственных органов (статья 38) статья 11 будет применяться главным образом к случаям, когда должник является крупным поставщиком, который может и не нуждаться в статутной защите. В любом случае Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о дальнейшем ограничении нормы, содержащейся в статье 11, уступками будущей дебиторской задолженности или оптовыми уступками дебиторской задолженности, при которых лишение действительности договорных ограничений оказало бы негативное воздействие на стоимость кредитов. При других уступках (например, единой существующей дебиторской задолженности) договорное ограничение лишило бы такую уступку действительности по отношению к должнику (проект статьи 12.301 Европейских договорных принципов). Такой подход позволил бы сохранить свободную передаваемость дебиторской задолженности при заключении крупных сделок по финансированию, ограничивая при этом любое ненадлежащее вмешательство в режим автономии сторон. Комиссия, возможно, также пожелает рассмотреть уступки, которые являются не подлинными уступками, а скорее предложениями о покупке (т.е. тогда, когда конкурент получает уступку задолженности какого-либо юридического лица с целью получения доступа к конфиденциальной коммерческой информации, хотя в том случае, если такая информация охватывается действием положения о конфиденциальности и уступка обеспечивает цессионарию доступ к конфиденциальной информации, статья 11 не будет применяться с целью лишения действительности такой уступки).

Норма

102. Основная цель содержащейся в статье 11 нормы заключается в обеспечении действительности как договорного ограничения на уступку, так и самой уступки. Однако, в отличие от уступки, которая является действительной по отношению к должнику, договорное ограничение не имеет каких-либо последствий для цессионария. Основное соображение в связи с этим заключается в том, что каждому выгоднее способствовать совершению уступки дебиторской задолженности и сокращать издержки, связанные со сделкой, а не обеспечивать, чтобы должник не был вынужден производить платеж лицу, иному, чем первоначальный кредитор (цедент). В соответствии с пунктом 1 статьи 11 должник связан уступкой. Вопрос о том, существует ли какая-либо ответственность за нарушение договора, оставлен для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции. Если какая-либо ответственность такого рода существует в соответствии с пунктом 2 статьи 11, то она не распространяется на цессионария и не может основываться исключительно на осведомленности цессионария о договорном ограничении (такая осведомленность может иметь значение в случае деликтной ответственности цессионария, например, за злонамеренный подрыв выгодных договорных отношений). Наказание цессионария за то, что он всего лишь осведомлен об отговоре о недопустимости уступки, непреднамеренно привело бы к стимулированию цессионария либо к тому, чтобы он избегал проверки на предмет проявления подлежащей осмотристельности, либо к тому, чтобы он проходил такую проверку и отказывался принять дебиторскую задолженность или принять ее по намного более низкой цене. Другие права, которые должник может иметь в соответствии с нормами права, применимыми вне проекта конвенции, например, право на расторжение

первоначального договора за его нарушение, также не затрагиваются, если только речь не идет о финансовой дебиторской задолженности (см. пункт 2 варианта А статьи 5); предложение Секретариата об ограничении прав должника требованием о возмещении фактических убытков см. в пункте 104).

Обоснование

103. Договорные ограничения могут оказывать негативное воздействие на стоимость дебиторской задолженности вне зависимости от того, относятся ли они ко всей уступленной дебиторской задолженности или же только к некоторым ее частям. Если договорные ограничения могут быть обеспечены по отношению к цессионариям, то цессионариям потребуется изучать документацию, касающуюся каждой дебиторской задолженности. В результате этого небольшое число дебиторских задолженностей, являющихся объектом договорных ограничений, повысит стоимость намного большего числа дебиторских задолженностей, которые не являются объектом любого такого ограничения. Кроме того, договорные ограничения, если только они не направлены на сохранение законных интересов, могут ненадлежащим образом препятствовать соблюдению принципов рыночной экономики. В той мере, в какой обязательство платежа оказывает одно и то же воздействие на должника независимо от личности кредитора, какое-либо договорное ограничение противоречило бы принципу, направленному на сдерживание в отношении отчуждения имущества. Кроме того, экономика, в рамках которой дебиторская задолженность передается свободно, дает значительные выгоды должникам. Экономия средств, достигнутая за счет сокращения расходов кредиторами посредством свободной передачи своей дебиторской задолженности, может быть перенесена на должников в форме более низких издержек на приобретение товаров и услуг или же более низкой стоимости кредита.

104. В любом случае проект конвенции обеспечивает высокий уровень защиты должника (статьи 17-22). Кроме того, в соответствии с нормами права, применимыми вне проекта конвенции, должник может даже объявить о расторжении первоначального договора (за исключением должников по финансовой дебиторской задолженности; пункт 2 варианта А статьи 5). Однако такое расторжение договора, какое могло бы лишить цессионария договорного права на требование платежа должником, должно быть возможным только при исключительных обстоятельствах (случай, когда cedent может иметь требование в связи с неосновательным обогащением или другие требования, возникающие в силу действия закона против должника, однако любая уступка таких прав не будет охватываться проектом конвенции). В ином случае риск расторжения договора может сам по себе оказывать неблагоприятное воздействие на стоимость кредита. Чтобы избежать этого результата, Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, чтобы разъяснить в статье 11, что любое средство защиты, имеющееся у должника в отношении cedent за нарушение оговорки о недопустимости уступки, будет ограничиваться требованием о возмещении фактических убытков (или что должник не может объявлять о расторжении первоначального договора на том лишь основании, что cedent нарушил оговорку о недопустимости уступки; см. пункт 2 варианта А статьи 5). Статьи 11, 20(3) и 22 могут толковаться как исключая возможность использования такого радикального средства защиты вообще, по меньшей мере, после уведомления об уступке. Разрешение должнику объявлять о расторжении договора на том лишь основании, что была нарушена оговорка о недопустимости уступки, противоречило бы принципу, согласно которому уступка является действительной, даже если она совершена в нарушение оговорки о недопустимости уступки, а также принципа, согласно которому в таком случае должник не может предъявлять цессионарию какое-либо требование, каким он мог бы располагать в отношении cedent за нарушение договора. Кроме того, если минимум, т.е. изменение первоначального договора, не допускается после направления уведомления должнику без согласия цессионария, то максимум, т.е. расторжение договора, также не может быть разрешен. Такое ограничение права должника на расторжение договора может сочетаться с подходом, используемым в пункте 2 варианта В статьи 5. Если уступка является недействительной по отношению к должнику, то должнику не потребуется аннулировать первоначальный договор на том лишь основании, что было нарушено договорное ограничение на уступку (см. пункт 102).

Статья 12. Передача обеспечительных прав

1) Личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается цессионарию без дополнительного акта передачи, за исключением случая, когда согласно закону, регулирующему такое право, оно может быть передано только с дополнительным актом передачи. Если такое право согласно регулирующему его закону может быть передано только с дополнительным актом передачи, cedent обязан передать это право и любые поступления цессионарию.

2) Право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается согласно пункту 1 настоящей статьи, независимо от договоренности между cedentом и должником или иным лицом, предоставляющим это право, ограничивающей каким бы то ни было образом право cedentа уступать дебиторскую задолженность или право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности.

3) Ничто в настоящей статье не затрагивает никакого обязательства или ответственности cedentа за нарушение договоренности, о которой говорится в пункте 2 настоящей статьи. Лицо, не являющееся

стороной такой договоренности, не несет ответственности только на том основании, что оно знало о ее существовании.

4) Передача какого-либо посессорного имущественного права согласно пункту 1 настоящей статьи не затрагивает никаких обязательств цедента перед должником или лицом, предоставившим имущественное право в отношении переданного имущества, которые могут существовать согласно закону, регулирующему это имущественное право.

5) Пункт 1 настоящей статьи не затрагивает никакого требования на основании иных норм права, чем положения настоящей Конвенции, касающегося формы или регистрации передачи любых прав, обеспечивающих платеж уступленной дебиторской задолженности.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 69-74
A/CN.9/432, пункты 127-130
A/CN.9/434, пункты 138-147
A/CN.9/445, пункты 232-235
A/CN.9/456, пункты 117-126

Комментарий

Акцессорные и независимые права

105. Пункт 1 отражает общепринятый принцип, согласно которому акцессорные обеспечительные права (например, поручительство, залог или ипотечный залог) передаются автоматически, тогда как независимые обеспечительные права (например, независимая гарантия или резервный аккредитив или же реальное обеспечительное право абстрактного характера) передаются только с помощью нового акта передачи (слова "право, обеспечивающее платеж" используются для обеспечения того, чтобы охватывались права, которые могут и не быть обеспечительными правами, например, права, вытекающие из независимых гарантий и резервных аккредитивов). Согласно статье 7 цедент и цессионарий могут договориться о том, что акцессорное право не передается цессионарию и таким образом прекращается. Такая договоренность может отражать отсутствие у цессионария готовности принять ответственность и расходы, сопряженные с хранением и сохранностью обремененного имущества (например, расходы на налоги и страхование в случае недвижимого имущества или расходы на страхование в случае оборудования). Вопрос об акцессорном или независимом характере обеспечительного права и вопрос о материально-правовых и процессуальных требованиях, которые должны быть выполнены для создания такого обеспечительного права, оставлены для решения на основе норм права, регулирующих это право. С учетом широкой совокупности прав, охватываемых статьей 12, и различий, существующих между разными правовыми системами в этом отношении, статья 12 не сопряжена с попыткой конкретно указать нормы права, применимые к таким правам. Пункт 1 также устанавливает обязательство цедента передавать цессионарию любое независимое право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, а также поступления от такого права. В результате этого, если независимое право и поступления от него могут быть уступлены, то цессионарий будет в состоянии их получить. Если такие права не могут быть уступлены или не уступаются по любой причине, то цессионарий будет располагать личным требованием к цеденту. Что касается формулировки пункта 1, то Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об исключении второй части первого предложения текста (т.е. слов "когда согласно закону, регулирующему такое право, оно может быть передано") как излишней (первой части первого предложения текста может быть вполне достаточно).

Договорные ограничения

106. Пункт 2 призван обеспечить, чтобы никакое ограничение, согласованное между цедентом и должником или другим лицом, предоставляющим обеспечительное право, не лишало уступку действительности. Согласно пункту 3 любая ответственность, которую цедент может нести за нарушение договора согласно нормам права, применимым вне проекта конвенции, не затрагивается, но и не распространяется на цессионария (этот подход согласуется с подходом, принятым в статье 11). Определяющее соображение заключается в том, что по отношению к ограничениям на уступку обеспечительные права должны рассматриваться таким же образом, что и дебиторская задолженность, поскольку зачастую стоимость, на которую полагаются цессионарий, кроется в обеспечительном праве, а не в самой дебиторской задолженности. Однако ограничение, включенное в договор с государственным органом-гарантом, являющимся третьей стороной и находящимся в государстве, которое сделало заявление согласно статье 38, лишило бы уступку действительности, но только по отношению к данному государственному органу-гаранту, являющемуся третьей стороной. Аналогичным образом, ограничение в договоре с гарантом, являющимся третьей стороной, какой-либо финансовой дебиторской задолженности может лишить действительности уступку в целом или же только по отношению к гаранту, являющемуся третьей стороной, в зависимости от того, примет ли Комиссия вариант А или вариант В статьи 5.

Посессорные права

107. Независимо от того, запрещается ли договоренностью передача обеспечительного права, если она сопряжена с передачей владения обремененным имуществом, а такая передача владения причиняет ущерб должнику или лицу, предоставляющему это право, любая ответственность, которая может возникать согласно нормам права, применимым вне проекта конвенции, не затрагивается. Например, пункт 4 предусматривает передачу заложенных акций, которая может уполномочить иностранного цессионария осуществлять права акционера в ущерб должнику или любому другому лицу, которое могло заложить эти акции.

Требования в отношении формы

108. Согласно пункту 5 не затрагиваются любые требования норм права, применимых вне проекта конвенции, к форме передачи обеспечительных прав. В результате этого нотариально заверенный документ и регистрация могут быть необходимыми для фактической передачи ипотечного залога, тогда как передача владения или регистрация могут требоваться для передачи залога. Кроме того, проект конвенции также не призван затрагивать любые требования в отношении формы уступки дебиторской задолженности, обеспеченной определенным активом (например, регистрацию уступки, обеспеченной недвижимым имуществом или летательным аппаратом). Однако если Комиссия включит норму, касающуюся формы уступки, распространив на форму уступки действие права места нахождения цедента (см. пункты 80-82), то эту норму необходимо будет согласовать с пунктом 5 (например, с помощью положения о том, что право места нахождения цедента будет регулировать форму, если только дебиторская задолженность не подкреплена обеспечительным правом, ибо в таком случае форму будут регулировать нормы права, регулирующие данное обеспечительное право).

ГЛАВА IV. ПРАВА, ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ВОЗРАЖЕНИЯ

Раздел I. Цедент и цессионарий

Комментарий

Цель раздела I

109. В отличие от других положений проекта конвенции, которые касаются вещно-правовых аспектов уступки, положения, содержащиеся в данном разделе, затрагивают договорные вопросы. Полезность этих положений кроется в том обстоятельстве, что в них признается принцип автономии сторон, закрепленный в общих выражениях в статье 7, и устанавливаются нормы, касающиеся неисполнения обязательств, и применимые в отсутствие договоренности между цедентом и цессионарием. Такие нормы, касающиеся неисполнения обязательств, сопряжены со значительными преимуществами. Они уменьшают издержки, связанные со сделкой, путем распределения рисков и устранения необходимости для сторон повторять в своем договоре стандартные положения и условия. Они также уменьшают расходы на разрешение споров, устанавливая четкую норму как для судов, так и для сторон, в случае, если стороны не урегулировали какой-либо конкретный вопрос. Кроме того, они выполняют полезную просветительную функцию, предлагая сторонам проверочный перечень вопросов, которые необходимо учесть во время проведения переговоров о заключении первоначального договора. Самым важным является то, что они увеличивают единообразие и определенность, уменьшая необходимость того, чтобы суды вели поиск национальных решений, предлагаемых правом, свойственным договору. Однако роль права, свойственного договору, не ликвидируется полностью в разделе I главы IV. Вопросы, касающиеся последствий ошибки, мошенничества или неправомерности для действительности договора, оставлены для решения на основе норм права, свойственного договору, равно как и вопрос о средствах правовой защиты, имеющихся в случае нарушения договора (в той мере, в какой они не характеризуются как процессуальные и таким образом не подпадают под действие *lex fori*).

Статья 13. Права и обязательства цедента и цессионария

- 1) Права и обязательства цедента и цессионария, вытекающие из договоренности между ними, определяются положениями и условиями этой договоренности, включая любые упомянутые в ней правила или общие условия.
- 2) Цедент и цессионарий связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и, в отсутствие договоренности об ином, любой практикой, которую они установили в своих отношениях.
- 3) В случае международной уступки считается, что цедент и цессионарий, в отсутствие договоренности об ином, подразумевали применение к уступке обычая, который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается участниками соответствующих операций [финансирования под дебиторскую задолженность].

Ссылки

A/CN.9/432, пункты 131-144
A/CN.9/434, пункты 148-151
A/CN.9/447, пункты 17-24
A/CN.9/456, пункты 127 и 128

Комментарий

110. Основная цель статьи 13 заключается в том, чтобы подтвердить в контексте взаимоотношений между цессионарием и цедентом принцип автономии сторон, который уже отражен в общих чертах в статье 7. Цедент и цессионарий могут свободно определять свои взаимные права и обязательства таким образом, чтобы они удовлетворяли их конкретным нуждам. Они могут также свободно включать в свою договоренность любые правила или условия, не воспроизводя их в этой договоренности, а делая на них ссылку общего характера. Условия, на которых стороны могут осуществлять свою свободу, и соответствующие правовые последствия определяются правом, регулирующим их договоренность. В соответствии со статьей 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже в пунктах 2 и 3 статьи 13 также закрепляется принцип, который, возможно, признается не во всех правовых системах и который заключается в том, что при толковании договоров уступки должны учитываться обычаи и практика торговли. В пункте 2 проводится четкое различие между обычаями и практикой торговли, установленными цедентом и цессионарием в своих отношениях. Такие обычаи и практика являются источниками прав и обязательств для цедента и цессионария. Однако они не могут связывать третьи стороны, например, должника или кредиторов цедента. Они не могут также связывать последующих цедентов или цессионариев. Все эти стороны могут и не знать об обычаях и практике, установленных в своих отношениях первоначальным цедентом и первоначальным цессионарием.

111. С учетом того обстоятельства, что в пункте 1 признается автономия сторон, стороны всегда имеют право договориться об ином в том, что касается обязательного характера практики, установленной в их взаимоотношениях. Поэтому, возможно, нет необходимости в содержащихся в пункте 2 словах "в отсутствие договоренности об ином". Эти слова, отсутствующие в пункте 1 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, были изначально включены в пункт 2, поскольку проект конвенции имеет преимущественную силу по сравнению с договоренностями сторон, что противоречит иерархии правовых норм, закрепленной в Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже. После ограничения пункта 1 взаимными правами и обязательствами цедента и цессионария норма о преимущественной силе проекта конвенции была исключена, и была устранена причина для отхода от формулировки пункта 1 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже.

112. В пункте 3 определяется сфера действия международного обычая. Согласно пункту 3 международные обычаи связывают лишь стороны международных уступок. Такое ограничение не было сочтено необходимым в статье 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, поскольку эта Конвенция применяется только к международным сделкам. Тем не менее оно было сочтено необходимым в статье 13 с учетом того, что проект конвенции может применяться к внутренним уступкам международной дебиторской задолженности. Кроме того, согласно пункту 3, а также согласно пункту 2 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, обычаи применяются только в отношении соответствующей практики. Это означает, что обычай международного факторинга не может применяться к уступкам при сделке секьюритизации. Однако, в отличие от пункта 2 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, в пункте 3 делается ссылка не на субъективную, фактическую или предполагаемую осведомленность сторон, а лишь на объективные требования, в соответствии с которыми обычаи должны быть широко известными и постоянно соблюдаться. По мнению Рабочей группы, такая ссылка на субъективную осведомленность сторон, которая может быть полезной в рамках двусторонних отношений, является нецелесообразной в рамках трехсторонних отношений, поскольку третьим сторонам чрезвычайно сложно определить, что знали или должны были знать цедент и цессионарий. С учетом того обстоятельства, что статья 13 была пересмотрена с целью уточнить, что она относится к правам и обязательствам цедента и цессионария в отношениях между ними, и что согласно статье 7 договоренности между сторонами не затрагивают третьи стороны, Комиссия, возможно, пожелает вновь рассмотреть этот вопрос.

Статья 14. Гарантия со стороны цедента

1) Если цедент и цессионарий не договорились об ином, в момент заключения договора уступки цедент гарантирует, что:

- a) цедент обладает правом уступать дебиторскую задолженность;
- b) цедент не уступал дебиторскую задолженность ранее другому цессионарию; и
- c) должник не имеет и не будет иметь никаких возражений или прав на зачет.

2) Если цедент и цессионарий не договорились об ином, цедент не гарантирует, что должник обладает или будет обладать финансовыми возможностями произвести платеж.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 80-88
A/CN.9/432, пункты 145-158
A/CN.9/434, пункты 152-161
A/CN.9/447, пункты 25-40
A/CN.9/456, пункты 129 и 130

Комментарий

Автономия сторон/нормы, касающиеся неисполнения обязательств

113. Гарантии, которые дает цедент, призваны уменьшить риск, связанный с тем, сможет ли цессионарий истребовать дебиторскую задолженность у должника в случае необходимости. С учетом их цели гарантии представляют собой важный фактор при определении цессионарием размера кредита, который может быть предоставлен цеденту, и стоимости этого кредита. С учетом их большого значения гарантии весьма тщательно обсуждаются и прямо согласуются цедентом и цессионарием. Признавая эту реальность, статья 14 закрепляет принцип автономии сторон в отношении гарантий цедента. Такие гарантии могут вытекать из договора финансирования, договора уступки (если он представляет собой отдельный договор) или любого другого договора между цедентом и цессионарием. В соответствии с пунктами 2 и 3 статьи 13 они могут вытекать также из обычаев и практики торговли. Статья 14 позволяет сторонам изменить гарантии, будь то прямо или косвенно, причем даже те гарантии, которые касаются самого существования уступленной дебиторской задолженности.

114. Помимо признания принципа автономии сторон, статья 14 призвана установить норму, касающуюся неисполнения обязательств и распределяющую риски между цедентом и цессионарием в отсутствие договоренности сторон по этому вопросу. Применительно к распределению рисков общая цель статьи 14 заключается в том, чтобы уравновесить необходимость обеспечения справедливости и необходимость содействия расширению доступа к недорогостоящему кредиту. Статья 14 соответствует обычной практике, при которой цедент гарантирует существование уступленной дебиторской задолженности, но не состоятельность должника. Если стороны не согласовали гарантии, то в отсутствие нормы, сходной с положениями статьи 14, повышается риск неплатежа. Такая ситуация может воспрепятствовать осуществлению сделки (если риск слишком высок) или, по крайней мере, привести к уменьшению размера предлагаемого кредита и повышению стоимости кредита. Кроме того, в той мере, в какой цедент вынужден нести определенный риск, товары или услуги цедента станут более дорогостоящими или даже недоступными для должника.

Гарантии в отношении "существования" или возможности уступки дебиторской задолженности

115. В соответствии с пунктом 1 цедент гарантирует, что он имеет право уступать дебиторскую задолженность, что он не уступал ее ранее и что должник не имеет и не будет иметь никаких возражений. С учетом того, что цессионарий должен иметь возможность оценивать связанный со сделкой риск до предоставления кредита, в пункте 1 предусматривается, что гарантии должны предоставляться и вступать в силу в момент заключения договора уступки. Считается, что такие гарантии даются не только непосредственному цессионарию, но и любому последующему цессионарию. Таким образом, любой последующий цессионарий может предъявить цеденту требования в связи с нарушением гарантий. Если было сочтено, что гарантии даются лишь непосредственному цессионарию, то любой последующий цессионарий будет располагать средством защиты лишь по отношению к своему непосредственному цеденту, что ведет к повышению риска и, следовательно, стоимости сделок, сопряженных с последующими уступками. В подпунктах (а)-(с) устанавливаются гарантии, которые в общем могут быть охарактеризованы как гарантии, связанные с "существованием" дебиторской задолженности (или возможностью ее уступки). Если цедент не имеет права совершать уступку, уже уступил дебиторскую задолженность или лишил ее в какой-либо мере стоимости в результате ненадлежащего исполнения договора с должником, то такая дебиторская задолженность "не существует". Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, в достаточной ли мере охватываются другие гарантии, касающиеся существования дебиторской задолженности, такие как фактическая основа требования, а также и его формальная и материально-правовая действительность и обеспеченность (см. проект статьи 12:204 Европейских договорных принципов).

116. Цедент нарушает гарантию своего права совершать уступку, отраженную в подпункте (а), если он неправомерно и неправомерно действовать или же если установлено какое-либо статутное ограничение в отношении уступки. Такой подход оправдан тем, что цедент лучше знает, имеет ли он право совершать уступку. Однако цедент не несет ответственности за нарушение гарантий, если в первоначальном договоре содержится ограничение в отношении уступки. Рабочая группа решила, что в подпункт (а) нет необходимости включать прямую ссылку на эту норму, поскольку это подразумевается в статье 11, согласно которой уступка является действительной

даже в том случае, когда она совершается в нарушение договоренности, ограничивающей уступку. Содержащаяся в подпункте (b) гарантия того, что цедент не уступил ранее дебиторскую задолженность, призвана обеспечить ответственность цедента перед цессионарием в том случае, если в результате предыдущей уступки цедента, цессионарий не обладает приоритетом. Это может произойти и в том случае, если у цессионария нет объективной возможности установить, была ли совершена предшествующая уступка. Тем не менее согласно подпункту (b) от цедента не требуется гарантия того, что он не будет уступать дебиторскую задолженность другому цессионарию после первой уступки. Такая гарантия противоречила бы современной практике финансирования, при которой право цедента предлагать различным кредиторам части одной и той же дебиторской задолженности в качестве обеспечения для получения кредита, имеет основополагающее значение. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли подпункт (b) охватывать также уступки или другие случаи передачи в силу закона (см. проект статьи 12.204 (c) Европейских договорных принципов).

117. Подпункт (c) возлагает на цедента риск возникновения скрытых возражений или прав на зачет со стороны должника, которые могут полностью или частично ликвидировать требование цессионария. Это положение основывается на том обстоятельстве, что, надлежащим образом выполняя заключенный с должником договор, цедент может предотвратить возникновение таких возражений. В частности, в контексте купли-продажи товаров, в которую включаются элементы обслуживания и материально-технического обеспечения, такой подход позволил бы обеспечить более высокую степень ответственности цедента за надлежащее выполнение его договора с должником. Это положение основывается также на том предположении, что в любом случае цедент будет лучше осведомлен о том, будет ли надлежащим образом выполняться договор, даже если он является лишь продавцом товаров, произведенных каким-либо третьим лицом (нет необходимости того, чтобы цедент фактически был осведомлен о существовании каких-либо возражений). Кроме того, подпункт (c) основывается на том обстоятельстве, что возложение на цедента риска существования скрытых возражений, как правило, оказывает благоприятное воздействие на стоимость кредита. Подпункт (c) имеет широкую сферу применения, охватывая возражения и права на зачет, будь то вытекающие из договоров или имеющие иную природу и связанные с существующими или будущими дебиторскими задолженностями. Он также охватывает права на зачет, будь то вытекающие из первоначального или любого смежного договора, или же из договоров, не относящихся к первоначальному договору (за исключением прав на зачет, вытекающих из не относящихся к первоначальному договору договоров, которые возникли после направления уведомления и на которые согласно пункту 2 статьи 20 должник не может сослаться по отношению к цессионарию). Что касается гарантий, касающихся отсутствия возражений против оптовых уступок будущих дебиторских задолженностей в качестве обеспечения, то, по мнению Рабочей группы, предусмотренная в подпункте (c) гарантия надлежащим образом отражает современную практику. В соответствии с такой практикой при оптовых уступках свободных от возражений или связанных с возражениями дебиторских задолженностей цеденты обычно получают кредит лишь на сумму тех дебиторских задолженностей, в отношении которых вряд ли будут выдвигаться возражения, в то время как сами они вынуждены выплачивать большую сумму. Кроме того, в случае неплатежа должником цедент должен забрать дебиторскую задолженность, по которой цессионарий не в состоянии получить платеж от должника, и заменить ее другой дебиторской задолженностью или выплатить стоимость непогашенной дебиторской задолженности ("финансирование с правом регресса").

Гарантии в отношении состоятельности должника

118. В пункте 2 отражен общепринятый принцип, согласно которому цедент не гарантирует состоятельность должника. В результате этого риск неисполнения должником обязательства несет цессионарий, который учитывает этот факт, принимая решение о том, предоставлять ли кредит и на каких условиях. Признавая право сторон сделок по финансированию договариваться об ином распределении риска, пункт 2 разрешает цеденту и цессионарию договориться об ином. В пункте 2 также предусмотрено, что такая договоренность может быть прямой или косвенной. Вопрос о том, в чем заключается косвенная договоренность, решается с помощью норм, касающихся толкования договоров и относящихся к праву, регулирующему данный договор.

Дополнительные гарантии

119. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о добавлении к гарантиям, перечисленным в пункте 1, положения о том, что цедент не будет изменять первоначальный договор без фактического или юридически подразумеваемого согласия цессионария (статья 22) и что цедент передаст цессионарию любое неакцессорное обеспечение или другие вспомогательные права (статья 12; см. также проект статьи 12.204 (d) и (e) Европейских договорных принципов).

Нарушение гарантий

120. Рабочая группа решила оставить вопрос о правовых последствиях нарушения гарантий для решения на основе других форм права. Основания, указанные Рабочей группой в поддержку использования этого подхода, включают следующее: вопросы, относящиеся к основному договору финансирования, выходят за рамки сферы применения проекта конвенции и в любом случае было бы весьма трудно достичь договоренности по таким вопросам, как

ответственность за нарушение гарантий. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об учете, по крайней мере, любых последствий, которые нарушение гарантий может иметь для уступки (т.е. передается ли вина автоматически дебиторская задолженность cedente или же необходим новый акт передачи). Этот вопрос имеет особое значение в случае несостоятельности cedente после нарушения гарантий.

Статья 15. Право на уведомление должника

1) Если cedent и цессионарий не договорились об ином, cedent или цессионарий или и тот, и другой могут направить должнику уведомление об уступке и платежную инструкцию, однако после направления уведомления платежную инструкцию может направлять только цессионарий.

2) Уведомление об уступке или платежная инструкция, направленные в нарушение любой договоренности, о которой говорится в пункте 1 настоящей статьи, являются действительными для целей статьи 19, несмотря на такое нарушение. Однако ничто в настоящей статье не запрашивает никакого обязательства или ответственности стороны, нарушившей такую договоренность, за любые убытки, возникшие в результате нарушения.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 89-94 и 119-122

A/CN.9/432, пункты 159-164 и 175

A/CN.9/434, пункты 162-165

A/CN.9/447, пункты 41-47

A/CN.9/456, пункты 131-144 и 193

A/CN.9/466, пункты 116 и 117

Комментарий

Независимое право цессионария на уведомление должника и требование платежа

121. Основная цель статьи 15 заключается в признании права цессионария уведомлять должника и запрашивать платеж даже без согласия или разрешения cedente. Она не призвана определить понятие уведомления (статья 6) или же установить условия действительности уведомления по отношению к должнику (статья 18) или же правовые последствия уведомления (статьи 19, 20 и 22). Предоставление цессионарию автономного права на уведомление должника считается весьма важным, в частности, поскольку cedent может и не желать или же в случае несостоятельности может и не быть способным сотрудничать с цессионарием. Кроме того, по меньшей мере, в тех правовых системах, в которых приоритет определяется на основе момента уведомления должника, cedent, действуя в сговоре с одним лицом, заявившим требование, против интересов другого лица, заявившего требование, может определять порядок очередности, если только каждое лицо, заявившее требование, не имеет права уведомить должника независимо от cedente. Рабочая группа признала, что в некоторых видах практики считается нормальным, если cedent направляет должнику счет, запрашивая платеж и уведомляя должника об уступке (например, при факторинге). Однако Рабочая группа одновременно учитывала тот факт, что в других видах практики цессионарию весьма важно иметь возможность направлять уведомление и запрашивать платеж независимо от cedente, будь то в случае неисполнения или исполнения обязательств. Защита должника от риска получения уведомления и требования произвести платеж, возможно, неизвестному лицу, была сочтена другим аспектом, который можно было бы урегулировать путем разрешения должнику, в случае направления цессионарием уведомления, просить о предоставлении надлежащих доказательств (по определению в уведомлении должен идентифицироваться цессионарий; см. пункт 60; см. также проект статьи 12.303 Европейских договорных принципов, согласно которой в таком случае уступка должна быть совершена в письменной форме, а должнику следует предоставить возможность ознакомиться с ней).

Уведомление как право, а не как обязательство

122. Чтобы учесть практику, не предусматривающую направления уведомлений, в пункте 1, уведомление формулируется как право, а не как обязательство. Обычно при такой практике должник не уведомляется об уступке, а cedent получает платеж от имени цессионария. Статья 15 также призвана обеспечить признание практики, при которой должник продолжает производить платежи, как и до уступки, тогда как cedent и цессионарий договариваются о мерах контроля за банковским счетом или почтовым адресом, на который производится платеж. С тем чтобы избежать любых неудобств для должника, которые могут привести к приостановке нормального потока платежей, при такой практике должник либо не уведомляется вовсе, либо получает уведомление и инструкцию продолжать производить платежи cedente (такое уведомление обычно предназначено для того, чтобы предотвратить приобретение должником прав на зачет после получения уведомления в соответствии с договорами, которые не связаны с первоначальным договором). При такой практике должник получает уведомление и новые платежные инструкции (т.е. произвести платеж цессионарию или другому лицу, или же на иной счет или адрес) лишь в исключительных случаях (например, в случае неисполнения обязательств).

Уведомление и платежная инструкция

123. В соответствии с подходом, используемым в статье 6 (с) (в которой уведомление определяется без какой бы то ни было ссылки на платежную инструкцию), в пункте 1 проводится четкое различие между уведомлением и платежной инструкцией. Этот подход призван обеспечить признание отличия уведомления от платежной инструкции с точки зрения цели и момента времени, а также действительность практики, при которой уведомление направляется без каких-либо платежных инструкций. Согласно этому подходу простое уведомление об уступке является действительным для цели прекращения прав должника на зачет, вытекающих из договоров, не связанных с первоначальным договором, а также для цели изменения процедуры внесения цедентом и должником поправок в первоначальный договор. Однако, чтобы не затруднять исполнения должником своих обязательств, Рабочая группа решила не обуславливать исполнение должником своих обязательств получением платежной инструкции. Согласно пункту 1 платежная инструкция может быть направлена цедентом или цессионарием вместе с уведомлением, либо цессионарием после уведомления. В пункте 1, в отличие от статьи 19, указывается на момент "направления" (а не "получения") уведомления, поскольку ни цедент, ни цессионарий не могут установить момент получения. Это может быть важным для освобождения должника от ответственности согласно статье 19, но не для определения того, кто обладает правом направлять платежную инструкцию – цедент или цессионарий.

Поговоренности в отношении уведомления

124. Хотя пункт 1 предоставляет цессионарию автономное право направлять уведомление должнику и требовать платежа, пункт 2 признает право цедента и цессионария на ведение переговоров и достижения договоренности по вопросу о направлении уведомления должнику, с тем чтобы это удовлетворяло их конкретные нужды. Например, цедент и цессионарий могут договориться о том, что уведомление не будет направляться должнику до приостановки потока платежей (например, при закрытом дисконтировании счетов-фактур). Для обеспечения того, чтобы необходимость в достижении конкретной договоренности не возникала, вступительная часть текста пункта 1 сформулирована отрицательным образом ("если цедент и цессионарий не договорились об ином"). Изложенная в пункте 2 норма предусматривает, что должник освобождается от ответственности, если уведомление направляется в нарушение такой договоренности и если должник производит платеж. Обоснование этого заключается в том, что должник должен быть в состоянии исполнить свое обязательство, как указано в уведомлении, и не должен беспокоиться по поводу частных договоренностей, существующих между цедентом и цессионарием. Вопрос о том, несет ли лицо нарушившее такую договоренность, ответственность за нарушение договора согласно нормам права, применимым вне проекта конвенции, – это отдельный вопрос, и он не должен влиять на освобождение от ответственности должника, не являющегося стороной этой договоренности. В то же время уведомление, направленное в нарушение договоренности между цедентом и цессионарием, не лишает должника прав на зачет, вытекающих из договоров, которые не связаны с первоначальным договором (статья 20), не влечет за собой процедуры внесения цедентом и должником поправок в первоначальный договор (статья 22) и не создает основы для определения приоритета согласно нормам права, применимым к вопросам приоритета (статьи 24-26). По мнению Рабочей группы, такие результаты дадут необоснованное преимущество цессионарию, который неправомерно направил уведомление должнику. Содержащаяся в пункте 2 формулировка "является действительной" призвана обеспечить, чтобы простое нарушение договоренности между цедентом и цессионарием, с одной стороны, не лишало действительности уведомления для цели освобождения должника от ответственности, но, с другой стороны, не вступало в коллизию с положениями договорного права, касающимися условий, которые необходимы для действительности такой договоренности.

Статья 16. Право на платеж

1) Если цедент и цессионарий не договорились об ином и независимо от того, было ли направлено уведомление об уступке:

а) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цессионарию, то цессионарий имеет право удерживать поступления и возвращенные товары по уступленной дебиторской задолженности;

б) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цеденту, то цессионарий имеет право на выплаченные поступления, а также право на товары, возвращенные цеденту по уступленной дебиторской задолженности;

с) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен другому лицу, по отношению к которому цессионарий имеет приоритет, то цессионарий имеет право на выплаченные поступления, а также право на товары, возвращенные такому лицу по уступленной дебиторской задолженности.

2) Цессионарий не может удерживать больше того, что ему причитается из дебиторской задолженности.

Ссылки

A/CN.9/447, пункты 48-68
A/CN.9/456, пункты 145-159
A/CN.9/466, пункты 118-123

Комментарий

Цель и сфера применения

125. Статья 16 призвана прямо указать на то, что уже подразумевается в статьях 2 и 9, а именно на то, что во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием цессионарий имеет вековое право в уступленной дебиторской задолженности и любых поступлениях (по отношению к третьим сторонам этот вопрос оставлен для решения на основе норм права, регулирующих приоритет согласно статье 24(b)). Поскольку сфера применения статьи 16 ограничивается взаимоотношениями между цедентом и цессионарием, она регулируется общим принципом автономии сторон, закрепленным в статье 7, и призвана действовать в качестве нормы, касающейся неисполнения обязательства и применимой в отсутствие договоренности между цедентом и цессионарием. Она не призвана затрагивать правовое положение должника или вопросы приоритета.

Права в поступлениях и возвращенных товарах

126. Во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием право цессионария распространяется на поступления (которые согласно статье 6(k) включают и все полученные по дебиторской задолженности, и все полученные в отношении поступлений), а также на возвращенные товары. В этом контексте Рабочая группа сочла, что нет оснований для ограничения способности цедента и цессионария договориться о том, что цессионарий может истребовать любые возвращенные товары и что даже в отсутствие договоренности норма, касающаяся неисполнения обязательства и позволяющая цессионарию истребовать любые возвращенные товары, может уменьшать риски неплатежа от должника и тем самым оказывать позитивное воздействие на стоимость кредита. Пункт 1 охватывает ситуации, при которых платеж произведен цессионарию, цеденту или другому лицу. В последнем случае право цессионария согласно пункту 1(c) обуславливается приоритетом. Пункт 2 отражает обычную практику при уступках в качестве обеспечения, согласно которой цессионарий может иметь право на получение полной суммы причитающейся дебиторской задолженности плюс проценты, причитающиеся на основании договора или норм права, однако должен отчитаться в этом и возратить цеденту или его кредиторам любой остаток, оставшийся после оплаты требования цессионария. В пункте 2 не повторяется ссылка на договоренность сторон об ином, которая включена во вступительную часть текста пункта 1, поскольку право цессионария в уступленной дебиторской задолженности вытекает из договора уступки и на него согласно статье 13 в любом случае распространяется принцип автономии сторон. В отношении взаимодействия статей 16 и 38 следует отметить, что государственный орган-должник, находящийся в государстве, которое сделало заявление согласно статье 38, может погасить свою задолженность посредством платежа цеденту, тогда как цессионарий приобретает право истребовать поступления от платежа у цедента.

Уведомление должника

127. Право должника в поступлениях является независимым от любого уведомления об уступке. Обоснование использования такого подхода заключается в необходимости обеспечить, чтобы, если платеж произведен цессионарию до уведомления, цессионарий мог удерживать поступления от платежа и, если платеж произведен цеденту после уведомления (что не погашает задолженности должника), цессионарий приобретал право на такие платежи. Такое право имеет особое значение в том случае, если цедент или должник становятся несостоятельными. Если платеж производится цеденту после уведомления, то в принципе цессионарий может истребовать сумму платежа у цедента согласно пункту 1(b) статьи 16 или у должника согласно пункту 2 статьи 19. Такой результат является целесообразным, поскольку должник, который производит платеж цеденту после уведомления, берет на себя риск двойного платежа. Вместе с тем на практике цессионарий не требует второго платежа у должника, если только цедент не становится несостоятельным. В таком случае любое требование, которым должник может располагать в отношении конкурсной массы несостоятельного цедента (например, на основе принципов неосновательного обогащения), как правило, будет бессмысленным, поскольку маловероятно, чтобы лица, заявляющие личные требования, смогли получить платеж.

Раздел II. Должник

Статья 17. Принцип защиты должника

1) За исключением случаев, когда настоящей Конвенцией предусмотрено иное, уступка, совершенная без согласия должника, не затрагивает прав и обязательств должника, включая условия платежа, содержащиеся в первоначальном договоре.

2) В платежной инструкции может быть изменено лицо, адрес или счет, в отношении которого должник должен произвести платеж, однако не может быть:

- а) изменена валюта платежа, указанная в первоначальном договоре; или
- б) изменено указанное в первоначальном договоре государство, в котором должен быть произведен платеж, на иное государство, чем то, в котором находится должник.

Ссылки

A/CN.9/420, пункт 101
A/CN.9/432, пункты 33-38, 89, 90, 206 и 244
A/CN.9/434, пункты 86-95
A/CN.9/445, пункты 195-198
A/CN.9/456, пункты 21, 81 и 168-176

Комментарий

Принцип защиты должника

128. Принцип защиты должника является одним из основных общих принципов проекта конвенции. Он упоминается в общих выражениях в преамбуле и в статье 17. Кроме того, он отражен в ряде положений проекта конвенции (например, в статьях 1(3), 5, 7, 19-23, 28 и 38). Основная цель нормы, изложенной в пункте 1, заключается в том, что нет подразумеваемых последствий проекта конвенции для правового положения должника (любые сомнения в отношении того, изменяет ли уступка правовое положение должника, должны толковаться в пользу должника). В частности, проект конвенции не призван изменять без согласия должника условия платежа, указанные в первоначальном договоре (например, причитающуюся сумму, будь то основную сумму или проценты; срок платежа и любые условия, предшествующие обязательству должника произвести платеж), возражения или права на зачет, которыми должник может обладать согласно первоначальному договору, либо увеличивать расходы в связи с производством платежа. Принцип, вытекающий из статьи 17, заключается в том, что проект конвенции не призван оказывать неблагоприятное воздействие на права потребителей-должников и, в частности, отменять законодательство о защите потребителей (статьи 21(1) и 23; в отношении потребительской дебиторской задолженности и защиты потребителей см. пункты 36, 100, 152, 160 и 196).

Риск, сопряженный со страной и валютой платежа

129. Какое бы изменение не было внесено в правовое положение должника в результате уступки согласно проекту конвенции, в соответствии с пунктом 2 платежная инструкция, будь то направленная с уведомлением или же впоследствии, не может изменить валюту платежа. Она не может изменить страну платежа, если только это изменение не является благоприятным для должника и не приводит к тому, что платеж производится в стране, в которой находится должник. Такое изменение страны платежа зачастую допускается при договорах факторинга с целью содействия производству платежа должниками. Комиссия, возможно, пожелает обусловить даже это изменение согласием должника, с тем чтобы охватить те исключительные случаи, в которых должник может быть заинтересован в производстве платежа в стране, указанной в первоначальном договоре, а не в своей собственной стране.

Статья 18. Уведомление должника

1) Уведомление об уступке и платежная инструкция являются действительными, когда они получены должником, если они составлены на языке, который разумно позволяет должнику ознакомиться с их содержанием. Считается достаточным, если уведомление об уступке или платежная инструкция составлены на языке первоначального договора.

2) Уведомление об уступке или платежная инструкция может касаться дебиторской задолженности, которая возникает после уведомления.

3) Уведомление о последующей уступке представляет собой уведомление о любой предшествующей уступке.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 124 и 125
A/CN.9/432, пункты 176, 177 и 187
A/CN.9/434, пункты 172-175
A/CN.9/447, пункты 45-47, 158 и 159

A/CN.9/455, пункты 59-66
A/CN.9/456, пункты 177-180

Комментарий

Момент наступления действительности уведомления: правило получения

130. Основная цель статьи 18 заключается в том, чтобы подтвердить "правило получения" в отношении момента наступления действительности уведомления, т.е. уведомление и платежная инструкция становятся действительными, когда они получены должником. Уведомление, независимо от того, сопровождается ли оно платежной инструкцией, имеет значительные последствия для правового положения должника (оно вызывает изменение в том порядке, в котором должник может погасить свой долг, ликвидирует права на зачет, вытекающие из договоров, которые не связаны с первоначальным договором, и изменяет порядок, в котором должник может изменить первоначальный договор по согласованию с цедентом). Такие последствия возможны только в том случае, когда уведомление или платежная инструкция составлены на языке, который "разумно позволяет должнику ознакомиться с их содержанием". Например, когда уведомление составлено в электронной форме и не может быть сразу прочитано, должник должен быть способен легко его расшифровать. Во избежание неопределенности в пункт 1 включено правило "безопасной гавани", в соответствии с которым язык первоначального договора удовлетворяет требуемому критерию.

Уведомление в отношении дебиторской задолженности, не существующей в момент уведомления

131. В отличие от пункта 1(с) статьи 8 Оттавской конвенции, который предусматривает, что уведомление может быть направлено только в отношении дебиторской задолженности, существующей в момент уведомления (и который отражает современную практику факторинга), пункт 2 допускает направление уведомления в отношении дебиторской задолженности, не существующей в момент уведомления. Такое уведомление может и не оказывать воздействия на освобождение должника от ответственности до заключения первоначального договора и наступления срока исполнения обязательства произвести платеж. Вместе с тем оно упрощает и уменьшает издержки, связанные с направлением уведомления, поскольку обеспечивает, чтобы цессионарию не требовалось направлять уведомление каждый раз, когда возникает дебиторская задолженность. Оно также обеспечивает, чтобы после возникновения дебиторской задолженности должник не мог аккумулировать права на зачет, возникающие из смежных договоров с цедентом, или изменять первоначальный договор без согласия цессионария. Более важным является то, что такое уведомление позволяет цессионарию приобрести приоритет после возникновения дебиторской задолженности с момента получения уведомления должником, если согласно праву места нахождения цедента приоритет определяется на основе момента уведомления (для достижения этого результата статья 24 предусматривает, что вопросы, урегулированные в проекте конвенции, в том числе вопросы, касающиеся уведомления, исключены из сферы действия права места нахождения цедента; см. пункт 163). Вопрос о моменте возникновения дебиторской задолженности оставлен для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции.

Уведомление при последующих уступках

132. Пункт 3, который сформулирован на основе пункта 2 статьи 11 Оттавской конвенции, является одним из наиболее важных положений проекта конвенции, в частности для международных факторинговых операций. При таких операциях цедент обычно уступает дебиторскую задолженность цессионарию в своей собственной стране (фактор по экспорту), а этот фактор по экспорту в последующем уступает дебиторскую задолженность цессионарию в стране должника (фактор по импорту). При такой организации взимание долга облегчено настолько, что фактор по импорту может принять все необходимые меры для того, чтобы вторая уступка была действительной по отношению к должнику. Эффективное функционирование таких операций основано на том предположении, что первая уступка является также действительной по отношению к должнику. С учетом того обстоятельства, что должник обычно уведомляется лишь о второй уступке, важно обеспечить, чтобы уведомление о второй уступке охватывало и первую уступку. В противном случае первая уступка могла бы быть признана недействительной по отношению к должнику, причем эта ситуация могла бы затрагивать действительность и второй уступки. Для учета ситуаций, в которых совершается несколько последующих уступок, пункт 3 предусматривает, что уведомление охватывает любую предшествующую, а не только непосредственно предшествующую уступку (в отношении вопроса об освобождении должника от ответственности в случае нескольких уведомлений, касающихся последующих уступок, см. пункт 138). Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли указывать в уведомлении, что оно относится только к последующей уступке, даже если в нем не перечислены все последующие уступки. Такой подход позволил бы должнику в случае множественных уведомлений определять, должен ли он производить платеж в соответствии с первым полученным уведомлением (статья 19(2)) или же в соответствии с уведомлением о последней из таких последующих уступок (статья 19(4)).

Статья 19. Освобождение должника от ответственности в результате платежа

1) До получения должником уведомления об уступке должник имеет право на освобождение от ответственности посредством платежа в соответствии с первоначальным договором. После получения

должником уведомления об уступке, с учетом пунктов 2-6 настоящей статьи, должник освобождается от ответственности, только произведя платеж цессионарию и, если в уведомлении об уступке содержатся иные инструкции или если он впоследствии получил от цессионария в письменной форме иные инструкции, - в соответствии с такими инструкциями.

2) Если должник получает уведомление о более чем одной уступке одной и той же дебиторской задолженности, совершенных одним и тем же цедентом, должник освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с первым полученным уведомлением.

3) Если должник получает более чем одну платежную инструкцию, касающуюся одной и той же уступки одной и той же дебиторской задолженности, совершенной одним и тем же цедентом, должник освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с последней платежной инструкцией, полученной от цессионария до платежа.

4) Если должник получает уведомление об одной или нескольких последующих уступках, должник освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с уведомлением о последней из таких последующих уступок.

5) Если должник получает уведомление об уступке от цессионария, должник имеет право потребовать от цессионария представить ему в течение разумного срока надлежащее доказательство того, что уступка была совершенна, и, если цессионарий этого не делает, должник освобождается от ответственности, произведя платеж цеденту. Надлежащие доказательства включают, в частности, любую письменную форму, исходящую от цедента, с указанием, что уступка была совершена.

6) Настоящая статья не затрагивает никаких иных оснований, по которым платеж должника лицу, имеющему право на платеж, компетентному судебному или иному органу или в публичный депозитный фонд освобождает должника от ответственности.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 98-117, 127-131, 169-173 и 179

A/CN.9/432, пункты 165-174 и 178-204

A/CN.9/434, пункты 176-191

A/CN.9/447, пункты 69-93 и 153-157

A/CN.9/455, пункты 52-58

A/CN.9/456, пункты 181-193

A/CN.9/466, пункты 124-132

Комментарий

133. Статья 19 преследует двоякую цель: создать четкий механизм для освобождения должника от ответственности посредством платежа и обеспечить выплату долга. Она не направлена на рассмотрение вопроса об освобождении должника от ответственности в целом или на рассмотрение обязательства платежа как такового, поскольку это обязательство зависит от первоначального договора и от права, регулирующего этот договор. Она не направлена на рассмотрение и вопросов приоритета. Основная норма состоит в том, что до получения должником уведомления об уступке он может быть освобожден от ответственности посредством платежа в соответствии с первоначальным договором, тогда как после получения уведомления он освобождается от ответственности, только произведя платеж в соответствии с инструкциями, направленными в уведомлении либо цедентом или цессионарием, либо впоследствии цессионарием. Статья 19 также касается ряда конкретных ситуаций, в которых имеется несколько уведомлений, должник получает уведомление от цессионария и сомневается в том, является ли этот цессионарий стороной, правомочной заявлять требования, а освобождение от ответственности посредством платежа осуществляется в соответствии с нормами права, применимыми вне проекта конвенции.

Освобождение должника от ответственности в результате платежа до и после уведомления

134. Согласно пункту 1 до момента получения уведомления должник имеет право исполнить свое обязательство, произведя платеж в соответствии с первоначальным договором (т.е. произведя платеж цеденту или другому лицу либо на счет или по адресу, указанному в первоначальном договоре). Учитывая, что уступка является действительной с момента заключения договора уступки, должник, зная об уступке, может предпочесть погасить свой долг посредством платежа цессионарию. Однако в таком случае должник рискует произвести платеж дважды, если позднее будет доказано, что не было совершено никакой уступки. Рабочая группа решила не указывать прямо на возможность того, что должник может произвести платеж либо цеденту, либо цессионарию, чтобы избежать подрыва таких видов практики, как секьюритизация, когда обычно предполагается, что должник продолжает платить цеденту. Ссылка на платеж "в соответствии с первоначальным договором", а не на платеж цеденту,

призвана сохранить право цедента и должника договариваться о любом виде платежа, позволяющего удовлетворить их пущды (платеж на банковский счет без указания владельца счета или платеж третьему лицу).

135. После уведомления должник не имеет выбора в отношении того, каким образом погасить свой долг. Должник может исполнить свое обязательство только посредством платежа цессионарию или платежа согласно инструкции цессионария. Ссылка на платежные инструкции признана учесть нужды, связанные с различными видами практики. Например, цессионарий может уведомить должника с целью "заморозить" права на зачет со стороны должника, не требуя при этом платежа или требуя от должника продолжать производить платежи цеденту (этот случай касается, например, закрытого дисконтирования счетов-фактур или секьюритизации). Во избежание сохранения какой-либо неопределенности пункт 1 повторяет то, что уже было изложено в пункте 1 статьи 15, а именно то, что такие инструкции могут быть направлены цедентом или цессионарием с уведомлением или только цессионарием после уведомления.

Осведомленность/добросовестность

136. Осведомленность об уступке не должна рассматриваться в качестве уведомления и вызывать изменение способа, с помощью которого должник мог бы исполнить свое обязательство. Хотя приведение деловой практики в соответствие со стандартами добросовестности является важной целью, она не должна достигаться за счет определенности. Степень определенности снизится, если осведомленность об уступке будет приводить к изменению способа, с помощью которого должник может исполнить свое обязательство. Осведомленность не должна рассматриваться в качестве уведомления, поскольку в некоторых случаях, когда цессионарий не располагает коммерческой структурой, необходимой для получения платежей (например, при секьюритизации), согласно обычной деловой практике должник продолжает производить платежи цеденту, даже если должнику известно об уступке. Что касается вопроса о том, должна ли при освобождении должника от ответственности учитываться недействительность уступки (например, вследствие обмана, действия под принуждением или без правомочий действовать) или осведомленность о недействительности уступки, то Рабочая группа решила, что вопрос о платеже лицу, уступка которому была недействительной, возникает лишь в исключительных случаях и его можно было бы оставить для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции. Комиссия, возможно, пожелает вновь рассмотреть этот вопрос. Даже если обманные уведомления не порождают какой-либо проблемы на практике, то обстоятельство, что должник не может полагаться *prima facie* на отправленное в должном порядке уведомление, может нанести ущерб определенности, необходимой для того, чтобы должник был освобожден от ответственности. Норма, которая защищала бы должника, добросовестно производящего платеж в случае "предполагаемой уступки", соответствовала бы общей политике, направленной на обеспечение защиты должника (проект статьи 12.308 Европейских договорных принципов содержит ссылку на должника, который добросовестно исполняет свое обязательство и который не знает и не должен был знать о такой недействительности).

Освобождение должника от ответственности и приоритет/осведомленность о преимущественных требованиях

137. В отличие от пункта 1 статьи 8 Оттавской конвенции, статья 19 не требует от должника производить платеж лицу, имеющему приоритет, с тем чтобы получить действительное освобождение от ответственности. Согласившись с тем, что уступка не должна отрицательно влиять на правовое положение должника, Рабочая группа провела четкое различие между вопросом об освобождении должника от ответственности и вопросом о приоритете. Так, платеж, произведенный согласно статье 19, освобождает должника от ответственности, даже если лицо, получившее этот платеж, не обладает приоритетом. Было бы несправедливым и несоместимым с политикой защиты должника требовать от должника определять, кто из нескольких сторон, заявивших требования, имеет приоритет, и требовать, чтобы должник платил дважды, если сначала он произвел платеж ненадлежащему лицу. Наиболее вероятно то, что должник предъявит иск в отношении этого лица, однако права должника могут остаться нереализованными, если это лицо становится несостоятельным. Риск несостоятельности лица, получившего платеж, должны нести различные стороны, заявившие требования в отношении дебиторской задолженности, а не должник. Таким сторонам придется между собой устанавливать свои права на поступления от платежа в соответствии с нормами права, регулирующими приоритет согласно проекту конвенции.

Множественные уведомления

138. Пункты 2 и 4 призваны обеспечить простые и четкие нормы, касающиеся освобождения ответственности в случае нескольких уведомлений. Пункт 2 касается ситуации, когда должник получает несколько уведомлений о нескольких уступках одной и той же дебиторской задолженности, совершенных одним и тем же цедентом ("дублирующие уступки"). Такие ситуации не обязательно связаны с мошенничеством. Они могут быть, например, связаны с несколькими прямыми уступками дебиторской задолженности, совершенными в качестве обеспечения для получения кредита, не превышающего стоимости данной дебиторской задолженности. При таких уступках основной вопрос заключается в том, кто получит платеж первым (т.е. кто имеет приоритет). Пункт 4 касается уведомлений о более чем одной последующей уступке. Такие ситуации на практике встречаются редко, поскольку обычно лишь последний в цепи цессионариев уведомляет должника и требует произвести платеж. В

любом случае во избежание какой-либо неопределенности в отношении способа, с помощью которого должник может погасить свой долг, пункт 4 предусматривает, что должник должен следовать инструкциям, содержащимся в уведомлении о последней уступке в цепи уступок. Чтобы это правило могло применяться, получаемые должником уведомления должны легко поддаваться идентификации как уведомления, касающиеся последующих уступок. В противном случае будет применяться норма, содержащаяся в пункте 2, и должник будет освобождаться от ответственности в результате платежа в соответствии с первым полученным уведомлением (предложение Секретариата в этом отношении см. в пункте 132). В любом случае согласно пункту 5, если должник испытывает сомнения, то он может требовать от направлявших уведомление цессионариев представить ему надлежащие доказательства. Если должник получает несколько уведомлений, касающихся нескольких уступок одной и той же дебиторской задолженности, совершенных одним и тем же цедентом, и о последующих уступках, должник, на основе совокупного применения пунктов 2 и 4, освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с первым уведомлением о последней уступке (в отношении освобождения должника от ответственности в случае частичных последующих уступок см. пункты 32-34).

Изменение или корректировка платежных инструкций

139. Пункт 3 призван обеспечить цессионарию возможность изменять или корректировать свои платежные инструкции. Независимо от того, уведомляется ли должник цедентом или цессионарием, если направленная новая платежная инструкция касается одной и той же уступки, должник может погасить свой долг лишь в соответствии с этой инструкцией. В соответствии с основной концепцией пункта 1 статьи 15 единственное условие состоит в том, что платежную инструкцию, которая направляется после уведомления, должен давать цессионарий. Чтобы оградить должника от риска платить дважды, в пункте 3 прямо предусматривается, что платежная инструкция, полученная должником после платежа, должна быть оставлена без внимания.

Право должника запрашивать дополнительную информацию

140. Согласно статье 15 уведомление может быть направлено не только цедентом, но и цессионарием независимо от цедента. В результате этого должник может получить уведомление об уступке от, возможно, неизвестного лица и может испытывать сомнения в отношении того, что это лицо является надлежащим лицом, заявившим требование, платеж которому освободит должника от ответственности. Чтобы защитить должника от неопределенности в отношении способа, с помощью которого он мог бы погасить в таких случаях свой долг, пункт 5 предоставляет должнику право требовать от цессионария представить ему в течение разумного срока надлежащее доказательство совершения уступки. Пункт 5 не устанавливает обязательства для должника, поскольку требование дополнительных доказательств во всех случаях излишне затягивает платеж и увеличивает связанные с уведомлением расходы. Вопрос о том, что представляют собой "надлежащее" доказательство и "разумный" срок, является вопросом толкования для судов или арбитражных судов с учетом конкретных обстоятельств. Рабочая группа сочла, что эти термины вносят необходимую гибкость, поскольку нельзя найти какую-либо норму, которая подходила бы для всех возможных случаев. Кроме того, чтобы избежать какой бы то ни было неопределенности, которая могла бы возникнуть в результате использования этих терминов, Рабочая группа решила включить правило "безопасной гавани", в соответствии с которым письменное подтверждение от цедента представляет собой надлежащее доказательство (в таком случае, согласно проекту статьи 12.303 Европейских договорных принципов, уступка должна быть совершена в письменной форме, а должник должен располагать возможностью ознакомиться с ней).

141. Уведомление не является основанием для исполнения обязательства произвести платеж, которое по-прежнему регулируется первоначальным договором и применимыми к нему нормами права. Это означает, что должник не обязан производить платеж и с него не причитаются проценты за просроченный платеж, пока он ожидает запрошенного надлежащего доказательства. Однако, если в соответствии с первоначальным договором срок выплаты долга наступает в этот период, возникает вопрос о том, приостанавливается ли действие обязательства платежа до получения должником такого доказательства и использования им разумного срока для его оценки и принятия соответствующих мер. Если не будет приостанавливаться действие обязательства платежа, то это может настолько снизить степень защиты, обеспечиваемой должнику пунктом 5, что должнику, просрочившему платеж даже по обоснованным причинам, придется выплачивать проценты. Рабочая группа исходила из понимания, согласно которому в таких случаях действие обязательства платежа будет приостанавливаться, но при этом предпочла не включать в пункт 5 какую-либо прямую формулировку, поскольку этот результат может быть достигнут в любом случае без любой дополнительной формулировки, а такая формулировка могла бы непреднамеренно затрагивать положения внутригосударственного законодательства, касающиеся процентов.

Освобождение должника от ответственности в соответствии с другими нормами права

142. Пункт 6 призван обеспечить, чтобы статья 19 не исключала других способов исполнения должником своего обязательства, которые могут существовать в соответствии с нормами внутригосударственного права, применимыми вне проекта конвенции (например, уведомление, не отвечающее требованиям статей 6(f), 15 или 18).

Статья 20. Возражения и права на зачет со стороны должника

1) Если цессионарий предъявляет должнику требование произвести платеж по уступленной дебиторской задолженности, должник может сослаться в отношении цессионария на все вытекающие из первоначального договора и любого другого договора, являющегося частью той же сделки, возражения или права на зачет, которые должник мог бы использовать, если бы такое требование было заявлено cedentом.

2) Должник может сослаться в отношении цессионария на любое другое право на зачет при условии, что оно имелось у должника в момент получения уведомления об уступке.

3) Независимо от положений пунктов 1 и 2 настоящей статьи, возражения и права на зачет, на которые согласно статье 11 мог бы сослаться должник в отношении cedenta в связи с нарушением договоренностей, ограничивающих каким бы то ни было образом право cedenta уступать свою дебиторскую задолженность, не могут быть использованы должником в отношении цессионария.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 66-68 и 132-135

A/CN.9/432, пункты 205-209

A/CN.9/434, пункты 194-197

A/CN.9/447, пункты 94-102

A/CN.9/456, пункты 194-199

A/CN.9/466, пункты 133-136

Комментарий

143. Статья 20 является еще одним конкретным воплощением общего принципа, согласно которому правовое положение должника не должно чрезмерно затрагиваться в результате уступки. У должника в отношении цессионария имеются все возражения и права на зачет, на которые он мог бы сослаться в отношении cedenta (исключение см. в пункте 3 статьи 20). Вопрос о том, что представляют собой эти возражения и права на зачет, в проекте конвенции не рассматривается и оставлен для решения на основе других норм права. Однако цессионарий не является стороной первоначального договора и в связи с этим не несет какой-либо позитивной договорной ответственности за неисполнение cedентом своего обязательства. В таком случае должник может сослаться на такое неисполнение с целью аннулирования требования цессионария, однако должен заявить отдельное требование к cedенту для получения, например, компенсации за любые потери, понесенные в результате неисполнения cedентом своего обязательства.

Возражения и права на зачет согласно первоначальному договору и смежным договорам: ограничение не установлено

144. Согласно пункту 1 должник может сослаться в отношении цессионария на все вытекающие из первоначального договора возражения без какого-либо ограничения, включая договорные требования, которые в ряде правовых систем, возможно, не считаются "возражениями", права на расторжение договора, например, по причине ошибки, мошенничества или принуждения, освобождение от ответственности за неисполнение договора, например, из-за не зависящего от сторон непредвиденного препятствия, и встречные требования согласно первоначальному договору. Должник может также сослаться на возражения и права на зачет, вытекающие из договоров между cedентом и должником, которые тесно связаны с первоначальным договором (например, соглашение о техническом обслуживании или предоставлении других услуг, заключенное в поддержку первоначального договора купли-продажи), и они должны рассматриваться таким же образом, как и права на зачет, вытекающие из первоначального договора. На такие возражения и права на зачет можно сослаться независимо от того, имеются ли они в момент уведомления об уступке или возникают только после такого уведомления.

Другие права на зачет, имеющиеся вплоть до уведомления должника

145. Пункт 2 вводит ограничение по времени в отношении прав на зачет, вытекающих из любого источника, иного, чем первоначальный договор, т.е. какого-либо отдельного договора между cedентом и должником, нормы права (например, нормы, касающейся деликтов), либо судебного или иного решения. На такие права нельзя сослаться в отношении цессионария, если они возникают после уведомления об уступке. Это правило обосновывается тем, что права осмотнительного цессионария, который уведомляет должника, не должны ставиться в зависимость от прав на зачет, вытекающих в какой-либо момент из отдельных деловых отношений между cedентом и должником или других событий, о которых цессионарий, как разумно ожидать, не мог быть осведомлен. С другой стороны, интересы должника не затрагиваются чрезмерно, поскольку если невозможность приобретения должником прав на зачет представляет для должника неприемлемую трудность, то он может избежать вступления в новые деловые

отношения с цедентом (по вопросу о том, может ли должник объявить первоначальный договор расторгнутым, см. пункты 102 и 104). Ввиду вышеуказанного обоснования пункта 2 права на зачет, вытекающие из отдельных договоров между должником и цессионарием, не затрагиваются. Такие права могут быть заявлены в отношении цессионария даже после уведомления об уступке, как и вытекающие из первоначального договора права на зачет. Следует также отметить, что уведомление ведет к "замораживанию" прав на зачет со стороны должника, независимо от того, содержится в уведомлении платежная инструкция или нет. Этот подход призван учесть практику, когда уведомление просто направляется именно с целью воспрепятствовать получению должником более широких прав на зачет в результате не зависящего от цессионария действия или бездействия цедента, хотя при этом ожидается, что должник продолжает платить цеденту.

"Имелось"

146. Вопрос о точном значении слова "имелось" (например, о том, должно ли право на зачет быть "существующим и установленным" в момент получения уведомления должником) оставлен для решения на основе других норм права. Рабочая группа не смогла прийти к соглашению относительно включения такого разъяснения в текст статьи 20, поскольку она сочла, что это привело бы к неадекватному ограничению прав на зачет, имеющихся у должника, теми правами, которые были определены количественно в момент уведомления. Рабочая группа также не смогла прийти к соглашению относительно норм права, регулирующих вопросы, которые относятся к правам на зачет (см., однако, пункт 195). Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о разъяснении, по меньшей мере, того, что сроки исполнения соответствующих перекрестных требований должника необязательно должны наступить в момент уведомления. В ином случае возможное перекрестное требование должника, срок исполнения которого наступает одновременно со сроком исполнения требования кредитора, было бы погашено уступкой кредитором своего требования. Такой результат противоречил бы принципу, согласно которому уступка не должна наносить ущерба правовому положению должника.

Возражения и права на зачет в случае нарушения договорного ограничения

147. Пункт 3 призван обеспечить, чтобы должник не мог ссылаться в отношении цессионария на нарушение цедентом договорного ограничения в качестве основания для возражения или зачета. Должник может иметь правооснование для иска в отношении цедента, если согласно нормам права, применимым вне проекта конвенции, уступка представляет собой нарушение договора, которое ведет к убыткам для должника. Однако простое существование договорного ограничения не является нарушением гарантии, установленной в пункте 1(а) статьи 14. В отсутствие положения, аналогичного пункту 3, пункт 2 статьи 11, оберегающий цессионария от ущерба в связи с нарушением договора цедентом, мог бы лишиться всякого смысла.

Статья 21. Договоренность не ссылаться на возражения или права на зачет

1) Без ущерба для права, регулирующего защиту должника при сделках, совершенных в личных, семейных или домашних целях в государстве, в котором он находится, должник может в подписанной им письменной форме договориться с цедентом не ссылаться в отношении цессионария на возражения и права на зачет, которые он мог бы использовать согласно статье 20. Такая договоренность лишает должника права ссылаться в отношении цессионария на такие возражения и права на зачет.

2) Должник не может отказаться:

- a) от возражений, вытекающих из обманных действий со стороны цессионария;
- b) от возражений, основанных на недееспособности должника.

3) Такая договоренность может быть изменена только путем договоренности в письменной форме, подписанной должником. Последствия такого изменения по отношению к цессионарию определяются пунктом 2 статьи 22.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 136-144
A/CN.9/432, пункты 218-238
A/CN.9/434, пункты 205-212
A/CN.9/447, пункты 103-121
A/CN.9/456, пункты 200-204
A/CN.9/466, пункты 137-140

КомментарийОтказы от возражений, согласованные между цедентом и должником

148. Для получения большей стоимости под свою дебиторскую задолженность и по более низкой цене цеденты обычно гарантируют в отношении цессионариев отсутствие возражений и прав на зачет со стороны должника. Признавая эту практику, пункт 1(с) статьи 14 предусматривает, что такая гарантия существует даже в отсутствие договоренности между сторонами в этом отношении. На практике, если такие гарантии не могут быть даны и дебиторская задолженность, вероятно, обусловлена возражениями, то такая дебиторская задолженность либо не акцептуется цессионариями, либо акцептуется по значительно сниженной стоимости или же акцептуется лишь на основе регресса (т.е. если цессионарий не может истребовать платеж у должника, он имеет право вернуть дебиторскую задолженность цеденту и истребовать платеж у него). Чтобы избежать таких неблагоприятных последствий, цеденты на практике договариваются с должниками об отказе от возражений и прав на зачет, на которые должники могли бы сослаться в отношении любого будущего цессионария. На основе таких отказов цессионарии определяют предлагаемые цедентам условия кредита, которые в свою очередь, вероятно, сказываются на условиях кредита, предлагаемых цедентами должникам.

149. Статья 21 объявляет действительными такие отказы от возражений и прав на зачет, с тем чтобы позволить цедентам получать менее дорогостоящий кредит. Кроме того, чтобы избежать неопределенности в отношении правовых последствий отказа, а также того, что суд может отвергнуть его в качестве несправедливого к должнику или в качестве обеспечиваемого только по отношению к цеденту и должнику, пункт 1 устанавливает то, что, возможно, является очевидным в некоторых правовых системах, а именно то, что отказ, согласованный между цедентом и должником, может дать преимущества цессионарию. Признавая тот факт, что на практике отказ может быть согласован в момент заключения первоначального договора, а также ранее или позднее, пункт 1 не содержит конкретной ссылки на момент времени, в который может быть согласован отказ. Пункт 1 также не требует, чтобы возражения были известными должнику или прямо указывались в договоренности, предусматривающей отказ от таких возражений. Рабочая группа сочла, что такое требование внесло бы элемент неопределенности, поскольку цессионарию придется в каждом конкретном случае устанавливать, о чем должник знал или должен был знать. Вопрос о том, следует ли толковать акцепт уступки должником в качестве отказа или подтверждения отказа, или же о том, следует ли отказ от возражений толковать как согласие или подтверждение согласия должника с уступкой, оставлен для решения на основе других норм права.

Отказы от возражений, согласованные между цедентом и должником

150. Пункт 1 ограничивается отказами, согласованными цедентом и должником. В результате этого ограничения, предусмотренные пунктом 2, не относятся к отказам, согласованным должником и цессионарием. Рабочая группа сочла, что проект конвенции не должен ограничивать способность должника вести переговоры с цессионарием с целью получения какого-либо преимущества, такого, как более низкая процентная ставка или более длительный срок платежа. В то же время Рабочая группа также сочла, что с учетом того факта, что договоренности между цессионариями и должниками выходят за пределы сферы применения проекта конвенции, проект конвенции не должен уполномочивать должника вести переговоры с цессионариями относительно отказов, если согласно применимому праву должник не располагал бы таким уполномочием (см. пункт 75).

Ограничения в отношении отказов

151. Будучи направлена на содействие более широкому доступу к менее дорогостоящему кредиту, что отвечает интересам торговли в целом, статья 21 не пренебрегает защитой должника. Чтобы защитить должников от неправомерного давления со стороны кредиторов, с тем чтобы они отказались от своих возражений, пункты 1 и 2 устанавливают разумные ограничения в отношении таких отказов от возражений. Такие ограничения касаются формы, в которой могут делаться такие отказы, определенных видов должников и определенных видов возражений.

152. Согласно пункту 1 отказ не может представлять собой одностороннее действие или устную договоренность; он должен оформляться в форме письменной договоренности, подписанной должником, с целью обеспечить, чтобы обе стороны, и, в частности, должник, который отказывается от своих прав, были вполне осведомлены о факте отказа и его последствиях, в том числе о выгодах, предлагаемых в ответ на это должнику, и с целью облегчить подтверждение. Кроме того, отказ не может вести к отмене законодательства о защите потребителей, действующего в стране, в которой находится коммерческое предприятие должника (в отношении потребительской дебиторской задолженности и защиты потребителей см. пункты 36, 100, 128 и 196). В случаях, когда применяется проект конвенции, это положение фактически заменяет конкретную ссылку на основании применимого права на местонахождение должника в целях общей нормы, установленной в статье 29. Во избежание терминологических и иных различий, существующих между различными правовыми системами, в пункте 1 содержится ссылка на должников по сделкам, совершенным "в личных, семейных или домашних целях". Кроме того, согласно пункту 2 отказ не может относиться к возражениям, вытекающим из обманных действий, совершенных цессионарием. Такой результат противоречил бы основополагающим стандартам добросовестности. В целях защиты цессионария,

который акцептует уступку добросовестно, Рабочая группа решила не применять такое же ограничение к возражениям, касающимся обмана со стороны цедента. Если бы должник не мог отказываться от таких возражений, то цессионарию пришлось бы проводить расследование, с тем чтобы убедиться в том, что цедентом не было совершено обмана в контексте первоначального договора. Однако предусмотренное в пункте 2 ограничение применяется не только к возражениям, касающимся обмана со стороны лишь цессионария, но и к возражениям, касающимся обмана со стороны цессионария в сговоре с цедентом.

Изменения отказов

153. В соответствии с пунктом 1 пункт 3 устанавливает, что для изменения отказа требуется подписанная должником письменная договоренность. Стороны должны предупреждаться о правовых последствиях такого изменения, которое должно легко обосновываться, если это необходимо. С целью обеспечения того, чтобы изменение, которое может быть согласовано цедентом и должником, не затрагивало права цессионария, пункт 3 обуславливает такое изменение предусмотренной в пункте 2 статьи 22 процедурой в отношении изменения первоначального договора после уведомления об уступке (т.е. фактическим или юридически подразумеваемым согласием цессионария; см. пункт 157).

Статья 22. Изменение первоначального договора

1) Договоренность, которая заключена между цедентом и должником до уведомления об уступке и которая затрагивает права цессионария, является действительной в отношении цессионария, и цессионарий приобретает соответствующие права.

2) После уведомления об уступке договоренность между цедентом и должником, затрагивающая права цессионария, является недействительной в отношении цессионария, за исключением случаев, когда:

- а) цессионарий дает на это свое согласие; или
- б) дебиторская задолженность не полностью получена за счет исполнения и либо изменение предусмотрено в первоначальном договоре, либо в контексте первоначального договора разумный цессионарий согласился бы на такое изменение.

3) Пункты 1 и 2 настоящей статьи не затрагивают никаких прав цедента или цессионария в связи с нарушением договоренности между ними.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 109
A/CN.9/432, пункты 210-217
A/CN.9/434, пункты 198-204
A/CN.9/447, пункты 122-135
A/CN.9/456, пункты 205 и 206
A/CN.9/466, пункты 141 и 142

Комментарий

154. Первоначальный договор может часто на практике нуждаться в изменении по различным причинам (например, при строительстве проекта может возникнуть необходимость в оборудовании или материалах, отличных от тех, которые были согласованы). Последствия таких изменений договора во взаимоотношениях между цедентом и должником или между цедентом и цессионарием рассматриваются в соответствующем договоре. Признавая автономно сторон в этом отношении, статья 22 не вторгается во взаимоотношения между цедентом и должником или между цедентом и цессионарием. Соответственно, на требования и правовые последствия действительной договоренности об изменениях между цедентом и должником по-прежнему распространяется действие норм права, регулирующих эту договоренность, а любые права, которыми цессионарий мог бы обладать по отношению к цеденту в связи с нарушением договора, не затрагиваются (см. пункт 158). Однако статья 22 касается последствий для третьих сторон таких изменений договора, какие могут быть урегулированы только с помощью законодательства и фактически регулируются только в незначительном числе стран. Для регулирования таких последствий для третьих сторон статья 22 предусматривает, с одной стороны, что должник имеет по отношению к цессионарию право изменить первоначальный договор, а с другой стороны, что цессионарий приобретает права по отношению к должнику согласно измененному первоначальному договору. Соответственно, если цена товаров или услуг, предложенных согласно первоначальному договору, изменяется, должник не может ссылаться на изменение этого договора в качестве возражения, утверждая, что цессионарий не обладает правами согласно новому измененному договору, и может отказаться уплатить даже уменьшенную цену. Аналогичным образом, выплата уменьшенной цены означала бы исполнение должником своего обязательства.

155. Основная норма, которую устанавливает статья 22, состоит в том, что до уведомления cedent и должник могут свободно изменять свой договор. Им не требуется получать согласие цессионария, даже если cedent, возможно, в договоре уступки обязался воздерживаться от внесения любых изменений в договор без согласия цессионария или, возможно, несет обязательство добросовестно информировать цессионария об изменении договора. Нарушение такого обязательства может вести к возникновению ответственности cedenta в отношении цессионария. Однако это не лишает действительности договоренность об изменении первоначального договора, поскольку такой подход ненадлежащим образом затрагивал бы права должника. После уведомления изменение первоначального договора становится действительным в отношении цессионария лишь при условии фактического или юридически подразумеваемого согласия цессионария. Определяющее соображение заключается в том, что после уведомления цессионарий становится одной из сторон в трехсторонних отношениях и любое изменение в этих отношениях, затрагивающее права цессионария, не должно связывать цессионария обязательством вопреки его воле. Этот подход согласуется со статьей 19, согласно которой до уведомления должник может исполнить свое обязательство в соответствии с первоначальным договором.

Изменение до уведомления должника

156. Пункт 1 требует договоренности между cedentом и должником, которая заключается до уведомления об уступке и затрагивает права цессионария. Если эта договоренность не затрагивает права цессионария, то пункт 1 не применяется. Если договоренность заключается после уведомления, то применяется пункт 2. Согласно статье 18 соответствующим моментом времени является момент, когда должник получает уведомление, поскольку с этого момента должник может исполнить свое обязательство лишь в соответствии с платежными инструкциями цессионария.

Изменение после уведомления должника

157. В формулировке пункта 2 используется отрицательная конструкция, поскольку норма заключается в том, что после уведомления изменение не имеет силы в отношении цессионария, за исключением случаев, когда удовлетворяется одно из дополнительных требований. Слова "является недействительной" означают, что цессионарий может истребовать первоначальную дебиторскую задолженность и что должник не в полной мере освобождается от ответственности, заплатив меньше стоимости первоначальной дебиторской задолженности. Пункт 2 требует фактического или юридически подразумеваемого согласия цессионария. Фактическое согласие требуется в том случае, если дебиторская задолженность была полностью получена за счет исполнения, и поэтому у цессионария имеются разумные основания ожидать, что он получит платеж первоначальной дебиторской задолженности. Для целей проекта конвенции дебиторская задолженность считается полностью полученной за счет исполнения, когда выписан счет-фактура, даже если соответствующий договор был исполнен лишь частично. Следовательно, для изменения таких частично исполненных договоров требуется фактическое согласие цессионария. Юридически подразумеваемое согласие имеет место тогда, когда первоначальный договор допускает изменения или когда разумный цессионарий дал бы свое согласие. Такое согласие является достаточным, если дебиторская задолженность не полностью получена за счет исполнения и изменение предусмотрено в первоначальном договоре или если разумный цессионарий согласился бы на такое изменение. Требуя наличия фактического или юридически подразумеваемого согласия, Рабочая группа намеревалась установить надлежащий баланс между определенностью и гибкостью. Если дебиторская задолженность полностью получена за счет исполнения, ее изменение затрагивает разумные ожидания цессионария, и поэтому должно быть обусловлено фактическим согласием цессионария. С другой стороны, если дебиторская задолженность не полностью получена за счет исполнения, то нет необходимости чрезмерно обременять стороны требованиями, которые могут затронуть эффективное осуществление договора. При осуществлении, в частности, долгосрочных договоров, например, о долгосрочном финансировании или реструктуризации задолженности (в рамках которых дебиторская задолженность предлагается в качестве обеспечения взамен на снижение процентной ставки или продление срока платежа), требование получения cedentом согласия цессионария на каждое незначительное изменение договора могло бы замедлить операции и возложить нежелательное бремя на цессионария. Эта проблема обычно не возникает, поскольку на практике стороны склонны решать такие вопросы путем договоренности относительно того, какие виды изменений требуют согласия цессионария. В отсутствие такой договоренности или в случае нарушения такой договоренности cedentом пункт 2 обеспечит надлежащую степень защиты должника.

Ответственность cedenta за нарушение договора

158. Пункт 3 призван сохранить любое право, которым цессионарий может обладать согласно другим нормам права в отношении cedenta, если изменение первоначального договора нарушает договоренность между cedentом и цессионарием. Это означает, что если согласно статье 22 изменение является действительным в отношении цессионария без его согласия, то должник освобождается от ответственности, произведя платеж в соответствии с измененным договором. Однако цессионарий может обратиться к cedentu и потребовать остаток первоначальной дебиторской задолженности и компенсацию за любой дополнительно понесенный ущерб, если изменение представляет собой нарушение договоренности между cedentом и цессионарием, согласно нормам права, применимым к такой договоренности.

Статья 23. Истребование уплаченных сумм

Без ущерба для права, регулирующего защиту должника при сделках, совершенных в личных, семейных или домашних целях в государстве, в котором он находится, и прав должника согласно статье 20, неисполнение cedentом первоначального договора не дает должнику права на истребование у цессионария сумм, уплаченных должником cedенту или цессионарию.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 145-148
A/CN.9/432, пункты 239-244
A/CN.9/434, пункты 94 и 213-215
A/CN.9/447, пункты 136-139
A/CN.9/456, пункты 207 и 208
A/CN.9/466, пункты 143 и 144

Комментарий

Норма: неполучение платежей от цессионария

159. На практике должник может произвести платеж цессионарию до того как cedент исполнит свои обязательства по первоначальному договору. В случае неисполнения цессионарием возникает вопрос о том, может ли должник истребовать у цессионария уплаченные суммы. Этот вопрос имеет особое значение в случае, если cedент становится несостоятельным и, таким образом, истребование у cedента уплаченных сумм является невозможным. Статья 23 предусматривает, что если должник производит платеж цессионарию, а cedент не исполняет надлежащим образом первоначальный договор, то должник не может обращать требование к цессионарию; у него сохраняется любое правооснование для иска, которым он может обладать по отношению к cedенту согласно первоначальному договору и праву, регулирующему этот договор. В результате этого должник несет риск несостоятельности своего партнера по договору, что в любом случае имеет место в отсутствие уступки. Отметив, что статья 10 Оттавской конвенции придерживается этого подхода только в том случае, если должник имеет правооснование для иска к cedенту, и предусматривает исключения в случае неосновательного обогащения или недобросовестности цессионария, Рабочая группа сочла, что это различие является оправданным. Право должника на истребование платежей у цессионария действует в качестве предоставляемой цессионарием гарантии того, что cedент исполнит первоначальный договор. Такая гарантия, возможно, является надлежащей в конкретных ситуациях факторинга, рассматриваемых в Оттавской конвенции, но была сочтена неадекватной в контексте широкой совокупности сделок по финансированию или предоставлению услуг, охватываемых проектом конвенции.

Исключения

160. В соответствии с принципом, согласно которому проект конвенции не призван отменять законодательство о защите потребителей, статья 23 сохраняет любое право, которым может обладать потребитель-должник согласно законодательству страны, в которой он находится, объявить о расторжении первоначального договора и истребовать у цессионария любые платежи, произведенные цессионарию (в отношении потребительной дебиторской задолженности и защиты потребителей см. пункты 36, 100, 128, 152 и 196). Ссылка на статью 20, как представляется, устанавливает второе исключение. В случае производства платежей частями возражения и права на зачет со стороны должника в отношении оставшихся невыплаченными частей сохраняются. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли этот результат уже достаточно ясным в статье 20.

Раздел III. Другие стороны

Комментарий

Структура раздела III

161. Статьи 24 (право, применимое к вопросам приоритета) и 25 (публичный порядок) являются нормами международного частного права. Статья 26 (специальные правила в отношении поступлений) устанавливает смешанную норму международного частного права и материального права, а статья 27 (уступка приоритета) является материально-правовой нормой. Статьи 25, 26 и 27 призваны обусловить применение статьи 24. Статья 25 помещена перед статьей 26 не потому, что она не в равной степени применима к ситуациям, рассматриваемым в статье 26, но потому, что статья 26 в отношении вопросов международного частного права отсылает к статье 24, а в отношении материально-правовых вопросов является самостоятельной нормой. Статья 25 не призвана ограничивать применение специальной материально-правовой нормы, касающейся приоритета и содержащейся в статье 27.

Статья 24. Право, применимое к коллизии прав других сторон

За исключением вопросов, урегулированных в других разделах настоящей Конвенции, и при условии соблюдения положений статей 25 и 26 право государства, в котором находится цедент, регулирует:

a) степень права цессионария в уступленной дебиторской задолженности и приоритет права цессионария в отношении коллидирующих прав в уступленной дебиторской задолженности, принадлежащих:

i) другому цессионарию той же дебиторской задолженности от того же цедента, даже если эта дебиторская задолженность не является международной дебиторской задолженностью и уступка такому цессионарию не является международной уступкой;

ii) кредитору цессионария; и

iii) управляющему в деле о несостоятельности;

b) наличие и степень права лиц, указанных в пункте (a)(i)-(iii), в поступлениях от уступленной дебиторской задолженности, а также приоритет права цессионария в этих поступлениях в отношении коллидирующих прав таких лиц; и

c) вопрос о том, имеет ли в силу закона кредитор право в уступленной дебиторской задолженности вследствие его права в другом имуществе цедента, а также степень любого такого права в уступленной дебиторской задолженности.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 149-164
A/CN.9/432, пункты 245-260
A/CN.9/434, пункты 238-258
A/CN.9/445, пункты 18-29 и 30-40
A/CN.9/455, пункты 18-34
A/CN.9/456, пункты 209-213
A/CN.9/466, пункты 20-24 и 32-35

Комментарий

162. Статья 24 является одним из наиболее важных положений проекта конвенции. Она призвана служить достижению основной цели проекта конвенции, заключающейся в содействии более широкому доступу к кредитам по более низкой стоимости посредством увеличения определенности в том, что касается относительных прав лиц, заявляющих коллидирующие требования. Этот результат достигается не путем установления материально-правовой нормы, касающейся приоритета (в отношении значения термина "приоритет" см. пункты 63-65), поскольку Рабочая группа не смогла достичь консенсуса по такой норме (однако в отношении материально-правовых норм, касающихся приоритета, см. статьи 26 и 27, приложение и статью 40). Этот результат скорее достигается с помощью нормы международного частного права, распространяющей на коллизию приоритетов действие норм права одной и легко определяемой правовой системы (право места нахождения цедента; в отношении значения термина "местонахождение" см. пункты 66-70). Такая норма отражает значительное улучшение нынешнего положения, при котором цессионарии стремятся либо отклонить международную дебиторскую задолженность в качестве обеспечения кредита, либо акцептовать ее по низкой стоимости или только при наличии дополнительного обеспечения, поскольку они либо не могут определить, какое право может регулировать приоритет, либо вынуждены соблюдать требования нескольких правовых систем для обеспечения приоритета.

"За исключением вопросов, урегулированных в других разделах настоящей Конвенции"

163. Вступительная формулировка текста статьи 24 призвана обеспечить, чтобы статья 24 применялась только к тем вопросам, которые не урегулированы с помощью материально-правовой нормы проекта конвенции. Например, общая действительность уступки будущей дебиторской задолженности или уведомления об уступке рассматривается в статье 9; вопрос о том, обладает ли цессионарий приоритетом в случае дебиторской задолженности, возникающей или полученной после возбуждения производства по делу о несостоятельности в отношении цедента, оставлен для решения на основе норм права места нахождения цедента. В результате этого уступка дебиторской задолженности, не существующей в момент уведомления, является действительной во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием. Аналогичным образом, уступка является действительной по отношению к должнику даже в отсутствие уведомления, и если внутригосударственное право требует уведомления по соображениям приоритета, то такое уведомление должно быть направлено согласно проекту конвенции (таким образом, оно может относиться к дебиторской задолженности, не существующей в момент уведомления, даже если внутригосударственное право

не допускает направления уведомления в отношении такой дебиторской задолженности). Кроме того, уступка является действительной в отсутствие регистрации (даже если внутригосударственное право обуславливает регистрацией действительность и требует конкретного описания уступленной дебиторской задолженности). Однако приоритет будет определяться на основе регистрации, если право места нахождения цедента это предусматривает (вопрос о том, требуется ли конкретно описать дебиторскую задолженность для цели получения приоритета посредством регистрации, оставлен для решения на основе норм права места нахождения цедента). Вопросы формальной действительности (например, вопрос о том, требуется ли письменная форма, уведомление или регистрация для того, чтобы уступка была действительной *inter partes*), оставлены для решения на основе норм права, применимых вне проекта конвенции (предложение Секретариата по решению этого вопроса см. в пункте 82); это относится и к вопросам материальной действительности, иным, чем вопросы, затронутые в статьях 9-12.

"При условии соблюдения положений статей 25 и 26"

164. Упомянутые в статье 24 вопросы передаются для решения на основе норм права места нахождения цедента, если только какая-либо норма этого права явно не противоречит публичному порядку суда или не существует какого-либо сверхпреимущественного права согласно нормам права суда. В первом случае применяются остальные нормы права места нахождения цедента. В последнем случае приоритет получает сверхпреимущественное право, которое имеет приоритет согласно нормам права суда. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли обусловить применение статьи 24 также отсутствием договоренности об уступке приоритета (статья 27). В качестве альтернативного варианта Комиссия, возможно, пожелает считать, что с учетом того обстоятельства, что статья 27 представляет собой материально-правовую норму, вступительная формулировка текста статьи 24 ("за исключением вопросов, урегулированных в других разделах настоящей Конвенции") является достаточной для охвата вопросов, урегулированных в статье 27 (хотя статья 26 также является материально-правовой нормой и применение статьи 24 обусловлено статьей 26).

Степень права и приоритет в дебиторской задолженности

165. Статья 24(a) проводит четкое различие между приоритетом и степенью прав цессионария. Слова "степень права" призваны отразить следующее: идет ли речь об уступке в качестве обеспечения или же о прямой уступке, а также характер *in rem* или *ad personam* права по отношению к третьим сторонам (вещно-правовые последствия уступки во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием урегулированы в статье 9). С другой стороны, приоритет касается вопроса о том, кто получит платеж первым. В случае коллизии между заявившим требование лицом, которое обладает приоритетом и личным правом, и заявившим требование лицом, которое обладает правом *in rem*, лицо, обладающее приоритетом, будет превалировать. Однако в случае несостоятельности такое превалирующее лицо, заявившее требование, получит платеж *pari passu* с другими кредиторами, обладающими личным правом, тогда как в случае, если такое лицо обладает правом *in rem*, оно получит платеж прежде других кредиторов.

Коллизии между цессионариями в случае "дублирующихся уступок"

166. Коллизии между цессионариями одной и той же дебиторской задолженности, уступленной одним и тем же цедентом, возникают в случае совершения "дублирующихся уступок". Такие уступки являются обычной практикой при уступках, совершаемых в качестве обеспечения, когда одна и та же дебиторская задолженность предлагается различным кредиторам в качестве обеспечения различных сумм кредита. Однако совершение дублирующихся прямых уступок может представлять собой обманное или недобросовестное действие. В то время, как обман совершается довольно редко, случаи простой невнимательности со стороны цедента или незнания правовых последствий предыдущей уступки встречаются довольно часто. Типичным примером является уступка лицу, осуществляющему финансирование под дебиторскую задолженность, в обмен на оборотный капитал и лицу, осуществляющему финансирование под товарно-материальные запасы, или поставщику материалов в кредит с сохранением прав собственности или другого обеспечительного интереса до полной выплаты стоимости складских накладных или материалов. В таком случае может возникнуть коллизия между глобальной уступкой (уступкой всех текущих и будущих дебиторских задолженностей) лицу, осуществляющему финансирование под дебиторскую задолженность, и уступкой лицу, осуществляющему финансирование под товарно-материальные запасы, или поставщику поступлений от продажи товарно-материальных запасов или материалов.

Коллизии прав цессионариев, положение которых регулируется Конвенцией, и цессионариев, статус которых конвенцией не установлен

167. Статья 24(a)(i) прямо предусматривает, что коллизия прав цессионария, положение которых регулируется конвенцией, и цессионариев, статус которых конвенцией не установлен (например, иностранного и внутреннего цессионариев внутренней дебиторской задолженности), также охватывается (однако коллизия прав цессионария в договаривающемся государстве и цессионария в недоговаривающемся государстве не охватывается). Такой подход позволяет избежать какого-либо негативного воздействия на внутреннее право и практику. Фактически одна из причин, по которой Рабочая группа решила превратить нормы, касающиеся приоритета, в нормы международного

частного права, заключается в том, что такие нормы не будут оказывать негативного воздействия на внутреннюю практику. Проект конвенции не предоставляет приоритета иностранному цессионарию по сравнению с внутренним цессионарием. Он всего лишь отсылает коллизию приоритетов для урегулирования на основе норм права места нахождения цедента. С одним возможным исключением (см. пункт 20) таким правом будет право, требования которого внутренний цессионарий внутренней дебиторской задолженности должен будет соблюсти для получения приоритета независимо от того, применяется ли проект конвенции.

Коллизия с кредиторами цедента или управляющим в деле о несостоятельности

168. Какой-либо кредитор цедента или управляющий в деле о несостоятельности может обладать правом, коллидирующим с правом цессионария, если после уступки данный кредитор получает судебное решение, передающее дебиторскую задолженность в руки цедента (если уступка совершена после передачи или начала производства по делу о несостоятельности, коллизия не возникает; любые права, которые может приобрести цессионарий, являются подчиненными правам кредиторов цедента или управляющего в деле о несостоятельности). Если приоритет основывается на моменте уступки, то обстоятельство, что уступка совершается до передачи или начала производства по делу о несостоятельности, является достаточным для установления того, что данная дебиторская задолженность отделена от имущества цедента (если речь идет о прямой уступке) или что цессионарий может удовлетворить свое требование в преимущественном порядке по сравнению с необеспеченными кредиторами (если речь идет об уступке в качестве обеспечения). Однако если приоритет определяется на основе уведомления должника или регистрации определенных данных об уступке в государственном регистре, то обстоятельство, что уступка совершается до передачи или начала производства по делу о несостоятельности, не является достаточным для цели установления приоритета. Уведомление должника или регистрация также должна иметь место до передачи или начала производства по делу о несостоятельности.

Несостоятельность цессионария или должника

169. Вопросы, возникающие в случае несостоятельности цессионария, выходят за рамки сферы применения проекта Конвенции и не рассматриваются, если только цессионарий не совершает последующую уступку и не становится цедентом. Проект Конвенции не призван затрагивать также вопросы, возникающие в контексте несостоятельности должника. Предполагается, что цессионарий будет располагать в дебиторской задолженности теми же правами, что и права, которыми цедент обладал бы в случае несостоятельности должника.

"Наличие и степень права..., а также приоритет права" в поступлениях

170. В соответствии с подпунктом (а) подпункт (b) предусматривает, что право места нахождения цедента регулирует степень прав вышеупомянутых лиц и приоритет таких прав в отношении поступлений. Согласно статье 6 (k) поступления включают все полученное по дебиторской задолженности и все полученное в отношении поступлений. Поэтому слова "уступленной дебиторской задолженности", возможно, потребуется исключить, с тем чтобы избежать создания впечатления того, что только поступления от дебиторской задолженности охватываются статьей 24 (b). Слова "степень права" относятся к характеру *in rem* или *ad rem* прав цессионария в поступлениях. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранять слово "наличие", которое было добавлено на тридцать первой сессии Рабочей группы без какого-либо обсуждения (см. документ A/CN.9/466, пункт 212). Как представляется, подпункт (b) идет намного дальше подпункта (a), поскольку он охватывает в отношении поступлений вопросы, которые в проекте конвенции не затрагиваются даже в отношении дебиторской задолженности, а именно материально-правовую действительность во всех аспектах и вопросы формальной действительности. Если статья 24(b) будет сохранена без изменений, то название этой статьи, возможно, потребуется пересмотреть.

Наличие и степень прав в дебиторской задолженности, которая представляет собой поступления от другого имущества

171. Степень любых прав и приоритет таких прав в дебиторской задолженности, которая представляет собой поступления от другой дебиторской задолженности, регулируются нормами права места нахождения цедента в силу статьи 24 (a) (i), если такие права установлены по договоренности, или в силу статьи 24 (a) (ii), если такие права установлены в результате действия закона. В зависимости от того, решит ли Комиссия сохранить ссылку на "наличие" таких прав, она, возможно, пожелает объединить подпункт (c) с подпунктом (a) (ii) или же исключить подпункт (c) полностью и включить разъяснение по этому вопросу в комментарий (в отношении значения слов "степень права" см. пункт 165).

Применимое право

172. Отступая от традиционно применяемого во многих правовых системах подхода, в соответствии с которым вопросы приоритета решаются на основе *lex situs* дебиторской задолженности (право страны, где должен быть произведен платеж или где находится должник), Рабочая группа постановила регулировать вопросы приоритета с

помощью норм права места нахождения цедента. Рабочая группа избрала этот подход, поскольку, по ее мнению, традиционное правило уже не считается эффективным или действенным. Во все чаще встречающихся случаях глобальной уступки текущей и будущей дебиторской задолженности применение права *situs* дебиторской задолженности не позволяет выделить единую правовую норму, регулирующую эти вопросы. Кроме того, в этом случае будущие цессионарии будут вынуждены умозрительно определять *situs* в отношении каждой дебиторской задолженности отдельно. Аналогичные результаты дает применение права, регулирующего вопросы дебиторской задолженности, или права, избранного сторонами. В отношении разных статей дебиторской задолженности в массе дебиторской задолженности будут применяться различные нормы, регулирующие приоритет, а в случае будущей дебиторской задолженности стороны не смогут с достаточной степенью уверенности определить, какое право регулирует вопрос о приоритете, что может воспрепятствовать осуществлению сделки или, по крайней мере, привести к увеличению стоимости кредита. Применение права, избранного, в частности, цедентом и цессионарием, может позволить цеденту, действующему в сговоре со стороной, заявившей требование с целью получения особых преимуществ, определять приоритет между несколькими лицами, заявляющими требования. Кроме того, избранное сторонами право будет абсолютно неприемлемым в случае нескольких уступок одной и той же дебиторской задолженности одним и тем же или разными цессионариями, поскольку в отношении одних и тех же коллизий приоритетов могут применяться разные нормы права.

173. Хотя Рабочая группа решила отойти от традиционного подхода, с тем чтобы учесть наиболее широко распространенные виды практики, включающие оптовые уступки всех текущих и будущих дебиторских задолженностей, она решила, что в отношении уступок отдельных статей существующей дебиторской задолженности с высокой стоимостью не следует делать никаких исключений. По общему мнению, введение иной нормы определения приоритета применительно к уступке такой дебиторской задолженности привело бы к уменьшению определенности, достигнутой в статье 24. Кроме того, было бы чрезвычайно трудно дать четкое определение "дебиторской задолженности с высокой стоимостью". Более того при оптовой уступке дебиторской задолженности как "с высокой стоимостью", так и "с низкой стоимостью", вопросы приоритета будут регулироваться разными нормами права.

174. С учетом того обстоятельства, что в случае наличия нескольких коммерческих предприятий местонахождение определяется ссылкой на место осуществления центрального управления юридического лица, в результате применения норм права места нахождения цедента будет применяться право одного государства, причем право, которое может быть легко определено в момент уступки. Таким образом, вышеупомянутые трудности будут устранены. В частности, место нахождения цедента как связующий фактор сопряжено с преимуществом в том, что оно обеспечивает одну отправную точку, оно может быть установлено в момент совершения даже отсроченной уступки будущей дебиторской задолженности, оно будет приемлемым даже для тех правовых систем, в которых практикуется регистрация, и оно приведет к применению права государства, в котором, по всей вероятности, начнется какое-либо основное производство по делу о несостоятельности в отношении цедента. Последний аспект применения права места нахождения цедента имеет важное значение, поскольку в нем надлежащим образом учитывается вопрос взаимосвязи между проектом конвенции и нормами права, применимыми в случае несостоятельности.

175. Что касается несостоятельности, то основная цель статьи 24 заключается в обеспечении того, чтобы в большинстве случаев право, регулирующее приоритет согласно статье 24, и право, регулирующее несостоятельность цедента, являлись правом одного и того же государства (основного государства цедента). В такой ситуации любая коллизия между нормами проекта конвенции и нормами, применимыми в случае несостоятельности, будет регулироваться на основе норм права этого государства. Во всех остальных случаях, в которых производство по делу о несостоятельности в отношении активов и деловых операций цедента начинается в ином государстве, чем основное государство цедента (например, в государстве, в котором цедент обладает активами), проект конвенции открывает путь нормам права, отражающим публичный порядок государства, в котором ведется разбирательство в связи со спором (статья 25). Другие специальные права кредиторов цедента или управляющего в деле о несостоятельности не затрагиваются (см. пункт 182).

176. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли целесообразным применение права места нахождения цедента к вопросам приоритета в случае дебиторской задолженности, возникающей из депозитных счетов, счетов ценных бумаг или товарных счетов. При такой практике вопросы приоритета, как правило, регулируются правом места нахождения поставщика финансовых услуг. Установление иной нормы, касающейся приоритета, по отношению к таким видам практики, может соответствовать обычным ожиданиям сторон. С другой стороны, такой подход может привести к неопределенности, по меньшей мере, в той степени, в какой стороны для определения применимой нормы, касающейся приоритета, будут вынуждены выявлять источник уступленной дебиторской задолженности, что не представится возможным в отношении будущей дебиторской задолженности, и будет возможным лишь за счет некоторых издержек в связи с дебиторской задолженностью, уступленной оптом.

Ограничения в отношении применимых норм права

177. Являясь положением международного частного права, статья 24 не урегулирует коллизию приоритетов; она всего лишь передает ее для урегулирования на основе норм права места нахождения цедента. Если в соответствии

с этим правом приоритет основывается на моменте уступки, то цессионарий, решающий вопрос о том, следует ли финансировать определенную дебиторскую задолженность, вынужден полагаться на гарантии cedentia и, возможно, на гарантии, предоставленные другими сторонами, или же на информацию, имеющуюся на определенном рынке. Если применимые нормы права определяют приоритет на основе приоритета в уведомлении должника, то вновь вероятный цессионарий вынужден полагаться на гарантии cedentia и должника, а также на информацию, имеющуюся из других источников. В таких правовых системах приоритет в отношении будущей дебиторской задолженности не будет вообще получен в момент уступки (в этот момент личность должника не известна), а приоритет в отношении дебиторской задолженности, уступленной оптом, будет получен только за счет дополнительных расходов на направление уведомления всем должникам. Если, с другой стороны, согласно применимому праву приоритет может быть получен посредством занесения определенных данных в публичный регистр, независимо от гарантий cedentia или других сторон, то возможные цессионарии смогут опираться на этот публичный регистр. Кроме того, цессионарии, зарегистрировавшие требуемые данные, смогут на объективных основаниях получить приоритет (в отношении дополнительных ограничений применения норм проекта конвенции, касающихся приоритета, см. пункты 177-180).

Момент времени, имеющий отношение к определению местонахождения cedentia

178. Для применения проекта конвенции, в том числе статьи 24, cedent должен находиться в договаривающемся государстве в момент заключения договора уступки. Этот подход увеличивает предсказуемость в отношении применения проекта конвенции и способствует принятию решений о заключении сделки и определении сопряженных с этим расходов. Однако, если cedent совершает уступку в одной стране, а другую уступку в другой стране, в которую перемещается cedent, то проект конвенции может и не применяться, если новая страна cedentia не является договаривающимся государством (статья 24(a)(i) не призвана охватывать такие ситуации), причем, даже если проект конвенции применяется, применение статьи 24 будет проблематичным, поскольку возникнут две совокупности норм права места нахождения cedentia. В связи с этим Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, что в случае изменения местонахождения cedentia или дебиторской задолженности следует установить льготный срок, в течение которого цессионарий, обладающий приоритетом согласно праву первоначального местонахождения, не будет утрачивать свой приоритет. Такой подход обеспечил бы, чтобы права лиц, заявляющих требования в новом месте, не подчинялись бы навсегда правам заявляющих требования лиц из других стран. Такая переходная норма будет необходимой, поскольку с учетом нынешних темпов слияний перенос места осуществления центрального управления юридического лица может и не быть достаточно редким событием. Решение вопроса об изменении местонахождения будет необходимым, в частности, в том случае, если местонахождение юридического лица определяется ссылкой на место, в котором зарегистрирована дебиторская задолженность. Переместить дебиторскую задолженность, несомненно, легче, чем изменить место осуществления центрального управления.

Статья 25. Публичный порядок и преференциальные права

1) Суд или иной компетентный орган может отказать в применении какого-либо положения права государства, в котором находится cedent, только в том случае, если это положение явно противоречит публичному порядку государства суда.

2) Если производство по делу о несостоятельности начинается в каком-либо ином государстве, чем государство, в котором находится cedent, то любое преференциальное право, которое возникает в силу права государства суда и которому отдается приоритет по отношению к правам цессионария при производстве по делу о несостоятельности в соответствии с правом этого государства, обладает таким приоритетом независимо от статьи 24. Государство может в любой момент сдать на хранение заявление, в котором определены эти преференциальные права.

Ссылки

A/CN.9/434, пункты 216-237

A/CN.9/445, пункты 41-44

A/CN.9/455, пункты 35-40

A/CN.9/456, пункты 214-222

A/CN.9/466, пункты 36-41

Комментарий

Публичный порядок

179. Лежащая в основе статьи 25 цель заключается в установлении баланса между необходимостью обеспечения определенности в отношении применения права места нахождения cedentia и необходимостью сохранения основополагающих политических решений, принятых на основе права суда. Соответственно, пункт 1 признает право

суда или другого органа, будь то в контексте несостоятельности или же в ином контексте, отказать в применении какого-либо положения права места нахождения cedentia, и в то же время ограничивает это право случаями, в которых данное положение "явно противоречит" публичному порядку государства суда. Публичный порядок, который имеется в виду в пункте 1 - это международный публичный порядок государства суда. Использование такого публичного порядка имеет лишь негативное воздействие в том смысле, что оно может воспрепятствовать применению положения права, применимого согласно статье 24, которое явно противоречит публичному порядку государства суда (например, нормы, предоставляющей приоритет иностранному государству в целях налогообложения). В результате этого какое-либо лицо может быть обойдено при определении приоритета, тогда как приоритет будет определяться на основе других положений применимого права.

180. Для отказа в применении согласно пункту 1 какой-либо нормы, касающейся приоритета, она должна "явно противоречить" публичному порядку государства суда. Предполагается, что речь идет о двух государствах (т.е. суд находится в ином государстве, чем государство местонахождения cedentia). Если речь идет только об одном государстве, то его нормы права служили бы основой для решения этого вопроса. Понятие "явно противоречит" используется в международных текстах в качестве требования публичного порядка (см., например, статью 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статью 16 Римской конвенции и статью 18 Конвенции Мехико). Цель установления такого требования заключается в том, чтобы подчеркнуть, что исключения на основании публичного порядка должны толковаться ограничительно и что на пункт 1 следует ссылаться только при исключительных обстоятельствах, касающихся вопросов, которые имеют фундаментальное значение для государства суда. В противном случае определенность, достигнутая статьей 24, может быть поставлена под серьезную угрозу, а такой результат оказал бы негативное воздействие на наличие и стоимость кредита, предоставляемого на основе дебиторской задолженности (термин "явно противоречит" используется также в статье 32; см. пункт 199).

181. Как упоминается выше, публичный порядок согласно статье 25 может и не оказывать позитивного воздействия; он может и не привести к позитивному применению нормы государства суда, которая касается приоритета и отражает публичный порядок (например, нормы, предоставляющей приоритет служащим в государстве суда). По этой причине пункт 2 конкретно разрешает государству суда применять свои собственные нормы, касающиеся приоритета, в том случае, когда норма, касающаяся приоритета и применимая согласно пунктам 1 и 2, явно противоречит публичному порядку государства суда, и предоставлять приоритет сверхпреимущественным правам, отражающим публичный порядок государства суда (например, требованиям государства в отношении налогов или служащих в отношении заработной платы, но не обеспечительным правам, вытекающим из договора, или иным имущественным правам, признанным в судебном решении). Пункт 2 делает еще один шаг вперед. Он разрешает (но не устанавливает обязательство) государству перечислить в заявлении сверхпреимущественные права, которые должны превалировать над правами цессионария согласно проекту конвенции. Эта возможность сделать заявление призвана увеличить определенность, поскольку она устанавливает для цессионария механизм, позволяющий узнать, какие сверхпреимущественные права будут превалировать над их правами. Комиссия, возможно, пожелает вновь рассмотреть вопрос об использовании термина "преференциальный" (он может быть шире, чем предполагается, и его могут ошибочно воспринимать как обычный приоритет, который определяется в статье 6(h) как преимущественное право).

Специальные права в случае несостоятельности

182. Статья 25 не содержит ссылки на специальные права кредиторов cedentia или управляющего в деле о несостоятельности, которые могут превалировать над правами цессионария согласно праву, регулирующему несостоятельность. Причина этого заключается в том, что приоритет, установленный согласно проекту конвенции, не призван препятствовать осуществлению таких специальных прав. Такие специальные права включают, в частности, любое право кредиторов cedentia аннулировать или как-либо иначе лишить действительности уступку как обманную или преференциальную передачу или же предъявить иск с целью аннулировать или как-либо иначе лишить действительности такую уступку. Они также включают любое право управляющего в деле о несостоятельности аннулировать или как-либо иначе лишить действительности уступку как обманную или преференциальную передачу или же предъявить иск с целью аннулировать или как-либо иначе лишить действительности такую уступку; аннулировать или как-либо иначе лишить действительности уступку дебиторской задолженности, которая не возникла в момент возбуждения производства по делу о несостоятельности, или же предъявить иск с целью аннулировать или как-либо иначе лишить действительности такую уступку; обременить уступленную дебиторскую задолженность расходами управляющего в деле о несостоятельности, понесенными при исполнении первоначального договора; или же обременить уступленную дебиторскую задолженность расходами управляющего в деле о несостоятельности, понесенными при сохранении, поддержании или обеспечении дебиторской задолженности по просьбе и в интересах цессионария. Если уступленная дебиторская задолженность представляет собой обеспечение долга или исполнения других обязательств, то защищаемые специальные права включают любые права, существующие согласно нормам или процедурам, касающимся несостоятельности, которые в целом регулируют несостоятельность cedentia и которые разрешают управляющему в деле о несостоятельности обременять уступленную дебиторскую задолженность, предусматривать приостановление действия прав отдельных цессионариев или кредиторов cedentia на истребование дебиторской задолженности в течение производства по делу

о несостоятельности, разрешать заменять уступленную дебиторскую задолженность новой дебиторской задолженностью, но меньшей мере равной стоимости, или же предусматривать право управляющего в деле о несостоятельности производить заимствования с использованием уступленной дебиторской задолженности в качестве обеспечения в той степени, в какой ее стоимость превышает стоимость обеспеченных обязательств.

Статья 26. Специальные правила в отношении поступлений

1) Если поступления от уступленной дебиторской задолженности получены цессионарием, то цессионарий имеет право сохранить такие поступления в той мере, в какой право цессионария в уступленной дебиторской задолженности имеет приоритет по сравнению с коллидирующими правами на уступленную дебиторскую задолженность, принадлежащими лицам, указанным в подпункте (a)(i)-(iii) статьи 24.

2) Если поступления от уступленной дебиторской задолженности получены цедентом, то право цессионария в этих поступлениях имеет приоритет по сравнению с коллидирующими правами в этих поступлениях, принадлежащими лицам, указанным в подпункте (a)(i)-(iii) статьи 24, в той же мере, в какой право цессионария имеет приоритет по сравнению с правом этих лиц в уступленной дебиторской задолженности, если:

a) цедент получил поступления по указанию цессионария удерживать поступления в пользу цессионария; и

b) поступления удерживаются цедентом в пользу цессионария отдельно и являются в разумной степени отличимыми от активов цедента, как-то в виде отдельного депозитного счета, на котором хранятся только поступления в форме денежной наличности от дебиторской задолженности, уступленной цессионарию.

Ссылки

A/CN.9/447, пункты 63-68

A/CN.9/456, пункты 160-167

A/CN.9/466, пункты 42-53

Комментарий

183. Статья 26 призвана установить ограниченную материально-правовую норму, касающуюся приоритета в отношении поступлений. Поступления включают все полученное в отношении поступлений (слова "уступленная дебиторская задолженность" по этой причине, может быть, необходимо будет исключить), но не возвращенные товары (в отношениях между цедентом и цессионарием права в поступлениях и возвращенных товарах урегулированы в пункте 1 (c) статьи 16).

Поступления, полученные цессионарием

184. Согласно пункту 1 цессионарий может удерживать любые полученные им поступления (другими словами, цессионарий имеет право *in rem*), если цессионарий имеет приоритет в отношении уступленной дебиторской задолженности. Подразумеваемое ограничение, которое, возможно, требует четкого установления (как в пункте 3 статьи 16), заключается в том, что цессионарий не может удерживать больше, чем причитается по его дебиторской задолженности. Однако пункт 1 может непреднамеренно привести к предоставлению цессионарию приоритета в отношении всего полученного от поступлений, даже если другое лицо имеет приоритет в отношении поступлений от уступленной дебиторской задолженности согласно праву места нахождения цедента. Например, если должник производит платеж цеденту чеком, цедент депонирует этот чек на свой банковский счет, а затем производит платеж цессионарию согласно пункту 1, то первый цессионарий имеет право сохранить наличные средства (все полученное от поступлений), даже если депозитное учреждение имеет приоритет в отношении остатка на депозитном счете (поступления от уступленной дебиторской задолженности). Такой же нежелательный результат может быть получен в том случае, если цедент получает платеж в качестве обеспечения (например, закладной), это обеспечение передается в залог второму цессионарию, а затем поступления от него вымачиваются первому цессионарию. Первый цессионарий может сохранить все полученное от поступлений, даже хотя второй цессионарий, как правило, обладал бы приоритетом в отношении поступлений от уступленной дебиторской задолженности согласно праву места нахождения цедента. В связи с этим Комиссия, возможно, пожелает включить в статью 26 формулировку, обеспечивающую, чтобы право цессионария во всем полученном от поступлений не затрагивало права другого лица в поступлениях от дебиторской задолженности согласно праву места нахождения цедента.

Поступления, полученные цедентом

185. Согласно пункту 2 цессионарий имеет приоритет в отношении поступлений, полученных цедентом, если он имеет приоритет в отношении уступленной дебиторской задолженности и если цедент получает платеж от имени цессионария и хранит эти поступления отдельно от своих собственных активов. Это ограниченное положение направлено на оказание содействия таким видам практики, как закрытое дисконтирование счетов-фактур и секьюритизация, в той степени, в какой такой приоритет в отношении поступлений увеличивает определенность в том, что касается платежа цессионарию, в частности в случае несостоятельности. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли пункт 2 достаточным для достижения своих целей, поскольку в нем прямо не указывается, что степень права (т.е. его характер *in rem* или *ad personam*) должна определяться на основе норм права места нахождения цедента, о чем говорится в статье 24 (характер *in rem* и приоритет права - это два отдельных вопроса; см. пункт 165).

Статья 27. Уступка приоритета

Цессионарий, обладающий приоритетом, может в любой момент в одностороннем порядке или по договоренности уступить свой приоритет любому из существующих или будущих цессионариев.

Ссылки

A/CN.9/445, пункт 29
A/CN.9/455, пункт 31
A/CN.9/456, пункты 210

Комментарий

186. Статья 27 призвана признать интерес сторон, участвующих в споре, на ведение переговоров и уступку приоритета в пользу получившего такую уступку лица, заявившего требование, когда это оправдывают коммерческие соображения. Чтобы обеспечить максимальную гибкость и отразить преобладающую деловую практику, статья 27 разъясняет, что действительная уступка приоритета не должна принимать форму договоренности о прямой уступке приоритета между цессионарием, обладающим приоритетом, и бенефициаром договоренности об уступке приоритета. Такая уступка может быть также совершена в одностороннем порядке, т.е. посредством обязательства первого по очереди цессионария перед цедентом (будь то в договоре об уступке или же в независимой письменной или устной договоренности), уполномочивающего цедента совершить вторую уступку, которая была бы первой с точки зрения приоритета. Кроме того, слова "в одностороннем порядке" призваны разъяснить, что бенефициар уступки приоритета (второй цессионарий) не должен предлагать вознаграждение в обмен на приоритет, предоставленный путем односторонней уступки. Кроме того, статья 27 разъясняет, что действительная уступка приоритета не должна конкретно указывать на предполагаемого бенефициара или бенефициаров ("любой из существующих или будущих цессионариев") и может вместо этого использовать формулировку общего характера. Такая односторонняя уступка приоритета может иметь место при уступке дебиторской задолженности между юридическими лицами, входящими в одну и ту же корпоративную группу, или же может представлять собой услугу, предложенную залогодателем заемщику по коммерческим соображениям.

ГЛАВА V. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 185-187
A/CN.9/445, пункты 52-55
A/CN.9/455, пункты 67-73
A/CN.9/466, пункты 145-149

Сфера применения и цель главы V

Комментарий

187. Глава V призвана установить несколько общих принципов, которые являются широко принятыми, но не признаются во всех правовых системах. Она не призвана решить все вопросы, касающиеся уступки, исчерпывающим образом, либо отменять какой бы то ни было существующий международно-правовой документ или же противоречить ему. Статьи 28, 29, 31 и 32 отражают общепринятые принципы (например, Конвенцию Мехико или статью 12 Римской конвенции, за исключением требования в отношении прямого выбора, установленного в пункте 1 статьи 28, и опровержимой презумпции в пользу места нахождения цедента, установленной в пункте 2 статьи 28). То обстоятельство, что эти принципы, возможно, уже приняты в

законодательстве некоторых государств, не уменьшает их полезности для других государств. Кроме того, в отсутствие этих положений сохранялась бы большая степень неопределенности в отношении норм права, применимых ко всем этим вопросам, которые в силу необходимости оставлены для решения на основе иных норм права, чем положения проекта конвенции (не исчерпывающий перечень этих вопросов см. в пункте 79).

188. Статья 30, которая призвана распространить применение принципов, закрепленных в статьях 24-26, на сделки, выходящие за пределы сферы применения проекта конвенции, представляет собой новацию в решении вопроса, который не урегулирован прямо или надлежащим образом в действующем праве. В связи с этим Рабочая группа тщательно изучила статью 12 Римской конвенции и пришла к выводу о том, что, с учетом неопределенности в отношении того, охватывает ли статья 12 вопросы, касающиеся приоритета, и если да, то какое право является применимым, этот вопрос необходимо затронуть в проекте конвенции. Основная предпосылка статьи 30, т.е. то, что вопросы приоритета следует передать для решения на основе права места нахождения cedent, была одобрена консенсусом в статьях 24-26. Оставшийся нерешенным вопрос касается точной сферы применения этой нормы. Хотя глава V представляется более или менее приемлемой по существу, у некоторых государств она может вызывать возражения по общим соображениям законодательной политики (касающейся, например, вопросов о том, целесообразно ли закреплять общие нормы международного частного права в каком-либо главном образом материально-правовом тексте, является ли ЮНСИТРАЛ надлежащим органом для разработки норм международного частного права, или же этот вопрос следует оставить для решения по усмотрению других международных или региональных организаций). Для снятия этой основополагающей озабоченности на главу V был распространен принцип возможного неприменения. Однако исключение главы V или ограничение сферы ее применения уменьшило бы преимущества, которые нуждающиеся в ней государства должны от нее получить, и при этом не обеспечивалась бы какая-либо дополнительная защита государств, которые в ней не нуждаются. Аналогичным образом распространение на главу V действия принципа возможного применения могло бы непреднамеренно привести к ограничению ее сферы применения, поскольку подход, основывающийся на выборе в пользу применения, может и не способствовать тому, что государства одобряют главу V.

189. С точки зрения редакции формулировок Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли поместить пункт 3 статьи 1, в котором уточняется сфера применения главы V и предусматривается возможность ее неприменения государствами, в начало главы V наряду с положением, касающимся иерархии материально-правовых положений проекта конвенции и положений проекта конвенции, основывающихся на международном частном праве (см. пункт 22). Комиссия, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, нет ли необходимости пересмотреть название главы V следующим образом: "Другие нормы, применимые к коллизии правовых норм" (статьи 24-26 также содержат нормы, касающиеся коллизии правовых норм). В качестве альтернативного варианта Комиссия, возможно, пожелает поместить все нормы, касающиеся коллизии правовых норм, в одну главу. Если будет принят такой подход, то статью 30 можно будет исключить, а в отношении статей 24-26 потребуются предусмотреть принципы возможного неприменения, но только в той степени, в какой они будут применяться независимо от того, находится ли cedent в каком-либо договаривающемся государстве.

Статья 28. Право, применимое к правам и обязательствам cedent и цессионария

1) [За исключением вопросов, урегулированных в настоящей Конвенции,] права и обязательства cedent и цессионария по договору уступки регулируются правом, прямо избранным cedentом и цессионарием.

2) В отсутствие выбора права cedentом и цессионарием их права и обязательства по договору уступки регулируются правом государства, с которым наиболее тесно связан договор уступки. В отсутствие доказательств противного считается, что договор уступки наиболее тесно связан с государством, в котором находится коммерческое предприятие cedent. Если cedent имеет более чем одно коммерческое предприятие, принимается во внимание коммерческое предприятие, наиболее тесно связанное с договором. Если cedent не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание его обычное место жительства.

3) Если договор уступки связан только с одним государством, тот факт, что cedent и цессионарий избрали право другого государства, не наносит ущерба применению права государства, с которым связана уступка, в той мере, в какой отход от этого права не допускается договором.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 188-196

A/CN.9/445, пункты 52-74

A/CN.9/455, пункты 67-119

A/CN.9/466, пункты 150-153

Комментарий

190. Статья 28 призвана отразить принцип автономии сторон в отношении права, применимого к договору уступки (принцип, закрепленный в статье 12 Римской конвенции и статье 7 Конвенции Мехико). Несмотря на широкое признание этого принципа, он известен не во всех правовых системах. До принятия Комиссией окончательного решения в отношении точной сферы применения главы V вступительная часть текста статьи 28 взята в квадратные скобки (если предложение Секретариата, изложенное в пункте 23, будет принято, то эти слова можно будет исключить). Пункт 1 предусматривает, что выбор права должен быть прямым. Рабочая группа признала, что косвенный выбор соответствовал бы нынешним тенденциям в области международного частного права (см. пункт 1 статьи 3 Римской конвенции и статью 7 Конвенции Мехико). Однако, по общему мнению, прямой выбор должен требоваться в случае сделок по финансированию, при которых определенность имеет первостепенное значение и может стать основой для решения вопроса о том, будет ли совершена сделка и при каких издержках. Комиссия, возможно, пожелает вновь рассмотреть этот вопрос. Как представляется, придание действительности выбору права, который может "явно подразумеваться с учетом договора", не причинило бы серьезного ущерба определенности, но сделало бы статью 28 более приемлемой для некоторых государств.

191. Согласно пункту 1 право, свойственное договору, регулирует чисто договорные аспекты договора уступки (например, заключение и материально-правовая действительность, толкование его положений, обязательство цессионария уплатить цену или предоставить обещанный кредит, наличие и последствия гарантий в отношении действительности и взыскиваемости долга). Однако пункт 1 не призван охватывать аспекты материально-правовой действительности, затрагиваемые в проекте конвенции в связи с уступками, входящими в сферу ее применения (именно эту цель преследует вступительная формулировка), или другие аспекты материально-правовой действительности, такие, как правосубъектность или управомочие на действие. Этот вопрос является весьма важным, поскольку в некоторых странах правосубъектностью в отношении совершения оптовой уступки обладают исключительно корпорации или же цедент, если речь идет об уступках, совершаемых в ходе его деловой деятельности. Не является достаточно ясным то, отменит ли статья 9 такие статутные запрещения, касающиеся правосубъектности. Не является ясным и то, какое право будет применяться к таким статутным запрещениям. Хотя большинство уступок согласно проекту конвенции должно совершаться цедентами в ходе их деловой деятельности, отсутствие решения этого вопроса порождает остаточную область неопределенности (предложение Секретариата, касающееся решения вопроса права, применимого к статутной возможности уступки, см. в пункте 196). Пункт 1 также не призван охватывать договор финансирования, если договор уступки является лишь одним из положений договора финансирования, если только стороны не договорились об ином. Кроме того, пункт 1 не охватывает вещно-правовые аспекты уступки (по этой причине сделана ссылка на "договор уступки" в противопоставлении самой "уступке"; в отношении этого различия см. пункты 24 и 25). Рабочая группа решила, что было бы нецелесообразным распространять на передачу имущественных прав действие права, свойственного договору. В отношении уступок, входящих в сферу применения проекта конвенции, такие вещно-правовые аспекты в значительной степени затрагиваются в положениях проекта конвенции, не входящих в главу V.

192. Пункт 2 призван охватить исключительные ситуации, в которых стороны прямо не согласовали право, применимое к договору уступки, или в которых стороны согласовали это, но их договоренность впоследствии была признана недействительной. Он ссылается на критерий наиболее тесной связи, который может привести к применению права места нахождения цедента (например, в случае уступки посредством процажки) или права места нахождения цессионария (например, в случае уступки в качестве обеспечения, совершенной в контексте кредитной сделки). Стремясь обеспечить сочетание гибкости и определенности, пункт 2 устанавливает опровержимую презумпцию, согласно которой право государства, с которым наиболее тесно связан договор, является правом места нахождения цедента. В данном контексте местонахождение означает место нахождения коммерческого предприятия. Учитывая ограниченную сферу применения пункта 2, Рабочая группа сочла, что такая ссылка на место нахождения коммерческого предприятия не снизит степень определенности, необходимую для сделок по финансированию. Создавая конкретную презумпцию в пользу права места нахождения цедента, статья 28 не обязательно вступает в противоречие с практикой, отраженной в других документах по международному частному праву, содержащих ссылку, например, на место, в котором сторона, призванная совершить типичное исполнение, обычно проживает или же имеет свое коммерческое предприятие (пункт 2 статьи 4 Римской конвенции), или же на "все субъективные и объективные элементы договора" (статья 9 Конвенции Мехико). Такая коллизия может возникать в тех случаях, в которых применение критерия типичного исполнения не создает презумпции в пользу права места нахождения цедента. Однако при сложных сделках по финансированию, когда речь идет о выплате денежных средств или предоставлении услуг, или же об исполнении взаимных обязательств, критерий типичного исполнения может и не быть эффективным в определении наиболее тесно связанного права в каком бы то ни было реалистичном смысле. В любом случае стороны могут выбирать применимое право. Кроме того, эта презумпция может быть опровержимой, если, как показывают обстоятельства, договор имеет наиболее тесную связь с другой страной.

193. Пункт 3 призван ограничить автономию сторон в том смысле, что стороны чисто внутреннего договора не могут отменять императивные нормы права государства, с которым связан данный договор. Если договор не является чисто внутренним, то действуют ограничения автономии сторон, установленные в статьях 31 и 32. Если

глава V должна применяться к международным уступкам или уступкам международной дебиторской задолженности, как они определены в главе I, то сфера применения этой нормы будет ограничиваться случаями, когда внутренняя уступка внутренней дебиторской задолженности может входить в сферу применения проекта конвенции (т.е. в случае последующей уступки в цепи уступок, в которой какая-либо предшествующая уступка регулируется проектом конвенции). Даже в случае применения главы V независимо от главы I ее сфера применения будет ограниченной, поскольку всегда будет существовать необходимость в наличии международного элемента для применения положений международного частного права в первую очередь. Такой международный элемент может относиться к договору уступки как таковой или же к уступленной дебиторской задолженности. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли этот вопрос прямо разъяснить в пункте 3 (например, пункт 3 статьи 3 Римской конвенции содержит ссылку не только на "договор", но и на "все элементы, относящиеся к положению, сложившемуся в момент выбора иностранного права"). Комиссия, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли пункт 3 последовательно ссылаться на связь между государством и договором уступки (а не самой уступкой).

Статья 29. Право, применимое к правам и обязательствам цессионария и должника

[За исключением вопросов, урегулированных в настоящей Конвенции,] право, регулирующее дебиторскую задолженность, к которой относится уступка, определяет обеспеченность правовой санкцией установленных в договоре ограничений на уступку, отношения между цессионарием и должником, условия, при которых на уступку можно ссылаться в отношении должника, и любой вопрос о том, были ли исполнены обязательства должника.

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 197-200
A/CN.9/445, пункты 65-69
A/CN.9/455, пункты 92-104 и 117
A/CN.9/466, пункты 154-158

Комментарий

194. В соответствии с подходом, согласно которому уступка не должна изменять правовое положение должника, статья 29 предусматривает решение вопросов, возникающих в контексте взаимоотношений между цессионарием и должником, на основе норм права, регулирующих дебиторскую задолженность. Имеется в виду право, свойственное первоначальному договору, а не воображаемое *lex situs* долга. Комиссия, возможно, пожелает прямо разъяснить этот вопрос в статье 29 (и в пункте 2 статьи 1). Такой подход был бы оправданным, поскольку, в отличие от пункта 2 статьи 12 Римской конвенции, на основе которого сформулирована статья 29 и который может применяться не к договорным правам, статья 29 охватывает только договорную дебиторскую задолженность. Рабочая группа решила не включать подробные нормы, касающиеся того, каким образом должно определяться право, свойственное первоначальному договору. Согласно широко распространенному мнению, нет необходимости включать такие подробные нормы в главу, которая призвана установить некоторые общие нормы, не рассматривая при этом все вопросы международного частного права, касающиеся уступки. Было в целом также сочтено нецелесообразным пытаться определить право, регулирующее широкий спектр договоров, которые могут быть источником дебиторской задолженности (например, договоры купли-продажи, договоры страхования, договоры, касающиеся операций на финансовых рынках). До принятия Комиссией окончательного решения в отношении точной сферы применения главы V вступительная часть текста статьи 29 взята в квадратные скобки (если предложение Секретариата, изложенное в пункте 23, будет принято, то эти слова можно будет исключить).

195. Как представляется, статья 29 также применяется к зачету по сделке (т.е. перекрестному требованию, возникающему из первоначального или смежного договора), поскольку зачет по сделке будет входить в область либо "отношений между цедентом и должником", либо "условий, при которых на уступку можно ссылаться в отношении должника". Комиссия, возможно, пожелает разъяснить этот вопрос. Однако в данном случае не охватывается независимый зачет (т.е. требования, вытекающие из источников, которые не имеют отношения к первоначальному договору). Такие требования могут возникнуть из целого ряда источников (например, отдельный договор между цедентом и должником, норма права, судебное или арбитражное решение). Их наличие и условия, регулирующие их наличие (например, ликвидность, одна и та же валюта и сроки погашения), оставлены для решения на основе иных норм права. Рабочая группа рассмотрела нормы права, регулирующие первоначальный договор или договор, из которого может возникнуть договорное независимое право на зачет, однако не смогла достичь консенсуса.

196. Статья 29 также охватывает договорную, но не статутную возможность уступки как вопрос, относящийся к платежу со стороны должника и освобождению его от ответственности. В результате этого в случаях, когда права и обязательства должника регулируются проектом конвенции, уступка является действительной по отношению к этому должнику, даже если установлено ограничение на уступку в первоначальном договоре (пункт 1 статьи 11) и должник не будет располагать возражением в отношении цессионария (пункт 3 статьи 20). Если проект конвенции

не применяется к должнику, то последствия какого-либо договорного ограничения взаимоотношений между цессионарием и должником оставлены для определения на основе норм права, регулирующих дебиторскую задолженность. Слова "обеспеченность правовой санкцией" призваны отразить как действительность договорного ограничения во взаимоотношениях между его сторонами, так и действительность по отношению к третьим сторонам (т.е. действительность *inter partes* и действительность *erga omnes*). По соображениям обеспечения последовательности и во избежание возникновения вопросов толкования (слова "обеспеченность правовой санкцией", как представляется, исключают понятие действительности *inter partes*), Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о замене слова "действительность" словами "обеспеченность правовой санкцией". Комиссия, возможно, пожелает вновь рассмотреть вопрос о нормах права, применимых к статутной возможности уступки. Право места нахождения цедента или право, регулирующее дебиторскую задолженность, могут подвергнуться изучению. Ограничение в отношении императивных норм или публичного порядка государства суда было бы достаточным для обеспечения того, чтобы такие применимые нормы права не применялись в случаях, в которых они не должны применяться (например, право, регулирующее дебиторскую задолженность, может и не быть приемлемым в случае статутных запретов, направленных на обеспечение защиты цедента). Статья 29 не передает вопросы защиты потребителей для решения на основе норм права места нахождения должника. Статья 31, которая предоставляет суду возможность по своему усмотрению применять любые императивные нормы суда или же тесно взаимосвязанные нормы права, должна быть достаточной для дальнейшего применения законодательства о защите потребителей (в отношении потребительской дебиторской задолженности и защиты потребителей см. пункты 36, 100, 128, 152 и 160).

[Статья 30. Право, применимое к коллизии прав других сторон

- 1) Право государства, в котором находится цедент, регулирует следующее:
 - a) степень права цессионария в уступленной дебиторской задолженности и приоритет права цессионария по отношению к коллидирующим правам в уступленной дебиторской задолженности, принадлежащим:
 - i) другому цессионарию по той же дебиторской задолженности от того же цедента, даже если эта дебиторская задолженность не является международной дебиторской задолженностью и уступка этому цессионарию не является международной уступкой;
 - ii) кредитору цедента; и
 - iii) управляющему в деле о несостоятельности;
 - b) наличие и степень права лиц, указанных в пункте 1(a)(i)-(iii), в поступлениях от уступленной дебиторской задолженности и приоритет права цессионария в этих поступлениях по отношению к коллидирующим правам таких лиц; и
 - c) наличие в силу закона у кредитора права в уступленной дебиторской задолженности вследствие его права в другом имуществе цедента, а также степень любого такого права в уступленной дебиторской задолженности.
- 2) Суд или иной компетентный орган может отказать в применении какого-либо положения права государства, в котором находится цедент, только в том случае, если это положение прямо противоречит публичному порядку государства суда.
- 3) Если производство по делу о несостоятельности начинается в каком-либо ином государстве, чем государство, в котором находится цедент, то любое преференциальное право, которое возникает согласно праву государства суда и которому отдается приоритет по сравнению с правами цессионария при производстве по делу о несостоятельности согласно праву этого государства, обладает таким приоритетом независимо от пункта 1 настоящей статьи. Государство может в любой момент сдать на хранение заявление, в котором будут указаны эти преференциальные права.]

Ссылки

A/CN.9/445, пункты 70-74
A/CN.9/455, пункты 105-110
A/CN.9/466, пункты 159 и 160

Комментарий

197. Как и статьи 31 и 32, статья 30 взята в квадратные скобки до принятия Комиссией решения в отношении сферы применения или цели главы V. Сохранение статьи 30 имеет смысл только в том случае, если глава V будет

применяться к сделкам помимо сделок, входящих в сферу применения проекта конвенции согласно главе I. Если сфера применения главы V будет такой же, что и сфера применения других частей проекта конвенции, то это значит, что в статье 30 излагаются нормы, уже отраженные в статьях 24-27, и таким образом она может быть исключена. Если глава V будет применяться независимо от главы I, то статью 30 потребуется сохранить. Кроме того, в статье 30, возможно, необходимо уточнить, что она применяется к коллизии, связанной с последующей уступкой, как если бы последующий цессионарий являлся бы первоначальным цессионарием (этот вопрос рассматривается в главе I, статья 2(h)). Кроме того, пункт 2 может быть исключен как излишний, поскольку вопрос, затрагиваемый в пункте 2, уже урегулирован в статье 32. Являясь нормой международного частного права, статья 30 имеет своей целью обеспечение определенности в отношении права, применимого к коллизии приоритетов. Такая определенность зависит от включения ссылки на право одной и легко определяемой правовой системы (см. пункты 172-176). В статье 6(h) приоритет определяется как преимущественное право (в платеже или ином исполнении обязательства), а статья 30 указывает стороны, в отношениях между которыми может возникнуть такая коллизия. С учетом того факта, что должник не является одной из этих сторон, приоритет не имеет отношения к освобождению должника от ответственности. В связи с этим должнику, освобождаемому от ответственности согласно праву, регулирующему дебиторскую задолженность, не может быть предложено произвести повторный платеж стороне, обладающей приоритетом согласно праву места нахождения цедента.

[Статья 31. Императивные нормы]

1) Ничто в статьях 28 и 29 не ограничивает применения норм права государства суда в ситуации, когда они являются императивными, вне зависимости от права, применимого на иных основаниях.

2) Ничто в статьях 28 и 29 не ограничивает применения императивных норм права другого государства, с которым вопросы, урегулированные в этих статьях, имеют тесную связь, если - и в той мере, в какой - согласно праву этого другого государства эти нормы должны применяться вне зависимости от права, применимого на иных основаниях.]

Ссылки

A/CN.9/445, пункты 111-117

A/CN.9/466, пункты 161 и 162

Комментарий

198. Пункт 1 призван отразить общепризнанный принцип международного частного права, согласно которому императивные нормы права государства суда могут применяться вне зависимости от права, применимого на иных основаниях (см. статью 7 Римской конвенции и статью 11 Конвенции Мехико). В данном контексте под императивной нормой права понимается не та правовая норма, от которой нельзя отступать по договоренности (как в пункте 3 статьи 28), а правовая норма, имеющая основополагающее значение, например правовые нормы о защите потребителей или уголовное право (*loi de police*). Пункт 2 устанавливает иную норму, в соответствии с которой суд в договаривающемся государстве может применять не собственное право и не право, применимое согласно статьям 28 и 29, а право третьей страны на том основании, что вопросы, урегулированные в этих статьях, имеют тесную связь с этой страной (формулировка этого пункта разработана на основе пункта 1 статьи 7 Римской конвенции, в отношении которой может быть сделана оговорка, тогда как последние документы в области международного частного права не предусматривают такой оговорки). Сфера применения статьи 31 ограничивается случаями, касающимися права, применимого к договору уступки и взаимоотношениям между цессионарием и должником. Что касается вопроса о том, может ли не использоваться право, применимое к вопросам приоритета, как противоречащее императивным нормам права государства суда, то, по общему мнению, пункт 3 статьи 30, согласно которому применимая норма права, касающаяся приоритета, может не применяться для цели обеспечения защиты, например права государства суда в отношении налогообложения, является достаточным. Такое ограничение исключения в отношении императивных норм права было сочтено обоснованным, поскольку нормы, касающиеся приоритета, носят обязательный характер и отказ от их применения в пользу применения императивных норм права государства суда или другого государства мог бы непреднамеренно привести к возникновению неопределенности в отношении прав третьих сторон, что имело бы отрицательные последствия для наличия и стоимости кредита.

[Статья 32. Публичный порядок]

В отношении вопросов, урегулированных в настоящей главе, в применении какого-либо положения права, указанного в настоящей главе, может быть отказано судом или иным компетентным органом только в том случае, если это положение явно противоречит публичному порядку государства суда.]

Ссылки

A/CN.9/455, пункты 118 и 119
A/CN.9/466, пункты 163 и 164

Комментарий

199. Статья 32 отличается от статьи 31 тем, что статья 32 сопряжена лишь с отрицательными последствиями, а именно с отказом в применении нормы применимого права, если она явно противоречит публичному порядку государства суда (по этому вопросу см. пункт 180; см. также статью 16 Римской конвенции и статью 18 Конвенции Мехико). В соответствии с подходом, используемым в других международно-правовых документах, перед словами "противоречит публичному порядку" было добавлено ограничение "явно". Следует отметить, что публичному порядку государства суда должно явно противоречить использование применимого права в конкретном случае, а не само применимое право. Поэтому в применении какой-либо нормы иностранного права не может быть отказано на том основании, что само право в целом рассматривается как чуждое публичному порядку государства суда; в этом может быть отказано лишь тогда, когда применение определенной нормы в конкретном случае противоречило бы публичному порядку государства суда.

ГЛАВА VI. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 33. Депозитарий

Депозитарием настоящей Конвенции является Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций.

Ссылки

A/CN.9/455, пункты 124 и 125

Комментарий

200. Секция международных договоров Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций, находящегося в Центральном учреждении Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке, выполняет функции Генерального секретаря как депозитария. Доступ к текстам международных договоров, сданных на хранение депозитарию, обеспечивается через страницу Секции международных договоров в сети "Интернет" (<http://www.un.org/depositary>).

Статья 34. Подписание, ратификация, принятие, утверждение, присоединение

1) Настоящая Конвенция открыта для подписания всеми государствами в Центральном учреждении Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке до

2) Настоящая Конвенция подлежит ратификации, принятию или утверждению подписавшими ее государствами.

3) Настоящая Конвенция открыта для присоединения всех не подписавших ее государств с даты открытия ее для подписания.

4) Ратификационные грамоты и документы о принятии, утверждении и присоединении сдаются на хранение Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций.

Ссылки

A/CN.9/455, пункты 141 и 142

Комментарий

201. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о продолжительности периода времени, в течение которого проект конвенции должен быть открыт для подписания государствами. В конвенциях, разработанных ЮНСИТРАЛ, продолжительность этого периода составляет от одного года (в случае Конвенции Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов 1978 года и Конвенции Организации Объединенных Наций об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле) до двух с половиной лет (в случае Конвенции Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях).

Статья 35. Применение в отношении территориальных единиц

1) Если государство имеет две или более территориальные единицы, в которых применяются различные системы права в отношении вопросов, являющихся предметом регулирования настоящей Конвенции, то оно может в любое время заявить, что настоящая Конвенция распространяется на все его территориальные единицы или только на одну или несколько из них, и может в любое время представить другое заявление вместо ранее сделанного.

2) В этих заявлениях должны прямо указываться территориальные единицы, на которые распространяется действие Конвенции.

3) Если в силу заявления, сделанного в соответствии с настоящей статьей, действие настоящей Конвенции распространяется не на все территориальные единицы какого-либо государства, и цент или должник находится в территориальной единице, на которую действие Конвенции не распространяется, это место не рассматривается как место нахождения в Договаривающемся государстве.

4) Если государство не делает заявления в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, действие Конвенции распространяется на все территориальные единицы этого государства.

Ссылки

A/CN.9/455, пункты 143-144

Комментарий

202. Статья 35 призвана обеспечить, чтобы какое-либо федеративное государство могло принять проект конвенции, даже если по какой-либо причине оно не желает применять его к одной или более территориальных единиц. Такое право является особенно важным для государств, имеющих несколько правовых систем. Заявление об этом может быть сделано в любое время, в том числе до или после ратификации, одобрения или присоединения (ссылка сделана на "государство", а не на "договаривающееся государство", поскольку такое заявление может быть сделано государством, подписавшим проект конвенции). Последствия заявления, сделанного согласно статье 35, заключаются в том, что сторона, находящаяся в какой-либо территориальной единице, в которой проект конвенции не должен применяться в силу такого заявления, не считается находящейся в договаривающемся государстве (пункт 3). Если такой стороной является цент, то проект конвенции не будет применяться вообще. Если такой стороной является должник, то не будут применяться положения проекта конвенции, касающиеся прав и обязательств должника. Не вполне ясен момент времени, в который должнику требуется находиться в договаривающемся государстве или в который правом, регулирующим уступленную дебиторскую задолженность, должно быть право договаривающегося государства (пункт 2 статьи 1). В отсутствие конкретного указания на этот момент времени в пункте 2 статьи 1 (и, возможно, в статье 35), если должник находится в договаривающемся государстве в момент заключения договора уступки, но в результате заявления, сделанного согласно статье 35, не в момент возникновения будущей дебиторской задолженности или не в момент уведомления, то не будет ясности в отношении того, будет ли применяться проект конвенции к такому должнику (предложение Секретариата, в котором отдается предпочтение моменту заключения первоначального договора, см. в пункте 17).

Статья 36. Коллизии с другими международными соглашениями

Настоящая Конвенция не имеет преимущественной силы по отношению к любому международному соглашению, которое уже заключено или может быть заключено и которое содержит положения по вопросам, регулируемым в настоящей Конвенции [при условии, что цент находится в государстве, являющемся стороной такого соглашения, или - в отношении положений настоящей Конвенции, регулирующих права и обязанности должника, - что должник находится в государстве, являющемся стороной такого соглашения].

Ссылки

A/CN.9/445, пункты 52-55, 75, 76 и 201-203

A/CN.9/455, пункты 67-73 и 126-129

A/CN.9/456, пункты 232-239

A/CN.9/466, пункты 192-195

Комментарий

203. Отражая общепринятые принципы, касающиеся коллизии между международно-правовыми документами (см., например, статью 30 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года ("Венская конвенция")

и статью 90 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже), статья 36 наделяет преимущественной силой другие документы, содержащие положения, которые касаются вопросов, охватываемых проектом конвенции. В число документов, с которыми положения проекта конвенции могут вступать в коллизию, входят Оттавская конвенция, Римская конвенция, Конвенция Мехико, Конвенция о гарантиях и резервных аккредитивах, проект положения Европейского союза о несостоятельности и предварительный проект конвенции о международных интересах в мобильном оборудовании.

Оттавская конвенция

204. Материально-правовая и территориальная сфера применения Оттавской конвенции является более узкой, чем сфера применения проекта конвенции (не охватываются такие сделки, как договоры факторинга, при которых предлагается только одна из трех услуг, упомянутых в статье 1 Оттавской конвенции; не направляется уведомление; цедент, цессионарий или должник не находится в договаривающемся государстве). Кроме того, стороны могут полностью исключить применение Оттавской конвенции. Более того, Оттавская конвенция не затрагивает некоторые вопросы (например, вопросы приоритета). Однако в той степени, в какой данные две конвенции применяются к договору факторинга, их применение может привести к противоречивым результатам в ряде отношений (например, сфера действия оговорки к норме, касающейся договорных ограничений на уступку, уведомление, относящиеся к дебиторской задолженности, которая не существует в момент уведомления, освобождение должника от ответственности в результате платежа цессионарию со знанием о преимущественном праве другого лица и получение от цессионария платежей, произведенных должником). В таких случаях возникнет вопрос о том, исключается ли применение проекта конвенции в целом или же она будет применяться, по крайней мере, в отношении вопросов, не урегулированных в Оттавской конвенции (например, вопросов приоритета). Этот вопрос прямо не затрагивается в статье 36, хотя можно было бы выдвинуть аргумент, согласно которому в отношении таких вопросов не возникнет коллизии и проект конвенции будет применяться, если соблюдены требования, касающиеся его применения. Комиссия, возможно, пожелает прямо урегулировать этот вопрос в статье 36. Что касается вопросов, охватываемых проектом конвенции и Оттавской конвенцией, то в той мере, в какой может возникнуть какая-либо коллизия, превагирует Оттавская конвенция. Однако с учетом того факта, что Оттавская конвенция также содержит положение, аналогичное статье 36, может и не быть вполне ясным, какая из этих двух конвенций будет применяться в каком-либо конкретном случае. Если в результате будет применяться Оттавская конвенция, то возникнет иная проблема. Если данные две конвенции применяются к какому-либо конкретному договору факторинга, превагирует Оттавская конвенция, а стороны договора факторинга или договора, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность, исключают применение Оттавской конвенции (статья 3 Оттавской конвенции), то проект конвенции не будет применяться в силу статьи 36, а Оттавская конвенция не будет применяться, поскольку ее применение исключено сторонами. В таком случае вновь не будет вполне ясным, какое право является применимым.

205. Существуют различные пути решения этих вопросов. Один из таких путей заключается в том, чтобы оставить этот вопрос для решения на основе принципа автономии сторон. Если стороны исключают применение Оттавской конвенции и делают выбор в пользу применения проекта конвенции, то проект конвенции должен применяться, по меньшей мере, в том случае, когда все условия для его применения, которые изложены в главе I, соблюдены (хотя в некоторых государствах проект конвенции может в силу их норм международного частного права применяться даже тогда, когда он не был бы применимым в отсутствие выбора сторон). Такой выбор права будет обычно действительным, если он только не противоречит публичному порядку или императивным нормам права государства суда. Однако этот результат противоречил бы соображениям, лежащим в основе статей 24-26 и 30 проекта конвенции, которые не разрешают сторонам выбирать право, применимое к вопросам приоритета. Другой путь заключается в предоставлении каждому государству возможности решать, какому документу оно желает придать преимущественную силу (см., например, пункт 2 статьи 33, содержащейся в документе A/CN.9/WG.II/ WP.104; см. также статью 20 Конвенции Мехико; критические замечания в отношении этого положения см. в документе A/CN.9/466, пункты 192-195). Однако такой подход мог бы оказывать негативное воздействие на определенность права. Сторонам потребовалось бы изучать каждое заявление и определять его точное содержание, связь с местом нахождения цедента или должника и соответствующий момент времени для того, чтобы заявление затрагивало интересы цедента, цессионария и кредиторов, являющихся третьими сторонами, с одной стороны, и интересы должника, с другой стороны. Еще один путь решения этих вопросов заключается в том, чтобы прямо предусмотреть в статье 36, что проект конвенции будет применяться к договорам факторинга и вопросам, не затрагиваемым в Оттавской конвенции. Возможный недостаток такого подхода состоит в том, что для определения того, будет ли проект конвенции применяться к какому-либо конкретному договору факторинга, стороны должны будут изучить Оттавскую конвенцию. Этот результат может усложнить применение проекта конвенции и увеличить расходы, связанные со сделкой. Четвертый путь устранения коллизии с Оттавской конвенцией заключается в том, чтобы предусмотреть, что проект конвенции заменяет Оттавскую конвенцию. Такой подход поставил бы вопрос законодательной политики, который государствам потребовалось бы решить. Вместе с тем, с точки зрения существа, такой подход, как представляется, обеспечивает наибольшую возможную степень определенности. Можно было бы рассмотреть с целью включения в статью 36 следующие формулировки:

Вариант А

"2) Если настоящая Конвенция не имеет преимущественной силы согласно пункту 1 настоящей статьи, а применение Оттавской конвенции исключено сторонами договора факторинга или первоначального договора, такие стороны могут сделать выбор в пользу применения настоящей Конвенции [если соблюдены условия, установленные в главе I]".

Вариант В

"2) Государство может в любой момент заявить, что настоящая Конвенция не будет иметь преимущественной силы по отношению к перечисленным в заявлении международным конвенциям или другим многосторонним или двусторонним соглашениям, которые оно заключило или заключит и в которых содержатся положения по вопросам, являющимся предметом регулирования настоящей Конвенции".

Вариант С

"2) Если Оттавская конвенция не применяется или в отношении какого-либо вопроса, не урегулированного в Оттавской конвенции, применяется настоящая Конвенция".

Вариант D

"2) Несмотря на пункт 1 этой статьи, настоящая Конвенция заменяет Оттавскую конвенцию".

206. Вариант А соответствовал бы принципу автономии сторон. Варианты В-D соответствовали бы пункту 2 статьи 30 Вейской конвенции, который разрешает указать в международном договоре, какой международный договор имеет преимущественную силу в случае коллизии. Если Комиссия решит сохранить взятую в квадратные скобки формулировку в статье 36, то ее потребуется дополнить ссылкой на применение проекта конвенции в отношении прав и обязательств должника в случаях, когда право, регулирующее дебиторскую задолженность, является правом договаривающегося государства (пункт 2 статьи 1).

Конвенция Мехико и Римская конвенция

207. Не существует коллизии между положениями проекта конвенции и Конвенции Мехико, которые касаются права, применимого к договорам в целом (а не к уступке, в частности), причем таким образом, какой является совместным со статьей 28 проекта конвенции. Любая коллизия между статьей 12 Римской конвенции и статьями 28 и 29 проекта конвенции является минимальной, поскольку эти статьи идентичны статье 12 Римской конвенции (за исключением прямого выбора права, требуемого пунктом 1 статьи 28, и опровержимой презумпции, предусматриваемой в пункте 2 статьи 28). Кроме того, коллизия обычно не должна возникать между статьей 12 Римской конвенции и статьей 30 проекта конвенции, поскольку, согласно широко распространенному мнению, статья 12 Римской конвенции не затрагивает этот вопрос. Вместе с тем, в научной литературе и прецедентном праве высказывалась точка зрения, согласно которой статья 12 Римской конвенции затрагивает вопросы приоритета либо в пункте 1 (право, выбранное сторонами), либо в пункте 2 (право, регулирующее дебиторскую задолженность). Рабочая группа заняла позицию, согласно которой ни одна из этих двух совокупностей норм права не является приемлемой. В любом случае во избежание любой коллизии с Римской конвенцией статья 37 предусматривает, что государство может сделать выбор в пользу неприменения главы V. В результате этого, если все государства-участники Римской конвенции сделают выбор в пользу неприменения главы V, то коллизии не возникнет. Однако выбор в пользу неприменения статей 24-26 не допускается. В связи с этим коллизия может возникать между статьями 24-26 проекта конвенции и статьей 12 Римской конвенции. Ни статья 36, ни ее эквивалент - статья 21 Римской конвенции - не будут достаточными для разъяснения того, какая конвенция применяется в случае коллизии, поскольку обе конвенции придают преимущественную силу другому документу. В результате может возникнуть неопределенность. Этот вопрос можно было бы оставить для решения на основе принципов международного публичного права, согласно которым преимущественную силу имеет более конкретный или материально-правовой документ (т.е. проект конвенции). Вместе с тем прямое решение этого вопроса в статье 36 увеличило бы определенность. Комиссия может пожелать рассмотреть возможность оставить этот вопрос для решения на основе принципа автономии сторон или каждым государством, или же предусмотреть, что проект конвенции дополняет или заменяет Римскую конвенцию (см. варианты, изложенные в пункте 205).

208. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли также затронуть в статье 36 случай коллизии с наднациональным правом, которое не имеет формы международного соглашения (например, постановлениями Европейского союза). Урегулирование этого вопроса в статье 36 и предоставление преимущественной силы такому наднациональному праву могли бы устранить возможное препятствие тому, чтобы некоторые государства приняли проект конвенции.

Проект положения Европейского союза о несостоятельности

209. Не возникает коллизии и с проектом положения Европейского союза о несостоятельности (одобренным Европейским советом и находящимся на рассмотрении в Европейском парламенте). Понятие центрального управления идентично понятию центра основных интересов, используемому в проекте положения Европейского союза о несостоятельности, причем это положение не затрагивает права *in rem* в ходе основного производства по делу о несостоятельности. Хотя проект положения Европейского союза о несостоятельности может затрагивать права *in rem* в ходе вторичного производства по делу о несостоятельности (статьи 2(g), 4 и 28), статья 25 была бы достаточной для сохранения, например, сверхпреимущественных прав, и в любом случае проект конвенции не должен затрагивать специальные права в случае несостоятельности (см. пункты 179-182).

Конвенция о независимых гарантиях и резервных аккредитивах

210. Если уступка права на требование платежа по независимой гарантии исключается из проекта конвенции, а уступка поступлений по такой гарантии обуславливается статьей 5, то не возникнет какой-либо коллизии с Конвенцией о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (см. пункты 48 и 52).

Предварительный проект конвенции о международных интересах в мобильном оборудовании

211. Может возникнуть коллизия с предварительным проектом конвенции о международных интересах в мобильном оборудовании, который в настоящее время разрабатывается группой экспертов в рамках Международной организации гражданской авиации (ИКАО), МИУЧП и других организаций. Данный предварительный проект конвенции призван применяться к дорогостоящему мобильному оборудованию, хотя он и не содержит окончательного перечня видов оборудования, которое предстоит охватить, а в статье 2 ссылается на "уникально идентифицируемый объект". Вместе с тем он действительно требует разработки протокола для того, чтобы проект конвенции применялся к какому-либо конкретному виду оборудования (статья 7). Основная характерная черта этого предварительного проекта конвенции, касающаяся уступки дебиторской задолженности, заключается в том, что в нем основное обязательство, т.е. дебиторская задолженность, возникающая в результате продажи или аренды мобильного оборудования, рассматривается как акцессорное право по сравнению с обеспечительным правом в мобильном оборудовании. В результате этого цессионарий, который регистрирует свое обеспечительное право в мобильном оборудовании в международном регистре конкретных видов оборудования, предусмотренном предварительным проектом конвенции, автоматически получает основное обязательство. Цессионарий основного обязательства без обеспечительного права в мобильном оборудовании не может зарегистрировать или получить приоритет. Согласно статье 36 любая коллизия с предварительным проектом конвенции будет разрешена в пользу применения предварительного проекта конвенции (вопрос, который, возможно, нуждается в дальнейшем разъяснении в предварительном проекте конвенции). Такой же результат будет достигнут даже в отсутствие статьи 36, поскольку согласно общим принципам обычного права международных договоров преимущественную силу имеет более конкретный документ (*lex specialis derogat legi generali*).

Статья 37. Применение главы V

Государство может в любое время заявить о том, что оно не будет связано положениями главы V.

Ссылки

A/CN.9/455, пункты 72 и 148
A/CN.9/466, пункты 196 и 197

Комментарий

212. Для обеспечения большей приемлемости проекта конвенции для государств-участников действующих документов в области международного частного права, например Римской конвенции, статья 37 позволяет таким государствам сделать выбор в пользу неприменения главы V. Такой выбор согласуется с решением Рабочей группы о том, что глава V должна образовывать неотъемлемую часть проекта конвенции. В отличие от выбора в пользу неприменения проекта конвенции выбор в пользу ее применения мог бы иметь непреднамеренное воздействие и удерживать государства от принятия главы V.

Статья 38. Ограничения в отношении правительственных
и других государственных органов

Государство может в любое время заявить о том, что оно не будет связано положениями статей 11 и 12, если должник или любое лицо, предоставляющее личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, находится в этом государстве в момент заключения

первоначального договора и является правительственным ведомством, центральным или местным, любым его подразделением или иным государственным органом. В том случае, когда государство сделало такое заявление, положения статей 11 и 12 не затрагивают прав и обязанностей этого должника или лица.

Ссылки

A/CN.9/432, пункт 117

A/CN.9/455, пункт 48

A/CN.9/456, пункты 115 и 116

A/CN.9/466, пункты 107-115

Комментарий

213. Статья 38 призвана обеспечить, чтобы государственные органы-должники не затрагивались уступками, совершенными в нарушение договорных ограничений на уступку, содержащихся в контрактах о государственных закупках или других аналогичных договорах. Согласно статье 38 уступка дебиторской задолженности, причитающейся с государственного органа-должника, находящегося в государстве, которое сделало заявление в момент заключения первоначального договора, не является действительной по отношению к данному государственному органу-должнику. Однако эта уступка остается действительной по отношению к цеденту и кредиторам цедента. Рабочая группа решила придерживаться этого подхода, с тем чтобы избежать уменьшения приемлемости проекта конвенции для государств, которые могут и не быть в состоянии обеспечить защиту государственных органов-должников с помощью статутного ограничения. Рабочая группа признала, что большинство государств будут обеспечивать защиту государственных органов-должников с помощью статутного ограничения, которое не затрагивается проектом конвенции. Кроме того, по широко распространенному мнению, материально-правовая норма, наделяющая полной силой какое-либо договорное ограничение и лишаящая действительности уступку по отношению к государственному органу-должнику, увеличила бы стоимость кредита для государственных органов-должников вне зависимости от того, желают ли они или же нуждаются в такой защите. Кроме того, Рабочая группа признала, что если государственный орган-должник пользуется защитой, то нет основания для лишения действительности уступки в целом. Сохранение действительности уступки во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием позволило бы цессионарию приобрести приоритет путем выполнения требований права места нахождения цедента.

214. В отличие от статьи 6 Оттавской конвенции, которая допускает оговорку в отношении любого должника, статья 38 допускает оговорку только в отношении государственных органов-должников. Придерживаясь этого подхода, Рабочая группа считала, что государствам, рассматривающим возможность принятия проекта конвенции, потребуется взвесить потенциальные неудобства для должника, связанные с необходимостью производить платежи иному лицу, по сравнению с преимуществом, выражающимся в большей доступности кредита по низкой стоимости для должников и цедентов, которая могла бы стимулировать всю экономику. Статья 38 призвана разрешить государству исключать применение статей 11 и 12 в случае, когда речь идет о любом центральном или местном правительственном ведомстве или же любом его подразделении. Что касается государственных органов, то статья 38 обеспечивает значительную гибкость государствам при определении видов юридических лиц, которые они желают исключить из сферы применения статей 11 и 12 (без ограничения применения статьи 38 к принадлежащим государству коммерческим предприятиям или к административным органам, действующим в качестве коммерческих предприятий). Рабочая группа признала, что в прерогативы каждого государства входит определение вида государственного органа, который оно желает защищать. Такой подход является особенно необходимым в тех странах, в которых административные органы и их деятельность не регулируются какой-либо специальной совокупностью норм публичного права, но регламентируются нормами, регулирующими "коммерческие" предприятия и их деятельность.

[Статья 39. Другие исключения

Государство может в любое время заявить, что оно не будет применять Конвенцию к определенным видам практики, перечисленным в заявлении. В таком случае Конвенция не применяется к таким видам практики, если цедент находится в таком государстве или - в отношении положений настоящей Конвенции, касающихся прав и обязанностей должника, - если должник находится в таком государстве.]

Ссылки

A/CN.9/466, пункты 198-201

Комментарий

215. С целью обеспечения большей приемлемости проекта конвенции для государств, которые могут испытывать озабоченность в связи с его применением к определенным видам практики, статья 39 предусматривает для

государств возможность исключить дополнительные виды практики. Статья 39 взята в квадратные скобки до принятия Комиссией окончательного решения в отношении точной сферы применения проекта конвенции. После определения сферы применения проекта конвенции и завершения разработки, в частности, статьи 5 Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли необходимой статья 39. В случае сохранения статьи 39 во второе предложение ее текста необходимо будет включить ссылку на право, регулирующее дебиторскую задолженность, и на момент заключения первоначального договора, в который должнику необходимо будет находиться в договаривающемся государстве, или же право, регулирующее уступленную дебиторскую задолженность, должно будет быть правом договаривающегося государства (пункт 2 статьи 1; см. также пункт 17). В качестве замены второго предложения текста статьи 39 можно было бы рассмотреть новый второй пункт следующего содержания:

"2) Если государство делает заявление согласно пункту 1 настоящей статьи:

а) настоящая Конвенция не применяется к таким видам практики, если цедент находится в момент заключения договора уступки в таком государстве; и

б) положения настоящей Конвенции, затрагивающие права и обязательства должника, не применяются, если в момент заключения первоначального договора должник находится в таком государстве или право, регулирующее дебиторскую задолженность, является правом такого государства".

Статья 40. Применение приложения

1) Договаривающееся государство может в любое время заявить о том, что

Вариант А

оно будет связано либо разделами I и/или II, либо разделом III приложения к настоящей Конвенции.

Вариант В

оно

а) будет связано нормами в отношении приоритета на основе регистрации, изложенными в разделе I приложения, и будет участвовать в международной системе регистрации, создаваемой согласно разделу II приложения;

б) будет связано нормами в отношении приоритета на основе регистрации, изложенными в разделе I приложения, и будет осуществлять такие нормы путем использования системы регистрации, отвечающей целям таких норм [как это определяется в правилах, принятых в соответствии с разделом II приложения], и в этом случае для целей раздела I приложения регистрация в соответствии с такой системой будет иметь ту же силу, что и регистрация в соответствии с разделом II приложения; или

в) будет связано нормами в отношении приоритета на основе момента заключения договора уступки, изложенными в разделе III приложения.

2) Для целей статьи 24 правом Договаривающегося государства, сделавшего заявление в соответствии с пунктом 1(а) или 1(б) настоящей статьи, является свод правил, установленных в разделе I приложения, а правом Договаривающегося государства, сделавшего заявление согласно пункту 1(в) настоящей статьи, является свод правил, установленных в разделе III приложения. Договаривающееся государство может установить правила, согласно которым уступки, сделанные до вступления в силу заявления, в течение разумного времени начинают подпадать под действие этих правил.

3) Договаривающееся государство, не сделавшее заявления в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, может согласно своим внутренним нормам в отношении приоритета использовать систему регистрации, создаваемую в соответствии с разделом II приложения.]

Ссылки

A/CN.9/455, пункты 122 и 130-132

A/CN.9/466, пункты 188-191, 202 и 203

Комментарий

216. Статья 40 призвана перечислить возможности выбора, которыми располагает государство в отношении приложения, а также указать последствия любого такого выбора, сделанного с помощью заявления (разрешенного согласно пункту 4 статьи 1; см. пункт 23). В ней содержатся два варианта. В варианте А кратко излагаются возможности выбора, которыми располагает государство, но не затрагиваются его последствия (его содержание и формулировка, а также, в частности, слова "и/или" не были одобрены Рабочей группой). Вариант В представляет собой более тщательно разработанную версию варианта А, и в нем излагаются различные возможности выбора и их последствия. Согласно варианту В государства будут иметь возможность сделать выбор одного из четырех положений, касающихся приложения, а именно принять нормы в отношении приоритета, содержащиеся в разделе I, и систему регистрации, предлагаемую в разделе II (пункт 1(a)); принять нормы в отношении приоритета, содержащиеся в разделе I, и систему регистрации, иную чем система, предлагаемая в разделе II (пункт 1(b)); принять нормы в отношении приоритета, содержащиеся в разделе III (пункт 1(c)), или принять систему регистрации, указанную в разделе II, и нормы в отношении приоритета, иные чем нормы, изложенные в разделе I (пункт 3). Различие между вариантами выбора, предусмотренными пунктом 1, и выбором, предусмотренным пунктом 3, заключается в том, что государству не требуется делать заявление для осуществления выбора, предусмотренного пунктом 3 второго варианта. Согласно пункту 2 варианта В, в зависимости от того, какой раздел приложения государство решит применять, раздел I или раздел III приложения представляет собой право места нахождения cedent при условии, что государство, которое сделало такое заявление, является государством, в котором находится cedent в момент заключения договора уступки (этот вопрос потребует прямо урегулировать в статье 40). В соответствии со статьями 35-39 и 41 статья 40 должна содержать ссылку на государство (а не на договаривающееся государство), поскольку заявление может быть сделано "в любое время", в том числе в момент подписания, но до ратификации, принятия или одобрения.

Статья 41. Действие заявления

1) Заявления, сделанные в соответствии со статьями 35(1) и 37-40 в момент подписания, подлежат подтверждению при ратификации, принятии или утверждении.

2) Заявления и подтверждения заявлений должны делаться в письменной форме и официально сообщаться депозитарию.

3) Заявление вступает в силу одновременно со вступлением в силу настоящей Конвенции в отношении соответствующего государства. Вместе с тем заявление, о котором депозитарий получает официальное уведомление после такого вступления в силу, вступает в силу в первый день месяца по истечении шести месяцев после даты его получения депозитарием.

4) Любое государство, делающее заявление в соответствии со статьями 35(1) и 37-40, может отозвать его в любое время, направив депозитарию официальное письменное уведомление. Такой отзыв вступает в силу в первый день месяца по истечении шести месяцев с даты получения этого уведомления депозитарием.

[5) Заявление или его отзыв не затрагивает права сторон, возникающие в связи с уступками, совершенными до дня вступления в силу заявления или его отзыва.]

Ссылки

A/CN.9/455, пункты 79 и 80
A/CN.9/455, пункты 145 и 146
A/CN.9/466, пункт 206

Комментарий

217. Пункты 1-4 отражают обычную практику в области права международных договоров. Согласно пунктам 1 и 2 заявления, сделанные в момент подписания, должны быть подтверждены в момент ратификации, одобрения или присоединения, причем заявления и подтверждения должны быть в письменной форме и о них следует официально уведомить депозитария. Согласно пункту 3 заявление вступает в силу одновременно со вступлением в силу конвенции в отношении государства, сделавшего такое заявление. Заявление, о котором депозитарий получил официальное уведомление, вступает в силу через шесть месяцев после вступления в силу конвенции. Шестимесячный срок начинается в момент получения официального уведомления депозитарием и истекает в первый день месяца по прошествии шести месяцев. Согласно пункту 4 отзыв заявления вступает в силу в первый день месяца по истечении шести месяцев с даты получения депозитарием официального уведомления об этом.

218. Пункт 5 касается вопроса, относящегося к промежуточному применению проекта конвенции. Как и положения пункта 3 статьи 43 и пункта 3 статьи 44, касающиеся промежуточного применения проекта конвенции, пункт 5 взят в квадратные скобки, поскольку Рабочая группа решила передать этот вопрос на рассмотрение Комиссии (см. документ A/CN.9/466, пункт 206). Вопросы, относящиеся к промежуточному применению проекта конвенции, еще больше усложняются тем обстоятельством, что уступка может затрагивать интересы не только ее сторон, и, возможно, потребуется учитывать различные моменты времени при обеспечении защиты различных сторон. Пункт 5 призван обеспечить, чтобы в том случае, если государство делает заявление или отзывает такое заявление согласно статьям 35, 37, 38, 39 или 40, такое заявление или отзыв не затрагивали права, приобретенные до вступления в силу заявления или его отзыва.

219. В пункт 5 потребуется также включить ссылку на обязательства и уточнить в нем последствия для всех сторон, цедентов, цессионариев и должников. Как и в статье 39, в пункте 5 потребуется также разъяснить, чьи права и обязательства затрагиваются, в зависимости от того, чье государство и когда делает заявление или отзывает заявление. Заявление или его отзыв, совершенные государством, в котором находится цедент в момент заключения договора уступки, не должны затрагивать права и обязательства должника. Заявление, сделанное государством, в котором находится должник или право которого регулирует дебиторскую задолженность (в момент заключения первоначального договора; см. пункт 2 статьи 1 и статью 35, а также пункты 17 и 202), не должно затрагивать приоритет между лицами, заявившими коллидирующие требования. Только заявление или его отзыв, совершенные государством или государствами, в которых находятся цедент и должник, может затрагивать права и обязательства всех сторон (это является практически возможным только в том случае, если цедент и должник находятся в одном и том же государстве, или же при первоначальном вступлении в силу проекта конвенции, если он вступает в силу одновременно для всех пяти договаривающихся государств (пункт 3 статьи 41 и пункт 3 статьи 43)). Возможно, также потребуется, чтобы пункт 5 касался вопроса уступок дебиторской задолженности, возникающей после вступления в силу заявления и его отзыва, но до получения должником уведомления об уступке. Как представляется, в таком случае можно допустить, чтобы заявление или его отзыв затрагивали права и обязательства должника. Такой результат не будет противоречить любым обоснованным ожиданиям должника в отношении применения проекта конвенции, поскольку до получения уведомления должник не знает о том, будет ли применяться проект конвенции, и поэтому у него не может быть каких-либо ожиданий в отношении точного воздействия проекта конвенции на его права и обязательства.

Статья 42. Оговорки

Не допускаются никакие оговорки, кроме тех, которые прямо предусмотрены настоящей Конвенцией.

Ссылки

A/CN.9/455, пункты 147 и 148

Комментарий

220. Статья 42, которая отражает обычную практику в области права международных договоров, призвана обеспечить, чтобы не допускались никакие оговорки, кроме тех, которые прямо предусмотрены в пункте 1 статьи 35, а также в статьях 37-40.

Статья 43. Вступление в силу

1) Настоящая Конвенция вступает в силу в первый день месяца по истечении шести месяцев после даты сдачи на хранение пятой ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении.

2) Для каждого государства, становящегося Договаривающимся государством настоящей Конвенции после даты сдачи на хранение пятой ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении, настоящая Конвенция вступает в силу в первый день месяца по истечении шести месяцев после даты сдачи на хранение соответствующего документа от имени этого государства.

[3) Настоящая Конвенция применяется только к уступкам, совершенным в дату вступления или после даты вступления настоящей Конвенции в силу в отношении Договаривающегося государства, упомянутого в статье 1(1).]

Ссылки

A/CN.9/455, пункты 149 и 150

A/CN.9/466, пункты 206

Комментарий

221. Пункты 1 и 2 отражают обычную практику в области права международных договоров. При принятии решения о том, что для вступления проекта конвенции в силу необходимо, чтобы истекли шесть месяцев после сдачи на хранение пятой ратификационной грамоты, Рабочая группа учла необходимость того, чтобы проект конвенции вступил в силу как можно скорее при условии, что он получит поддержку со стороны достаточного числа государств. Пункт 3 призван обеспечить, чтобы проект конвенции не затрагивал права, приобретенные до его вступления в силу. Как и пункт 5 статьи 41 и пункт 3 статьи 44, он взят в квадратные скобки, поскольку Рабочая группа решила передать на рассмотрение Комиссии вопросы, относящиеся к промежуточному применению проекта конвенции (см. документ A/CN.9/466, пункт 206).

Статья 44. Денонсация

1) Договаривающееся государство может в любое время денонсировать настоящую Конвенцию путем направления депозитарию письменного уведомления.

2) Денонсация вступает в силу в первый день месяца по истечении одного года после получения уведомления депозитарием. Если в уведомлении указан более длительный срок, то денонсация вступает в силу по истечении такого более длительного срока после получения уведомления депозитарием.

[3) Конвенция остается применимой к уступкам, совершенным до даты вступления денонсации в силу.]

Ссылки

A/CN.9/455, пункты 151-155

A/CN.9/466, пункты 206

Комментарий

222. Статья 44 призвана обеспечить для договаривающегося государства возможность денонсировать проект конвенции. Второе предложение текста пункта 2, возможно, и не является необходимым. Если государство желает продлить срок, по истечении которого денонсация вступает в силу, то оно может отложить направление уведомления депозитарию. Разрешение государства изменять срок, в который денонсация вступает в силу, может привести к возникновению неопределенности в отношении применения проекта конвенции или, по крайней мере, увеличить расходы, сопряженные со сделками, до такой степени, что сторонам потребуется проверять наличие заявлений, сделанных государствами, с тем чтобы определить момент времени, в который денонсация вступает в силу. Кроме того, такой подход противоречил бы пункту 3 статьи 41, который не разрешает государствам изменять момент времени, в который заявление вступает в силу. Для обеспечения определенности пункт 3 предусматривает, что денонсация не затрагивает права, приобретенные до ее вступления в силу. Такой подход является особенно необходимым для обеспечения защиты прав третьих сторон, которые могли предоставить кредит под будущую дебиторскую задолженность, полагаясь на применение проекта конвенции. Без такой единообразной формы третьи стороны будут вынуждены полагаться на материально-правовые нормы, касающиеся последующих изменений права и предусмотренные согласно различным правовым системам, которые могут предусматривать противоречивые или неудовлетворительные решения в рассматриваемых ситуациях. Такой результат противоречил бы основной цели проекта конвенции, заключающейся в содействии обеспечению доступа к недорогостоящим кредитам.

Дополнительные заключительные положения

223. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении в число заключительных положений следующего положения, которое Рабочая группа на своей тридцать первой сессии не смогла обсудить из-за нехватки времени (см. документ A/CN.9/466, пункты 207 и 208).

“Статья X. Пересмотр и внесение поправок

1. По просьбе не менее чем одной трети Договаривающихся государств настоящей Конвенции депозитарий созывает конференцию Договаривающихся государств для ее пересмотра или внесения в нее поправок.

2. Считается, что любая ратификационная грамота и любой документ о принятии, утверждении или присоединении, сданные на хранение после вступления в силу поправки к настоящей Конвенции, относятся к Конвенции с внесенными в нее поправками.”

ПРИЛОЖЕНИЕ К ПРОЕКТУ КОНВЕНЦИИ

Ссылки

A/CN.9/420, пункты 155-164
A/CN.9/434, пункты 239-258
A/CN.9/445, пункты 18-44 и 83-93
A/CN.9/455, пункты 18-32 и 120-123

Комментарий

224. С учетом того обстоятельства, что Рабочая группа не смогла достичь соглашения в отношении материально-правовой нормы, касающейся приоритета, статьи 24-26 передают вопросы приоритета для решения согласно нормам внутригосударственного права (права места нахождения цедента). Однако нормы внутригосударственного права, касающиеся приоритета, могут отсутствовать, устареть или же не могут быть полностью адекватными для решения всех соответствующих проблем. По этой причине Рабочая группа решила включить в факультативное приложение к проекту конвенции две альтернативные совокупности материально-правовых норм, касающихся приоритета; одна из них основывается на моменте уступки, а другая - на регистрации. Для определения того, нуждаются ли их нормы, касающиеся приоритета, в пересмотре, государства, возможно, пожелают сопоставить их с нормами, изложенными в приложении.

225. Хотя нормы, изложенные в приложении, призваны служить в качестве модели для внутригосударственного законодательства, они не образуют полного типового закона (и их применение ограничивается дебиторской задолженностью). В связи с этим государствам потребуется разработать дополнительные положения. Например, если будет сделан выбор в пользу системы, основывающейся на регистрации, то, возможно, потребуется исключить некоторые виды практики из режима приоритета, основывающегося на регистрации, и распространить на них действие иного режима приоритета; нормы, касающиеся регистрации, потребуется дополнить соответствующими положениями. В целом данное приложение может применяться только в государстве, которое сделало заявление согласно статье 40 (пункт 4 статьи 1, см. пункт 23). Варианты выбора, которыми располагает государство, и их последствия излагаются в статье 40 (см. пункт 216).

Раздел I. Правила определения приоритета на основе регистрацииСтатья I. Приоритет в отношениях между несколькими цессионариями

В отношениях между цессионариями, получившими одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же цедента, приоритет определяется на основе очередности, в которой данные об уступке регистрируются согласно разделу II настоящего приложения, независимо от момента передачи дебиторской задолженности. Если никаких таких данных не зарегистрировано, приоритет определяется на основе момента уступки.

Ссылки

A/CN.9/445, пункты 88-90
A/CN.9/466, пункты 167 и 168

Комментарий

226. Система регистрации, предусматриваемая статьей I, сопряжена с добровольным внесением в публичный регистр некоторых данных об уступке. Цель такой регистрации заключается не в создании или удостоверении имущественных прав, а в защите третьих сторон путем их уведомления о совершенных уступках, и создании основы для урегулирования коллизии приоритетов между коллидирующими, но в равной мере действительными требованиями. Вследствие ограниченной функции регистрации и для того, чтобы она была простой, быстрой и недорогостоящей, предусматриваемая в статье I регистрация требует внесения в публичный регистр весьма ограниченного объема данных (указанного в статье 4 приложения). Если в такой регистр данные не вносятся, то преимущественное право имеет первый по времени цессионарий.

227. Соображения, лежащие в основе статьи I (а также разделов I и II) заключаются в том, что уведомление потенциальных финансирующих организаций об уступках и определение приоритета в дебиторской задолженности на основе системы публичной регистрации увеличат определенность в том, что касается прав финансирующих организаций, и в результате будут оказывать благоприятное воздействие на наличие и стоимость кредита под дебиторскую задолженность. Для обеспечения того, чтобы нормы, касающиеся приоритета и закрепленные в разделе I, действовали в сочетании с существующей национальной системой регистрации, статью I (содержащую

ссылку на систему регистрации согласно разделу II, которая должна быть создана согласно статье 3 приложения), возможно, потребуется пересмотреть.

Статья 2. Приоритет в отношениях между цессионарием и управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами цедента

[С учетом статьи 25 настоящей Конвенции] цессионарий обладает приоритетом по отношению к управляющему в деле о несостоятельности и кредиторам цедента, включая кредиторов, обращающихся за наложением ареста на уступленную дебиторскую задолженность, если дебиторская задолженность была уступлена, а данные об уступке были зарегистрированы согласно разделу II настоящего приложения до открытия производства по делу о несостоятельности или наложения ареста.

Ссылки

A/CN.9/466, пункты 169 и 170

Комментарий

228. Статья 2 призвана отразить принцип, согласно которому если регистрация совершается до начала производства по делу о несостоятельности в отношении активов и деловых операций цедента или до передачи дебиторской задолженности в руки цедента, то цессионарий имеет приоритет. В результате этого цессионарий может получить платеж раньше необеспеченных кредиторов (однако специальные преференциальные права, существующие в соответствии с законодательством о несостоятельности, не затрагиваются; см. пункт 182). Кроме того, с целью сохранения любых сверхпреимущественных прав (например, требований государства в отношении налогов, служащих в отношении заработной платы или управляющего в деле о несостоятельности в отношении расходов на осуществление процедуры банкротства), применение статьи 2 обуславливается статьей 25.

Раздел II. Регистрация

Статья 3. Создание системы регистрации

Для регистрации данных об уступках в соответствии с настоящей Конвенцией будет создана система регистрации, правила функционирования которой будут приняты регистратором и контролирующим органом. В правилах будет подробно регламентироваться функционирование системы регистрации, а также процедура для урегулирования споров, связанных с таким функционированием.

Ссылки

A/CN.9/445, пункты 94-103

A/CN.9/466, пункты 171 и 172

Комментарий

229. Соображения, лежащие в основе статьи 3, заключаются в том, что, хотя приложение должно включать некоторые основные положения о регистрации, механизм процесса регистрации должен определяться на основании правил, которые будут разработаны регистратором и контролирующим органом. Во избежание создания впечатления того, что такие правила могут нуждаться в большей детализации, чем практически возможно, и чтобы обеспечить для регистратора и контролирующего органа достаточную гибкость при разработке этих правил, статья 3 содержит ссылку на правила, "подробно" (но не "точно") регламентирующие функционирование системы регистрации.

230. Регистратор (которым, предположительно, может быть какая-либо частная организация) и контролирующий орган (которым, как предполагается, будет межправительственная организация) будут располагать значительными полномочиями для решения, помимо механизма регистрации, важных вопросов, таких как судебная юрисдикция в отношении регистратора, обязанности и ответственность, а также привилегии и иммунитеты регистратора. В связи с этим Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть пути осуществления назначения контролирующего органа и регистратора. Поскольку регистратору и контролирующему органу будут предоставлены широкие полномочия в отношении осуществления проекта конвенции, представляется, что был бы целесообразным процесс, аналогичный процессу пересмотра, который сопряжен с проведением конференции договаривающихся государств (см. документ A/CN.9/466, пункты 165 и 166). В качестве альтернативного варианта Комиссия, возможно, пожелает

указать в приложении международную, межправительственную организацию в качестве контролирующего органа и, возможно, первого регистратора, а также решить в приложении определенные ключевые вопросы, такие как судебная юрисдикция в отношении регистратора, обязанности и ответственность, а также привилегии и иммунитеты регистратора и расходы на создание и функционирование такой системы (этот подход используется в предварительном проекте конвенции о международных интересах в мобильном оборудовании, разработанном ИКАО/Юнидруа, и в предварительном проекте протокола о воздушных судах; см. статьи XVI и XIX предварительного проекта протокола о воздушных судах, а также статьи 26, 26 бис и 40 предварительного проекта конвенции).

Статья 4. Регистрация

1) Любое лицо, обладающее соответствующими полномочиями в силу установленных правил, может зарегистрировать в регистре данные в отношении уступки в соответствии с настоящей Конвенцией и правилами регистрации. Регистрируемыми данными являются наименование цедента и цессионария, как предусмотрено в правилах, а также краткое описание уступленной дебиторской задолженности.

2) Одна регистрация может охватывать:

- a) уступку цедентом цессионарию нескольких статей дебиторской задолженности;
- b) еще не совершенную уступку;
- c) уступку дебиторской задолженности, не существующей на момент регистрации.

3) Регистрация или ее изменение вступает в силу с того момента, когда данные, упомянутые в пункте 1, становятся доступными для сторон, осуществляющих их поиск. Регистрирующая сторона может указать из числа возможных вариантов, предусмотренных правилами, период действия регистрации. В отсутствие такого указания регистрация действует в течение пяти лет. В правилах будет установлен порядок, в котором регистрация может быть возобновлена, изменена или прекращена, а также в соответствии с настоящим приложением будут урегулированы другие вопросы, как это необходимо для функционирования системы регистрации.

4) Любой дефект, неправильность, пропуск или ошибка в отношении наименования цедента, которые могут привести к тому, что поиск зарегистрированных данных по наименованию цедента не даст результатов, делают регистрацию недействительной.

Ссылки

A/CN.9/445, пункты 104-117

A/CN.9/466, пункты 173-178

Комментарий

231. Цель статьи 4 заключается в установлении основных параметров эффективной системы регистрации. Эти основные параметры включают публичный характер регистра, вид данных, которые необходимо регистрировать, способы удовлетворения нужд современной практики финансирования, связанных с регистрацией, и момент вступления в силу регистрации. Предусматриваемый регистр является публичным. Однако во избежание каких-либо злоупотреблений, возможно, потребуется установить некоторые ограничения в отношении того, какие лица могут производить регистрацию (например, только лица, имеющие законный интерес или действующие по уполномочию цедента), а цеденту, возможно, потребуется предоставить право требовать снятия регистрации. Пункт 1 оставляет эти вопросы для решения на основе соответствующих правил. Такие правила также могут касаться случая злонамеренной и мошеннической регистрации, хотя этот вопрос обычно не порождает какой-либо проблемы, поскольку регистрация согласно статье 4 не создает каких-либо материальных прав. В любом случае вопрос причинения ущерба в результате несанкционированной или мошеннической регистрации может решаться на основе общих норм, касающихся деликта и мошенничества, или даже норм уголовного права. Данные, подлежащие регистрации, согласно пункту 1 включают идентификационные данные цедента и цессионария и краткое описание уступленной дебиторской задолженности. Вопрос о виде требуемых идентификационных данных оставлен для решения на основании установленных правил. Однако предполагается, что они включают идентификацию по номеру. Слова "краткое описание" призваны включить общее описание, такое, например, как "вся моя дебиторская задолженность, возникающая в связи с моей предпринимательской деятельностью по продаже автомобилей" или "вся моя дебиторская задолженность, возникшая в странах А, В и С". Пункт 2 является ключевым положением, поскольку он призван обеспечить эффективное функционирование системы регистрации и удовлетворять нужды, связанные с важными сделками. Согласно подпунктам (a) и (c) одно уведомление может

охватывать большое число дебиторских задолженностей, существующих или будущих, возникающих из одного или нескольких договоров, а также меняющуюся совокупность дебиторских задолженностей и неизменно меняющуюся сумму обеспеченного кредита (автоматически возобновляемый кредит). Без этих черт регистрация была бы дорогостоящей, медленной и неэффективной. Любые злоупотребления, которые могут причинить вред цеденту, однако без создания материальных прав, должны пресекаться на основе другого законодательства.

232. Согласно пункту 3 регистрация вступает в силу, когда стороны, осуществляющие поиск данных, получают доступ к зарегистрированным данным. Это означает, что если цедент становится несостоятельным после регистрации, но до того, как с данными ознакомятся осуществляющие их поиск лица, то риск наступления каких-либо событий, которые могут затрагивать интересы регистрирующей стороны, возлагается на эту сторону. За исключением случаев, связанных с реструктуризацией сомнительных кредитов, при которой важнейшее значение имеет быстрое возмещение средств, регистрирующая сторона может защитить себя путем удержания возмещения до тех пор, пока не будут предоставлены зарегистрированные данные. Такой риск был бы значительно меньшим, если бы не было разрыва во времени между регистрацией данных и предоставлением данных сторонам, ведущим их поиск, что является возможным в случае использования электронных систем регистрации. Пункт 3 разрешает регистрирующим сторонам выбирать из числа возможных вариантов, предусмотренных правилами, период действия регистрации. В отсутствие такого выбора регистрация действует в течение пяти лет. Вопрос о возобновлении, изменении или прекращении регистрации, а также любой другой вопрос, необходимый для функционирования регистра, оставлены для решения на основе правил. С целью сохранения регистрации с незначительными ошибками пункт 4 лишает регистрацию действительности только в том случае, если имеет место дефект, неправильность или пропуск в идентификационных данных цедента, которые могут воспрепятствовать осуществлению поиска зарегистрированных данных. Лежащее в основе этого обоснование заключается в том, что если ошибка совершена регистрирующей стороной, то эта сторона должна нести последствия, а если ошибка совершена регистратором, то регистратор должен нести за это ответственность (этот вопрос должен быть урегулирован в правилах). Слова "могут привести к тому" призваны обеспечить, чтобы регистрация была недействительной в случае совершения значительной ошибки в идентификационных данных цедента, даже если никто фактически не был введен в заблуждение. Незначительные ошибки или пропуски в идентификационных данных цедента, или же любые ошибки или пропуски в идентификационных данных пессонария, или в описании уступленной дебиторской задолженности не лишают регистрацию действительности.

Статья 5. Поиск данных в регистре

- 1) Любое лицо может осуществлять поиск данных в записях регистра по наименованию цедента, как предусмотрено в правилах, и получать результат такого поиска в письменном виде.
- 2) Результат поиска в письменном виде, который, как утверждается, выдан регистром, допускается в качестве доказательства и, в отсутствие доказательства противного, является подтверждением данных, к которым относится поиск, включая:
 - a) дату и момент регистрации; и
 - b) порядок регистрации.

Ссылки

A/CN.9/445, пункты 118 и 119
A/CN.9/466, пункты 179 и 180

Комментарий

233. Статья 5 призвана закрепить принцип публичного доступа к регистру для цели осуществления поиска в отличие от целей регистрации. Только публично доступный регистр может обеспечивать транспарентность, необходимую для увеличения определенности в отношении прав третьих сторон. Такой публичный доступ к регистру не причиняет ущерба конфиденциальности, необходимой при сделках по финансированию, поскольку в регистре будет иметься лишь ограниченный объем данных. Статья 5 также предусматривает допустимость и общую доказательственную ценность результата поиска в суде или другом трибунале. В частности, результат поиска является подтверждением данных, необходимых для установления приоритета, т.е. даты и момента регистрации, а также порядка регистрации.

Раздел III. Правила определения приоритета на основе момента
заключения договора уступки

Статья 6. Приоритет в отношениях между несколькими цессионариями

В отношениях между цессионариями, получившими одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же cedentа, право на дебиторскую задолженность принадлежит цессионарию, с которым был заключен наиболее ранний договор уступки.

Ссылки

A/CN.9/445, пункты 83-87
A/CN.9/466, пункты 181-185

Комментарий

234. Согласно статье 6 первый по времени цессионарий приобретает уступленную дебиторскую задолженность. Любой последующий цессионарий не получает ничего, поскольку cedенту нечего передавать (*nemo dat quod non habet*). Если не может быть более чем одной действительной уступки одной и той же дебиторской задолженности одним и тем же cedентом, то не может и возникнуть коллизия приоритетов между несколькими цессионариями такой дебиторской задолженности. Кроме того, статья 6 может и не затрагивать коллизии приоритетов между несколькими цессионариями, если cedент уступает различные части одной и той же дебиторской задолженности разным цессионариям, поскольку речь будет идти о разных "дебиторских задолженностях". Более того, статья 6 не будет касаться коллизии приоритетов между несколькими цессионариями, если уступается одна и та же дебиторская задолженность cedентом разным цессионариям для обеспечения разных сумм кредита, не превышающих стоимости данной дебиторской задолженности. Если это является предполагаемым смыслом статьи 6, то, возможно, потребуются пересмотреть название раздела III и название статьи 6, в которых содержится ссылка на "приоритет". Если согласно статье 6 более чем одна уступка одной и той же дебиторской задолженности может быть действительной, то статью 6 потребуются пересмотреть, например, следующим образом: "В отношениях между цессионариями, получившими одну и ту же дебиторскую задолженность от одного и того же cedента, приоритет определяется на основе момента уступки". В ходе своей работы Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть систему приоритетов, созданную проектом статьи 12.401 Европейских договорных принципов. Согласно данной статье приоритет должен определяться на основе момента уведомления должника, а в отсутствие уведомления на основе момента уступки. В любом случае должны быть выполнены требования норм права, применимых к несостоятельности.

Статья 7. Приоритет в отношениях между цессионарием и управляющим в деле
о несостоятельности или кредиторами cedента

[С учетом статьи 25 настоящей Конвенции] цессионарий обладает приоритетом по отношению к управляющему в деле о несостоятельности и кредиторам cedента, включая кредиторов, обращающихся за наложением ареста на уступленную дебиторскую задолженность, если дебиторская задолженность была уступлена до открытия производства по делу о несостоятельности или наложения ареста.

Ссылки

A/CN.9/445, пункты 83-87
A/CN.9/466, пункты 186 и 187

Комментарий

235. В отличие от статьи 6 приложения статья 7 касается приоритета. Однако если дебиторская задолженность правомерно передается до открытия производства по делу о несостоятельности или наложении ареста по меньшей мере в случае прямой уступки, то не возникает вопрос о приоритете (дебиторская задолженность не является частью конкурсной массы в случае несостоятельности). Такой вопрос о приоритете может возникать в случае совершения уступки в качестве обеспечения, когда цессионарий будет стремиться получить первым платеж за счет поступлений от дебиторской задолженности. В зависимости от правильного понимания статьи 7 Комиссия, возможно, пожелает ее пересмотреть. Как и в статье 2 приложения, приоритет не призван затрагивать специальные права в случае несостоятельности (см. пункт 182); вступительная часть текста призвана сохранять сверхпреимущественные права согласно нормам права государства суда (см. пункт 181).

**В. Проект конвенции об уступке [при финансировании под дебиторскую задолженность]
[дебиторской задолженности в международной торговле]: подборка замечаний
правительств и международных организаций
(A/CN.9/472 и Add.1-4) [Подлинный текст на английском языке]**

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Страница</u>
A/CN.9/472	
ВВЕДЕНИЕ	475
ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ	475
Чешская Республика	475
Дания	476
Франция	478
Германия	481
Литва	483
Перу	484
Республика Корея	485
A/CN.9/472/Add.1	
ГОСУДАРСТВА	
Швейцария	487
Тунис	489
МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ	
Ассоциация коммерческого финансирования	490
Европейская банковская федерация	492
Группа адвокатов по финансовым рынкам	498
Евроафакторинг	498
Международный институт унификации частного права (МИУЧП)	500
A/CN.9/472/Add.2	
ГОСУДАРСТВА	
Ирландия	503
Румыния	504
Испания	505
Объединенные Арабские Эмираты	508
МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ	
Международная ассоциация факторинговых компаний	508
A/CN.9/472/Add.3	
ГОСУДАРСТВА	
Япония	509
Соединенные Штаты Америки	510
МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ	
Международная ассоциация по свопам и производным финансовым инструментам (ISDA)	518
A/CN.9/472/Add.4	
ГОСУДАРСТВА	
Шри-Ланка	519
МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ	
Международный институт унификации частного права (МИУЧП)	521

A/CN.9/472

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей тридцать первой сессии, состоявшейся в Вене 11-22 октября 1999 года, Рабочая группа по международной договорной практике утвердила проект конвенции об уступке [при финансировании под дебиторскую задолженность] [дебиторской задолженности в международной торговле] и предложила Секретариату распространить проект конвенции среди всех государств и заинтересованных международных организаций для представления замечаний. С целью оказания помощи делегатам в завершении работы по проекту конвенции на тридцать третьей сессии Комиссии, которая должна состояться в Нью-Йорке 12 июня - 7 июля 2000 года, Рабочая группа просила также Секретариат подготовить аналитическую подборку этих замечаний (A/CN.9/466, пункт 215).
2. В настоящем документе с минимальными редакторскими поправками излагаются первые замечания, полученные от правительств. Любые новые замечания после получения их Секретариатом будут включаться в добавление к настоящему документу.

ПОДБОРКА ЗАМЕЧАНИЙ

ЧЕШСКАЯ РЕСПУБЛИКА

[Подлинный текст на английском языке]

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Мы высоко оцениваем всю деятельность и работу, сделанную ЮНСИТРАЛ, для повышения наличия более дешевых кредитов при уступках дебиторской задолженности в международной торговле. В нашей стране законодательство, регулирующее уступку дебиторской задолженности, носит весьма общий характер. Тем не менее в некоторых аспектах оно отличается от проекта конвенции.

Наибольшую озабоченность у нас вызывают статьи 11 и 12 проекта конвенции. Чешское законодательство не разрешает уступку дебиторской задолженности вопреки договоренности между cedentом и должником. Любая уступка, осуществленная в нарушение подобной договоренности, является ничтожной. Та же самая проблема возникает и в отношении варианта А статьи 5.

Кроме того, у нас вызывают озабоченность статьи 15 и 17, которые уведомление должника оставляют на усмотрение cedента или цессионария. Согласно праву Чехии cedent обязан уведомить должника без излишних задержек. Хотели бы также обратить внимание на статью 21, которая разрешает отказ от будущих возражений и права на зачет. По нашему национальному праву подобный отказ является ничтожным.

II. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Название и преамбула

У нас нет каких-либо особых предпочтений в отношении названия и преамбулы. Мы не возражаем против снятия пункта (с) статьи 6, если в преамбуле будет содержаться четкий перечень тех видов практики, которые должны охватывать проект конвенции.

Сфера действия главы V (пункт 3 статьи 1)

Мы согласны с сохранением пункта 3 статьи 1.

Исключение конкретных видов практики или установление специального режима по отношению к ним (статья 5)

Мы поддерживаем исключение из сферы действия статей 11 и 12 видов практики, касающихся уступки финансовой дебиторской задолженности, как это предлагается в пункте 71 документа A/CN.9/466. По вышеизложенным причинам мы бы предпочли вариант В статьи 5.

"Место нахождения" (статья 6(i))

Мы согласны с определением, данным в пункте 96 документа A/CN.9/466. Для нас также приемлемо предложение, содержащееся в пункте 99 документа A/CN.9/466, в отношении филиалов поставщиков финансовых услуг.

Применение приложения (статья 40)

Что касается статьи 40, то мы предпочитаем вторую формулировку текста в квадратных скобках.

Действие заявлений в отношении третьих сторон (статья 41(5))

Мы согласны с предложенной в квадратных скобках формулировкой.

III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В заключение мы хотели бы заявить, что в связи с наличием разногласий между нашей национальной правовой системой и упомянутым выше проектом конвенции на данном этапе Чешская Республика не сможет принять проект конвенции, поскольку это потребовало бы внесения изменений в наш Гражданский или Коммерческий кодекс. На данном этапе для нашей страны более важным является приведение нашего права в соответствие с правом Европейского союза.

Несмотря на то, что мы признаем практическую важность тех видов практики, которые охватываются проектом конвенции, мы хотели бы отметить, что они являются довольно новыми для Чешской Республики (получили развитие в течение последних восьми лет) и касаются небольшой части рынка (хотя одной из причин подобной ситуации является отсутствие надлежащего законодательства). По этой причине мы очень заинтересованы в проекте конвенции и надеемся на то, что в будущем у нас будет возможность принять ее.

ДАНИЯ

[Подлинный текст на английском языке]

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

В целом Дания высоко оценивает и приветствует подготовку ЮНСИТРАЛ проекта конвенции об уступке [при финансировании под дебиторскую задолженность] [дебиторской задолженности в международной торговле] ("проект конвенции"). Кроме того, Дания считает, что в случае принятия данного проекта конвенции достаточным количеством государств, он может повысить возможности для получения кредитов под уступки дебиторской задолженности.

II. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Дания хотела бы сделать следующие замечания в отношении статей 1(3), 6(i), 24, 25(2), 26 и 36.

Сфера действия главы V (статья 1(3))

С тем чтобы отметить важность регулирования международного частного права, в частности по вопросам приоритета, главу V необходимо сохранить в качестве части проекта конвенции с возможностью ее снятия (см. A/CN.9/WG.II/WR.104, стр. 37-38 (английского текста); и A/CN.9/466, пункт 148).

"Место нахождения" (статья 6(i))

В целях обеспечения определенности и транспарентности места нахождения коммерческого предприятия, имеющего наиболее тесную связь с договором, следует рассматривать как объединяющий фактор в определении термина "место нахождения" в статье 6(i) (см. A/CN.9/466, пункт 96, вариант A, и пункты 25-30). Подобное место коммерческого предприятия является понятным для третьих сторон, и то время как место нахождения "центрального управления" или "центр основных интересов" не всегда являются очевидными и предсказуемыми для третьих сторон, которые должны знать, какой закон будет применяться к будущей уступке. Кроме того, независимо от того, какой связующий фактор будет выбран, этот связующий фактор должен быть четко объяснен в комментарии к проекту конвенции с целью облегчения ее понимания.

Изменение места нахождения cedent и право, применимое к приоритету (статья 24)

Поскольку изменение места нахождения cedent, по всей вероятности, будет происходить не часто, мы хотели бы предложить Комиссии рассмотреть вопрос о необходимости положения, касающегося изменения такого места нахождения (например, аналогично положениям статьи 9 Единообразного торгового кодекса США).

Сверхпреимущественные права (статья 25(2))

В статье 25(2) проекта конвенции речь идет о требованиях, которые в соответствии с местными нормами права, касающимися банкротства, имеют сверхпреимущественные права (т.е. преимущество по отношению к правам цессионария). В статье 24 приоритет предоставляется праву цедента, что обеспечивает таким образом положение, при котором цессионарий может полагаться лишь на право места нахождения цедента и рассчитывать свой риск, включая риск любых суперпреимущественных требований.

Однако как исключение из статьи 24 статья 25(2) сохраняет сверхпреимущественные требования в соответствии с нормами права, касающимися банкротства, иными, чем право места нахождения цедента (на практике - право места нахождения должника). В результате, чтобы оценить риск любых сверхпреимущественных требований, цессионарий должен учитывать право как места нахождения цедента, так и места нахождения должника. Это может привести к повышению стоимости сделки.

Нецелесообразно исключать статью 25(2), поскольку подобный подход может привести к коллизии между проектом конвенции и проектом положений Европейского союза о несостоятельности (статьи 2(g), 4 и 28). Однако Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об ограничении сферы действия статьи 25(2) случаями, когда производство по делам о несостоятельности в отношении цедента начинается в государстве, в котором находится предприятие цедента. Подобный подход поможет сократить риск цессионария без коллизии с проектом положений о несостоятельности и будет достаточным для защиты интересов местных кредиторов.

Кроме того, независимо от того, будет ли, как предлагается, ограничена сфера действия статьи 25(2), Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, чтобы сделать обязательным заявление любых сверхпреимущественных прав, которые могут быть использованы во вторичном производстве по делу о несостоятельности. Такой подход по крайней мере поможет цессионарию ознакомиться с правом государства, не являющегося государством цедента. Если государства согласятся с тем, что более низкие расходы, связанные со сделкой облегчат доступ к кредиту, то обязанность заявлять сверхпреимущественные права не должна привести к неприемлемости проекта конвенции.

Значение поступлений (статья 26)

В целях ограничения возможных коллизий с национальным правом в отношении обеспеченного кредита в активах, иных чем дебиторская задолженность, и избежания сложностей повторной формализации обеспечительных интересов в поступлениях Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об ограничении сферы применения статьи 26 поступлениями в наличных (например, денежные средства, чеки, депозитные счета). Такой результат может быть получен путем определения поступлений в статье 6(k) лишь в качестве поступлений в наличных. В таком случае последнее предложение статьи 6(k), касающееся возвращенных товаров, становится ненужным и может быть опущено.

Коллизии с другими международными текстами (статья 36)

Согласно статье 36 проект конвенции не имеет преимущественной силы по отношению к другим международным соглашениям, касающимся вопросов, регулируемых в проекте конвенции. Если цель заключается в обеспечении единообразного подхода, который позволит добиться наибольшей степени предсказуемости, то подход, о котором говорится в статье 36, нельзя считать надлежащим. Например, не будет определенности в отношении той степени, в которой статья 12 Римской конвенции касается вопросов, регулируемых в проекте конвенции и, если она их касается, то какой из текстов будет иметь преимущественную силу (в Римской конвенции содержится аналогичное положение). В одном из замечаний по проекту конвенции отмечается, что коллизии между Римской конвенцией и данным проектом конвенции - минимальны и что превалирует мнение, о том, что в Римской конвенции не рассматриваются аспекты приоритета (A/CN.9/466, пункт 193). Однако следует отметить, что в Европе существует национальное прецедентное право, которое, похоже, предполагает, что Римская конвенция в действительности затрагивает право, применимое к вопросам приоритета. Хотя можно утверждать, что проект конвенции имеет преимущественную силу, поскольку он является материально-правовым документом (A/CN.9/466, пункт 194), подобное утверждение не будет полностью корректным, поскольку в том, что касается вопросов приоритета, проект конвенции (раздел III главы IV и статья 30, глава V) на деле в значительной степени является документом международного частного права.

Соответственно, в целях сведения к минимуму правовых неопределенностей, возникающих из коллидирующих международных соглашений, возможно, было бы более целесообразно, если бы проект конвенции имел преимущественную силу по отношению к другим текстам, за исключением текстов, перечисленных в заявлении (A/CN.9/466, пункт 192) и, вероятно, текстов, касающихся прав дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или арендой воздушных судов (A/CN.9/466, пункт 83). В качестве альтернативы Комиссия могла бы рассмотреть вопрос об обеспечении такого положения, чтобы проект конвенции не имел преимущественной силы по отношению к другим текстам, за исключением текстов, перечисленных в заявлении. Если статья 36 не будет

пересмотрена, то в комментарий по проекту конвенции следует включить четкие замечания о коллизии с существующими международными соглашениями.

ФРАНЦИЯ

[Подлинный текст на французском языке]

Название проекта конвенции

Франция предлагает формулировку "Конвенция об уступке дебиторской задолженности в международной торговле", поскольку она считает ее более соответствующей широкой сфере действия текста.

Недоговорная дебиторская задолженность (статья 2(a))

В статье 2(a) содержится ссылка на "договорное право цедента на платеж денежной суммы". Эта формулировка может привести к исключению из сферы применения проекта конвенции недоговорных дебиторских задолженностей. Франция хотела бы, чтобы проект конвенции охватывал недоговорную кредиторскую задолженность по крайней мере путем внедрения системы выбора.

Ограничения в отношении дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью (статья 5)

Создается впечатление, что проект конвенции разрешает уступку дебиторской задолженности даже в таких обстоятельствах, когда соглашение, заключенное между цедентом и должником, содержит положение, запрещающее уступку (статья 11). Подобное положение несовместимо с глобальными механизмами осуществления зачета, которые применимы к взаимной задолженности и дебиторской задолженности и на которых основываются все рамочные соглашения, регулирующие операции на финансовых рынках¹.

Рабочая группа по международной договорной практике отложила рассмотрение идеи об исключении финансовой дебиторской задолженности, определенной как дебиторская задолженность, не являющаяся торговой дебиторской задолженностью, из сферы применения проекта конвенции на том основании, что подобное исключение излишне ограничит сферу применения проекта конвенции. Однако в действительности нет необходимости в подобном широком исключении, поскольку проблемы могут вызвать только те виды дебиторской задолженности, которые охвачены механизмами совершения зачетов, а не все виды финансовой дебиторской задолженности.

Поэтому, поскольку создается впечатление, что финансовая дебиторская задолженность должна остаться в сфере применения проекта конвенции, мы должны по крайней мере найти решение, которое позволило бы сохранить эффективность положений о недопустимости уступки, необходимых для надлежащего действия рамочных соглашений о совершении зачетов. Дело в том, что использование подобных рамочных соглашений поощряется центральными банками и органами, контролирующими деятельность банков, в связи с их позитивным воздействием на урегулирование банковских рисков.

В документе A/CN.9/466 предлагаются два решения по статье 5 "Ограничения в отношении дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью", одно из которых выдвинуто делегацией Соединенных Штатов Америки (вариант А), а второе - делегацией Канады (вариант В). В варианте А разрешается уступка между цедентом и цессионарием, но не в отношении должника, если должник не дал своего согласия на такую уступку. Вариант В оставляет вопрос о законности уступки, совершенной в нарушение положения о недопустимости уступки, на рассмотрение другого права (в соответствии с которым подобная уступка может считаться ничтожной).

В принципе, вариант В проще варианта А, поскольку он позволяет избежать трудностей, которые могут возникнуть при проведении различия между последствиями для договаривающихся сторон и последствиями в отношении третьих сторон, т.е. различия, на котором основывается вариант А. Кроме того, оба варианта предназначены для применения к уступкам "дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью", и ссылка делается на определение торговой дебиторской задолженности в статье 6(1).

¹ Это относится, например, к Глобальному генеральному соглашению об обратных закупках Ассоциации государственных ценных бумаг и Международной ассоциации рынка ценных бумаг, Генеральному соглашению Международной ассоциации спотов и производных инструментов, Европейскому генеральному соглашению Федерации банков Европейского союза, Рамочной конвенции Французской ассоциации банков, касающейся операций с обратными закупками, Рамочной конвенции Французской ассоциации банков, касающейся форвардных операций, и к Рамочным соглашениям Германской ассоциации банков по операциям с обратными закупками и форвардным операциям.

В статье 6(1) (которая в докладе Рабочей группы все еще дается в квадратных скобках) дается определение термина "торговая дебиторская задолженность" как "дебиторская задолженность, возникающая в связи с первоначальным договором купли-продажи или аренды товаров или договором о предоставлении услуг, помимо финансовых услуг". Однако, как мы уже объяснили выше, не все виды дебиторской задолженности, возникающие из договоров о предоставлении финансовых услуг, оправдывают исключение из сферы действия проекта конвенции, а только те, которые регулируются соглашением о зачете.

Соответственно, независимо от того, сохраним ли мы вариант А или вариант В, было бы целесообразно сформулировать определение "торговой дебиторской задолженности" таким образом, чтобы сфера применения исключения, содержащегося в статье 5, ограничивалась бы реальными потребностями. Можно было бы, например, предложить следующую формулировку статьи 6(1):

"торговая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, возникающую в связи с первоначальным договором купли-продажи или аренды товаров или договором о предоставлении услуг, помимо финансовых услуг, когда эти последние предоставляются в рамках соглашения, предусматривающего зачет всех взаимных долгов и дебиторской задолженности сторон".

Примеры таких финансовых услуг (пенсии, свопы, платежные услуги и т.д.) можно было бы привести в комментарии, который Секретариат ЮНСИТРАЛ будет готовить к проекту конвенции.

Определение места нахождения (статья 6(ii))

Французское правительство поддерживает определение места нахождения, содержащееся в статье 6(i). Однако оно хотело бы отметить, что проблематично, чтобы механизм уступки дебиторской задолженности, изложенный в проекте конвенции, использовался в отношении отделений банков, занимающихся рефинансированием. В конце концов, цель заключается в том, чтобы определить в качестве места нахождения цедента, если он имеет более одного предприятия, государство, в котором находится его центральная администрация. В частности, место нахождения цедента будет определять нормы в отношении приоритета, от которых будут зависеть права цессионария.

На практике определение, содержащееся в статье 6(i), будет означать в связи с уступкой дебиторской задолженности между, например, Банком Франции (в качестве цессионария) и парижским отделением одного из иностранных банков (в качестве цедента), что местом нахождения цедента будет государство, в котором находится его центральная администрация, т.е. то государство, где находится штаб-квартира иностранного банка. В таком случае уступка дебиторской задолженности будет регулироваться правом того государства, особенно в отношении применимых норм приоритета. Такой результат был бы полностью неприемлемым для банка рефинансирования, будь то центральный банк или какое-либо другое кредитное учреждение.

Если мы не хотим серьезно затруднить применение проекта конвенции для целей межбанковского рефинансирования, то необходимо найти специальный режим для отделений банков. Подобная система была бы еще более оправданной, поскольку отделения банков несут те же самые обязательства, особенно в отношении согласия, как и банки, являющиеся юридическими лицами согласно местному праву в зависимости, разумеется, от специальных договоренностей, вытекающих из "Европейского паспорта". Если даже административно-хозяйственное управление банками остается в компетенции властей страны, в которой находится основная контора банка, ответственность за обеспечение ликвидности (т.е. рефинансирование), тем не менее, даже в рамках европейской системы, является прерогативой органов принимающей страны (см. статью 14-2 директивы № 89/646 ЕЭС, известной под названием второй директивы по координации банковского законодательства).

Специальный режим, о котором мы говорили, может означать включение отделений банков в ту же категорию с должником, для которого надлежащим местом нахождения коммерческого предприятия является то место, "которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором" (подпункт (iii)).

Применение приложения в отношении коллизий преимущественных прав между коллидирующими цессионариями (статьи 1(4), 24 и 40)

Будет очень трудно обеспечить надлежащее действие инструмента, если несколько параллельных правил определения преимущественных прав могут применяться в отношении коллизии преимущественных прав между различными цессионариями, которые получают дебиторскую задолженность от одного и того же цедента. Например, если уступка имеет преимущество согласно праву государства А, которое выбрало разделы I и II приложения (регистрация), а другая уступка имеет преимущество согласно праву государства В, в котором находится цедент и которое выбрало содержащиеся в разделе III приложения правила определения преимущественных прав (момент заключения договора уступки), то не ясно, будет ли эта коллизия в суде государства А решаться в соответствии с разделами I и II или разделом III приложения.

Представляется очевидным, что суд в государстве, в котором находится цедент и которое является Договаривающимся государством, должен применить содержащиеся в статье 1(1)(а) критерии при определении применимости проекта конвенции, включая статью 24. Однако текст проекта конвенции в этом отношении недостаточно четок. Статья 40, касающаяся применения приложения, ограничивается указанием того, что "Договаривающееся государство может... заявить о том, что [оно будет связано либо разделами I и/или II, либо разделом III приложения к настоящей конвенции]". В пункте 2 статьи 40 оговаривается, что для целей статьи 24 (которая регулирует право, применимое к коллидирующим правам других сторон) правом Договаривающегося государства, сделавшего заявление, является свод правил, установленных либо в разделе I приложения, либо в разделе III. Статья 1(4) предусматривает, что приложение применяется в Договаривающемся государстве, которое сделало заявление согласно статье 40. Поэтому предлагается внести в статью 1(4) следующую поправку: "Приложение к настоящей Конвенции применяется в отношении уступок, упомянутых в заявлении, сделанном согласно статье 40 Договаривающимся государством, в котором находится цедент".

Защита потребителя (статьи 17-23)

За исключением статей 21 и 23, положения раздела II главы IV проекта конвенции не обеспечивают достаточной защиты прав потребителей-должников. Рабочая группа постановила, что уступки потребителям не исключаются из сферы применения конвенции, если они не совершены для потребительских целей. Поэтому необходимо, чтобы инструмент, подготовкой которого мы занимаемся, не затрагивал юридические положения потребителя, задолженность которого банку является результатом кредита, обеспеченного движимым или недвижимым имуществом, овердрафта или применения кредитной карточки. В этой связи аргументы, приведенные в документе A/CN.9/WG.II/ WP.106, пункт 58, действительны не только в отношении статей 21 и 23, но также и в отношении всех статей данного раздела, поскольку во Франции, как и во многих других странах, национальное право защищает потребителей во всех ситуациях, предусмотренных проектом конвенции, и большинство из этих положений национального права являются императивными правовыми положениями.

Говоря в целом, потребители, пользующиеся, как и должники, защитой закона, не могут согласиться по договоренности с отказом от положений, отражающих публичный порядок (например, закон Франции № 78-23 от 10 января 1978 года о потребительском кредите). Кроме того, потребитель защищен от несправедливых положений, которые профессионал может пытаться предложить ему, директивой Сообщества (№ 93/13 от 5 апреля 1993 года) и французским законом (статья L 132-1 Потребительского кодекса вместе с приложением, включающим считающиеся несправедливыми положения; и рекомендации Комиссии по несправедливым положениям, особенно рекомендация относительно положений о косвенном согласии и заключительная рекомендация). Кроме того, в отношении потребителей-должников не должна применяться статья 19, в которой предусматривается, что когда должник получает уведомление об уступке, то он только должен произвести платеж цессионарию. В законе № 88-1201 от 23 декабря 1988 года об Общих фондах дебиторской задолженности предусматривается, что цедент остается обязанным, кроме любых гарантийных обязательств, получить уступленную дебиторскую задолженность (статья 36) или поручить получение на обязательной основе какому-либо иному французскому кредитному учреждению или Банку официальных депозитов, уведомив должника о таком действии.

Соответственно, Франция хотела бы, чтобы все статьи в данном разделе II главы IV, касающиеся должника, были "без ущерба для законодательства государства места нахождения должника в отношении защиты последнего в сделках в личных, семейных или домашних целях".

Координация с проектом конвенции МИУЧП об интересах в мобильном оборудовании (статья 36)

Что касается отношений между проектом конвенции ЮНСИТРАЛ и проектом конвенции МИУЧП, то следует отметить, что статья 36, которая, как представляется, применяет принцип "*lex specialis derogat legi generali*", похоже, не предлагает надлежащих мер для урегулирования потенциальной коллизии между этими двумя инструментами в том случае, если в проекте конвенции МИУЧП будет сохранена глава об уступке интересов.

В главе IX проекта конвенции МИУЧП речь в действительности идет об уступках международных интересов. В то время как в большинстве правовых систем обеспечение в общем считается второстепенным по отношению к обеспечиваемой дебиторской задолженности, в той системе, которую предлагает проект конвенции МИУЧП, дебиторская задолженность является второстепенным обеспечением. В проекте конвенции ЮНСИТРАЛ используется совершенно иной подход [согласно статье 12 обеспечиваемые права следуют за обеспеченным обязательством]. В проекте конвенции ЮНСИТРАЛ речь идет об уступках дебиторской задолженности в международной торговле и о международных уступках дебиторской задолженности.

Следует напомнить, что этот вопрос должен рассматриваться на следующей совместной сессии МИУЧП и ИКАО (Рим, 20-31 марта 2000 года), на которой должен быть подготовлен проект конвенции об интересах в мобильном оборудовании и будет обсуждаться рабочий документ по этому вопросу, подготовленный французской делегацией, в котором представлены другие варианты. Поэтому мы бы предпочли дождаться результатов

обсуждений, которые должны состояться под эгидой МИУЧП и ИКАО, прежде чем пытаться принять окончательное решение по этому вопросу в рамках ЮНСИТРАЛ, поскольку до сих пор дискутируется само наличие этой главы в проекте конвенции МИУЧП об уступках интересов.

ГЕРМАНИЯ

[Подлинный текст на английском, немецком языках]

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Правительство Германии поддерживает цели, которые преследует проект конвенции ЮНСИТРАЛ об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность. Различные национальные нормы в отношении требований, предъявляемых к эффективным уступкам, статуса цедента, цессионария и должника, а также различные национальные нормы в отношении возможностей для глобальных уступок и уступок будущей дебиторской задолженности ограничивают трансграничное использование дебиторской задолженности для целей финансирования. Очевидно, необходимо устранить правовые неопределенности без нарушения существующей финансовой практики.

Правительство Германии приветствует достигнутый к настоящему времени прогресс в отношении проекта ЮНСИТРАЛ, однако отмечает, что до сих пор не были еще решены некоторые значительные проблемы.

II. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Сфера применения/дебиторская задолженность, не являющаяся торговой дебиторской задолженностью

Первоначально Рабочая группа рекомендовала довольно широкую сферу применения проекта конвенции. Делегация Германии поддержала этот подход. Однако в ходе обсуждения конкретных положений стало ясно, что ввиду конкретного характера определенных видов дебиторской задолженности неограниченная сфера применения будет нецелесообразной. Так обстоит дело с дебиторской задолженностью, возникающей в связи с финансовыми фьючерсами, займами под обеспечение в обремененном имуществе, схемами продаж и повторного приобретения и дебиторской задолженностью, проходящей через клиринговые системы.

Финансовые фьючерсы, займы под обеспечение в обремененном имуществе и схемы продаж и повторного приобретения обычно заключаются в рамках генеральных соглашений. Цель таких соглашений, в случае невыполнения своих обязательств или несостоятельности одной из сторон, обеспечить возможность унитарного прекращения действия и урегулирования (так называемая "взаимная компенсация")² всех индивидуальных сделок. Генеральное соглашение ограничивает, в частности, любое право, которое управляющий в деле о несостоятельности может иметь в отношении принятия выборочных решений. Таким образом, управляющий в деле о несостоятельности более не может выполнять индивидуальные (с точки зрения общих активов несостоятельного должника) важные сделки, в то же время прекращая действие других (так называемый "выборочный подход"). В целях достижения цели общего соглашения (т.е. сокращения рисков и исключения "выборочного подхода") или, скорее, в целях защиты его от обхода в генеральные соглашения, обычно используемые в Германии и в других странах, включается положение о том, что уступка дебиторской задолженности, возникающей из индивидуальных сделок, включенных в это соглашение, совершенная одной стороной, требует предварительного (в письменной форме) согласия контрагента³.

Вышеупомянутый "механизм" прекращения действия и урегулирования в целом можно также обнаружить и в клиринговых системах, которые предусматривают многостороннюю взаимную компенсацию платежей,

² "Механизм" взаимной компенсации можно описать следующим образом: индивидуальные сделки, заключенные в рамках общего соглашения, составляют вместе с генеральным соглашением одно единое обязательство. Уведомление может представляться лишь в отношении всех сделок в целом и только в определенных случаях (например, в случае неплатежа, несостоятельности, ухудшения финансового положения в результате реорганизации). Невозможно представлять уведомления в отношении индивидуальных сделок. В результате аннулирования общего соглашения прекращается действие всех индивидуальных сделок. Встречные требования, возникающие в результате этого (например, о платеже денежных средств или предоставлении обеспечения), удовлетворяются при помощи иска об унитарном урегулировании. Размер иска об урегулировании рассчитывается на основе текущей рыночной стоимости индивидуальных сделок. В той степени, в которой позитивные и негативные текущие рыночные стоимости соотносятся друг с другом, они аннулируют друг друга.

³ См., например, раздел 7 Генерального соглашения 1992 года Международной ассоциации спотов и производных инструментов, а также № 10 общего соглашения Германии в отношении финансовых фьючерсов. Такое требование в отношении согласия далее именуется "запретом на уступку".

произведенных через эту систему. Цель та же, что и в отношении финансовых фьючерсов, займов под обеспечение в обремененном имуществе и схем продаж и повторного приобретения, в которых, в рамках сокращения рисков, наиболее важным элементом являются риски урегулирования вместе с рисками несостоятельности. Кроме того, все соглашения о многосторонней взаимной компенсации предусматривают ограничение использования уступок.

Правительство Германии считает, что проект конвенции ЮНСИТРАЛ не должен мешать установившейся практике и что поэтому необходимо внедрить специальное регулирование соответствующих сделок либо при помощи соответствующего ограничения сферы применения проекта конвенции (решение в форме исключения), либо в форме изъятия взаимоотношений между должником и cedentом из сферы применения определенных положений проекта конвенции (решение при помощи специального режима).

С учетом рекомендаций Рабочей группы о максимальном расширении сферы применения представляется, что невозможно будет прийти к соглашению о решении в форме исключения. В рамках решения при помощи специального режима, которое в любом случае было бы необходимо, следует разработать конвенцию, прозрачную и легко применимую на практике. Что касается данного соображения, то целесообразным представлялся бы подход, связанный с исключением вышеупомянутой дебиторской задолженности из сферы применения статей 11 и 12 конвенции, в которых предусматривается запрет на уступки между сторонами.

В любом случае принятие подобного подхода будет зависеть от того, смогут ли быть четко определены виды дебиторской задолженности, подлежащие охвату решением при помощи специального режима. В этой связи проблематичным представляется использование термина "торговая дебиторская задолженность", особенно в связи с его ссылкой на "финансовые услуги", поскольку в различных правовых системах нет единообразного толкования этого термина. С учетом вышеуказанного дебиторскую задолженность, вытекающую из финансовых фьючерсов, займов под обеспечение в обремененном имуществе и схем продаж и повторного приобретения, а также дебиторскую задолженность, проходящую через клиринговые системы, следует определять с должным учетом международной практики (например, определения в обычных стандартных генеральных соглашениях, используемых во всех странах мира).

"Место нахождения" (статья 6(i))

Термин "место нахождения" имеет особую важность для проекта конвенции не только в отношении сферы применения, но также и в отношении определенных положений о защите должника и определенных норм международного частного права. До настоящего времени Рабочая группа так и не смогла прийти к соглашению в отношении определения термина "место нахождения".

Правительство Германии считает, что определение термина "место нахождения" должно быть недвусмысленным, четким, всегда опознаваемым и учитывающим реальную правовую ситуацию. Существуют сомнения в отношении статьи 6(i) в том смысле, что в ней не проводится различия между главной конторой и филиалом. Только при таком различии можно учитывать как европейскую, так и международную деловую практику, при которой банки, в частности, осуществляют свою деятельность в иностранных государствах не через дочерние предприятия, а через зависимые от них отделения.

Если в положениях о сфере применения и о соответствующих нормах коллизии прав просто содержится ссылка на главную контору, то напрашивается непримлемый вывод о том, что сделки, осуществляемые через иностранные отделения, подпадают под действия правового порядка главной конторы, хотя главная контора и не имеет никакого отношения к конкретной рассматриваемой уступке.

По вышеуказанной причине на тридцать первой сессии Рабочей группы было предложено сделать ссылку на место нахождения отделения, в бухгалтерских книгах которого дебиторская задолженность регистрируется непосредственно перед уступкой. В отношении этого предложения имеются серьезные возражения. В момент совершения уступки часто нельзя определить место, где зарегистрирована дебиторская задолженность. Кроме того, в эпоху электронных средств связи часто можно лишь с трудом определить место нахождения бухгалтерской записи; а в случае транснациональных реестров записи в книгах могут относиться к дебиторской задолженности отделений в различных странах.

Другие вопросы международного частного права (глава V)

Положения, касающиеся международного частного права, необходимо по возможности разместить в конце главы V, а не в разных частях проекта конвенции. Соответственно, необходимо исключить статью 26 и снять скобки вокруг статьи 30. Комиссии, возможно, потребует рассмотреть вопрос о возможном исключении также содержащегося в статье 30(2) специального положения о публичном порядке, поскольку в статье 32 содержится общее положение, относящееся к публичному порядку. Пункт 2 статьи 31 нарушает правовую определенность,

поскольку значение термина "тесная связь" неопределенно и может быть оспорено. В этой связи возникает вопрос о том, нельзя ли вообще обойтись без этого положения.

Коллизии с другими международными соглашениями (статья 36)

Что касается вопросов, затронутых в статье 36, следует отметить, что государства - члены Европейского союза должны учитывать тот факт, что они в соответствии с международным правом связаны статьей 12 Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, от 19 июня 1980 года. Кроме того, следует отметить, что правовые инструменты Европейского союза (нормативные положения и директивы), имеющие более высокую преимущественную силу в области международного частного права (на основе статей 61 и далее Договора о Европейском союзе в версии Амстердамского договора), не будут затрагиваться проектом конвенции. Ввиду вышеизложенного и сложности статьи 36, возможно, необходимо исключить вторую половину этой статьи.

Кроме того, создается впечатление, что статья 36 влечет за собой сомнительные последствия для государств - участников Оттавской конвенции о международном факторинге. Согласно норме о специализации и несмотря на узкую сферу ее применения, Оттавская конвенция может заменить проект конвенции ЮНСИТРАЛ. В результате этого государства - участники Оттавской конвенции получат право делать оговорки в отношении нормы, узаконивающей уступки, совершенные в нарушение договорных ограничений (статья 18 Оттавской конвенции). В отношении факторинговых договоров, не охватываемых Оттавской конвенцией, но находящихся в сфере применения проекта конвенции ЮНСИТРАЛ, применима лишь последняя конвенция. Неприменимость Оттавской конвенции может объясняться конкретным характером договора, оно может также зависеть от географической сферы применения Оттавской конвенции, которая отличается от географической сферы применения проекта конвенции ЮНСИТРАЛ. Даже если цели этих конвенций не различаются, положения проекта конвенции ЮНСИТРАЛ имеют более всесторонний характер и содержат больше материально-правовых положений.

Кроме этого, по-разному определяются условия в отношении заявления требований, и обе конвенции устанавливают различные положения в отношении запрета на уступки.

Аналогичные проблемы возникнут и в связи с проектом конвенции МИУЧП/ИКАО о международных интересах в мобильном оборудовании и Протоколом по конкретным вопросам оборудования для воздушных судов. Рабочая группа экспертов в рамках проекта МИУЧП/ИКАО проведет свои заседания в начале марта этого года. Правительство Германии надеется, что эта Группа подготовит решение, которое будет приемлемо к обоим проектам.

ЛИТВА

[Подлинный текст на английском языке]

Название проекта конвенции

Название конвенции должно быть следующим: "Конвенция об уступке дебиторской задолженности в международной торговле".

Исключение уступок в потребительских целях (статья 4(a))

Было бы более точным заявить в статье 4(a) о том, что проект конвенции не применяется в тех случаях, когда требование, возникающее из потребительского договора, передается потребителю.

Отношение к дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью (статья 5)

Более предпочтительным представляется вариант В статьи 5.

Автономия сторон (статья 7)

Сфера действия статьи 7 представляется сомнительной. Мы считаем, что ограничение принципа автономии сторон должно применяться лишь в отношении императивных положений проекта конвенции. Например, согласно ее положениям статья 13 должна считаться императивной нормой. Поэтому стороны не должны иметь права не учитывать ее. Проект конвенции содержит другие императивные положения, отходить от которых стороны не имеют права. Проект конвенции может потерять всякий смысл, если стороны будут иметь возможность вносить иные нормы, нежели те, что содержатся в императивных положениях проекта конвенции. Поэтому в статье 7 должна содержаться оговорка, позволяющая сторонам по договоренности устанавливать другие права и обязательства, за исключением тех случаев, когда проект конвенции определяет права и обязательства сторон через императивную норму.

Момент уступки (статья 10)

В статье 10 проекта конвенции речь идет о моменте заключения договора уступки. Однако в национальном законодательстве различных государств момент, когда договор считается заключенным, определяется по-разному. Поэтому было бы более предпочтительным определить в проекте конвенции момент, когда договор уступки считается заключенным.

Договорные ограничения на уступку (статья 11)

Пункт 1 статьи 11 не соответствует основным принципам договорного права. Когда стороны договариваются о том, что кредитор не будет отказываться от претензии, подобное соглашение считается обязательным. Отход от этого принципа возможен лишь в отношении некоторых конкретных договоров, таких как договор факторинга. Однако его не следует устанавливать в качестве общей нормы, применимой ко всем договорам. Пункт 1 статьи 11 игнорирует совершенно разумный и законный интерес должника иметь дело с конкретным кредитором.

Принцип защиты потребителя (статья 17)

В статье 17 было бы целесообразно предусмотреть возмещение любых расходов, понесенных должником в результате любых изменений платежных инструкций.

Коллизии преимущественных прав (статья 24)

Необходимость статьи 24 сомнительна. Цель проекта конвенции заключается в унификации материального права, а не международного частного права. Поэтому вряд ли оправданно регулирование вопросов о применимом праве. Вопросы международного частного права можно было бы решить в рамках Гаагской конференции по международному частному праву.

Исключения в отношении публичного порядка (статья 25)

Статья 25 серьезно ограничивает возможность применения *lex fori*. Мы считаем, что проект конвенции должен разрешать суду не применять какую-либо норму применимого права, если эта норма явно противоречит не только публичному порядку государства суда, но также и императивным нормам *lex fori*.

Положения международного частного права (глава V)

Мы считаем, что следует исключить статью V, а вопросы о применимом праве должны регулироваться посредством какой-либо другой конвенции, поскольку цель настоящего проекта конвенции заключается в унификации материального права, а не международного частного права, и в любом случае согласно статье 37 государства могут заявить, что они не считают себя связанными главой V.

Исключения в отношении суверенной дебиторской задолженности (статья 39)

Статья 39 и другие статьи предоставляют государствам многочисленные возможности для отхода от применения одной или более статей проекта конвенции. Подобная широкая возможность отхода может ослабить эффективность проекта конвенции.

ПЕРУ

[Подлинный текст на испанском языке]

Название проекта конвенции

Наиболее соответствующим названием конвенции является следующее: "Конвенция об уступке дебиторской задолженности в международной торговле".

Сфера применения (статья 1 и 5)

С учетом статьи 5 статья 1, определяющая сферу применения, должна устанавливать, что проект конвенции будет применяться лишь в отношении торговой дебиторской задолженности или, точнее, дебиторской задолженности, возникающей из международных коммерческих сделок.

"Будущая кредиторская задолженность" (статья 6(b))

В статье 6 идея "будущей дебиторской задолженности" должна рассматриваться в отдельном подпункте аналогично другим терминам, определения которых даются в статье 6.

"Место нахождения" (статья 6(i))

В статье 6(i) следует указать, что оно относится к месту жительства лиц, участвующих в уступке. В определенных статьях - например, в статьях 23, 24, 25 и 30 - делается ссылка на "место нахождения". Необходимо конкретно указать, что здесь речь идет о "месте проживания".

"Части дебиторской задолженности" (статья 9)

В статье 9 упоминаются "части дебиторской задолженности". Было бы необходимо дать определение этого термина в статье 6.

Требования в отношении формы, касающиеся возникновения прав, обеспечивающих дебиторскую задолженность (статья 12(5))

Необходимо уточнить пункт 5 статьи 12, поскольку создается впечатление, что положения проекта конвенции будут иметь преимущественное право над положениями национального права. В Перу, например, залговые и права удержания, а также залговые права в силу судебного решения должны публично регистрироваться, что в свою очередь требует соблюдения определенных формальностей.

Возражения и права на зачет со стороны должника (статья 20)

В пункте 3 [испанского текста] содержится ссылка на статью 10, в то время как ссылка должна быть на статью 11.

Изменение первоначального договора (статья 22)

Пункт 1 сформулирован нечетко. Вероятно, была допущена ошибка при редактировании текста, поскольку в нем утверждается, что договоренность, заключенная до уведомления об уступке, имеет силу, в то время как подобная договоренность не должна иметь силы. В пункте 2(b) говорится о "разумном" цессионарии, однако было точнее сослаться на "внимательного" цессионария.

Право, применимое к отношениям между цедентом и цессионарием (статья 28)

Положения, изложенные в пункте 2 статьи 28, отходят от соответствующей нормы международного частного права, содержащейся в Гражданском кодексе Перу. Согласно этой последней норме, если стороны не выбрали применимого права, то применимым является право места осуществления договора или, если договор должен осуществляться в разных странах, применимым является право, регулирующее основное обязательство, или, если это нельзя определить, право места заключения договора. Это замечание также касается статей 29 и 30, за исключением кредиторов цедента и управляющего в деле о несостоятельности, права и обязательства которого регулируются отдельным правовым режимом. Это замечание и замечание в отношении пункта 5 статьи 12 квалифицируются статьями 37 и 38, что позволяет государству заявить по своему усмотрению о том, что оно не будет считать себя связанным этими положениями.

РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

[Подлинный текст на английском языке]

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Корея считает, что международная конвенция, направленная на улучшение положения в отношении уступок кредиторской задолженности в международных сделках, будет стимулировать международную торговлю и финансы, обеспечивая наличие более дешевых кредитов. Поэтому Корея поддерживает проект конвенции, который в настоящее время рассматривается в Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, при условии, что этот проект конвенции приведет к улучшению положения в отношении уступки кредиторской задолженности и будет надлежащим образом защищать права сторон, затронутых подобной уступкой. Признавая экономическую цель проекта конвенции, Корея отмечает также, что нормы, регулирующие уступку кредиторской задолженности, имеют социальные и политические последствия, требующие серьезного рассмотрения. Кроме того, Корея желает подчеркнуть, что определенные нормы национального права в отношении уступки кредиторской задолженности являются неотъемлемой частью национальной правовой системы, которая не позволяет вносить в нее радикальные изменения. Высказав эти замечания общего характера, Корея хотела бы перейти к конкретным замечаниям по следующим вопросам.

II. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Название, преамбула и определение финансирования под дебиторскую задолженность, содержащееся в статье 6(с)

Корея не считает обязательным ограничивать сферу применения проекта конвенции уступками при финансировании под дебиторскую задолженность. Корея придерживается мнения о том, что проект конвенции должен в целом применяться к уступке дебиторской задолженности в международной торговле. Поэтому, чтобы название отражало эту идею, необходимо исключить из него слова "при финансировании" и вставить слова "в международной торговле". Формулировку преамбулы также следует привести в соответствие с этой поправкой. Соответственно, по мнению Кореи, в проекте конвенции нет необходимости оставлять определение финансирования под дебиторскую задолженность.

Сфера применения главы V (статья 1(3))

Корея считает, что сфера действия главы V должна соответствовать сфере действия проекта конвенции. Поэтому глава V должна применяться к "уступкам международной дебиторской задолженности и к международным уступкам дебиторской задолженности, как это определяется в главе I".

Виды практики, касающиеся уступки финансовой дебиторской задолженности (статья 5), и виды практики, касающиеся уступки дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или арендой воздушных судов и других видов мобильного оборудования (статья 36)

Не следует применять проект конвенции к определенным финансовым сделкам, которые технически являются уступками дебиторской задолженности, но не предназначены для предоставления кредита (т.е. к сделкам по повторному приобретению и свопам). Применение проекта конвенции к этим видам уступки лишь нарушит установившуюся практику и вызовет недоразумения. Поэтому подобные сделки должны быть полностью исключены из сферы применения проекта конвенции.

Проект конвенции не должен содержать какие-либо нормы, четко относящиеся к уступке дебиторской задолженности, возникающей из продажи или аренды воздушных судов и других видов мобильного оборудования, подпадающих под сферу действия предварительного проекта конвенции, в настоящее время находящегося на стадии подготовки в рамках ЮНИДРУА. Корея считает, что вопрос об отношениях между этими двумя конвенциями следует оставить на рассмотрение в соответствии с нормами международного права. Любое положение об отношениях между этими двумя текстами, которое соответствует нормам международного права, будет излишним, в то время как положение, не соответствующее нормам международного права, лишь приведет к коллизии.

"Место нахождения" (статья 6(i))

Необходимо дать четкое определение термину "место нахождения". В то же время это определение должно также обозначать определенное место в качестве места, где соответствующая сделка фактически достигнута и происходит. Поэтому Корея может принять в качестве места нахождения то место, где находится коммерческое предприятие. Если цедент или цессионарий имеет более чем одно коммерческое предприятие, Корея предлагает считать коммерческим предприятием то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором. Далее Корея предлагает считать местом нахождения то место, в котором осуществляется центральное управление, если нет доказательств иного. Это предложение обеспечит четкую ссылку на "место нахождения" и будет также охватывать ряд исключительных случаев, когда сделки заключаются на месте на уровне отделений, как это часто происходит с банковскими сделками.

Применение приложения к проекту конвенции (статья 40)

Корея предпочитает предусмотреть применение приложения в соответствии с содержащимся в статье 40 вторым предложением в квадратных скобках, поскольку это предложение более четко определяет различные варианты для государств.

Прочие исключения и последствия заявлений (статьи 39, 41(5), 43(3) и 45(3))

Корея решительно выступает за принятие статьи 39, которая позволяет государствам исключать другие виды практики из сферы применения проекта конвенции. Финансовые системы государств находятся на различных стадиях развития. Определенные виды финансовой практики также значительно отличаются друг от друга в разных государствах. Кроме того, быстрое развитие финансовой сферы может сделать применение проекта конвенции к определенным видам уступки дебиторской задолженности неуместным. Поэтому государство может быть вынужденным неизбежно исключить определенные виды практики из сферы применения проекта конвенции. Это свидетельствует о необходимости "страховочной сетки", предусмотренной в статье 39. Что касается последствий

заявлений, то Корея желала бы принять все заключенные в скобки предложения в статьях 41, 43 и 44 документа A/CN.9/446, приложение I, вместе с другими положениями этих статей.

A/CN.9/472/Add.1

**Подборка замечаний правительств и международных организаций
Добавление**

ГОСУДАРСТВА

ШВЕЙЦАРИЯ

[Подлинный текст на английском языке]

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Имеем честь направить ответ на записку Генерального секретаря Организации Объединенных Наций от 29 ноября 1999 года относительно проекта конвенции об уступке дебиторской задолженности. Высоко ценим возможность представить свои замечания по проекту конвенции и при этом с удовлетворением отмечаем, что Рабочая группа по международной договорной практике ЮНСИТРАЛ выполнила значительный объем работы. В частности, можно надеяться, что проект конвенции ликвидирует препятствия на пути трансграничного финансирования под дебиторскую задолженность и таким образом будет содействовать заключению подобных сделок. Проект конвенции первоначально встретил благоприятную реакцию со стороны рыночных кругов, что свидетельствует о том, что единообразные нормы соответствуют практическим нуждам.

Отмечаем также, что проект конвенции затрагивает все аспекты трансграничных уступок наиболее полным образом. Однако мы отмечаем, что отсутствие нормы, касающейся формы уступки, может весьма негативно сказаться на международной торговой практике. Мы осознаем, что этот вопрос обсуждался в течение длительного времени, но Рабочая группа так и не смогла достичь компромисса. Однако ввиду определенной важности этого вопроса мы приветствуем любые предложения по решению этой проблемы, включая предложения о включении в текст вариантов, из которых Договаривающиеся государства могли бы сделать свой выбор (подобные варианты могли бы включать отсутствие какой бы то ни было формы вплоть до требований о письменной форме).

Мы ограничимся в своих замечаниях вопросами, которые еще предстоит решить на сессии Комиссии, как они перечислены Генеральным секретарем в вышеупомянутой записке.

Название/преамбула

В отношении названия высказывались аргументы в пользу трех вариантов, ни один из которых не является безупречным. Необходимо выбрать название, которое соответствует широкой сфере действия проекта конвенции в области международных коммерческих уступок. Название не должно создавать впечатление как будто какие-то важные виды практики исключены. Поэтому мы бы предпочли название, из которого нельзя сделать вывод о том, что сфера действия проекта конвенции может быть ограничена уступками только при финансировании под дебиторскую задолженность, и которое было бы примерно следующим: "Конвенция об уступке дебиторской задолженности".

Тем не менее целесообразно обратить внимание на одну из наиболее важных целей проекта конвенции, а именно - содействовать получению кредитов через финансирование под дебиторскую задолженность. Об этом можно заявить в преамбуле и, возможно, также в комментарии по проекту конвенции. Таким образом, мы сохраняем ссылку на финансирование под дебиторскую задолженность в преамбуле, включая содержащиеся в третьем пункте примеры практики финансирования под дебиторскую задолженность. Кроме того, в комментарий можно включить формулировку, касающуюся этого важного аспекта.

Термин "финансирование под дебиторскую задолженность" более не используется в постановляющих частях конвенции, т.е. во всех частях кроме преамбулы. Поэтому следует исключить из статьи 6(с) соответствующее определение.

Сфера действия главы V (статья 1(3))

Необходимость в главе V и сфера ее действия в отношении международного частного права вызвали довольно противоречивые дебаты. Однако большинство делегаций были склонны включить подобные нормы в проект

конвенции ввиду отсутствия во многих правовых системах норм международного частного права, касающихся уступок. Из данного подхода следует вывод о том, что глава V должна применяться независимо от того, находится ли cedent или должник в одном из Договаривающихся государств. Было бы на самом деле трудно оправдать сохранение этой главы лишь единственной целью заполнения пробелов согласно статье 8(2). По этой причине мы в принципе хотели бы снять квадратные скобки вокруг статьи 1(3). Тем не менее необходимо учитывать в некоторой степени самостоятельный характер главы V, которая фактически представляет собой конвенцию внутри данного проекта конвенции. Механизм выбора в пользу применения главы V, а не механизма выбора в пользу неприменения, предусмотренный в статьях 1(3) и 37, будет более точно отражать сложившуюся ситуацию.

Финансовая дебиторская задолженность (статья 5)

Необходимо удовлетворить конкретные потребности сферы финансовых услуг в отношении уступок международной банковской практики. Вопрос в том, следует ли полностью исключить подобную практику из сферы действия проекта конвенции или предусмотреть какие-то конкретные нормы. Хотя в начале работы Рабочей группы считалось, что проект конвенции охватывает в основном торговую дебиторскую задолженность, то сейчас перед нами текст, который применим для регулирования всех видов коммерческих сделок и который в значительной степени отвечает интересам сферы финансовых услуг. Поэтому представляется целесообразным включить в проект конкретный свод норм, в общем отвечающий положениям статьи 5, поскольку уступки в банковской практике отличаются от уступок торговой дебиторской задолженности. Чтобы сохранить последовательность, исключения из общих правил должны быть как можно более ограниченными и четкими. Этим критериям отвечает вариант В. Формулировка варианта А не очень четкая и может вызвать проблемы, связанные с ее толкованием, несмотря на то, что она содержит меньше исключений из норм проекта конвенции, чем вариант В. Хотя мы поддерживаем статью 5 в целом и вариант В в частности, тем не менее считаем целесообразным дать скорее позитивное определение неторговой дебиторской задолженности, чем негативное, содержащееся в статье 6(1). Мы полностью осознаем трудности, связанные с формулированием определения, которое должно быть достаточно широким для охвата не только нынешних, но и будущих видов практики. Однако мы считаем, что этот вопрос заслуживает дальнейшего рассмотрения Комиссии.

Определение "места нахождения" (статья 6(i))

Определение связующего фактора "места нахождения" вызвал массу разногласий и продолжает обсуждаться делегациями. Этот факт предполагает, что ни одно решение не является полностью безупречным. Однако возник ряд элементов, которые должны помочь Комиссии достичь консенсуса. Одним из них является необходимость использования объективных критериев для установления места нахождения в целях определения преимущественного права. Что касается правовых систем, требующих в публичной регистрации для обеспечения эффективной деятельности, третьей стороны должны иметь возможность легко установить то место, куда им следует обращаться с требованиями или претензиями. Другим элементом является гибкость в определении места нахождения должника для целей применения проекта конвенции. Еще один элемент - необходимость недопущения отхода от других единообразных текстов в большей степени, чем это необходимо.

Статья 6(1) отвечает большинству из этих требований и поэтому представляет собой солидную базу для дальнейшего обсуждения. Однако мы настроены скептически в отношении специальных норм по определению места нахождения отделений банков. Во-первых, не ясно, нужны ли такие специальные нормы. Во-вторых, в любом случае любые специальные нормы должны отвечать вышеупомянутым принципам, в частности: для целей положений проекта конвенции, касающихся преимущественного права, определение места нахождения должно основываться на объективном критерии. Определение, построенное на записи в бухгалтерских книгах какого-либо банка, не отвечает этому требованию.

Поступления (статья 26)

В отношении статьи 26, затрагивающей право, применимое к поступлениям, мы разделяем мнение о том, что концепция поступлений является коммерчески оправданной и должна рассматриваться в проекте конвенции. Однако нынешняя формулировка статей 24 и 26 может привести к разнотолкам и неопределенности. В частности, следует еще больше прояснить взаимоотношения между статьями 24(b) и 26. Статья 24(b) затрагивает поступления и преимущественные права в отношении поступлений при помощи нормы, регулирующей коллизию прав, обуславливая "наличие и степень права... в поступлениях..., а также приоритет... в этих поступлениях" правом государства, в котором находится cedent. Внешняя статья 26 затрагивает те же вопросы при помощи материально-правовой нормы. В действительности статья 26 представляет собой единообразную норму в отношении вопроса, который согласно статье 24(b) оставляется на усмотрение национального права государства, в котором находится cedent. Вывод: эти нормы затрагивают один и тот же вопрос, что приводит к коллизии, и поэтому они нуждаются в дальнейшем разъяснении. Один из способов более четкого изложения этого вопроса заключается в том, чтобы оставить наличие и степень прав в поступлениях на усмотрение права государства, где находится cedent, однако потребовать, чтобы эти государства признали права в поступлениях, по крайней мере как это предусмотрено в

статье 26, т.е. считать это последнее положение минимальной нормой. В результате не будут затронуты правовые системы, более широко признающие права в поступлениях.

Кроме того, хотя концессия поступлений является разумной с точки зрения коммерческой практики, мы бы хотели предложить избежать термина "поступления". Этот термин, несомненно, вытекает из систем, пользующихся обычным правом. В принципе, в единообразных нормах права не должны использоваться термины, имеющие недвусмысленное значение в какой-либо правовой системе, поскольку пользователи в такой системе обычно не замечают единообразного характера такой нормы, а пользователи в других правовых системах могут столкнуться с трудностями при понимании такой нормы. Термин "поступления" можно было бы заменить такими терминами, как "платеж" или "субститут".

ТУНИС

[Подлинный текст на арабском языке]

Название

Как отмечается в статье, посвященной сфере применения, проект конвенции регулирует уступки путем продажи (для целей финансирования, а именно получения суммы) и уступки путем обеспечения (для получения кредита). Название, содержащее ссылку на "финансирование", не полностью отражает сферу действия проекта конвенции, поскольку оно ограничивается ссылкой на сделки в целях финансирования (для получения суммы). Поэтому более предпочтительным было бы название "Уступка дебиторской задолженности в международной торговле", в частности потому, что оно полностью отражает сферу действия и цели проекта конвенции. Было бы целесообразно утвердить такое название и исключить из него любую ссылку на финансирование под дебиторскую задолженность. Однако следует отметить, что в случае сохранения ссылки на финансирование следовало бы изменить название следующим образом: "Уступка дебиторской задолженности в целях финансирования". Подобная формулировка была бы более точной и более близкой к названию французской версии ("cession de créances à des fins de financement").

Преамбула

Было бы целесообразно в первом пункте заменить слово "неопределенности" словами "отсутствие ясности". Во втором пункте предлагались слова "уступка дебиторской задолженности" и слова "финансирование под дебиторскую задолженность". Первое выражение: "уступка дебиторской задолженности" было бы предпочтительным, поскольку речь идет об уступке дебиторской задолженности с целью получения имеющих ценность средств, а также с целью получения кредита. В пятом пункте было бы целесообразно заменить слова "доступные ставки" словами "доступная стоимость" и избежать повторения формулировок, возникающего в результате использования там слова "facilitate" и слова "affordable" (относится только к арабской версии). Предлагаемая поправка позволит уточнить значение данного пункта.

Сфера применения (статьи 1, 2 и 3)

В пункте 2 слова "за исключением случаев, когда" следует заменить словами "если [должник] не [находится] ...". В пункте 4, похоже, ошибочно указан номер статьи, на которую в данном пункте делается ссылка. Правильный номер - 40, а не 36.

Статьи 2 и 3 соответственно содержат определения международного характера и уступки. Они никак не связаны со сферой применения. Поэтому было бы целесообразно включить их в статью 6, содержащую определения. Подпункт (а) статьи 2 необходимо упростить следующим образом: "Создание прав в дебиторской задолженности в качестве обеспечения долга или иного обязательства считается уступкой".

Определения (статья 6)

В подпункте (е) в соответствии с наблюдающимися в последнее время тенденциями в законодательстве, позволяющими использование современных средств связи, было бы целесообразно вместо слов "сообщение в письменной форме" вставить слова "информация в отслеживаемой письменной форме". Подпункт (j) следует изменить следующим образом: "Право" означает право, действующее в каком-либо государстве, за исключением норм международного частного права".

Действительность уступки (статья 10)

Слова "в момент заключения договора уступки" следует заменить словами "на дату заключения договора уступки".

Гарантии со стороны цедента (статья 14)

Пункт 2 следует изменить следующим образом: "Если цедент и цессионарий не договорились об ином, цедент не может быть гарантом произведения должником платежа или финансовой возможности должника произвести платеж".

Публичный порядок (статья 25)

В пункте 1 слова "the public policy of the forum State" следует заменить словами "the public order of the forum State". Необходимо ответить, что во французском варианте использованы слова "ordre public".

Право, применимое к отношениям между цедентом и цессионарием (статья 28)

Пункт 3 следует изменить следующим образом: "Если договор уступки связан только с одним государством, тот факт, что цедент и цессионарий выбрали право другого государства, не наносит ущерба применению права государства, с которым связана уступка, если нормы его юрисдикции [не разрешают соглашение в отношении выбора применимого права] [не разрешают исключение применения его права по согласию между сторонами]".

Право, применимое к приоритету прав (статья 30)

Настоящая статья повторяет, по форме и по содержанию, положения статей 24 и 25, и поэтому ее следует исключить.

Применение приложения (статья 40)

Представляется, что в арабской версии настоящей статьи сделана ошибка. Ссылку необходимо делать на разделы I и II или раздел III приложения, а не проекта конвенции. Перед словами "настоящей Конвенции" вставить слова [приложения к].

Статья 43

В пункте 3 слова "совершенным в дату вступления настоящей Конвенции в силу" заменить словами "совершенном, начиная с даты вступления настоящей Конвенции в силу".

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ

АССОЦИАЦИЯ КОММЕРЧЕСКОГО ФИНАНСИРОВАНИЯ

[Подлинный текст на английском языке]

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Ассоциация коммерческого финансирования (АКФ) хотела бы воспользоваться данной возможностью для того, чтобы официально воздать должное Рабочей группе за проделанную ею целесткую работу и проявленную ею приверженность к настоящему проекту. Достижению целей ЮНСИТРАЛ по содействию развитию международной торговли через обеспечение наличия коммерческого финансирования по более доступным ставкам помогут большая четкость и логичность, которые проект конвенции об уступке дебиторской задолженности ("проект конвенции") привнесет в практику, связанную с уступкой дебиторской задолженности.

В настоящей версии проекта конвенции (A/CN.9/466, приложение I) удалось добиться высокой степени четкости и логичности, сохранив при этом баланс между многими различными правовыми системами и публичным порядком государства-участников. АКФ представляет приведенные ниже конкретные замечания в стремлении улучшить этот проект в соответствии с намерениями вышеупомянутых участников.

Кроме того, мы хотели бы подчеркнуть, что после завершения и принятия проекта конвенции все еще сохранится потребность в достижении дальнейшего прогресса в деле создания реестра для регистрации публичных уведомлений. Подход, упомянутый в настоящем приложении к проекту конвенции и связанный с разрешением каждому государству выбрать один из вариантов системы регистрации, является приемлемым компромиссом, необходимым для всемирного принятия проекта конвенции. Однако мы по-прежнему считаем, что транспарентность и определенность, которые публичная система регистрации обеспечит в определении наличия и приоритета коллидирующих требований, крайне необходимы для расширения финансирования под дебиторскую задолженность.

II. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Последующие уступки (статья 1(1)(b))

В статье 1(1)(b) должно содержаться то же требование в отношении последующих уступок, как и содержащееся в статье 1(1)(a) требования первоначальным уступкам. Для обеспечения последовательности в применении того правового режима, который является применимым к различным уступкам, в отношении любых последовательных уступок, подпадающих под действие проекта конвенции, необходимо четко указать, что цедент находится в одном из Договаривающихся государств. Мы считаем, что именно этого всегда и добивалась Рабочая группа.

Уступка дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью (статья 5)

Учитывая важность проблем, с которыми все еще связано возможное применение вариантов А или В, или любой альтернативы, АКФ не может в настоящее время высказать свое мнение. Необходимо дальнейшее обсуждение, с тем чтобы лучше понять интересы других отраслей или видов коммерческой практики, которые могут быть затронуты данным проектом конвенции.

Определение "места нахождения" (статья 6(i))

В ходе сессии Рабочей группы, состоявшейся в октябре 1999 года, был поднят вопрос о том, необходимо ли дальнейшее уточнение при определении места нахождения местного отделения иностранного банка. Без каких бы то ни было уточнений место нахождения будет вновь означать центральное управление самого банка, что приведет к нежелательным последствиям. Делегация США предложила обратить особое внимание на место нахождения юридического лица, в бухгалтерских книгах которого зарегистрирована эта дебиторская задолженность. Такое предложение представляется приемлемым решением, поскольку оно соответствует обычной практике иностранных отделений. Кроме того, его можно легко включить в стандартные гарантии уступки, ослабив таким образом необходимость в соблюдении цессионарием обременительного принципа надлежащей осмотрительности [усилий по выявлению].

Действительность и момент действительности уступки (статьи 9 и 10)

Комиссии необходимо будет урегулировать разногласия в данных статьях в отношении момента действительности уступки будущей дебиторской задолженности. Момент действительности уступки будущей дебиторской задолженности необходимо увязать с заключением договора уступки независимо от того факта, что сама дебиторская задолженность не "возникает" до более позднего момента. Подобная правовая фикция необходима не только для коллидирующих приоритетов цессионариев, но она также крайне необходима для анализа любого дела о банкротстве.

Договорные ограничения на уступку (статья 11)

Комиссии также необходимо рассмотреть вопрос о потенциальной способности должника аннулировать основной договор. Поскольку это может лишить цессионария права на истребование задолженности, не будет достигнута цель проекта конвенции. Цессионарии понимают, что они должны принять уступку с учетом любых возражений, связанных с осуществлением основного договора. Однако в свете важности статей 11 и 12, направленных на ослабление последствий применения договорных положений о недопустимости уступки, предоставление возможности должнику использовать нарушение подобного положения в иске против цедента с целью аннулирования самого договора будет полностью противоречить идее предполагаемой защиты, предоставляемой пунктом 2 статьи 11 цессионарию, который просто знал о таком положении, но тем не менее решил принять уступку.

Гарантии со стороны цедента (статья 14)

Из статьи 14 не явствует, предоставляются ли гарантии только первоначальному цессионарию или также и любому последующему цессионарию. В результате не ясно также, может ли любой последующий цессионарий предъявить цеденту требования в связи с нарушением гарантий. Мы считаем, что необходимо оставить на усмотрение самих сторон определение того, кто имеет право пользоваться предоставленными гарантиями. Если нет четкой договоренности об ином, экономические последствия такого решения сторон должны касаться только первоначального цессионария.

Право на платеж (статья 15)

Пытаясь предотвратить предоставление излишних преимуществ цессионарию, нарушившему договоренность с цедентом, пункт 2 статьи 15 может предоставить должнику или какой-либо иной стороне не предусмотренные возможности в случае, если уведомление, направленное в нарушение договоренности между цедентом и цессионарием, является недействительным для целей статей 20, 22 или 24-26. Хотя цессионарий, неправомочно

направивший уведомление должнику, не должен получить от этого никакой выгоды, цессионарий не должен пострадать от этих тяжелых последствий, несмотря на вид и тяжесть нарушения. Необходимо по крайней мере предусмотреть какое-либо ограничивающее положение, увязывающее нарушение с наказанием. В пункт 2 статьи 15 можно добавить следующую фразу: "если положение договоренности, которое было нарушено, имело целью иной результат".

Право, применимое к коллизии требований (статья 24)

Вполне могут возникнуть значительные расхождения между формулировкой пункта (а)(i) и целью, которую преследовала Рабочая группа при определении степени и приоритета права цессионария в отношении коллидирующих прав цессионариев. Основным условием для применения данного подраздела является следующее: цессионарии должны получить свои уступки одной и той же дебиторской задолженности от одного и того же cedenta. В ряду последующих уступок (весьма вероятно, в синдицированных займах и сделках по секьюритизации активов, когда заимодатели и инвесторы получают свои неразделенные проценты посредством отдельной уступки) последний цессионарий технически не получает свою уступку от того же cedenta. Поэтому при буквальном толковании проекта конвенции в ней не будет содержаться материально-правовой нормы, регулирующей коллидирующие требования этого цессионария по отношению к цессионарию, который, например, получил свои права в уступке от первоначального cedenta.

По нашему мнению, Рабочая группа намеревалась охватить эту ситуацию, исходя из того, что любые последующие уступки исходят из первоначальной уступки и, таким образом, по мнению Рабочей группы - от "того же самого" cedenta. Однако нигде в тексте проекта конвенции к термину "cedent" не применяется никакая квалифицирующая формулировка, которая давала бы возможность провести различие между первоначальным или любым последующим cedentом. На самом деле все обстоит совершенно иначе: статья 2(b) была включена для пояснения того, что этот термин может использоваться при ссылке как на первоначального, так и на любого последующего cedenta. Чтобы решить эту проблему, возможно, необходимо включить в комментарий разъяснение по этому поводу или пересмотреть текст статьи 24(a)(i), с тем чтобы показать, что уступка происходит, непосредственно или косвенно, от одного и того же "первоначального" cedenta.

Статья 36

АКФ твердо считает, что не следует применять никаких исключений в отношении дебиторской задолженности, возникающей от продажи или аренды мобильного оборудования, охватываемых проектом конвенции о международных интересах в мобильном оборудовании, разработкой которого в настоящее время занимается МИУЧП. Более объемный и всесторонний характер настоящего проекта конвенции требует предоставить ей преимущественное право.

ЕВРОПЕЙСКАЯ БАНКОВСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ*

[Подлинный текст на английском языке]

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Рабочая группа ЮНСИТРАЛ по международной договорной практике, которой была поручена подготовка унифицированной правовой нормы по уступке дебиторской задолженности, на своей последней сессии в Вене в октябре 1999 года утвердила проект конвенции для представления его на сессии Комиссии, которая состоится в июне 2000 года в Нью-Йорке. В этом проекте конвенции еще не окончательно решены, в частности, вопросы, касающиеся режима в отношении финансовой дебиторской задолженности и значения термина "место нахождения", и Европейская банковская федерация с удовлетворением пользуется возможностью, чтобы представить свои мнения по этим вопросам.

Мы приветствуем инициативу ЮНСИТРАЛ по разработке проекта конвенции и надеемся, что унификация права, регулирующего уступку дебиторской задолженности, в значительной степени повысит наличие кредита для содействия международной торговле. Поэтому важно, по нашему мнению, чтобы положения проекта конвенции не нанесли непреднамеренно ущерба правовой основе широко используемых финансовых договоров и наличию кредита для содействия торговле. Поэтому мы предлагаем решить еще не урегулированные Рабочей группой вопросы следующим образом:

* Европейская банковская федерация представляет интересы более 3 000 банков в ЕС, а также в Швейцарии, Норвегии и Исландии.

1. Действительность предусматривающих недопустимость уступки договоренностей, касающихся финансовой кредиторской задолженности, следует сохранить в тех случаях, когда они представляют собой неотъемлемую часть структуры сделки, т.е. более ограниченное исключение, чем то, которое уже содержится в настоящем проекте.

- Необходимо отдать предпочтение варианту В, однако сферу действия исключения следует ограничить статьями 11 и 12 и только теми случаями, когда должник не дает согласия на уступку.
- Определение термина "торговая дебиторская задолженность" в статье 6(1) следует изменить, исключив из него дебиторские задолженности, возникающие в связи с платежными системами или системами расчетов по ценным бумагам, и дебиторские задолженности, возникающие в связи с финансовыми договорами, регулируемые соглашениями о взаимных расчетах. Необходимо добавить определения терминов "платежная система или система расчетов по ценным бумагам", "финансовый договор" и "соглашение о взаимных расчетах".
- Термину "финансовый договор" следует дать достаточно широкое определение, так чтобы исключение относилось к применяемой финансовыми учреждениями общей практике предоставления кредитов с использованием в качестве обеспечения депозитного счета или счета ценных бумаг, а не к таким счетам в более общем смысле.

2. Определение термина "место нахождения" должно быть единым для всех сторон - cedenta, цессионария или должника - и должно предусматривать филиалы.

- В статье 6(1) термин "место нахождения" необходимо единообразно увязать в отношении cedenta, цессионария и должника, а не только должника, с "местом нахождения коммерческого предприятия, которое имеет наиболее тесную связь" с договором.

3. В положениях о платеже необходимо особо признать чрезвычайную важность международных усилий в борьбе с отмыванием денег.

- Статья 19 должна применяться к уступленным депозитным счетам в той степени, в какой получатель депозита в состоянии отвечать надлежащим требованиям об идентификации.

II. РЕДАКЦИОННЫЕ ПРЕДЛОЖЕНИЯ

Ограничение в отношении дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью (статья 5)

Мы предлагаем принять вариант В, добавив в него слова "если должник не дает согласия" и исключив из него слова "... раздел II главы IV...", с тем чтобы измененный текст звучал следующим образом (поправки подчеркнуты):

"Если должник не дает своего согласия, статьи 11 и 12 касаются лишь уступок торговой дебиторской задолженности. Что касается уступок дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью, вопросы, затрагиваемые в этих статьях, должны регулироваться в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права".

Определения и правила толкования (статья 6)

Мы предлагаем внести в статью 6(i) поправку, с тем чтобы унифицировать определение термина "место нахождения" для всех сторон - cedenta, цессионария или должника - с тем чтобы это определение звучало следующим образом (поправки подчеркнуты):

- i) лицо находится в государстве, в котором расположено его коммерческое предприятие;
- ii) если cedent или должник имеет более чем одно коммерческое предприятие, коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором;
- iii) если цессионарий имеет более чем одно коммерческое предприятие, коммерческим предприятием является то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с договором уступки;
- iv) если лицо не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание обычное место жительства этого лица".

Мы предлагаем внести в статью 6(1) поправку для обеспечения большей ясности вопросов, исключенных из определения термина "торговая дебиторская задолженность", с тем чтобы это определение звучало следующим образом (поправки подчеркнуты):

"l) "торговая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, возникающую в связи с первоначальным договором купли-продажи или аренды товаров или договором о предоставлении услуг, помимо дебиторской задолженности, возникающей в связи с платежными системами и системами расчетов по ценным бумагам, и дебиторской задолженности, возникающей в связи с финансовыми договорами, регулируемые соглашениями о взаимных расчетах или используемыми в качестве обеспечения".

Мы предлагаем также внести в статью 6 еще три определения:

"m) "платежная система или система расчетов по ценным бумагам" означает любое договорное соглашение между тремя или более участниками с общими правилами урегулирования платежных поручений или поручений на передачу ценных бумаг и любого связанного с этим обеспечения между участниками, будь то при участии центрального контрагента, агента по расчетам или расчетной палаты.

n) "финансовый договор" означает любую сделку-спот, сделку на срок, фьючерсную сделку, опционную сделку или сделку-своп, включающую процентные ставки, товары, ценные бумаги, акции, облигации, индексы или любые другие финансовые инструменты, любую сделку по повторному приобретению или кредитованию ценными бумагами, любую депозитную сделку или любую иную сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок и любое дополнительное или кредитное обеспечение, связанное с любой вышеупомянутой сделкой.

o) "соглашение о взаимных расчетах" означает соглашение, которое предусматривает один или более из следующих моментов:

a) чистое погашение платежей, подлежащих получению в той же валюте на ту же дату, будь то путем новации или каким-либо иным способом,

b) в случае несостоятельности или иного невыполнения своих обязательств одной из сторон, прекращение всех незавершенных сделок с выплатой компенсации по цене их замены или справедливой рыночной цене, конвертация таких денежных сумм в единую валюту и выплата в виде компенсации единым платежом одной стороной другой стороне и

c) зачет сумм, рассчитанных по схеме, изложенной в предыдущей формулировке (b) в рамках одного или более соглашений о взаимных расчетах".

Освобождение должника от ответственности путем производства платежа (статья 19)

Мы предлагаем изменить пункт 5 следующим образом (поправки подчеркнуты):

"5) Если должник получает уведомление об уступке от цессионария, должник имеет право потребовать от цессионария представить ему в течение разумного срока надлежащие доказательства того, что уступка была совершена, и если дебиторская задолженность представляет собой депозит, выполнить любые требования, предъявляемые с целью исключения отмывания денег как если бы цессионарий был депонентом, и если цессионарий этого не делает, должник освобождается от ответственности, произвести платеж цеденту. Надлежащие доказательства включают, в частности, любую письменную форму, исходящую от цедента, с указанием, что уступка была совершена".

III. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

1. Почему банки и другие финансовые учреждения заинтересованы в сохранении эффективности соглашений о недопустимости уступки в финансовых сделках?

На первый взгляд может создаться впечатление, что банк или иная сторона финансовой сделки находится в том же положении, что и любой другой должник в отношении к любой иной сделке. Но дело обстоит не так. Многие финансовые сделки связаны с кредитным риском, и уступка повышает не только подобный кредитный риск, но также и риски, связанные с обеспечением, разбирательством, несостоятельностью и нормативно-правовые риски.

Например, банк выдает через своего корреспондента аккредитив экспортеру третьей стороны от имени своего клиента-импортера под обязательство клиента возместить банку любую сумму, выплаченную по этому аккредитиву и с обеспечением за счет депозита клиента. Банк воспользуется этим депозитом в случае невыполнения клиентом своего обязательства. Если клиент уступает депозит цессионарию до момента невыполнения своего обязательства, цессионарий может потребовать от банка платежа, предоставив банку самому предъявлять требования в отношении своего клиента, кредитный риск которого банк не оговорил юридически (именно поэтому в конце концов он принял депозит в качестве обеспечения). В таком случае неотъемлемой частью сделки является условие о недопустимости уступки депозита, и если возникает сомнение в эффективности такого условия, то подобные сделки более не будут предлагаться клиентам.

Другим типичным видом сделки является процентный своп, где платежи, индексированные одной стороной фиксированной ставкой, сопоставляются с платежами, индексированными другой стороной плавающей ставкой, что позволяет обеспечить поток капитала в любом направлении. В подобном случае кредитный риск может нарастать в течение срока действия свопа по мере изменения процентных ставок, а индивидуальные платежи до взаимных расчетов часто очень невелики по сравнению с фактически выплачиваемой чистой суммой.

Соглашения о взаимных расчетах распространяют сферу действия этой концепции на целый ряд сделок и сводят все потоки наличности и обязательства к одной чистой сумме в валюте для расчетных целей и к одной единой сумме в случае невыполнения обязательств, включая ликвидацию любой из сторон. В рамках такого соглашения уступка индивидуальной "дебиторской задолженности" приведет к коренному изменению структуры и по этой причине обычно увязывается с предварительным согласием другой стороны соглашения. Нарушение положения о предварительном согласии составляет случай невыполнения обязательств, что ведет к прекращению действия всего соглашения. Как следствие оговорки о "перекрестном" невыполнении обязательств, которые включаются во многие финансовые соглашения, невыполнение обязательств по одному из таких соглашений приводит к прекращению действия всех других соглашений с потенциально невосполнимыми последствиями для клиента и значительным риском для финансового учреждения, вся структура портфеля которого может быть нарушена.

Нормативно-правовой режим соглашений о взаимных расчетах является серьезным фактором, определяющим готовность банков заключать подобные сделки. Регулирующие органы признают сокращение степени кредитного риска, разрешая соответствующие сокращения в необходимом капитале, что в свою очередь позволяет клиенту вступать в эту сделку с меньшими расходами. Однако регулирующие органы признают систему взаимных расчетов эффективной лишь в том случае, если банк получит четкое юридическое заключение о том, что это соглашение позволит обеспечить взаимные расчеты до, в течение и после периода несостоятельности. Если в этом заключении высказывается сомнение, вызванное неопределенностью в отношении применения проекта конвенции, соглашение о взаимных расчетах не будет считаться действительным для целей регулирования, банк не получит прибыли и поэтому цена сделки повышается.

Кроме того, уступка определенных видов дебиторской задолженности без согласия должника может в определенных условиях привести к непреднамеренному нарушению национальных нормативно-правовых положений. В некоторых ситуациях подобное нарушение может повлечь за собой гражданскую и уголовную ответственность должника. Например, если цедент в состоянии уступить определенные виды сделок таких, как соглашения репо, ссуды ценных бумаг или валютные свопы, первоначально заключенных за пределами Соединенных Штатов, цессионарию, находящемуся в Соединенных Штатах, то должник может оказаться в положении лица, допустившего техническое нарушение законодательства Соединенных Штатов о ценных бумагах или товарного законодательства (например, законодательства, касающегося публичного выпуска и продажи акций).

Все эти факторы неопределенности, несомненно, могли бы вызвать у финансовых операторов нежелание использовать эти финансовые инструменты, что сократило бы наличие кредитов для торговли и таким образом подорвало бы основную цель проекта конвенции.

2. Не решаются ли эти проблемы содержащимися в разделе II главы IV положениями о защите должника или формулировкой, предложенной в варианте А статьи 5?

Несмотря на то, что в одном из наиболее важных положений о защите должника в разделе II главы IV (статья 20) говорится, что любая уступка зависит от существующих прав на зачет, само оформление этого положения означает, что оно не охватывает механизмы закрытых соглашений о взаимных расчетах, обычно включаемые в подобные соглашения, которые все еще зависят от невыполнения обязательств и включают все существующие и будущие сделки в сфере их действия. Закрытое соглашение о взаимных расчетах также не всегда осуществляется путем использования зачета в качестве юридического механизма.

Вариант А статьи 5 разрешал бы совершение уступки дебиторской задолженности, но обеспечивал бы неприкосновенность прав и обязательств должника при отсутствии согласия. В результате этой сложной комбинации уступка действовала бы между цедентом и цессионарием, но вроде бы не затрагивала должника. В

случае ликвидации cedent должник становится бы кредитором, а цессионарий мог бы оспорить приоритет требования должника в ликвидации. В статье 24 предусматривается, что этот спор будет решаться в соответствии с правом государства, в котором находится cedent. Хотя должнику, возможно, и удастся опровергнуть требования цессионария, это будет связано с излишними расходами и перспективой потенциальной ликвидации отобьют у финансовых институтов охоту к участию в подобных договорах. Нереально также придавать требуемую действительность уступке в контексте, в котором подобное действие является неуместным.

В то время как режим, предлагаемый в варианте В, является ясным, режим, предложенный в варианте А, может, весьма вероятно, явиться одним из факторов с высокой степенью правовой неопределенности для финансовых рынков.

3. Зачем исключать из варианта В статьи 5 ссылку на раздел II главы IV?

Если дебиторская задолженность не является торговой дебиторской задолженностью, вариант В статьи 5 с предлагаемыми изменениями исключит применение статей 11 и 12. Если же в результате этого уступка не будет действительной из-за соглашения не совершать уступку без согласия должника, которое не было получено, то уступка не совершится и положения главы IV не применяются. Если, с другой стороны, не было необходимости в согласии должника или такое согласие было получено, положения главы IV должны применяться как и в отношении любой другой дебиторской задолженности. У нас нет желания сократить сферу действия проекта конвенции в большей степени, чем это необходимо для защиты сделок, в отношении которых мы выражаем свою обеспокоенность.

4. Зачем менять определение "торговой дебиторской задолженности" в статье 6(1)?

Цель поправок, предлагаемых к статье 6, касающейся определений, - ограничить сферу исключения финансовых договоров. Первоначальная формулировка определения "торговой дебиторской задолженности" исключала бы термин "финансовые услуги", который чрезвычайно широк по своему охвату и труден для определения. Предлагая исключить только дебиторскую задолженность, возникающую в связи с платежными системами и системами расчетов по ценным бумагам или в связи с финансовыми договорами, регулируемые соглашениями о взаимных расчетах или используемыми в качестве обеспечения, мы стремимся сузить сферу исключения и ограничить ее определенными категориями договоров или платежей, зависящих от механизмов взаимных расчетов или обеспечения, необходимость которых вызвана соображениями несостоятельности и которые предусматриваются международными нормами регулирования финансовой деятельности (включая правило достаточности капитала).

Среди финансовых учреждений распространена практика использования депозитов или ценных бумаг в качестве обеспечения в отношении торговых кредитов. В таких условиях уступка депозита или ценных бумаг зависит от согласия должника. Если бы владельцу счета было разрешено уступать подобный депозит или ценные бумаги без ограничений, то это резко понизило бы ценность депозитов или ценных бумаг в качестве обеспечения, что в свою очередь вызвало бы множество трудностей для финансирования торговли, которые предлагаемый проект конвенции стремится избежать.

5. Нужны ли дополнительные определения?

Мы считаем, что дополнительные определения, предлагаемые в проекте статьи 6(m), (n) и (o), значительно повышают четкость проекта конвенции и обеспечивают, чтобы сфера исключения в отношении финансовой дебиторской задолженности не превышала рамки, необходимые для снятия нашей озабоченности.

6. Как меры по предупреждению отмывания денег затрагивают уступки?

Международное сообщество поставило пресечение отмывания денег во главу угла в борьбе против незаконного оборота наркотиков и других серьезных преступлений. Перед финансовыми институтами были поставлены конкретные требования, в числе которых идентификация клиентов и установление того факта, что средства были получены из bona fide источника. Принимающие депозиты учреждения не могут согласиться на уступки депозитов третьим сторонам, если они не могут осуществить необходимую идентификацию и провести проверку добросовестности.

Наша обеспокоенность касается мошенничества или неправильного использования средств. Предположим, вкладчик г-н Смит уступает депозит г-ну Джонсу. В банк является человек, называет себя г-ном Джонсом и представляет подписанное г-ном Смитом письмо, подтверждающее факт совершения уступки. Затем он требует, чтобы банк вышлагал ему депозит наличными или третьей стороне - международным переводом. Банк подвергается риску стать участником незаконного перевода средств, как если бы он поступил, например, таким образом с чеком г-на Смита. Банки защищают себя, требуя надлежащей идентификации г-на Джонса до принятия чеков,

выписанных на его имя. Подобные проверки личности являются одним из элементов правил борьбы с отмыванием денег, требующих установление личности клиента, а не элементом подозрительной сделки.

Создается впечатление, что статья 19 лишает банк права требовать идентификации клиента. В статье 19(5) содержится положение о защите, предусматривающее, что должник может потребовать доказательства совершения уступки в письменной форме, однако это не решает проблемы идентификации цессионария. Поправка, предлагаемая к статье 19, разъясняет, что положения проекта конвенции не входят в коллизию с требованиями о предупреждении отмывания денег.

На самом деле, предложения в нашем проекте довольно ограничены в действии.

- Большинство депозитов не будет связано с положением о недопустимости уступки, таким образом не возникает вопрос о получении согласия должника. При наличии положения о недопустимости уступки в связи с использованием депозита в качестве обеспечения применяются те же аргументы, что и в отношении соглашений о взаимных расчетах.
- Банки обычно настаивают на идентификации цессионария, таким образом дополнительные формулировки, включенные в статью 19(5), лишь защищают банк и помогают избежать возникновения любого возможного спора. И вновь, поскольку большинство уступок совершается в отношении других финансовых учреждений, то необходимость в идентификации будет возникать довольно редко.

7. Зачем исправлять определение термина "место нахождения"?

Финансовые учреждения участвуют в уступках в качестве должников, cedentov и цессионариев и почти все финансовые учреждения действуют через свои отделения, которые обычно осуществляют свою коммерческую деятельность в соответствии с местным правом и юрисдикцией. Поэтому мы особенно заинтересованы в положениях, касающихся определения места нахождения стороны, имеющей более одного коммерческого предприятия. Мы считаем, что в случае наличия нескольких коммерческих предприятий предпочтение следует отдавать тому предприятию, которое имеет наиболее тесную связь с договором, по сравнению с центральным управлением, как в настоящее время предусматривается в отношении cedenta и цессионария в статье 6(i)(ii). Этот критерий "центрального управления" представляется особенно сомнительным в отношении cedenta главным образом по трем следующим причинам:

- во-первых, в случае если cedent является филиалом действующей на международном уровне группы, то посторонним лицам не ясно *ipso facto*, заключен ли договор с подчиненным отделением или с независимым филиалом;
- во-вторых, ссылка на центральное управление (или главную контору) может привести к уступке, которая осуществляется через филиал компании за пределами страны, в которой находится главная контора (и классифицируется как "международная уступка"), даже если этот филиал, а также цессионарий и должник созданы в рамках одного правового режима, отличающегося от режима в месте учреждения главной конторы. Это приведет к применению правового режима, который не имеет реальной связи с договором.

Например, компания, главная контора которой учреждена во Франции, уступает дебиторскую задолженность через свой филиал, учрежденный в Германии. Цессионарий и должник также находятся в Германии. Любая ссылка на главную контору (или центральное управление) может привести к применению французского права, несмотря на тот факт, что Франция не имеет реальной связи с договором;

- и наконец, ссылка на главную контору означает, что в случае коллизии правовых норм будет поощряться применение правовых режимов главной конторы без учета любой неотъемлемой правовой связи таких режимов с соответствующими сделками.

Соответствующее определение термина "место нахождения" в отношении всех участников сделки (cedent, цессионарий и должник) будет в большей степени соответствовать деловой реальности и поможет исключить возникновение любых вопросов, связанных с коллизией правовых режимов.

ГРУППА АДВОКАТОВ ПО ФИНАНСОВЫМ РЫНКАМ*

[Подлинный текст на английском языке]

Группа адвокатов финансовых рынков хотела бы поддержать рекомендации, недавно сделанные Европейской банковской федерацией (ЕБФ), по улучшению текста проекта конвенции ЮНСИТРАЛ об уступке, утвержденного Рабочей группой по международной договорной практике (Рабочая группа) на ее последней сессии в Вене в октябре 1999 года (проект конвенции). Мы приветствуем усилия ЮНСИТРАЛ по содействию увеличению объема финансирования трансграничной торговли и считаем, что принятие проекта конвенции приведет к большей унификации норм, регулирующих в настоящее время трансграничную уступку дебиторской задолженности.

Однако мы считаем, что проект конвенции не должен подрывать правовую основу, на которой в настоящее время заключаются и используются в качестве обеспечения международные договоры, касающиеся внебюджетных финансовых рынков. Как была проинформирована Рабочая группа, стандартные соглашения, используемые в настоящее время участниками внебиржевых рынков, содержат положение, четко запрещающее уступку любых основных прав или обязанностей одного контрагента до получения письменного согласия другого контрагента, и предусматривают определенные права и обязанности сторон в отношении обеспечения. Эти положения придают определенность и предсказуемость содержащимся в таких соглашениях положениям о зачете и взаимных расчетах и таким образом позволяют участникам рынка лучше регулировать их кредитные рынки в отношении контрагентов.

Поэтому мы соглашаемся с предложенными ЕБФ изменениями к проекту конвенции и предлагаем Комиссии включить в проект конвенции определенные термины "финансовый договор" и "соглашение о взаимных расчетах" с использованием предложенных ЕБФ формулировок. Однако в целях пояснения мы хотели бы отметить, что, как мы понимаем, данное ЕБФ определение термина "соглашение о взаимных расчетах" должно включать генеральные соглашения о взаимных расчетах (подобные тем, что в настоящее время публикуются ВК), которые позволяют одной из сторон закрывать некоторые, но не обязательно все, основные сделки в определенных ситуациях.

Мы разделяем также мнение ЕБФ о том, что проект конвенции не должен применяться к дебиторским задолженностям, возникающим из операций, связанных с платежной системой и системой расчетов по ценным бумагам. Разрешение участникам платежной системы и системы расчетов по ценным бумагам уступать кредиторские задолженности, по всей вероятности, серьезно помешает нормальной деятельности таких систем и подорвет определенность и окончательность расчетов. Поэтому мы соглашаемся с рекомендацией ЕБФ о том, что подобные дебиторские задолженности следует более четко исключить из сферы действия проекта конвенции.

Короче говоря, мы настоятельно призываем Комиссию утвердить изменения в тексте, предложенные ЕБФ в ее замечаниях. Мы еще раз выражаем свою признательность Комиссии за ее усилия по разработке правового режима, в рамках которого успешно развивалась бы система финансирования международной торговли. Мы готовы предоставить Комиссии любую дополнительную информацию, которая ей может понадобиться.

ЕВРОФАКТОРИНГ

[Подлинный текст на английском языке]

"Место нахождения" (статья 6(i))

Все еще остается открытым вопрос о месте нахождения цедента и цессионария, в то время как вопрос о месте нахождения должника был урегулирован вполне удовлетворительно. Положение о центральном управлении приведет к предсказуемым результатам в отношении применения проекта конвенции. Однако, если цедент имеет коммерческое предприятие (отделение) в Договаривающемся государстве, а центральное управление в государстве, не являющемся договаривающимся, проект конвенции не будет применяться. Исключение, предлагаемое в отношении отделений финансовых учреждений, должно отражать идею о том, что сфера применения проекта конвенции должна быть как можно шире и должна обеспечивать применимость проекта конвенции к только что упомянутым случаям. Мы приветствуем эту идею. Однако здесь возникают две проблемы, связанные с предлагаемым исключением. Во-первых, будет трудно определить исключения в отношении отделений определенных отраслей (следует ли исключить банки или финансистов или финансистов и страховые компании и

* Группа адвокатов по финансовым рынкам (ГАФР) создана в качестве независимого органа при поддержке Федерального резервного банка Нью-Йорка (ФРБНЙ) и состоит из представителей различных коммерческих и инвестиционных банков Соединенных Штатов Америки и Европы, действующих на внебиржевых валютных рынках. Основная обязанность ГАФР - координировать различные правовые проекты, предпринимаемые Нью-йоркским валютным комитетом (ВК). ВК, который также был организован под эгидой ФРБНЙ, представляет многих наиболее крупных участников международной торговли валютой. ГАФР занимается также разработкой законодательства, направленного на укрепление целостности финансовых рынков, и подготовкой документов и типовых договоров по конкретным связанным с рынком темам.

в рамках какого права следует определять, является ли конкретная коммерческая деятельность банковской деятельностью). В результате возникает неопределенность в отношении применения проекта конвенции.

С другой стороны, достоинства подобного исключения будут ограниченными. Ввиду того факта, что право, применимое к вопросам приоритета, следует определять при помощи ссылки на место нахождения цедента, исключение из этого приведет к применению норм приоритета страны, в которой находится отделение. Нет уверенности в том, что подобная норма приоритета будет признана в стране, в которой находится центральное управление цедента и в которой, по всей вероятности, будет начато производство по делу о несостоятельности. В результате этого в целях обеспечения своей защиты цессионарию также придется соблюдать правила приоритета страны, в которой находится центральное управление.

Это может показаться странным в отношении коммерческой деятельности, однако дебиторская задолженность, возникающая из договора с филиалом, с правовой точки зрения является дебиторской задолженностью, принадлежащей юридическому лицу, находящемуся в месте осуществления центрального управления. В отношении факторинга важность предусматриваемого исключения невелика, поскольку факторинговые компании и их клиенты имеют коммерческие предприятия в странах, которые, как ожидается, утвердят проект конвенции. Что касается банков с центральным управлением в "налоговом убежище" (которое, по всей вероятности, не примет проект конвенции) и филиалами в финансовых центрах, важность этого исключения опять же будет мала, по крайней мере в той степени, в которой такие банки могут выступать в качестве цессионариев, а не цедентов (и место их нахождения не будет играть роли в определении права, применимого к нормам приоритета).

Практически нельзя определить различные возможности в отношении применения правила о месте нахождения и исключения в отношении филиалов. Однако мы попытались найти по крайней мере способ систематизации и понимания согласованных к настоящему времени решений. В этом контексте мы хотели бы отметить, что, хотя место нахождения цедента в Договаривающемся государстве играет важную роль в определении сферы применения, а также применимых норм приоритета, место нахождения цессионария или должника не имеет никакого значения для этих вопросов (за исключением вопроса о международном характере).

Если в первую очередь имеет значение место нахождения цедента, то было бы целесообразным вначале установить, в какой степени коммерческая деятельность затрагивается этим правилом, и соответственно решить вопрос о любых исключениях. Комиссия, возможно, пожелает обратить внимание только на небольшое число случаев в отношении дебиторской задолженности, возникающей в стране нахождения цедента, и оставить в стороне последующие уступки, к которым, в силу положений о последующей уступке, проект конвенции будет применяться только по той причине, что ей предшествовала международная уступка.

Цедент	Филиал	Цессионарий	Филиал	Сфера применения	Приоритет по конвенции	
В договаривающемся государстве (в)	в	В договаривающемся государстве	отсутствует	да	да	Сделка в главной конторе
	вне			да	да	
	отсутствует			да	да	
В недоговаривающемся государстве (вне)	в			нет	нет	
	вне			нет	нет	
в	в	в	отсутствует	да	да	Сделка в филиале
	вне		в	Подлежит обсуждению (да)	Подлежит обсуждению (нет)	
вне	в		в	Подлежит обсуждению (да)	Подлежит обсуждению (нет)	
	вне		вне	нет	нет	
в	в	вне	отсутствует	да	да	Сделка в главной конторе
	вне		в	да	да	
	отсутствует		вне	да	да	
	в		в	нет	нет	
вне	вне		вне	нет	нет	

Цедент	Филиал	Цессionario	Филиал	Сфера применения	Приоритет по конвенции	
в	в	вне	в	да	да	Сделка в филиале
	вне		вне	Подлежит обсуждению (да)	Подлежит обсуждению (нет)	
	в		в	Подлежит обсуждению (да)	Подлежит обсуждению (нет)	
вне	вне		вне	нет	нет	

Форма уступки

Проект конвенции не содержит никакой существенной нормы в отношении формы уступки. Для обеспечения определенности, по крайней мере в отношении права, применимого к форме, в проекте конвенции должно конкретно оговариваться, что требования, предъявляемые к форме, регулируются правом страны, в которой находится цедент. Подобный подход должен соответствовать подходу, который применяется в отношении права, применимого к вопросам приоритета. В проекте конвенции также должно разъясняться, что, когда требуется согласие в письменной форме, то письменная форма понимается в соответствии с проектом конвенции, а именно, что она включает электронные средства связи, даже если подобные средства не признаются в стране, в которой находится цедент.

Финансовая дебиторская задолженность (статья 5)

Мы всегда приветствовали идею о том, что проект конвенции должен быть направлен на содействие выделению кредитов по более низким ценам без нарушения уже сложившейся на рынке практики. Если такие существующие виды практики могут быть надлежащим образом определены и отделены от практики, связанной с финансированием торговой дебиторской задолженности, например факторинга, мы не будем возражать против любых конкретных правил в отношении подобной практики. В данном контексте следует обсудить, то ли проект конвенции, то ли лишь определенные ее положения (например, статьи 11 и 12) не должны применяться к подобной практике. Против принятия проекта конвенции может возражать одна из промышленных групп на том основании, что конкретные исключения были предоставлены той, а не иной группе. Однако исходя из опыта, накопленного в контексте принятия Оттавской конвенции о международном факторинге (Оттавская конвенция) в Германии, против чего возражали определенные группы лишь на основании положений о недопустимости уступки, мы хотели бы отметить, что полное исключение определенных видов финансовой практики из сферы действия проекта конвенции может повысить вероятность принятия проекта конвенции.

Отношения с другими международными текстами (статья 36)

Исходя из политических причин, было бы целесообразно подчинить проект конвенции другим конвенциям и, в частности, Оттавской конвенции. Сфера действия Оттавской конвенции очень узка (она не охватывает даже все факторинговые операции), и нормы этих двух конвенций могут быть аналогичными. Однако подобный подход может привести к возникновению неопределенности. Стороны могут исключить применение Оттавской конвенции в целом (проект конвенции ЮНСИТРАЛ не позволяет полное исключение подобного рода). Если стороны исключают применение Оттавской конвенции, то возникает вопрос, будет ли для заполнения возникшего пробела применяться проект конвенции ЮНСИТРАЛ или национальное право. Кроме того, Оттавская конвенция позволяет определенные оговорки в отношении правила, касающегося положений о недопустимости уступки, и два государства сделали подобные оговорки.

Режим с национальными и международными правилами и исключениями в отношении недопустимости уступки и с международными правилами различного содержания и сферы применения не будет содействовать повышению степени правовой определенности и не будет соответствовать основным целям проекта конвенции. Ввиду вышесказанного, отдавая должное лицам, разработавшим проект конвенции, за их скромность, мы хотели бы предложить, с должным учетом Оттавской конвенции, что настоящий проект конвенции должен заменить Оттавскую конвенцию. В случае широкого принятия проекта конвенции подобный подход должен обеспечить определенность во всех видах факторинговых операций на международном уровне. Мы резервируем за собой право на дальнейшие замечания до тех пор, пока не получим возможности ознакомиться с замечаниями правительств и других организаций. Если мы получим приглашение ЮНСИТРАЛ, мы будем представлены на сессии Комиссии в июне 2000 года и будем приветствовать любые замечания по вышеизложенным идеям.

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ИНСТИТУТ УНИФИКАЦИИ ЧАСТНОГО ПРАВА (МИУЧП)

[Подлинный текст на английском языке]

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Секретариат МИУЧП пользуется этой возможностью, чтобы отдать должное Рабочей группе за отличную работу, проделанную ею в этой трудной области. В целом он отмечает косвенное признание той роли, которую сыграла Конвенция МИУЧП о международном факторинге при подготовке данного проекта конвенции (A/CN.9/466, пункт 193), и хотел бы предложить учесть эту роль и более четко признать ее в преамбуле к проекту конвенции, например, включив туда пункт, указывающий на то, что в основу проекта конвенции легла Конвенция МИУЧП. Он также отмечает заявление о том, что "в соответствии с общими принципами права международных договоров проект конвенции не будет иметь преимущественной силы по отношению к Оттавской конвенции на том основании, что эта Конвенция является более конкретной" (A/CN.9/466, пункт 194). Мы хотели бы предложить отметить все это в любой пояснительной записке, которая, возможно, будет подготовлена в соответствующее время в отношении проекта конвенции, после того как он будет принят.

II. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Отношения между проектом конвенции и предварительным проектом конвенции МИУЧП о международных интересах в мобильном оборудовании и предварительными проектами протоколов к ней

Что касается отношений между проектом конвенции и предварительным проектом конвенции МИУЧП о международных интересах в мобильном оборудовании (предварительный проект конвенции) и находящимися на стадии подготовки различными предварительными проектами протоколов к ней, а именно предварительным проектом протокола по вопросам, касающимся авиационного оборудования (предварительный проект авиационного протокола), предварительным проектом протокола по вопросам, касающимся железнодорожного подвижного состава, и предварительным проектом протокола по вопросам, касающимся космического оборудования, Секретариат МИУЧП хотел бы прежде всего отметить, что этот вопрос был передан на рассмотрение Рабочей группе по международному публичному праву, учрежденной на второй совместной сессии Комитета правительственных экспертов МИУЧП и Подкомитета Правового комитета ИКАО, на которой были рассмотрены предварительный проект конвенции и предварительный проект авиационного протокола и которая состоялась в Монреале 24 августа - 3 сентября 1999 года. Рабочая группа по международному публичному праву провела свою первую сессию в Кейптауне и в "Голубом экспрессе" по пути в Преторию 8-11 декабря 1999 года. Следующая сессия этой Рабочей группы должна состояться в ходе третьей совместной сессии, которая должна пройти в Риме 20-31 марта 2000 года, после чего доклад Рабочей группы будет рассмотрен на пленарном заседании.

При подготовке предварительного проекта конвенции и различных предварительных проектов протоколов к ней авторы этих текстов стремились избежать коллизии с проектом конвенции. Свидетельством этого стремления является делимитация предварительного проекта конвенции при помощи ссылки на интересы в мобильном оборудовании, защищенном регистрацией в отношении идентифицированных активов. Ранее было принято решение не стремиться к созданию системы регистрации на основе должника и не затрагивать требований о формализации и норм приоритета, касающихся финансирования под дебиторскую задолженность, отделенную от основного имущества.

Сфера применения предварительного проекта конвенции была с самого начала делимитирована ссылкой на категории дорогостоящего мобильного оборудования, которые в силу своего характера могли перемещаться через или за пределами национальных границ на регулярной основе в процессе обычной коммерческой деятельности и которые поддавались уникальной идентификации. Было высказано мнение о том, что сеть оснований надеяться, что благодаря подобной ограниченной сфере охвата новый международный режим будет более приемлемым для тех государств, для которых его новаторский характер может вызывать наибольшие трудности. До первой совместной сессии состоявшейся в Риме 1-12 февраля 1999 года, предварительный проект конвенции соответственно содержал перечень конкретных категорий мобильного оборудования, подлежащего охвату ее положениями (корпуса летательных аппаратов, авиационные двигатели, вертолеты, зарегистрированные суда, охват которых был, тем не менее, лишь предварительным, нефтяные вышки, контейнеры, железнодорожный подвижной состав, космическое оборудование), а также остаточную категорию "других категорий, уникально идентифицируемого объекта" (см. Study LXXII-Doc.42, Article 3(a)-(i)).

Действительно, этот перечень более не фигурирует в предварительном проекте конвенции, и Секретариат резонно считает, что именно в этом лежит причина некоторых трудностей, с которыми в прошлом сталкивались члены Рабочей группы ЮНСИТРАЛ, пытаясь предусмотреть исключение из проекта конвенции уступки дебиторской задолженности в той мере, в какой она преобразуется в смежные права в связи с финансированием тех категорий

мобильного оборудования, которые охватываются предварительным проектом конвенции. Из пункта 85 доклада Рабочей группы (A/CN.9/466) четко явствует, что именно в связи с перспективой потенциально неограниченной сферы применения подобного исключения, появившейся в результате решения первой совместной сессии исключить из предварительного проекта конвенции вышеуказанный перечень, Рабочей группе было труднее всего согласиться с подобным исключением. По этой причине Секретариат МИУЧП намерен предложить предстоящей третьей совместной сессии вновь включить в текст перечень, исключенный на первой совместной сессии.

В данных обстоятельствах и на данной основе Секретариат МИУЧП склонялся бы к решению о том, чтобы проект конвенции конкретно исключил из своей сферы применения уступку дебиторской задолженности в той мере, в какой она преобразуется в смежные права в связи с финансированием тех категорий мобильного оборудования, которые охватываются предварительным проектом конвенции. Иные категории мобильного оборудования, которые в ней рассматриваются, относятся к тем категориям, которые традиционно признаются имеющими специальный статус. Различные аспекты структуры предлагаемого нового международного режима соответствуют особому характеру охватываемых категорий оборудования. Во-первых, каждая категория оборудования, охватываемая предварительным проектом конвенции, является предметом отдельного протокола, который будет содержать те правила, которые необходимы для адаптивирования общих правил предварительного проекта конвенции к специальным характеристикам, присущим финансированию каждой такой категории. Во-вторых, для регистрации каждой категории оборудования и установления приоритета каждой подобной регистрации будет учрежден отдельный международный реестр. В своей работе по данному проекту МИУЧП неоднократно настаивал на особом характере активов, охватываемых предлагаемым новым международным режимом.

Несмотря на вышесказанное Рабочая группа по авиационным вопросам, Рабочая группа по железнодорожным вопросам и Рабочая группа по космическим вопросам, соответственно, призвали к исключению из сферы применения проекта конвенции уступки дебиторской задолженности в той мере, в какой эта дебиторская задолженность преобразуется в смежные права в связи с финансированием категорий авиационного оборудования, железнодорожного подвижного состава и космического оборудования, охватываемых предварительным проектом конвенции, порядок осуществления которой определяется протоколами к ней. Эти группы были созданы под эгидой МИУЧП для контроля за применением предварительного проекта конвенции к авиационному оборудованию, железнодорожному подвижному составу и космическому оборудованию, а также для выполнения роли проводника опыта и знаний каждого сектора. Они состоят из представителей производителей, пользователей и финансистов, а также соответствующих международных организаций.

Рабочие группы по вопросам авиации, железных дорог и космоса четко заявили о желании, чтобы уступки дебиторской задолженности, используемые в качестве обеспечения в сделках по финансированию авиации, железных дорог и космоса, рассматривались в инструментах, касающихся конкретных видов оборудования, а именно в предварительном проекте конвенции, порядок осуществления которой определяется соответствующим предварительным проектом протокола, а не в данном проекте конвенции. Рабочая группа по вопросам авиации, в частности, подчеркнула активный интерес авиационной промышленности к разработке единого режима, отражающего практику и структуры финансирования в области авиации.

Ценность таких активов, как авиационное оборудование, железнодорожный подвижной состав и космическое оборудование, заключается в том доходе, который может быть получен от продажи или аренды этого оборудования. Концепция, лежащая в основе предварительного проекта конвенции, пострадает, если должник будет иметь возможность уступать дебиторскую задолженность, возникающую из таких активов в рамках системы, отличающейся от той системы, которая применима к использованию активов в качестве обеспечения или иного обременения активов. Неделимость оборудования и доходов, которые могут быть получены от его продажи или аренды, четко предусмотрена в статьях 8(1) и 10 предварительного проекта конвенции, касающихся прав в отношении невыполнения обязательств, и в статье 14, касающейся промежуточной компенсации.

В случае структур финансирования авиации, железных дорог и космоса существует сложная связь между авиационным оборудованием, железнодорожным подвижным составом и космическим оборудованием, с одной стороны, и обусловленными дебиторскими задолженностями - с другой. В случае структур финансирования в космической области, например, значительная часть стоимости спутника определяется различными правами, связанными с использованием такого спутника, в частности, со связанными с этим дебиторскими задолженностями. Подобные права являются важным элементом коммерческой стоимости спутника, а без таких прав спутник будет иметь весьма низкую коммерческую стоимость. Поэтому целесообразно поставить обеспечительные права, касающиеся как оборудования, так и связанной с ним дебиторской задолженности, в зависимости от общего режима, с тем чтобы избежать не только проблем, связанных с коллизией прав, но также и вызванного этим нарушения коммерческой предсказуемости и повышения операционных издержек.

В связи с альтернативным решением, которое состояло бы в том, чтобы дать возможность предварительному проекту конвенции и различным предварительным проектам протоколов к ней отменить данный проект конвенции, Рабочая группа по авиационным вопросам отметила следующие недостатки:

“1) Во многих национальных правовых системах, которые включают и конкретное законодательство, касающееся авиации, в настоящее время содержатся нормы, регулирующие уступку, которые в большей степени соответствуют практике финансирования авиации, чем нормы, предлагаемые в [проекте] конвенции. Нет необходимости нарушать такие национальные правовые системы, которые способствуют финансированию в области авиации, если последующие за этим изменения не будут конкретно разработаны с учетом требований финансирования в области авиации.

2) В случае возможного принятия в последующем [предварительного проекта конвенции] неудовлетворительные нормы могут применяться к сделкам, заключенным в этот промежуток времени. В данном случае процессы финализации и ратификации [проекта] конвенции могут быть осложнены/задержаны в силу связанных с авиацией возражений и/или необходимости дальнейших национальных и международных консультаций.

3) Предложенный подход скорее поднимает, чем регулирует возможные проблемы, связанные со сферой и сроками применения этих двух инструментов. Степень коммерческой предсказуемости снизится, что приведет к росту операционных издержек.

4) Такой подход не разрешит возможную коллизию между [проектом] конвенции и Женевской конвенцией [о международном признании прав в воздушных судах]”.

В этой связи стоило бы отметить, что в предварительном проекте конвенции/предварительном проекте авиационного протокола содержатся подробные положения, касающиеся координации между последними двумя текстами и Женевской конвенцией. Первые три недостатка могут в равной степени относиться и к железнодорожному подвижному составу и космическому оборудованию.

Если Комиссия не считает возможным присоединиться к изложенному выше решению, которое предпочитает Секретариат МИУЧП, в отношении исключения из сферы применения проекта конвенции уступки дебиторской задолженности в той мере, в какой такая дебиторская задолженность преобразуется в смежные права в связи с финансированием всех этих категорий мобильного оборудования, охваченных предварительным проектом конвенции, Секретариат МИУЧП предложил бы ей тем не менее присоединиться к желанию, четко выраженному рабочими группами по вопросам авиации, железных дорог и космоса в отношении исключения уступок дебиторской задолженности в той мере, в какой эта дебиторская задолженность преобразуется в смежные права в связи с финансированием этих категорий авиационного оборудования, железнодорожного подвижного состава и космического оборудования, охваченных будущей конвенцией МИУЧП, порядок осуществления которой определяется протоколами к ней.

A/CN.9/472/Add.2

Подборка замечаний правительств и международных организаций Добавление

ГОСУДАРСТВА

ИРЛАНДИЯ

[Подлинный текст на английском языке]

Как и предлагал Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций, Ирландия ограничится в основном вопросами, упомянутыми в записке от 29 ноября 1999 года.

Название и преамбула

Что касается названия, Ирландия не имеет никаких особых предпочтений. В целом Ирландия считает, что более предпочтительными являются слова во вторых квадратных скобках: “дебиторской задолженности международной торговли”. Что касается преамбулы, мы бы считали ее в целом удовлетворительной. Во втором и пятом пунктах можно было бы сохранить слова в квадратных скобках. Однако третий пункт представляется излишне длинным и тяжелым. Следовало бы снять большинство формулировок в квадратных скобках. Мы предлагаем следующую формулировку: “стремясь закрепить принципы и принять правила, касающиеся уступки

дебиторской задолженности, которые позволят добиться определенности и транспарентности и будут содействовать модернизации права в области уступки дебиторской задолженности, обеспечивая при этом защиту существующей практики и способствуя развитию новых видов практики". Остальные формулировки в проекте текста представляются излишними.

Коллизия прав (глава V)

Ирландия считает, что главу V следует исключить.

Исключения и специальный режим в отношении определенных видов практики (статьи 4 и 5)

Предложение ограничить определение дебиторской задолженности, с тем чтобы исключить определенные виды практики, связано со значительными трудностями. Ирландия на прошлом заседании Рабочей группы высказала мнение о том, что ввиду опасений, выраженных Ирландской банковской федерацией, мы бы предпочли максимально сузить это определение. По этой причине Ирландия поддерживает предложение об обеспечении специального режима в отношении дебиторской задолженности, которая не является торговой дебиторской задолженностью (см. документ A/CN.9/466, пункты 71-77). Что касается депозитных счетов, то Ирландия предпочла бы формулировку, предложенную в пунктах 64-65 документа A/CN.9/466. Что касается "свопов" и производных инструментов, то у Ирландии нет особых предпочтений. Что касается воздушных судов и аналогичных видов мобильного оборудования, то этот вопрос вызывает определенные трудности ввиду рассматриваемого в настоящее время проекта конвенции МИУЧП. В целом Ирландия выступает за простое правило, предусматривающее исключение в отношении таких дебиторских задолженностей.

Определение термина "место нахождения" (статья 6 (i))

Вопрос о "месте нахождения" вызвал значительные трудности. К сожалению, Ирландия считает невозможным выразить предпочтения в отношении какой-либо из альтернатив, предложенных в связи с местом нахождения филиалов.

Приложение

Вопрос о приложении вызывал трудности уже на ряде сессий Рабочей группы. В целом Ирландия предлагает исключить его.

Последствия заявлений для приобретенных прав (статья 41 (5))

Что касается последствий заявления для прав, приобретенных до вступления в силу заявления, Ирландия не хотела бы, чтобы подобное заявление имело обратную силу.

РУМУНИЯ

[Подлинный текст на английском языке]

Название и преамбула

Название проекта конвенции должно быть следующим: "Конвенция об уступке дебиторской задолженности в международной торговле". Пятый пункт преамбулы должен быть сформулирован следующим образом: "полагая, что принятие единообразных правил, регулирующих уступку дебиторской задолженности, будет способствовать развитию международной торговли и расширению возможностей получения финансовых ресурсов по более доступным ставкам".

Определение термина "финансирование под дебиторскую задолженность" (статья 6 (c))

Определение в статье 6 (c) должно читаться следующим образом: "финансирование под дебиторскую задолженность" означает финансирование с использованием любой сделки, в рамках которой имущество, кредит или связанные с ними услуги предоставляются в обмен на имущество в виде дебиторской задолженности. Финансирование под дебиторскую задолженность включает, в частности, факторинг, форфейтинг, секьюритизацию, проектное финансирование и рефинансирование".

Коллизия прав

В статьях 28 (1) и 29 следует исключить текст в квадратных скобках. Остаточный текст - без изменений.

Применение приложения (статья 40)

В статье 40 следует исключить первую совокупность слов в квадратных скобках. Оставшийся текст - без изменений.

Временное применение проекта конвенции (статьи 41 (5), 43 (3) и 44 (3))

Скобки вокруг статей 41 (5), 43 (3) и 44 (3) следует снять.

ИСПАНИЯ

[Подлинный текст на испанском языке]

1. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Правительство Испании хотело бы передать свои поздравления Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) по случаю завершения работы Рабочей группы по международной договорной практике, посвященной подготовке проекта конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (проект конвенции).

Эти поздравления отражают общее мнение правительства в отношении проекта конвенции, которую оно считает надлежащим и эффективным инструментом достижения прогресса в разработке единообразного права в области уступки дебиторской задолженности в международной торговле. Таким образом правительство считает, что у проекта конвенции есть очень много шансов быть принятым. Замечания излагаются в соответствии с запиской Секретариата ЮНСИТРАЛ, содержащей просьбу о представлении замечаний (LA/TL 133(18) CU 99/247).

II. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯНазвание и преамбула

В названии должна содержаться ссылка на "международную торговлю", а не на "финансирование под дебиторскую задолженность". Термин "финансирование" может вызвать проблемы, связанные с толкованием, поскольку он не везде понимается одинаково. Содержащееся в статье 6(с) определение не сможет полностью снять эти проблемы. Кроме того, включение в заголовок ссылки на "финансирование" может создать впечатление о том, что сфера действия проекта конвенции значительно уже, чем на самом деле. По этим причинам ссылка на "финансирование" в преамбуле может быть исключена. Однако ввиду того факта, что основной целью проекта конвенции является содействие различным видам практики финансирования, в комментариях по проекту конвенции необходимо включить перечень охватываемых видов практики финансирования с надлежащими пояснениями. В частности, комментарий должен пояснять, что обычно децедент и цессionario являются юридическими лицами. Подобное объяснение также поможет раскрыть значение исключения, предусмотренного в статье 4(1)(a). И в заключение, название должно звучать следующим образом: "Проект конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле".

Сфера применения главы V (статья 1(3))

Цель статьи 1(3) - обеспечить точность в отношении закона, применимого к связанным с уступкой сделкам в международном контексте в тех случаях, когда подобные сделки совершаются в рамках или вне рамок сферы применения проекта конвенции. Чтобы можно было применить главу V, сделка должна содержать какой-либо международный элемент, как это определяется в статье 3, однако ни одной из сторон нет необходимости находиться в Договаривающемся государстве. Ценность главы V состоит в том, что она кодифицирует определенные общепринятые принципы, такие как принцип автономии сторон (статья 28) и принцип защиты должника (статья 29) и в то же время затрагивает некоторые другие вопросы, такие как вопросы приоритета (статья 30), в отношении которых нет четкости в нынешних нормах международного частного права, включая статью 12 Римской конвенции.

Испания согласна с тем, что главу V следует применять к тем случаям, которые имеют определенный элемент международного характера, как это определяется в статье 3, даже если отсутствует территориальная связь между одной из сторон и проектом конвенции. В этой связи не предвидится серьезных помех внедрению мипи-конвенции по международному частному праву, хотя необходимо избегать любой потенциальной коллизии с Римской конвенцией. Можно также поддержать мнение о том, что глава V может надлежащим образом дополнить материально-правовую часть проекта конвенции. Поэтому статью 1(3) и главу V следует сохранить с некоторыми незначительными редакционными поправками.

Финансовая дебиторская задолженность (статья 5)

В некоторых отношениях к уступке финансовой дебиторской задолженности следует относиться не так, как к уступке торговой дебиторской задолженности. Однако нет повода для включения в проект конвенции определения любой из этих категорий дебиторской задолженности. Никакое определение не сможет охватить все виды практики и в него не попадут те виды, которые нужно будет развивать в будущем. В этом состоит проблема с определением термина "торговая дебиторская задолженность" в статье 6(1). В любом случае если будет сочтено необходимым включить определение, то такое определение должно быть сформулировано более широко. Можно было бы рассмотреть следующую формулировку: "Торговая дебиторская задолженность" означает любую дебиторскую задолженность, возникающую из первоначального договора в отношении товаров или услуг, которые не являются исключительно финансовыми".

Из вариантов А и В вариант В обладает тем достоинством, что он оставляет общую действительность уступки на усмотрение международного частного права. С другой стороны, достоинство варианта А в том, что он предлагает гибкий режим, который в большей степени отвечает бы потребностям практики. Подобная гибкость свидетельствует о том, что действительность уступки в отношениях между цедентом и цессионарием сохраняется и в то же время защищаются права должника, если должник нуждается в такой защите. Поэтому необходимо принять вариант А.

Определение термина "место нахождения" (статья 6(ii))

Подпункты (i) и (iv) статьи 6(i) не требуют никаких замечаний (они являются стандартными положениями в текстах ЮНСИТРАЛ). Подпункт (iii) статьи 6(i) устанавливает положение, которого будет достаточно для значительного большинства случаев, когда должник имеет более чем одно коммерческое предприятие. В таких случаях коммерческим предприятием должника будет то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором. Однако статья 6(i)(iii) не сможет также хорошо действовать в случае договора о поставке материалов для предприятий должника в различных странах, если из договора не вытекает достаточно четко, какое из этих мест является местом нахождения предприятия, имеющего наиболее тесную связь с договором. Поэтому было бы целесообразно включить дополнительное положение, которое - в случае, если не выполняется основное требование - предлагало бы способ определения места нахождения должника. Кроме того, это положение должно применять тот же критерий, который был установлен в проекте конвенции для определения возможного места нахождения цедента (или цессионария). Для того чтобы включить это предложение в конце статьи 6(i)(iii), необходимо добавить следующее предложение: "Если нельзя определить место нахождения коммерческого предприятия должника, то местом нахождения коммерческого предприятия является то место, в котором осуществляется центральное управление должника".

Достоинством подпункта (ii) статьи 6(i), которая касается места осуществления центрального управления, является его четкость, поскольку место осуществления центрального управления обычно является известным ориентиром в деловом мире. Поэтому это правило заслуживает поддержки, хотя оно и может потребовать некоторых незначительных изменений.

Это правило было бы уместным в отношении многонациональных корпораций, осуществляющих свою деятельность через дочерние компании, поскольку каждую дочернюю компанию следует считать отдельным юридическим лицом, даже если указания поступают из материнской компании. Однако отношение к филиалам как к отдельным юридическим лицам, как это предлагается (см. документ A/CN.9/466, пункт 99), может оказаться неуместным. Ссылка на место нахождения филиала, в бухгалтерские книги которого дебиторская задолженность заносится до осуществления уступки, вызывает проблему, связанную с отсутствием транспарентности, поскольку с учетом требований конфиденциальности третьим сторонам может быть неизвестно, где дебиторская задолженность заносится в бухгалтерские книги. Кроме того, в случае многонациональных корпораций ничто не может помешать сделке, которая заключается и осуществляется в одной стране, быть непосредственно занесенной в книги материнской компании и наоборот. Разумеется, ничто не может помешать включению в договор соглашения в отношении места совершения подобных записей. Однако такое соглашение эквивалентно соглашению, в котором цедент и цессионарий определяют место, где сделка считается осуществленной, и таким образом определяют, применяется или нет проект конвенции. Такой подход противоречит режиму, предусмотренному в проекте конвенции, который не позволяет сторонам воздействовать подобным соглашением на права и обязанности третьих сторон (статья 7). Изложенный в статье 7 подход объясняется необходимостью определенности в отношении права, применимого к правам третьих сторон. Ввиду вышесказанного следует избегать отдельного правила для филиалов.

Отношения с другими международными текстами (статья 36)

В связи с этим возникает основной вопрос относительно отношений между проектом конвенции и предварительным проектом конвенции и протоколами, подготовкой которых занимаются Юнидруа и другие организации. Эти предварительные тексты в нынешней формулировке предназначены для решения ряда связанных с уступкой вопросов, включая действительность уступки, взыскиваемость в отношении должника и приоритет на основании регистрации.

В статье 36 речь идет о подходе, принятом в других текстах ЮНСИТРАЛ (например, в статье 90 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже), при котором приоритет отдается другим международным соглашениям без конкретной ссылки на какое-либо соглашение. Учитывая более общий характер проекта конвенции ЮНСИТРАЛ и тот факт, что, по всей вероятности, проект конвенции ЮНСИТРАЛ будет принят раньше документов Юнидруа, следует предоставить документам Юнидруа возможность самим установить свои собственные ограничения. Нет необходимости в том, чтобы проект конвенции ЮНСИТРАЛ явно рассматривал гипотетические, будущие и неопределенные коллизии. Есть и еще одна причина для подобной позиции. Несмотря на то, что, допустив, что оба инструмента вступили в силу и применяются к одной и той же ситуации, - могут возникать коллизии, наблюдается тенденция, в соответствии с которой механизмы финансирования дорогостоящего мобильного оборудования (спутники, воздушные корабли и т.д.) регулируются отдельным режимом. Поэтому трудно на практике представить ситуацию, в которой оба режима одновременно действовали бы в отношении единственной сделки уступки. Поэтому статью 36 следует сохранить в ее нынешнем виде.

Статьи 35-39

В статьях 35-39 содержится ссылка на "государство", делающее заявление. Во всех этих статьях ссылка должна делаться на "Договаривающееся государство". В отсутствие такой ссылки, например, будет создаваться впечатление, что статья 37 вводит специальный режим (например, режим, предусмотренный в главе V) в отношении тех недоговаривающихся государств, которые не делают заявлений (например, согласно статье 37).

Применение приложения (статья 40)

Вторая формулировка в квадратных скобках в статье 40 была бы предпочтительнее. Как кажется, она предоставляет государствам большую степень гибкости, чем первая формулировка в скобках и лучше разъясняет имеющиеся у государств варианты выбора, а также последствия каждого заявления. Кроме того, в ней четко излагается цель приложения в целом и каждого из его разделов. Приложение полезно тем, что оно дает государствам возможность выбора из двух совокупностей материально-правовых норм в отношении приоритета. Приложение является также полезным дополнением к содержащимся в проекте конвенции положениям международного частного права, которые оставляют вопросы приоритета на усмотрение права государства, в котором находится цент. Если государство, в котором находится цент, выбирает одну из совокупностей содержащихся в приложении правил приоритета, эти правила будут регулировать коллизии приоритетов, изложенные в статьях 24 и 26.

В отношении предусмотренной в приложении системы регистрации можно отметить, что в настоящее время она рассматривается с оправданной долей скептицизма, особенно поскольку она может затрагивать основные аспекты национального права. Однако по мере расширения сферы применения и дальнейшего развития электронных средств связи она может стать более приемлемой в будущем. По этой причине, несмотря на то, что наша правовая система не совпадает с предусмотренной в приложении системой, в основе которой лежит регистрация, мы считаем, что было бы целесообразней сохранить ее. В заключение мы хотели бы сказать, что в статье 40 следовало бы сохранить лишь вторую совокупность формулировок в скобках, а приложение следует сохранить в том виде, в каком оно есть.

Действия заявлений и вопросы временного применения (статья 41)

В пунктах 1-4 статьи 41 воспроизводятся положения других текстов ЮНСИТРАЛ (например, статьи 97 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже и статьи 26 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах). Нет оснований для отхода от принятого в этих двух конвенциях подхода. Новым положением является пункт 5, направленный на защиту прав, приобретенных до вступления в силу заявления или его отзыва. Однако заложенная в нем идея не нова. Она лежит в основе пунктов 3 и 4, которые предусматривают шестимесячный период, который должен пройти между датой заявления или его отзыва и датой вступления его в силу.

Следует отметить, что заявления могут делаться по таким ключевым вопросам, как применение проекта конвенции в отношении территориальных единиц федеративных государств (статья 35), применимость главы V, функции статей 11 и 12 проекта конвенции в случае суверенного должника (статья 38), возможность исключения конкретных видов практики, перечисленных в заявлении (статья 39) и применение приложения (статья 40). Подобные заявления государств выходят за строгие рамки публичной сферы полномочий правительства и напрямую затрагивают цедентов, цессионариев, должников и другие третьи стороны. Уважение к гражданам государства, и в частности государства иного, чем государство, делающее заявление, диктует необходимость в гарантиях, предусмотренных в пункте 5 статьи 41. В случае применения иной позиции сильно пострадает определенность прав сторон при применении проекта конвенции. Поэтому статью 41 следует сохранить в том виде, в каком она есть.

ОБЪЕДИНЕННЫЕ АРАБСКИЕ ЭМИРАТЫ

[Подлинный текст на арабском языке]

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

В целом мы не видим никакой коллизии между проектом конвенции и действующими в нашем государстве законами (мы не получили замечаний всех компетентных органов и сможем представить дальнейшие замечания, как только получим их). Однако в арабском тексте проекта конвенции значение ряда статей неясно. Это вызвано использованием непонятных терминов (таких, как арабское изложение термина "факторинг" в статье 6(с)) или структурой отдельных положений (например, статьи 19(6), 20(3) и 22(1)).

II. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯНазвание

Название должно звучать следующим образом: "Проект конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле" (с заменой в арабской версии слова "уступка").

Право, применимое к отношениям между цедентом и цессионарием (статья 28)

Мы считаем, что установленный в статье 28 принцип о том, что правом, применимым к правам и обязанностям цедента и цессионария в отсутствие [их] выбора права, является "право государства, с которым наиболее тесно связан договор уступки", не является достаточно конкретным. Тем не менее мы отмечаем, что статья 37 позволяет государству в любое время заявить, что оно не будет считать себя связанным главой V.

Отношение к дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью (статья 5)

Текст варианта А содержит многочисленные ссылки на другие последующие статьи, которые в свою очередь ссылаются на некоторые иные статьи. Это приводит к фрагментации материально-правовой целостности положений проекта конвенции и к искажению их смысла. Это замечание относится также ко многим статьям проекта конвенции. Мы предлагаем принять вариант В, поскольку он затрагивает те же положения с меньшим количеством ссылок и поэтому является более четким.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ**МЕЖДУНАРОДНАЯ АССОЦИАЦИЯ ФАКТОРИНГОВЫХ КОМПАНИЙ**

[Подлинный текст на английском языке]

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Международная ассоциация факторинговых компаний (МАФК) отдает должное Рабочей группе ЮНСИТРАЛ по международной договорной практике за проделанную ею работу. Проект конвенции об уступке дебиторской задолженности (проект конвенции) представляет собой сбалансированный текст, который, в частности, должен облегчить осуществление факторинговых сделок. По этой причине МАФК поддерживает работу ЮНСИТРАЛ по этой теме. Что касается еще не решенных вопросов, то мы хотели бы отметить следующее.

II. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯНазвание

Нам представляется, что наиболее четко содержание проекта конвенции может быть отражено в следующем названии: "Проект конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле". Если будет принято такое название, то из статьи 6(с) следует исключить определение термина "финансирование под дебиторскую задолженность".

Сфера действия главы V (статья 1(3))

У нас нет замечаний по предложению сохранить статью 1(3), которая в настоящее время взята в квадратные скобки, поскольку мы в прошлом рекомендовали снять главу V за исключением статьи 29, которую следовало бы перенести в раздел II главы IV.

Уступки дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью (статья 5)

Что касается исключения отдельных видов банковской практики из некоторых положений проекта конвенции, мы считаем, что наилучшим путем продвижения вперед является содержащееся в пункте 71 документа A/CN.9/466 предложение о том, чтобы дебиторскую задолженность, которая не является торговой дебиторской задолженностью, рассматривать отдельно от торговой дебиторской задолженности.

Определение термина "место нахождения" (статья 6(i))

Мы выразили серьезные оговорки в отношении использования места осуществления центрального управления при определении места нахождения цедента, имеющего более чем одно коммерческое предприятие. Мы считаем, что в случае некоторых мелких и средних предприятий подобное место будет трудно определить. Несмотря на эту оговорку, при отсутствии более четкого определения, приемлемого для большинства членов Рабочей группы, мы бы поддержали определение, аналогичное тому, что содержится в статье 6(i) (A/CN.9/466, приложение I). Однако мы считаем более логичным сформулировать подпункт (ii) статьи 6(i) следующим образом: "если цедент имеет коммерческое предприятие в более чем одном государстве, местом нахождения коммерческого предприятия является то место, в котором осуществляется его центральное управление". Мы не понимаем, почему цессионарий должен пытаться определить место осуществления центрального управления цедента в том случае, если цедент имеет более чем одно коммерческое предприятие, но все они находятся в одном государстве, и поэтому не возникает никаких сомнений в отношении применения подпункта (i).

Коллизии с другими международными текстами (статья 36)

Что касается возможной коллизии с предлагаемым проектом конвенции МИУЧП о мобильном оборудовании, мы понимаем, что в проекте конвенции не будет никаких положений о том, чтобы обычные принципы договорного права предусматривали преимущественное право более конкретной и более поздней по времени конвенции (т.е. Конвенции МИУЧП).

Приложение

Мы не видим оснований для сохранения приложения в том виде, в каком оно есть. Оба режима определения приоритетов менее приемлемы для нас, чем тот режим, который предоставляет приоритет цессионарию, об уступке которого в первую очередь уведомляется должник; это правило в целом удовлетворительным образом применялось во всех юрисдикциях, в которых право основывается на нормах английского права.

Система регистрации, возможно, и была бы лучшей системой, однако маловероятно, что она будет принята некоторыми из основных торговых государств. Приоритет, предоставляемый первой по времени уступке, может иметь самые неудовлетворительные последствия для лиц, предоставляющих торговый кредит. Чтобы сохранить приложение, необходимо предложить третью альтернативу.

A/CN.9/472/Add.3

Подборка замечаний правительств и международных организаций
Добавление

ГОСУДАРСТВА

ЯПОНИЯ

[Подлинный текст на английском языке]

Япония полагает, что унификация норм права, касающихся уступки дебиторской задолженности, является весьма важной с той точки зрения, что она предотвратила бы возникновение осложнений, сопряженных с различиями в законодательстве разных стран и способствовала бы финансированию под международную

дебиторскую задолженность. Мы продолжаем тщательно изучать проект конвенции, уделяя при этом особое внимание нерешенным вопросам, в том числе вопросам, касающимся местонахождения (пункт (i) статьи 6), дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью (статья 5), и отдельных положений, относящихся к международному частному праву. В настоящее время мы хотели бы высказать краткие замечания по нижеследующим вопросам.

Название и преамбула

По мнению Японии, было бы предпочтительным сохранить в названии и преамбуле слова "финансирование под дебиторскую задолженность", поскольку проект конвенции содержит весьма подробные положения, касающиеся обязательств или возражений (разделы I и II главы IV), которые могут и не быть всегда приемлемыми для всех видов уступки дебиторской задолженности.

Сфера применения главы V (пункт 3 статьи 1 и статья 37)

С целью увеличения единообразия в области норм права, касающихся уступки, было бы предпочтительным, чтобы материально-правовые нормы, касающиеся приоритета и содержащиеся в приложении к проекту конвенции, не применялись с помощью норм международного частного права, предусмотренных главой V. В связи с этим Япония считает, что пункт 3 статьи 1 следует исключить, а в главу V следует включить положение, которое прямо предусматривало бы, что данная глава всего лишь дополняет проект конвенции.

Мы предпочитаем, чтобы на эту главу распространялось действие положения о выборе в пользу применения, а не положения об обратном (в статью 37 необходимо внести соответствующие поправки), поскольку, как мы понимаем, она направлена на государства, которые не располагают такими нормами международного частного права.

Освобождение должника от ответственности в результате платежа (статья 19)

Мы хотели бы уточнить содержание пункта 5 статьи 19, в частности в отношении случая, когда А уступает дебиторскую задолженность В, который впоследствии уступает эту дебиторскую задолженность С, а должник обращается к С с просьбой представить надлежащие доказательства совершения уступки.

Один из вопросов заключается в том, требуется ли, чтобы С представлял доказательства, касающиеся уступки только между В и С, или же доказательства, касающиеся обоих уступок, с тем чтобы С мог быть подлинным цессионарием. Мы полагаем, что надлежащим могло бы быть последнее решение с учетом того, что должник не обязательно получит уведомление об уступке между А и В, поскольку в пункте 3 статьи 18 говорится, что уведомление о последующей уступке (в данном случае между В и С) представляет собой уведомление о любой предшествующей уступке (между А и В).

Еще один вопрос заключается в том, что если С не представляет надлежащие доказательства совершения уступок, то обязан ли должник производить платеж А или В, с тем чтобы получить освобождение от ответственности.

СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

[Подлинный текст на английском языке]

I. ЗАМЕЧАНИЯ ОБЩЕГО ХАРАКТЕРА

Доклад о работе тридцать первой сессии Рабочей группы (A/CN.9/466) и сводный текст проекта конвенции, изложенный в приложении I к этому докладу, образуют хорошо подготовленную основу для завершения разработки окончательного международного текста конвенции Организации Объединенных Наций, содержащей современные нормы права, касающиеся коммерческого финансирования в связи с уступкой дебиторской задолженности ("проект конвенции"). Преимущества глобальной экономики и торговли пока еще не реализованы в полной мере во многих государствах, а отсутствие надлежащего международного коммерческого финансирования и кредитов в этой важной области представляет собой одно из препятствий достижению этих целей. Проект конвенции может в значительной степени восполнить этот пробел и, таким образом, принести пользу странам, находящимся на любом уровне экономического развития и расположенным во всех регионах мира.

Оптовые уступки и уступки будущих интересов

Развитие современных норм права, касающихся коммерческого финансирования в связи с уступкой дебиторской задолженности, с помощью проекта конвенции и способность получать кредиты на рынках капитала с помощью таких норм права, предоставляют значительную возможность для достижения этих целей.

Многосторонняя конвенция может способствовать достижению этих целей путем признания действительности и поддержки использования уступок дебиторской задолженности, особенно в отношении будущих интересов и крупномасштабных уступок, которые стали стержневыми с точки зрения новых источников кредитования на международных рынках капитала.

Коммерческая предсказуемость как ключ к получению кредитов

В дополнение к тому, что проект конвенции включает единообразные материально-правовые нормы, касающиеся уступки дебиторской задолженности, он предоставляет государствам варианты выбора для адаптации положений проекта конвенции к их конкретным экономическим нуждам. В отношении некоторых других вопросов проект конвенции устанавливает нормы, позволяющие определить, какой национальный правовой режим является применимым и может также способствовать финансированию, при условии, что эти нормы отражают договорную практику, служат удовлетворению потребности в коммерческой эффективности и не исходят из общих понятий коллизионного права, что могло бы привести к обратным результатам. Сочетание этих методов в проекте конвенции направлено на обеспечение необходимого уровня коммерческой определенности, которая имеет решающее значение для готовности рынков капитала предоставлять кредиты в тех областях, в которых они ранее предоставлялись крайне редко.

II. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ ПО КЛЮЧЕВЫМ ВОПРОСАМ

Сфера применения (статья 1)

Установленные проектом конвенции стандарты в отношении места нахождения цедента, цессионария и должника, а также соответствие этих стандартов в равной мере важным стандартам, установленным в статьях 24 и 25, имеют решающее значение для получения преимуществ от применения проекта конвенции. В современной практике уступок предполагается, что финансирующие стороны должны точно знать, когда применяется проект конвенции, и этот вопрос нельзя в целом оставлять для решения на основе последующего анализа фактов и обстоятельств, ибо в таком случае будут утрачены преимущества от применения проекта конвенции. Это особенно верно в отношении основного источника получения новых кредитов посредством совершения уступок, которые затрагивают будущие интересы, а также оптовых и синдицированных уступок.

Текст пункта 1(b) статьи 1 необходимо согласовать с текстом пункта 1(a) статьи 1 с целью потребовать, в связи с последующей уступкой, как это предусмотрено в пункте 1(a) статьи 1 в отношении первоначальной уступки, чтобы цедент находился в договаривающемся государстве. Обоснование установления в пункте 1(a) статьи 1 требования о том, чтобы цедент находился в договаривающемся государстве, заключается в том, что нормы, закрепленные в проекте конвенции, особенно нормы, касающиеся прав третьих сторон и предусмотренные в разделе III главы IV, должны применяться ко всем третьим сторонам, имеющим дело с цедентом. Такое применение не может быть обеспечено, особенно в вероятном случае возникновения спора с какой-либо третьей стороной в суде в государстве цедента, если только государство цедента не является договаривающимся государством. Мы не усматриваем каких-либо веских оснований для того, чтобы проводить различие между первоначальными и последующими уступками путем установления требования о том, чтобы цедент находился в договаривающемся государстве. Мы полагаем, что Рабочая группа не намеревалась предусматривать разные режимы.

Для согласования текста пункта 1(b) статьи 1 с текстом пункта 1(a) статьи 1 мы предлагаем, чтобы в пункте 1(b) статьи 1 говорилось следующее:

"b) к последующей уступке цедентом, находящимся в Договаривающемся государстве в момент заключения договора уступки, при условии, что любая предшествующая уступка регулируется настоящей Конвенцией; и".

Уступка, речь о которой идет в пункте 1(c) статьи 1, в действительности не является уступкой какого-то третьего вида, к которой применяется проект конвенции, как можно предположить с учетом нынешней формулировки; данное положение скорее является отрицанием возможного ограничения, которое может быть в противном случае установлено в отношении уступки такого вида, какой указывается в пункте 1(a) статьи 1. В связи с этим данное положение, которое явится новым пунктом 2, необходимо изменить следующим образом:

"Настоящая Конвенция применяется к последующей уступке, которая указана в пункте 1(a) этой статьи, несмотря на то, что настоящая Конвенция не применяется к любой предшествующей уступке одной и той же дебиторской задолженности".

Сфера применения (статья 2(a))

Статья 2(a) во многих отношениях представляет собой положение, касающееся сферы применения. Это обусловлено тем, что определение термина "дебиторская задолженность" в статье 2(a) как любое договорное право

на платеж денежной суммы является столь широким, что проект конвенции должен затрагивать в качестве вопроса, касающегося сферы применения, либо с помощью нормы, содержащейся в проекте конвенции, либо путем исключения, широкую совокупность видов финансовой практики, которые могут быть сопряжены с уступкой или возможной уступкой дебиторской задолженности, определенной таким образом. Содержащиеся в проекте конвенции нормы в целом действуют весьма хорошо и, как правило, соответствуют нынешней коммерческой практике во многих странах, когда дебиторская задолженность представляет собой договорное право на платеж, вытекающее из факта купли-продажи товаров или предоставления личных услуг.

Проект конвенции не действует столь же легко в случае других видов дебиторской задолженности, таких, как дебиторская задолженность, возникающая из депозитных счетов, счетов ценных бумаг, товарных счетов, "свопов" и других производных финансовых инструментов, "репосов", аккредитивов, независимых гарантий и аренды недвижимого имущества. Для увеличения возможности широкого принятия проекта конвенции, вероятно, потребуется скорректировать некоторые нормы или же предусмотреть конкретные исключения для этих случаев. Хотелось бы надеяться на то, что эта цель может быть достигнута на сессии Комиссии в июне 2000 года.

Исключенные сделки (статьи 4 и 5)

Мы по-прежнему считаем, что предложения в отношении исключения определенных сделок или юридических лиц или же разработки конкретных положений для учета этих аспектов, внесенные на предыдущей сессии Рабочей группы, сохраняют свое огромное значение. Наше предложение в отношении определенных коммерческих секторов, выдвинутое на последней сессии Рабочей группы и содержащееся в варианте А статьи 5, было рассмотрено в наших замечаниях по статье 2(а) выше. Мы продолжаем свои усилия по проведению консультаций с промышленными группами с целью нахождения надлежащих решений в этой области.

"Местонахождение" (статья 6(i))

Мы продолжаем свои консультации с промышленными группами в различных странах, а также с государственными регулирующими органами по вопросу о том, следует ли изменить нормы, определяющие местонахождение цедента в статье 6(i), в отношении отделений банков. Весьма важно рассмотреть вопрос о том, должна ли норма, касающаяся местонахождения, учитывать обычную практику банков, заключающуюся в расширении их иностранных операций через свои отделения. В связи с этим следует учитывать отдельный механизм регулирования, который многие государства разработали для отделений иностранных банков, действующих на их территории, а также нынешнее синдицирование долгов и торговые рынки, на которых банки и другие стороны, во взаимных сделках, рассматривают контролируемое отделение иностранного банка во многом как отдельное юридическое лицо, действующее на территории государства, в котором находится это отделение (первоначальное предложение, которое Рабочая группа не смогла рассмотреть из-за отсутствия времени, см. в документе A/CN.9/466, пункты 98 и 99). Аналогичный режим может быть целесообразным для отделений иностранных страховых компаний в тех случаях, когда речь идет об аналогичных соображениях в отношении регулирования.

Действительность и момент уступки (статьи 9 и 10)

Существуют три вида ситуаций, в которых эти статьи могут толковаться как дающие результат, отличный от результата, предполагавшегося Рабочей группой. Во-первых, несмотря на четкий основополагающий выбор в статье 9 в пользу придания действительности индивидуальным или оптовым уступкам будущей дебиторской задолженности, статью 24 можно толковать как отменяющую последствия такого основополагающего выбора. Во-вторых, несмотря на ясный выбор в статье 24(a)(iii) в пользу учета законодательства о несостоятельности государства, в котором находится цедент, статьи 9 и 10 можно толковать как отменяющие внутреннее законодательство о несостоятельности в отношении приоритетов, касающихся определенных видов дебиторской задолженности, возникающей после начала производства по делу о несостоятельности или полученной после начала производства по делу о несостоятельности в результате использования необремененных активов конкурсной массы. В-третьих, несмотря на ясное намерение Рабочей группы отказаться от какой-либо конвенционной нормы, которая отменяла бы статутные ограничения на уступку, статью 9 можно толковать как отменяющую применимое статутное ограничение на уступку дебиторской задолженности.

Дополнительные разъяснения в связи с нашей озабоченностью и предлагаемые формулировки содержатся в добавлении к настоящим замечаниям.

Приоритет в отношении поступлений (статья 26)

В тексте статьи 26 следует разъяснить, что интерес цессионария в поступлениях не имеет преимущественной силы по сравнению с интересом другого цессионария в самих поступлениях, если интерес данного другого цессионария в поступлениях (в отличие от его интереса в дебиторской задолженности, из которой возникают

данные поступления) будет иметь преимущественную силу в соответствии с правом государства cedentia. Чтобы разъяснить этот аспект, мы предлагаем добавить к тексту статьи 26 следующее:

"3) Пункты 1 и 2 настоящей статьи не затрагивают приоритет права другого цессионария в самих поступлениях, если право этого другого цессионария в поступлениях будет иметь приоритет согласно законодательству государства, в котором находится cedentia".

Отговорка в отношении государственных органов-должников (статья 38)

После слов "государство может в любой момент заявить о том, что оно..." включить слова "или любые конкретно указанные государственные органы или ведомства". Поскольку полное исключение значительно ограничивало бы преимущества конвенции, весьма важно предоставить государствам возможность формулировать предлагаемое исключение узко в том случае, если это отвечает их экономическим интересам, вместо того, чтобы предоставлять им возможность выбора полного исключения, характеризующегося максимальной "все или ничего". В некоторых государствах государственные органы участвуют в широкой совокупности сделок.

Приложение (разделы I и II)

Транспарентность, являющаяся особенно важным фактором на современных рынках капитала, обеспечивается в некоторых странах посредством использования доступных для публички систем архивирования уведомлений (регистров), которые позволяют любой финансирующей стороне узнавать о существовании определенных ранее возникших прав и которые в целом устанавливают приоритеты между определенными лицами, заявляющими требования. Этот метод оказался значительным фактором в расширении возможностей кредитования и снижении ставок в тех странах, в которых он используется. Проект конвенции надлежащим образом не требует использовать этот метод, но предусматривает в разделах I и II приложения в полной мере факультативный подход, который любое государство может применять в любое время для получения преимуществ от проекта конвенции.

III. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ ПО ДРУГИМ ВОПРОСАМ

Название

Мы рекомендуем назвать проект конвенции "Конвенцией об уступке дебиторской задолженности". Результаты обсуждения этого вопроса в Рабочей группе побуждают нас считать, что следует избегать термина "финансирование", с тем чтобы исключить аргументы в отношении сферы применения, основывающиеся на том, какие сделки входят в сферу применения проекта конвенции, выдвигаемые всего лишь вследствие разного понимания этого термина.

Пreamбула

Для того чтобы отразить в принципах, закрепленных в преамбуле, цели данной работы, которые часто обсуждаются Рабочей группой, мы рекомендуем изменить формулировку третьего пункта следующим образом:

"стремясь закрепить принципы и принять правила, касающиеся уступки дебиторской задолженности, которые позволят добиться определенности и транспарентности и будут содействовать модернизации права в области уступок дебиторской задолженности, включая, в частности, уступки, используемые при факторинге, форфейтинге, секьюритизации, проектном финансировании и рефинансировании, и будут способствовать развитию новых видов практики, не нанося при этом ущерба существующим видам практики, ...",

и заменить пятый пункт преамбулы следующим предложением:

"полагая, что принятие единообразных правил, регулирующих уступки дебиторской задолженности, будет способствовать развитию международной торговли и расширению возможностей получения финансовых ресурсов и кредитов по более доступным ставкам, ...".

Применение приложения (пункт 4 статьи 1)

Данную формулировку следует уточнить, с тем чтобы отразить намерение Рабочей группы, согласно которому слова "применяется в" относятся к материально-правовым нормам государства, законодательство которого применяется, а не к законодательству государства суда, в котором может быть предъявлен иск.

"Местонахождение" (статья 6(i))

В комментарии необходимо разъяснить, что "место осуществления центрального управления" означает место нахождения главного исполнительного органа, т.е. место, из которого цедент или цессионарий управляет своими делами, а не место, в котором ведутся бухгалтерские книги или отчеты или в котором находятся активы. Такое место следует определить с целью обеспечения максимальной определенности и предсказуемости для тех, кто заключает сделки с цедентом или цессионарием в соответствии с проектом конвенции.

Заполнение пробелов (пункт 2 статьи 8)

Необходимо изменить последнее положение или же разъяснить в комментарии, что в соответствии с этим положением прежде всего применяется право, применимое в порядке, определенном проектом конвенции, а затем, в случае необходимости, право, применимое на основании общих коллизионных норм данной страны.

Действительность уступки (пункт 2 статьи 9)

Для достижения целей этой статьи слова "в момент заключения первоначального договора", которые, возможно, непреднамеренно были перенесены из предыдущего проекта, следует заменить словами "в момент возникновения будущей дебиторской задолженности".

Ответственность за нарушение договорных ограничений (пункт 2 статьи 11 и пункт 3 статьи 12)

Весьма важно разъяснить последствия (идентичных) вторых предложений текста каждой статьи или же в качестве другого варианта изложить их по-иному. Оба положения устанавливают норму, исключающую ответственность при конкретно указанных обстоятельствах. Крайне важно уточнить, что проект конвенции сам по себе не создает и не является основой для ответственности какого-либо лица, не являющегося стороной договоренности о недопустимости уступки, что вопрос об ответственности *vel* *non* такого лица оставлен для решения на основе норм внутригосударственного права и что цель и единственное последствие этих положений заключается в исключении ответственности только на основании осведомленности о договоренности, если такая осведомленность является достаточным основанием для возникновения ответственности согласно применимому внутригосударственному законодательству.

Обеспечительные и вспомогательные права (статья 12)

Статья 12 в четырех случаях содержит ссылку на право, "обеспечивающее" платеж. Эта ссылка призвана включить личные права, например гарантию. И действительно, именно такой вид личного права, по всей вероятности, является предметом этого положения. Однако в некоторых государствах, например в Соединенных Штатах Америки, гарантия не представляет собой форму обеспечения, поскольку она является не формой вещного права, а скорее - в таких системах - требованием, которое надлежащим образом характеризуется как "вспомогательное" обязательство. Этот аспект можно было бы должным образом затронуть в комментарии, уточнив, что в сферу действия данной статьи включаются такие личные права и что в связи с этим не требуется вносить изменения в текст проекта конвенции.

Уведомление об уступке (статья 19 и другие соответствующие статьи)

Термин "уведомление об уступке" имеет определение и означает сообщение в письменной форме, которое удовлетворяет определенным требованиям. Вследствие различного толкования этого термина ссылки в официальном комментарии или текстуальная пометка, указывающая на определенный термин, должны использоваться для обозначения того, что ссылка касается именно определенного термина, а не общего понятия уведомления, которое в противном случае может быть неправильно понято как всего лишь означающее момент, когда должник узнал об уступке.

Освобождение должника от ответственности (пункт 2 статьи 19)

Заменить слово "уведомления" словами "уведомлений об уступке, указывающих должнику, что". С учетом того обстоятельства, что эта норма относится к первому полученному уведомлению, она применяется только тогда, когда должник получил более чем одно уведомление.

Изменение первоначального договора (пункт 3 статьи 22)

Эта статья касается только изменений, согласованных между цедентом и должником. Таким образом, цессионарий ни в коем случае не может нести ответственность за такое поведение. С учетом этого следует изменить формулировку этой статьи.

Истребование уплаченных сумм (статья 23)

Ссылка на "права должника согласно статье 20" является неясной и может привести к ошибочному толкованию. Статья 23 относится к позитивному истребованию уплаченных сумм, тогда как статья 20 касается только возражений и прав на зачет. В связи с этим данные два положения являются несовместимыми, а оговорка "без ущерба" может вводить в заблуждение. Эту фразу следует исключить. Однако если все же какая-то ссылка считается необходимой, то лучше было бы разъяснить это в комментарии. Если данный текст по какой-либо причине считается необходимым, то было бы целесообразным включить отдельное предложение, в котором говорилось бы следующее: "Непоспособность должника добиться позитивного истребования уплаченных сумм согласно этой статье не исключает возможности использования должником возражения или права на зачет в такой сумме, если должник в иных отношениях правомочен сделать это согласно статье 20".

Приоритет в поступлениях (пункт 2 статьи 26)

Это положение необходимо пересмотреть, с тем чтобы уточнить, что каждое лицо с коллидирующими правами должно действовать самостоятельно. Нынешняя формулировка предполагает, что цессионарий уступает каждому лицу с коллидирующими правами, если только он не обладает приоритетом не только в отношении этого лица с коллидирующими правами, но и в отношении всех других таких лиц. В измененной формулировке необходимо указать соответствующий срок для определения того, было ли выполнено это условие.

В комментарии следует разъяснить, что указания, о которых говорится в пункте 2(а) статьи 26, могут быть даны в любое время, будь то в начале совершения сделки уступки или в любой более поздний срок, например, в момент неисполнения cedentом своих обязательств, в качестве части договора уступки или в отдельном документе, в конкретных выражениях или же общих выражениях, а также в письменной форме, электронным способом или любым иным образом, который поддается доказыванию.

Право, применимое к взаимоотношениям между cedentом и цессионарием (статья 28)

В зависимости от окончательного текста этой главы формулировка, взятая в квадратные скобки, является весьма важной, поскольку позволяет избежать ее толкования как возможности превалировать над другими положениями проекта конвенции, помимо положений главы V, которые определяют применимое право.

Взаимосвязь с другими документами (статья 36)

В случае сохранения формулировки, взятой в квадратные скобки, возможно, будет необходимым отдельное исключение тех сделок по финансированию воздушных судов, при которых дебиторская задолженность идентифицируется и увязывается с конкретным воздушным судном или двигателями, с учетом практики в этой области и специальных законов, применимых к сделкам, затрагивающим воздушные суда, в некоторых государствах.

Дополнительные исключения (статья 39)

Это положение необходимо сохранить, с тем чтобы допустить корректировки, необходимые для государств при осуществлении положений проекта конвенции. Излишнее использование этого положения оказало бы неблагоприятное воздействие на кредитный рейтинг сторон в пределах любого государства, в связи с чем предполагается, что применение этого положения будет самоограничивающимся.

Применение приложения (статья 40)

В тексте пункта 1(а) слово "будет" следует заменить словами "может быть" в соответствии с подходом, согласно которому использование системы регистрации является факультативным даже для тех государств, которые сделали выбор в пользу разделов I и II, как указано в пункте 1(b). Государства, возможно, пожелают и будут в состоянии согласно этой формулировке создать свой собственный регистр или использовать альтернативные регистры. Регистры, которые не функционируют действительно и надежно, не получают признания, в связи с чем данный механизм, хотя и сохраняет вариантность, способен также к самокоррекции.

Вопросы, касающиеся промежуточного применения проекта конвенции (пункт 5 статьи 41, пункт 3 статьи 43 и пункт 3 статьи 44)

Положения, касающиеся промежуточного применения, являются весьма важными, и их необходимо подвергнуть дальнейшей проверке с точки зрения их последствий для общих парадигм практики в отношении дебиторской задолженности. Коммерческие кредиторы нуждаются в определенности в том, что ранее возникшие права не будут затрагиваться, а также в определенности в отношении того, в какой момент времени новые сделки охватываются проектом конвенции.

Положения, касающиеся определения приоритета на основе регистрации (Приложение, статьи 1 и 2)

Текст этого раздела также следует изменить, с тем чтобы позволить государствам предусматривать с помощью заявления возможность внесения дополнительных коррективов в статьи 1 и 2 с точки зрения способа, с помощью которого такая система регистрации уведомлений будет функционировать по отношению к ним.

Создание регистра (Приложение, статья 3)

Мы готовы работать на неформальной основе с Комиссией на ее сессии или в любое последующее время с другими государствами, которые рассматривают вопрос о присоединении к новому режиму регистрации, с тем чтобы создать основы для систем регистрации уведомлений, связанных в международном плане. В то же время мы возражали бы против любого положения, которое излишне увеличивало бы расходы и было бы сопряжено с дополнительными трудностями при создании такой системы (систем) в результате требования об использовании дипломатического или иного процесса, не приспособленного для создания технической компьютеризованной системы. Опыт других международных органов является весьма показательным в этом отношении. Предварительный проект конвенции Юнидруа, который будет предусматривать в качестве неотъемлемой части своей структуры наличие такой системы компьютеризованной регистрации уведомлений, будет включать некоторые краткие принципы, однако оставит вопрос о создании такой системы на усмотрение договаривающихся государств после принятия предварительного проекта конвенции Юнидруа. Кроме того, как указывается в замечаниях по статье 40 выше, участие в любой системе регистрации является в полной мере факультативным и позволило бы любому государству заменить свою собственную систему регистрации, если оно того пожелает.

ДОБАВЛЕНИЕ

Пояснение в отношении замечаний по статьям 9 и 10

Оптовые и будущие уступки. Статью 24 можно толковать как отменяющую придание статьей 9 действительности оптовым и будущим уступкам. Это может иметь место в случаях, когда внутреннее право государства, в котором находится цедент, не признает таких уступок и, таким образом, лишает такие уступки действительности по сравнению с коллидирующим требованием какой-либо стороны или ставит права цессионария по отношению к такой стороне в подчиненное положение. В этих случаях ссылка в статье 24 на право государства, в котором находится цедент, для решения в отношении коллидирующих прав других сторон могла бы привести к тому, что суд будет применять данное внутреннее право для достижения вывода о том, что цессионарий будущей дебиторской задолженности не обладает правами в отношении таких сторон или же занимает подчиненное по отношению к ним положение.

Во избежание такого возможного толкования мы предлагаем изменить текст статьи 9 путем добавления к нему следующей формулировки:

"3) Передача дебиторской задолженности является действительной во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием в момент передачи.

4) Передача дебиторской задолженности не является недействительной по отношению к лицу, указанному в пункте 1(a)(i)-(ii) статьи 24, и не может быть подчинена ему только на том основании, что иное право, чем настоящая Конвенция, в целом не признает уступку, указанную в пункте 1 или 2".

В комментарии можно было бы разъяснить, что слова "в целом" в предлагаемом тексте пункта 4 призваны указать на общие положения торгового права страны цедента, в которых не признаются оптовые уступки или уступки (будь то индивидуальные или оптовые) будущей дебиторской задолженности, и что слова "в целом" не призваны указывать на более конкретные законы страны цедента, которые, по очевидным соображениям публичного порядка, запрещают уступки определенных более узких видов или категорий дебиторской задолженности. Например, законодательство, запрещающее уступки будущей дебиторской задолженности в виде заработной платы в качестве конкретной категории дебиторской задолженности, не будет законодательством, которое "в целом" не признает нынешние уступки будущей дебиторской задолженности, поскольку это законодательство относится только к какому-либо конкретному виду или категории дебиторской задолженности, а не ко всем видам дебиторской задолженности.

Внутреннее законодательство о несостоятельности, касающееся приоритетов в отношении дебиторской задолженности, возникшей после несостоятельности. Статьи 9 и 10 можно толковать как превалярующие над внутренним законодательством о несостоятельности страны цедента, касающегося приоритетов в отношении дебиторской задолженности, возникающей после начала производства по делу о несостоятельности или полученной после начала производства по делу о несостоятельности посредством использования необремененных активов

конкурсной массы. Такое толкование может возникнуть в результате применения статьи 24 к вопросам, урегулированным в других положениях проекта конвенции, для достижения вывода о том, что нормы статьи 10, касающиеся момента передачи, отменяют внутреннее законодательство о несостоятельности, касающееся дебиторской задолженности, возникшей после несостоятельности. Мы не считаем, что Рабочая группа намеревалась прийти к такому толкованию. Мы скорее полагаем, что намерение Рабочей группы, как оно в целом отражено в статье 24, заключалось в передаче для решения на основании внутрисударственного законодательства о несостоятельности вопроса о том, в какой степени уступленная дебиторская задолженность, возникающая после начала производства по делу о несостоятельности или полученная после начала производства по делу о несостоятельности посредством использования необремененных активов конкурсной массы, может быть отклонена управляющим в деле о несостоятельности или подчинена его интересам.

Во избежание такого толкования мы предлагаем изменить статью 9 путем добавления следующей формулировки:

"() Вопрос о том, затрагивает ли передача дебиторской задолженности права лица, указанного в пункте 1(a)(i)-(iii) статьи 24, решается в соответствии с разделом III главы IV".

Статутные запрещения в отношении уступки. Статью 9 можно толковать как отменяющую применимый закон, который ограничивает уступку дебиторской задолженности по договоренности. Это происходит потому, что, как представляется, статья 9 придаст действительность всем договорным уступкам.

Добавление следующей формулировки к тексту статьи 9 сохранило бы применимые статутные запрещения в отношении уступки, не воздействуя при этом на положения статей 11 и 12, касающиеся договорных запретов в отношении уступок:

"() На настоящую статью распространяется действие любого применимого закона, который запрещает или ограничивает уступку дебиторской задолженности на ином основании, чем существование договорного запрещения или ограничения такой уступки".

Сводный текст. Мы предлагаем в качестве способа объединения всех трех наших предложений в отношении текста статьи 9 нижеследующую формулировку. Формулировка, обеспечивающая такую взаимосвязь, дана курсивом.

"Статья 9. Действительность оптовых уступок, уступок будущей дебиторской задолженности и частичных уступок"

3) Передача дебиторской задолженности является действительной во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием в момент передачи.

4) Передача дебиторской задолженности не является недействительной по отношению к лицу, указанному в пункте 1(a)(i)-(iii) статьи 24, и не может быть подчинена ему только на том основании, что иное право, чем настоящая Конвенция, в целом не признает уступку, указанную в пункте 1 или 2.

5) На настоящую статью распространяется действие любого применимого закона, иного, чем закон такого типа, какой указан в пункте 4, который запрещает или ограничивает уступку дебиторской задолженности на ином основании, чем существование договорного запрещения или ограничения такой уступки.

6) Если в настоящей статье не предусматривается иное, то вопрос о том, затрагивает ли передача дебиторской задолженности права лица, указанного в пункте 1(a)(i)-(iii) статьи 24, решается в соответствии с разделом III главы IV".

Формулировка, выделенная курсивом, является необходимой для того, чтобы исключить а) из положения, сохраняющего любые статутные запрещения в отношении уступки, закон, который в целом запрещает индивидуальные или оптовые уступки будущей дебиторской задолженности, б) из положения, требующего, чтобы приоритет определялся согласно разделу II главы IV, любой закон, который, в целях приоритета, в целом не признает индивидуальные или оптовые уступки будущей дебиторской задолженности, и с) из положения, требующего, чтобы приоритет определялся согласно разделу III главы IV, действие любого применимого закона, который не разрешает уступку по договоренности какого-либо конкретного вида или категории дебиторской задолженности.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ

МЕЖДУНАРОДНАЯ АССОЦИАЦИЯ ПО СВОПАМ И ПРОИЗВОДНЫМ
ФИНАНСОВЫМ ИНСТРУМЕНТАМ (ISDA)

[Подлинный текст на английском языке]

ISDA (Международная ассоциация по свопам и производным финансовым инструментам, инк.)¹ и TBMA (Ассоциация по рынку облигаций)² поддерживают аргументацию, изложенную в замечаниях ЕБФ (Европейская банковская федерация) и ГАФР (Группа адвокатов по финансовым рынкам)³. ISDA и TBMA присоединяются к ЕБФ и ГАФР в поддержке целей проекта конвенции. Однако мы озабочены воздействием определенных аспектов проекта конвенции на некоторые финансовые сделки и договорные положения, лежащие в основе таких сделок. Основания для такой озабоченности подробно изложены в замечаниях ЕБФ. Мы поддерживаем предложения, внесенные ЕБФ, с одним дополнительным аспектом, который, как мы полагаем, был бы подходящим для дальнейшего сужения определения "торговой дебиторской задолженности" в варианте В статьи 5 предложенных ЕБФ изменений для исключения обычных счетов ценных бумаг, таких как счета по сделкам с маржой и долговые ценные бумаги в целом.

Цель проекта конвенции заключается в уменьшении расходов на заимствование и расширении доступа к кредитам путем уменьшения правовых рисков. Однако весьма важно, чтобы эта цель достигалась без неблагоприятного воздействия на существующие общепризнанные договорные соглашения, касающиеся определенных категорий финансовых сделок, таких как операции, сопряженные с производными финансовыми инструментами, соглашения о повторном приобретении и договоренности о заимствовании ценных бумаг. Эти сделки являются жизненно важным средством уменьшения рисков для финансовых учреждений, компаний, правительственных ведомств и других пользователей. Эти сделки чаще всего документированы согласно договоренностям, заключенным при содействии или совместном содействии со стороны ISDA и TBMA. Такие договоренности предусматривают средство взаимных расчетов, с помощью которого риски по сделкам фактически сводятся к нулю. Все, что сопряжено с риском причинения ущерба обеспечению взаимных расчетов по таким договоренностям, является источником озабоченности для ISDA, TBMA и наших членов.

ISDA и TBMA признательны за предоставленную возможность высказать замечания по проекту конвенции и готовы содействовать деятельности ЮНСИТРАЛ посредством представления замечаний по любым конкретным положениям, когда ЮНСИТРАЛ предлагает их формулировки.

¹ ISDA является глобальной торговой ассоциацией, представляющей свыше 450 участников частных сделок, сопряженных с производными финансовыми инструментами, которые охватывают свопы, фьючерсы и опционы, а также комбинации этих операций, относящихся к целому ряду связанных с ними финансовых и иных рисков, в том числе рисков в отношении процентных ставок и курсов валюты. В докладе Банка международных расчетов содержится оценка, согласно которой по состоянию на конец декабря 1998 года общая номинальная стоимость выпущенных в обращение четырех основных категорий производных финансовых документов составляла 80 триллионов долл. США, а общая рыночная стоимость этих сделок на тот момент времени составляла 3,2 триллиона долларов США. Для получения дополнительной информации можно ознакомиться со страницей ISDA (www.isda.org).

² TBMA представляет компании и банки, которые работают с ценными бумагами, а также страхуют, распределяют и осуществляют торговлю ценными бумагами с фиксированной доходностью на внутреннем и международном рынках. Такие долговые ценные бумаги и связанные с ними инвестиции, включают соглашения о повторном приобретении, ценные бумаги Казначейства Соединенных Штатов Америки, ценные бумаги федеральных ведомств, ценные бумаги, обеспеченные залоговыми и другими активами, ценные бумаги по долгам компаний, муниципальные облигации и кредитные обязательства, обращающиеся на денежном рынке. Для получения дополнительной информации относительно Ассоциации можно ознакомиться со страницей TBMA (www.bondbmarkets.com).

³ См. документ A/CN.9/472/Add.1.

A/CN.9/472/Add.4

Подборка замечаний правительств и международных организаций
Добавление

ГОСУДАРСТВА

СИНГАПУР

[Подлинный текст на английском языке]

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Сингапур, являясь развивающейся страной, активно поддерживает подготовку этого проекта конвенции, направленного на расширение доступности кредита по более низким ставкам. Доступность кредита часто является важнейшим фактором в стратегиях развития развивающихся стран. Любая инициатива, направленная на улучшение положения в этой области, должна, таким образом, приветствоваться. Сингапур также отмечает и выражает активную поддержку основополагающим принципам этого проекта конвенции, а именно требованиям международного характера, уважению автономии сторон и уделению пристального внимания вопросам защиты потребителей и должников. Основным базовым элементом предложений, содержащихся в проекте конвенции, является принцип, заключающийся в том, что этот проект не должен создавать неблагоприятных последствий для действующих механизмов организации коммерческих операций и, особенно, действующей банковской и финансовой практики. Проект конвенции направлен на облегчение международной торговли, содействие процветанию и улучшению жизни населения всех государств мира в полном соответствии с международным правом. Этот принцип необходимо неизменно поддерживать.

II. КОНКРЕТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Название

Поскольку предложения, содержащиеся в проекте конвенции, в настоящее время выходят за рамки рассмотрения только уступок дебиторской задолженности для привлечения финансирования, использование первоначального названия более не уместно. В то же время проект конвенции очевидно направлен на урегулирование вопросов, возникающих из уступки дебиторской задолженности из торговых операций, а не всей дебиторской задолженности. С учетом этого следует отдать предпочтение названию "Конвенция об уступке дебиторской задолженности в международной торговле".

Недоговорная дебиторская задолженность (статья 2(a))

Сингапур предпочел бы ограничить сферу действия проекта конвенции договорной дебиторской задолженностью. Если действие проекта конвенции будет распространено на недоговорную дебиторскую задолженность, то следует дать четкое определение таких других видов дебиторской задолженности. При любых обстоятельствах в сферу применения не должна включаться дебиторская задолженность из деликта. В противном случае это послужит увеличению числа судебных споров и вступит в противоречие с публичным порядком стран, выступающих против чрезмерного обременения судов рассмотрением споров.

Ограничения на уступку дебиторской задолженности, не являющейся торговой дебиторской задолженностью (статья 5)

Представляется очевидным, что различные статьи проекта конвенции создадут неблагоприятные последствия для операций, хорошо укоренившихся в банковском и финансовом секторах. Эти положения могут также вступить в противоречие с другими конвенциями Организации Объединенных Наций. В силу этого настоятельно необходимо полностью исключить такую устоявшуюся практику из сферы применения предлагаемого проекта конвенции или четко оговорить, что определенные условия проекта конвенции не применяются к такой практике.

Особую обеспокоенность вызывают статьи 11 и 12. Эти статьи затрагивают некоторые виды устоявшейся практики в банковском и финансовом секторах. Они, например, окажут резко отрицательное воздействие на установившуюся практику "чистых зачетов" в финансовых сделках. В силу этого Сингапур выступает за то, чтобы те сделки, на которые предлагаемый проект конвенции может оказать неблагоприятное воздействие, были исключены из сферы применения. В этой связи, в случае выбора между формулировками, предложенными Рабочей группой, варианту В предлагаемой статьи 5 с надлежащими изменениями следует отдать предпочтение перед вариантом А.

"Местонахождение" (статья 6(i))

Четкое определение местонахождения лица имеет важнейшее значение, поскольку на основе этого места определяется применимое право. Недостаточно четкое определение "местонахождения" нанесет ущерб действию проекта конвенции, поскольку будет полностью подорвана цель проекта конвенции, заключающаяся в обеспечении определенности относительно правового режима, регулирующего уступку дебиторской задолженности. Сингапур отдает очевидное предпочтение установлению "местонахождения" на основе объективных факторов, таких как место регистрации/инкорпорации или место нахождения главной конторы (если таковая имеется) предприятия. Следует отметить, что во многих правовых системах действуют установившиеся правила определения "местонахождения" коммерческого предприятия и что порядок, при котором предусматривалось бы применение для различных целей различных правил, был бы нежелателен. Решение, таким образом, заключалось бы в попытке выработки формулировки, которая позволяла бы определять "местонахождение" стороны с помощью наиболее объективных и прозрачных факторов, которые могли бы быть согласованы. В этом контексте следует отметить, что даже такая концепция, как "место осуществления центрального управления", может часто потребовать субъективного определения.

Особое внимание должно быть уделено вопросу о "местонахождении" отделений банков (включая отделения финансовых учреждений, не подпадающих под строгое определение "банка"). Здесь необходимо отметить, что во многих правовых системах иностранные банки могут функционировать в качестве отделений - и в этом случае они осуществляют свои операции, являясь тем же юридическим лицом, что и главная контора, - либо в качестве отдельных юридических лиц, зарегистрированных согласно законодательству этой правовой системы. Необходимо рассмотреть вопрос о том, следует ли регулировать подобные случаи аналогичным образом в том, что касается вопроса о "местонахождении". Принцип, который будет принят для определения "местонахождения" таких субъектов, не должен наносить ущерба реалиям коммерческой рыночной практики.

Публичный порядок и преференциальные права (статья 25)

Формулировка "только в том случае, если это положение явно противоречит" в статье 25(1) является нечеткой и может по-разному толковаться в различных правовых системах. Это приведет к тому, что проект конвенции будет по-разному применяться в зависимости от государства, в котором находится суд. Сингапур предпочел бы исключить эту формулировку и заменить ее словами "... если это положение противоречит ...".

Что касается статьи 25(2), то возможность сдачи на хранение заявления, в котором будут определены преференциальные права, должна быть предоставлена государствам в качестве варианта. Требование, чтобы государства сдавали такое заявление, будет, применительно к некоторым государствам, означать, что государственные должностные лица, несущие ответственность за подготовку и подачу такого заявления, получат на практике полномочия на вынесение судебного определения в отношении порядка очередности в соответствующей правовой системе. Это может произойти даже независимо от того, что очередность "суперприоритетов", вступивших в коллизию, может еще и не быть установлена в судебном порядке судами соответствующей правовой системы. Предоставление подобных полномочий государственным должностным лицам будет противоречить существующей в подобных правовых системах правительственной структуре.

Поступления (статья 26)

В соответствии с принципом, заключающимся в том, что правила проекта конвенции не должны оказывать неблагоприятного воздействия на существующую практику, следует ясно указать, что правила этой статьи не будут создавать последствий для прав другого лица в поступлениях от уступленной дебиторской задолженности согласно праву страны местонахождения cedent. В дополнение к этому, с тем чтобы избежать излишней сложности и запутанности, следует ясно указать, что эта статья применяется только к поступлениям в виде денежной наличности, а не к поступлениям в других формах.

Применение главы V (статья 37)

Учитывая, что в главе V устанавливаются принципы, некоторые из которых признаются не во всех правовых системах, было бы предпочтительно установить такой порядок, при котором государства, по своему выбору, соглашались бы на применение этой главы, а не отказывались от ее применения.

Ограничения в отношении административных и других государственных органов (статья 38)

Это положение является важным для многих правительств. Термин "государственные органы" ("public entities") является неясным и может послужить источником неопределенности. Не ясно, охватывает ли он государственные торговые агентства, зарегистрированные в качестве отдельных юридических лиц, или связанные с правительством компании. Для решения этой проблемы предлагается предоставить в распоряжение государств возможность указать, по своему выбору, что в их случае понимается под "государственными органами", путем депонирования соответствующих заявлений у депозитария.

Последствия денонсации (статья 44(3))

Согласно статье 44(3) государство связывается условиями проекта конвенции даже после ее денонсации. Государство, которое может добровольно связать себя условиями многосторонней конвенции, должно иметь точно такое же право освободиться от обязательств, создаваемых такой конвенцией, если оно сочтет себя вынужденным пойти на такой шаг. Ограничение этого принципа сделает проект конвенции менее привлекательным для государств, активно поддерживающих его.

В то же время нельзя отрицать ту пользу, которую положение, аналогичное статье 44(3), может принести в рамках устанавливаемой предлагаемым проектом конвенции системы с коммерческой точки зрения. Для поддержания эффективности проекта конвенции, а также усиления его привлекательности в данной статье было бы уместно применить метод, состоящий в том, чтобы предусмотреть, что государство может сделать заявление о том, что, несмотря на денонсацию проекта конвенции, условия проекта конвенции будут по-прежнему применяться к сделкам, заключенным в период, когда это государство являлось договаривающимся государством.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ

СЕКРЕТАРИАТ МЕЖДУНАРОДНОГО ИНСТИТУТА УНИФИКАЦИИ
ЧАСТНОГО ПРАВА (МИУЧП)

(Подлинный текст на английском языке)

ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

В дополнение к замечаниям, которые касаются взаимосвязи между предварительным проектом конвенции МИУЧП о международных интересах в мобильном оборудовании и предварительными проектами протоколов к ней, с одной стороны, и вышеупомянутым проектом конвенции ЮНСИТРАЛ, с другой стороны, и которые были представлены 14 февраля 2000 года (опубликованы в документе A/CN.9/472/Add.1), Секретариат МИУЧП хотел бы проинформировать Комиссию о важных усилиях, предпринятых на проведенной в Риме 20-31 марта 2000 года третьей совместной сессии Комитета правительственных экспертов МИУЧП для подготовки проекта конвенции о международных интересах в мобильном оборудовании и проекта протокола к ней, посвященного специальным вопросам, связанным с авиационным оборудованием, и Подкомитета Юридического комитета ИКАО по исследованию международных интересов в мобильном оборудовании (авиационное оборудование) с целью учета вызывающих беспокойство моментов, о которых на этой сессии рассказал представитель ЮНСИТРАЛ и которые, в частности, отражены в комментариях, представленных этой Организацией (UNIDROIT CGE/Ln.Ln./3-WP/10 ICAO Ref.LSC/ME/3-WP/10).

Во-первых, основная сфера применения проекта конвенции МИУЧП о международных интересах в мобильном оборудовании (далее в тексте - "проект конвенции") была значительно сужена на третьей совместной сессии в первую очередь с целью четко определить ряд категорий оборудования, которые требуется исключить из сферы применения проекта конвенции ЮНСИТРАЛ: единственными категориями оборудования, которые в настоящее время охватывает проект конвенции, являются авиационные конструкции, авиационные двигатели и вертолеты, железнодорожный подвижной состав и космическое имущество (см. статью 2(3) проекта конвенции). Таким образом, сферу применения проекта конвенции более нельзя характеризовать в качестве "открытой" (см. § 5 вышеупомянутых комментариев Секретариата ЮНСИТРАЛ). Соответственно, по нашему мнению, в настоящее время Комиссии намного легче реализовать решение, которое Секретариат МИУЧП, представляя свои комментарии в феврале, охарактеризовал в качестве предпочтительного, а именно прямо исключить из сферы применения проекта конвенции ЮНСИТРАЛ уступку дебиторской задолженности, преобразуемой в смежные права в связи с финансированием тех категорий оборудования, которые охватываются проектом конвенции.

Кроме того, Секретариат МИУЧП хотел бы воспользоваться этой возможностью, чтобы вновь подтвердить важность, которую рабочие группы МИУЧП по вопросам авиации, железнодорожных перевозок и космоса придают тому, чтобы уступки дебиторской задолженности в качестве обеспечения в связанных с авиацией, железнодорожными перевозками и космосом сделках финансирования регулировались документами, специально посвященными этим видам оборудования, а именно положениями проекта конвенции, реализуемыми посредством соответствующего проекта протокола, а не проектом конвенции ЮНСИТРАЛ.

Во-вторых, вопрос сопоставимости главы IX проекта конвенции с предусматриваемым в некоторых правовых системах правилом о том, что уступка смежных прав передает также интерес, обеспечивающий такие права, на который Секретариат ЮНСИТРАЛ обратил особое внимание в своих замечаниях, был также рассмотрен на третьей совместной сессии. С помощью трех делегаций было подготовлено предложение, содержащее два альтернативных варианта. Сроки не позволили завершить рассмотрение этого предложения на совместной сессии. В силу этого

было принято решение включить его в приложение к тексту проекта конвенции для рассмотрения редакционным комитетом. В то же время наше намерение состоит в том, чтобы созвать, если это удастся, в начале сентября 2000 года совещание небольшой рабочей группы в составе представителей правительств и организаций (в частности, ЮНСИТРАЛ), которые выразили особую заинтересованность в этом вопросе в ходе третьей совместной сессии с тем, чтобы завершить работу в этом отношении, начатую на этой сессии. Мы хотели бы высказать мнение, что по завершении этой работы вызывающие беспокойство моменты, на которые указал Секретариат ЮНСИТРАЛ в этой связи, будут удовлетворительно урегулированы.

III. ЭЛЕКТРОННАЯ ТОРГОВЛЯ

А. Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее тридцать пятой сессии (Вена, 6-17 сентября 1999 года) (A/CN.9/465) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
ВВЕДЕНИЕ	1-17
I. ХОД РАБОТЫ И РЕШЕНИЯ	18
II. ПРОЕКТ ЕДИНООБРАЗНЫХ ПРАВИЛ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ	19-142
A. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ	19
B. РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТОВ СТАТЕЙ	20-142
Статья 13. Признание иностранных сертификатов и подписей ..	21-35
Статья 1. Сфера применения	36-42
Статья 3. [Недискриминация] [Технологическая нейтральность] ..	43-48
Статья 4. Толкование	49-50
Статья 5. Изменение по договоренности	51-61
Статья 6. [Соблюдение требований к подписи]	
[Презумпция подписания]	62-82
Статья 7. [Презумпция наличия подлинника]	83-89
Статья 8. Определение [усиленной] электронной подписи	90-98
Статья 9. [Ответственность] [обязанности]	
обладателя подписи	99-108
Статья 10. Доверие к усиленным электронным подписям	109-114
Статья 11. Доверие к сертификатам	115-122
Статья 12. [Ответственность] [обязанности] сертификатора ..	
информации	123-142

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать девятой сессии (1996 год) Комиссия постановила включить в свою повестку дня вопросы о подписях в цифровой форме и сертификационных органах. Рабочей группе по электронной торговле было предложено рассмотреть целесообразность и возможность подготовки единообразных правил по этим темам. Было достигнуто согласие в отношении того, что единообразные правила, которые следует подготовить, должны охватывать такие вопросы, как: правовая основа, поддерживающая процессы сертификации, включая появляющуюся технологию удостоверения подлинности и сертификации в цифровой форме; применимость процесса сертификации; распределение риска и ответственности пользователей, поставщиков и третьих сторон в контексте использования методов сертификации; конкретные вопросы сертификации через применение регистров; и включение путем ссылки¹.

2. На тридцатой сессии (1997 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать первой сессии (A/CN.9/437). Рабочая группа сообщила Комиссии, что она достигла консенсуса в отношении важного значения и необходимости работы в направлении согласования норм права в этой области. Хотя она не приняла

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункты 223-224.

окончательного решения в отношении формы и содержания такой работы, Рабочая группа пришла к предварительному выводу о том, что практически можно подготовить проект единообразных правил по крайней мере по вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов и, возможно, по связанным с этими вопросами проблемам. Рабочая группа напомнила о том, что наряду с подписями в цифровой форме и сертификационными органами в рамках будущей работы в области электронной торговли, возможно, также потребуются рассмотреть следующие темы: вопросы технических альтернатив криптографии публичных ключей; общие вопросы о функциях, выполняемых поставщиками услуг, являющимися третьими сторонами; и заключение контрактов в электронной форме (A/CN.9/437, пункты 156-157).

3. Комиссия одобрила заключения Рабочей группы и поручила ей подготовить единообразные правила по юридическим вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов (далее в тексте – "единообразные правила").

4. В отношении конкретной сферы применения и формы таких единообразных правил было выражено общее мнение, что на данном начальном этапе принятие решения невозможно. Было сочтено, что, хотя Рабочая группа может надлежащим образом сосредоточить свое внимание на вопросах подписей в цифровой форме с учетом очевидной ведущей роли криптографии публичных ключей в зарождающейся практике электронной торговли, подготавливаемые единообразные правила должны соответствовать нейтральному с точки зрения носителей информации подходу, который взят за основу в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (Типовой закон). Таким образом, единообразные правила не должны препятствовать использованию других методов удостоверения подлинности. Кроме того, при решении вопросов криптографии публичных ключей в единообразных правилах, возможно, необходимо будет учесть различия в уровнях защиты и признать различные юридические последствия и уровни ответственности, соответствующие различным видам услуг, оказываемых в контексте подписей в цифровой форме. Что касается сертификационных органов, то Комиссия, хотя она и признала ценность стандартов, определяемых рыночными отношениями, в целом согласилась с тем, что Рабочая группа может надлежащим образом предусмотреть разработку минимального свода стандартов, которые должны будут строго соблюдаться сертификационными органами, особенно в случае необходимости трансграничной сертификации².

5. Рабочая группа приступила к разработке единообразных правил на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.73) на своей тридцать второй сессии.

6. На тридцать первой сессии (1998 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать второй сессии (A/CN.9/446). Комиссия выразила признательность Рабочей группе за усилия по подготовке проекта единообразных правил об электронных подписях. Было отмечено, что на своих тридцать первой и тридцать второй сессиях Рабочая группа столкнулась с очевидными трудностями в достижении общего понимания новых правовых вопросов, которые возникают в связи с расширением использования подписей в цифровой и другой электронной форме. Было отмечено также, что еще предстоит достичь консенсуса в отношении того, каким образом эти вопросы можно было бы урегулировать в международно приемлемых правовых рамках. В то же время Комиссия в целом сочла, что достигнутый к настоящему моменту прогресс свидетельствует о том, что проект единообразных правил об электронных подписях постепенно превращается в документ, который можно будет применять на практике.

7. Комиссия подтвердила принятое на ее тридцать первой сессии решение относительно возможности разработки единообразных правил и выразила уверенность в том, что на своей тридцать третьей сессии (Нью-Йорк, 29 июня - 10 июля 1998 года) Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса на основе пересмотренного проекта, подготовленного Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.76). В контексте этого обсуждения Комиссия с удовлетворением отметила, что по общему признанию Рабочая группа стала особо важным международным форумом для обмена мнениями по правовым вопросам электронной торговли и выработки решений по этим вопросам³.

8. На тридцать второй сессии (1999 год) Комиссии были представлены доклады Рабочей группы о работе ее тридцать третьей (июль 1998 года) и тридцать четвертой (февраль 1999 года) сессий (A/CN.9/454 и 457). Комиссия выразила признательность Рабочей группе за ее усилия по подготовке проекта единообразных правил об электронных подписях. Хотя, по мнению большинства членов Комиссии, на этих сессиях был достигнут значительный прогресс в понимании правовых вопросов, связанных с использованием электронных подписей, было также сочтено, что Рабочая группа столкнулась с рядом трудностей в достижении консенсуса в отношении законодательного принципа, на котором должны основываться единообразные правила.

9. Было высказано мнение, что подход, применяемый в настоящее время Рабочей группой, недостаточно полно отражает потребность деловых кругов в гибком использовании электронных подписей и других методов удостоверения подлинности. В единообразных правилах, как они рассматриваются в настоящее время Рабочей группой, уделяется чрезмерно большое внимание методам цифровых подписей и - в сфере применения таких

² Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17), пункты 249-251.

³ Там же, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункты 207-211.

подписей - специальной практике сертификации третьей стороной. Соответственно, было предложено либо ограничить работу по вопросам электронных подписей, осуществляемую Рабочей группой, правовыми вопросами трансграничной сертификации, либо отложить ее до тех пор, пока не упрочится соответствующая рыночная практика. В связи с этим было также высказано мнение, что применительно к целям международной торговли большая часть правовых вопросов, возникающих в связи с использованием электронных подписей, уже была решена в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Хотя некоторые виды использования электронных подписей, возможно, требуют урегулирования за рамками торгового права, Рабочей группе не следует заниматься какими-либо вопросами, связанными с такого рода регулированием.

10. Преобладающее мнение заключалось в том, что Рабочей группе следует выполнять свою задачу, исходя из своего первоначального мандата (см. пункт 3 выше). Что касается необходимости в единообразных правилах об электронных подписях, то, как было разъяснено, правительственные и законодательные органы многих стран, занимающиеся подготовкой законодательства по вопросам электронных подписей, включая создание инфраструктур публичных ключей (ИПК), или другими проектами по тесно связанным с этой областью вопросам (см. A/CN.9/457, пункт 16), ожидают определенных рекомендаций от ЮНСИТРАЛ. Что касается принятого Рабочей группой решения сосредоточить свое внимание на вопросах использования ИПК и терминологии ИПК, то было вновь указано, что комплекс взаимоотношений между тремя отдельными категориями сторон (т.е. обладателями ключей, сертификационными органами и полагающимися сторонами) отвечает одной возможной модели ИПК, но что можно предположить и существование других моделей, например, в тех случаях, когда независимый сертификационный орган не является участником таких отношений. Одно из основных преимуществ, которое можно извлечь из концентрации внимания на вопросах ИПК, состоит в том, что это позволит облегчить составление единообразных правил за счет ссылок на три функции (или роли) применительно к парам ключей, а именно на функцию выдачи ключа (или функцию абонирования), сертификационную функцию и полагающуюся функцию. Было достигнуто общее согласие с тем, что эти три функции являются общими для всех моделей ИПК. Было также принято решение о том, что вопросы, связанные с этими тремя функциями, должны регулироваться независимо от того, выполняют ли их на практике три отдельных субъекта или же одно и то же лицо выполняет две из этих функций (например, в случаях, когда сертификационный орган также является полагающейся стороной). Кроме того, согласно получившему широкую поддержку мнению, уделение первоочередного внимания функциям, типичным для ИПК, а не какой-либо конкретной модели, может на более позднем этапе облегчить разработку такой нормы, которая являлась бы полностью нейтральной с точки зрения носителя информации (там же, пункт 68).

11. После обсуждения Комиссия вновь подтвердила принятые ею ранее решения относительно возможности подготовки таких единообразных правил (см. пункты 3 и 5 выше) и выразила уверенность, что Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса на будущих сессиях⁴.

12. Рабочая группа по электронной торговле, в состав которой входят все государства - члены Комиссии, провела свою тридцать пятую сессию в Вене 6-17 сентября 1999 года. На этой сессии были представлены следующие государства - члены Рабочей группы: Австралия, Австрия, Болгария, Венгрия, Германия, Гондурас, Египет, Индия, Иран (Исламская Республика), Испания, Италия, Камерун, Китай, Колумбия, Мексика, Нигерия, Румыния, Сингапур, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Уругвай, Финляндия, Франция и Япония.

13. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Анголы, Бахрейна, Белиза, Бельгии, Боливии, Гватемалы, Грузии, Дании, Индонезии, Ирака, Ирландии, Йемена, Канады, Коста-Рики, Кувейта, Ливана, Малайзии, Марокко, Нидерландов, Новой Зеландии, Польши, Португалии, Республики Корея, Саудовской Аравии, Словакии, Туниса, Турции, Украины, Филиппин, Чешской Республики, Швейцарии и Швеции.

14. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций: Конференции по торговле и развитию Организации Объединенных Наций (ЮНКТАД), Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО), Африканского банка развития, Европейской комиссии, Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Европейского фонда "Электронные рубежи", Европейской международной ассоциации студентов-юристов (ЕСЛА), Международной ассоциации портов и гаваней (МАСПОГ), Международной ассоциации адвокатов (МЛА), Международной торговой палаты (МТП), Форума по вопросам права и политики в отношении сети "Интернет" (ФПИ) и Международного союза нотариусов стран романских языков (ЮНИЛ).

15. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Жак ГОТЬЕ (Канада, избран в личном качестве);

Докладчик: г-н Пинак НАНАКОРН (Таиланд).

⁴ Там же, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункты 308-314.

16. Рабочей группе были представлены следующие документы: предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.IV/WR.81); записка Секретариата, содержащие пересмотренные проекты единообразных правил об электронных подписях (A/CN.9/WG.IV/WR.82).

17. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц
2. Утверждение повестки дня
3. Правовые аспекты электронной торговли: проект единообразных правил об электронных подписях
4. Прочие вопросы
5. Утверждение доклада.

I. ХОД РАБОТЫ И РЕШЕНИЯ

18. Рабочая группа обсудила вопрос об электронных подписях на основе записки, подготовленной Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WR.82). Обсуждения и выводы Рабочей группы по этим вопросам отражены в разделе II ниже. Секретариату было предложено подготовить на основе этих обсуждений и выводов свод пересмотренных положений, с возможными вариантами, для рассмотрения Рабочей группой на одной из будущих сессий.

II. ПРОЕКТ ЕДИНООБРАЗНЫХ ПРАВИЛ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ

A. Общие замечания

19. Прежде всего Рабочая группа провела обмен мнениями о нынешнем состоянии связанных с электронной торговлей вопросов регулирования, включая такой новый момент, как принятие Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, а также вопросов об электронных подписях и инфраструктуре публичных ключей (далее в тексте - "ИПК") в контексте цифровых подписей. Сообщения, касающиеся новых моментов на правительственном, межправительственном и неправительственном уровнях, еще раз подтвердили, что рассмотрение правовых вопросов в области электронной торговли признается в качестве важнейшего элемента содействия практике электронной торговли, а также ликвидации барьеров для торговли. Было сообщено, что ряд стран недавно приняли - или находятся на пороге принятия - законодательство, либо направленное на введение в действие положений Типового закона, либо рассматривающее аналогичные вопросы содействия электронной торговле. В некоторых из этих законопроектов также регулируются вопросы, связанные с электронными (или в некоторых случаях именно с цифровыми) подписями. Другие страны учредили рабочие группы по выработке политики в данной области - причем некоторые из них действуют в тесной связи с представителями частного сектора, - которые проводят работу по необходимым законодательным изменениям, направленным на содействие электронной торговле, активно рассматривают вопрос о принятии Типового закона и подготовке необходимых законопроектов, работают над вопросами электронных подписей, включая проблемы создания инфраструктур публичных ключей, или над другими проектами по тесно связанным с этой областью вопросам.

B. Рассмотрение проектов статей

20. Было напомнено о том, что на своей предыдущей сессии по причине нехватки времени Рабочая группа не смогла обсудить принцип недискриминации в отношении сертификатов на основании места их выдачи (A/CN.9/457, пункт 120). По этой же причине на предыдущих сессиях не были рассмотрены вопросы трансграничного признания сертификатов. В силу этого до начала обсуждения проекта статьи 1 Рабочая группа решила провести обмен мнениями в отношении положений проекта статьи 13.

Статья 13. Признание иностранных сертификатов и подписей

21. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 13:

"1) При определении того, обладает ли - или в какой мере обладает - сертификат [подпись] юридической силой, не учитываются ни место выдачи сертификата [подписи], ни государство, в котором находится коммерческое предприятие эмитента.

Вариант А

2) Сертификаты, выданные иностранным сертифицирующим органом информации, признаются юридически эквивалентными сертификатам, выданным сертифицирующими органами информации, функционирующими на основании ... [законодательство принимающего государства], если практика иностранного сертифицирующего органа обеспечивает уровень надежности, по меньшей мере эквивалентный тому, который требуется от сертифицирующих органов информации на основании ... [законодательство принимающего государства]. [Такое признание может быть осуществлено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения между заинтересованными государствами.]

3) Подписи, отвечающие законодательству другого государства, касающемуся цифровых и других электронных подписей, признаются юридически эквивалентными подписям на основании ... [законодательство принимающего государства], если законодательство другого государства требует уровень надежности, по меньшей мере эквивалентный тому, который требуется для таких подписей на основании ... [законодательство принимающего государства]. [Такое признание может быть осуществлено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения с другими государствами.]

4) Независимо от положений предыдущего пункта, стороны коммерческих и других сделок могут оговорить, что в связи с представляемыми им сообщениями или подписями должны использоваться тот или иной конкретный сертифицирующий орган информации, класс сертифицирующих органов информации или класс сертификатов.

Вариант В

2) Сертификаты, выданные иностранным сертифицирующим органом информации, признаются юридически эквивалентными сертификатам, выданным сертифицирующими органами информации, функционирующими на основании ... [законодательство принимающего государства], если практика иностранного сертифицирующего органа обеспечивает уровень надежности, по меньшей мере эквивалентный тому, который требуется от сертифицирующих органов информации на основании ... [законодательство принимающего государства].

[3] Определение эквивалентности, упомянутое в пункте 2, может быть осуществлено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения с другими государствами.]

4) При определении эквивалентности учитываются следующие факторы:

- a) финансовые и людские ресурсы, включая наличие активов в пределах юрисдикции;
- b) надежность систем аппаратного и программного обеспечения;
- c) процедуры оформления сертификатов и рассмотрения заявок на сертификаты, а также хранения записей;
- d) наличие информации для [подписавшихся] [субъектов], идентифицированных в сертификатах, и для потенциальных полагающихся сторон;
- e) регулярность и масштабы аудита, проводимого каким-либо независимым органом;
- f) наличие заявления государства, аккредитационного органа или сертифицирующего органа относительно соблюдения или наличия вышеизложенного;
- g) подсудность судам принимающего государства; и
- h) степень расхождений между законодательством, применимым к действиям сертифицирующего органа, и законодательством принимающего государства".

Общие замечания

22. Были высказаны сомнения относительно цели проекта статьи 13, который предполагается применять к вопросам признания как сертификатов, так и подписей. Одна из высказанных точек зрения заключалась в том, что применение этого проекта статьи к сертификатам является обоснованным и что любое положение, касающееся правовых последствий подписей, лучше всего поместить в начало единообразных правил в касающиеся подписей статьи, регулирующие вопросы существа. В поддержку этого мнения было указано, что с учетом многочисленных разнообразных функций подписей и различных уровней надежности, которые могут встречаться на практике,

выработка единого правила для признания подписей может вызвать трудности. Было также указано, что, хотя факторы, изложенные в пункте 4 варианта В, могут вполне обоснованно приниматься во внимание в том, что касается сертификатов, оценка надежности подписей по смыслу варианта А потребует учета иных факторов. Противоположная точка зрения состояла в том, что в этом проекте статьи следует урегулировать признание как подписей, так и сертификатов, поскольку оба этих аспекта имеют большое значение для вопроса идентификации в контексте коммерческого использования и поскольку цель единообразных правил заключается в разработке правил по использованию электронных подписей, в том числе в области трансграничной международной торговли. После обсуждения Рабочая группа постановила оставить этот вопрос открытым до завершения рассмотрения основных статей единообразных правил.

Пункт 1

23. Хотя принцип недискриминации, устанавливаемый в пункте 1, получил общую поддержку, были выражены сомнения по вопросу о том, должным ли образом излагается этот принцип в рассматриваемом положении в его нынешней редакции и является ли уместной ссылка на страну происхождения. Было высказано мнение о том, что ссылка на страну происхождения приводит к излишнему сужению положения о недискриминации и оставляет открытой возможность дискриминации по ряду других оснований, а это является нежелательным. Было также высказано мнение, что на практике могут существовать такие случаи, когда страна происхождения подписи или сертификата имеет существенно важное значение для решения вопроса о признании. В целом было сочтено, что при пересмотре редакции пункта 1 для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий следует учесть вышеупомянутые мнения и моменты, вызвавшие обеспокоенность.

24. Было высказано предположение о том, что принцип недискриминации можно было бы более четко изложить примерно следующим образом:

"Определение того, обладает ли - или в какой степени обладает - сертификат [подпись] юридической силой, не может основываться исключительно на месте выдачи сертификата [подписи] или исключительно на государстве, в котором находится коммерческое предприятие эмитента".

Это предложение не получило поддержки

25. Что касается взаимосвязи пункта 1 с вариантами А и В, то поддержку получило мнение о том, что для урегулирования вопроса о признании иностранных подписей и сертификатов достаточно одного пункта 1. Было указано, что принципы, отраженные в вариантах А и В, не могут быть поддержаны, поскольку эти принципы являются слишком ограниченными, слишком трудными для проверки и поскольку они сформулированы в слишком общем виде для того, чтобы дать руководящие указания относительно возможных путей установления эквивалентности. Было указано, что правило недискриминации, аналогичное пункту 1, будет поощрять стороны к изучению требований, существующих в других правовых системах, в которых осуществляются сделки, связанные с использованием иностранных подписей и сертификатов, с целью выяснения, какие доказательства могут потребоваться для юридической силы подписей и сертификатов и с целью определения того, применение какого права будет желательным. Противоположная точка зрения заключалась в том, что одного лишь правила о недискриминации будет недостаточно для создания возможности сопоставления различных сертификатов и подписей, а это будет непременно требоваться для облегчения трансграничного использования электронной торговли. Для этих целей необходимым является правило о порядке возможного обеспечения трансграничного признания. Мнение о том, что на международном уровне ощущается потребность в руководящих указаниях относительно критериев, на которых может основываться признание, таких как надежность сертификатов и подписей, как это излагается в вариантах А и В, получило поддержку. После обсуждения возобладало мнение о том, что для содействия трансграничному признанию сертификатов и подписей одного пункта 1 недостаточно.

Вариант А

26. Была выражена поддержка мнению о том, что в варианте А, в котором говорится о надежности, рассматривается важнейший критерий эквивалентности, на котором может основываться признание. Еще одна точка зрения заключалась в том, что концепция надежности должна ограничиваться технической надежностью и что такие требования, как регистрация сертификатора информации, рассматриваться не должны. В то же время определенная обеспокоенность была высказана по вопросу о возможных практических последствиях такого правила. Было высказано предположение, что вариант А может привести к обратной дискриминации, например, если в результате его принятия иностранный сертификат информации будет необязан соблюдать требования, установленные в праве признающего государства, при условии, что его практика будет на основе оговоренных факторов сочтена эквивалентной практике национального сертификатора информации. Вопрос, вызвавший особую обеспокоенность в связи с такой ситуацией, заключался в том, что иностранный сертификат информации может получить преимущество по отношению к национальному сертификату, особенно в тех случаях, когда основа для установления эквивалентности не учитывает административные требования, такие как регистрация сертификатора

информации. Хотя Рабочая группа приняла эти моменты, вызвавшие обеспокоенность, к сведению, особенно в свете согласия относительно важности принципа недискриминации, в целом было сочтено, что эти моменты могут быть учтены путем указания факторов, которые должны приниматься во внимание при определении эквивалентности. Другой вопрос, в отношении которого была выражена обеспокоенность в связи с возможным введением критерия технической надежности (особенно в отношении сертификатов), касался той степени, в которой надежность сертификата зависит от надежности сертификатора информации и, таким образом, от факторов, прямо не связанных с техническими аспектами.

27. В связи с возможным критерием установления эквивалентности было высказано мнение о том, что подход, при котором внимание в варианте А концентрируется на надежности, является слишком узким и что для определения эквивалентности большое значение имеют другие факторы, такие как договорная среда, созданная сторонами. Было также указано, что положения варианта А предполагают наличие определенного уровня регулирования деятельности сертификаторов информации и сертификатов, который на практике может и не быть универсальным, и что практическое осуществление этих положений может вызвать трудности. Мнение, преобладавшее в Рабочей группе, заключалось в том, что надежность является надлежащим критерием, на основании которого должно проводиться определение эквивалентности для целей признания иностранных сертификаторов информации при условии указания ряда факторов, которые должны приниматься во внимание при таком определении.

28. Широкая поддержка была также выражена признанию важности двусторонних и многосторонних соглашений в качестве средства согласования вопросов признания, аналогично тому, как это предусматривается в пунктах 2 и 3 варианта А.

29. Общая поддержка была выражена включению в проект статьи 13 положения, предусматривающего широкие возможности признания автономии сторон в качестве основы для трансграничного признания. Было также достигнуто согласие с тем, что должна быть признана свобода сторон согласовывать использование конкретных видов сертификатов или подписей, аналогично тому, как это предусматривается в пункте 4 варианта А.

Вариант В

30. По вопросу о необходимости сохранения факторов, изложенных в пункте 4 варианта В, были высказаны различные мнения. В поддержку сохранения этих факторов было вновь указано на необходимость основы для признания и на то, что этот пункт в сочетании с пунктом 1 и вариантом А создает такую основу. Противоположная точка зрения заключалась в том, что включать в статью о трансграничном признании сертификатов и подписей требования в отношении сертификаторов информации, не упоминающихся в других местах проекта единообразных правил, неуместно. Было высказано мнение о том, что если в единообразных правилах будут регулироваться операции сертификаторов информации и указываться факторы, которые должны учитываться при оценке надежности сертификатов, выдаваемых такими сертификаторами информации, то соответствующие положения следует поместить в основные статьи, например, в проект статьи 12. В дополнение к этому было указано, что включение таких факторов только в положения, касающиеся признания иностранных сертификатов и подписей, может привести к дискриминации и, таким образом, вступить в противоречие с принципом, установленным в пункте 1. Кроме того, определенные сомнения были выражены относительно уместности всех этих факторов в каждом конкретном случае и было указано на необходимость обеспечения того, чтобы это положение не было составлено в качестве императивного и не ограничивалось лишь теми факторами, которые конкретно в нем упомянуты.

31. С целью учета некоторых мнений, высказанных в ходе обсуждения, и моментов, вызвавших обеспокоенность, было предложено положение о признании примерно следующего содержания:

“1) При определении того, обладает ли - или в какой степени обладает - сертификат юридической силой, не учитываются ни место выдачи сертификата, ни государство, в котором находится коммерческое предприятие эмитента.

2) Определение того, обладает ли - или в какой степени обладает - сертификат юридической силой, осуществляется на основании законов признающего государства или такого другого применимого права, которое может быть согласовано сторонами.

3) Сертификат не считается не имеющим юридической силы согласно законам признающего государства или согласно такому другому применимому праву, которое может быть согласовано сторонами, лишь по той причине, что не было соблюдено требование применимого права о регистрации.

4) Если признающее государство заключило двустороннее или многостороннее соглашение с другим государством, сертификат, выданный в соответствии с этим соглашением, признается.

5) Если стороны соглашаются быть связанными сертификатом, выданным оговоренным сертификатором информации, такой сертификат признается”.

32. Поскольку были высказаны сомнения относительно возможного толкования этого предложения, особенно с учетом коллизионных вопросов, это предложение получило лишь ограниченную поддержку.

33. В контексте обсуждения вопроса о том, какие из изложенных в пункте 4 варианта В факторов следует сохранить, было указано, что не все из включенных факторов могут быть в равной степени уместными для определения надежности и для возможных требований, необходимых для проверки сертификата. В дополнение к этому было высказано мнение о том, что вопрос о затратах на проверку указанных факторов и о легкости такой проверки требует тщательного изучения для обеспечения того, чтобы необходимость учета для этих факторов не являлась барьером для использования сертификатов и электронных подписей. Рабочая группа приняла к сведению эти мнения с тем, чтобы учесть их при обсуждении пункта 4 на более позднем этапе.

34. После дискуссии Рабочая группа, для целей будущего обсуждения, пришла к следующему заключению: в пункте 1 следует установить принцип недискриминации при некоторых редакционных коррективах для обеспечения учета мнений, выраженных в ходе обсуждения; пункты 2, 3 и 4 варианта А следует сохранить, поскольку в них устанавливается надлежащее правило признания иностранных сертификатов и подписей; в пункте 4 варианта В следует изложить факторы, которые должны учитываться при рассмотрении вопроса об эквивалентности с точки зрения надежности, как это предусматривается пунктами 2 и 3 варианта А, однако это положение не должно нести императивного характера, ни ограничиваться конкретными перечисленными факторами; в проекте статьи 13 следует предусмотреть признание соглашения между заинтересованными сторонами относительно использования определенных видов электронных подписей или сертификатов в качестве достаточного основания для трансграничного признания (в отношениях между этими сторонами) таких согласованных подписей или сертификатов; и вопрос о том, следует ли рассмотреть в проекте статьи как сертификаты, так и подписи, должен быть еще раз обсужден после принятия решений относительно основных статей проекта единообразных правил.

35. Рабочая группа согласилась с тем, что в целях продолжения обсуждения на одной из последующих сессий следует подготовить альтернативный проект статьи 13, исходящий из того представления, что критерии, установленные в отношении подписей или сертификатов, должны в равной мере применяться к иностранным и внутренним подписям или сертификатам. Для этого содержание подобных критериев должно быть изложено в проекте статьи 12, а в проект статьи 13 должна быть включена ссылка на то, что иностранные сертификаторы информации для получения признания должны соблюдать критерии, установленные в проекте статьи 12.

Статья 1. Сфера применения

36. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 1:

"Настоящие Правила применяются к электронным подписям, используемым в контексте торговых* отношений, и они не имеют преимущественной силы по отношению к любым правовым нормам, предназначенным для защиты потребителей.

*Термин "торговые" следует толковать широко, с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, как договорных, так и недоговорных. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки на поставку товаров или услуг или обмен товарами или услугами; дистрибуторские соглашения; коммерческое представительство и агентские отношения; факторинг; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; инжиниринг; купля/продажа лицензий; инвестирование; финансирование; банковских услуги; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозка товаров и пассажиров воздушным, морским, железнодорожным или автомобильным транспортом".

37. В начале работы было отмечено, что проект статьи 1, в котором воспроизводится ряд положений, содержащихся в статье 1 Типового закона, основывается на той рабочей предпосылке, что единообразные правила должны быть подготовлены в форме отдельного юридического документа, а не просто в форме отдельной главы Типового закона (см. A/CN.9/WG.IV/WP.82, пункт 16). Хотя было высказано мнение о том, что на более позднем этапе, возможно, потребуются вновь вернуться к рассмотрению вопроса о возможном принятии единообразных правил в качестве дополнительной части Типового закона, Рабочая группа согласилась с этой рабочей предпосылкой. Было также достигнуто согласие с тем, что при работе над текстом единообразных правил следует предпринять все возможные усилия для обеспечения соответствия с Типовым законом как с точки зрения существа, так и терминологии. В пояснительной записке или в руководстве по принятию единообразных правил, которые, возможно, потребуются подготовить на более позднем этапе, следует представить разъяснения относительно взаимосвязи между единообразными правилами и Типовым законом. В этом контексте следует указать, что единообразные правила могут быть приняты либо самостоятельно, либо в качестве приложения к Типовому закону.

38. Содержание проекта статьи 1 получило общую поддержку. В редакционном порядке было принято решение о том, что для обеспечения соответствия с терминологией, используемой в статье 1 Типового закона, слова "торговые отношения" следует заменить словами "торговая деятельность". Было также выражено согласие с тем, что слова "Настоящие Правила применяются к электронным подписям, используемым..." недостаточно отражают широкую сферу применения единообразных правил и что их следует заменить словами "Настоящие Правила применяются в случаях, когда электронные подписи используются...".

39. Что касается ссылки на "коммерческую деятельность", то были высказаны сомнения в отношении необходимости ограничивать сферу применения единообразных правил коммерческой областью. Было указано, что единообразные правила должны в равной мере применяться, например, к тем случаям, когда электронные подписи используются при представлении заявлений или других документов публичным административным органам. Было отмечено, что подобное обсуждение уже проводилось в ходе подготовки Типового закона. Как это указывается в Руководстве по принятию Типового закона, было принято решение о том, что "ничто в Типовом законе не должно препятствовать намерениям принимающего его государства расширить сферу действия Типового закона, с тем чтобы охватить виды использования электронной торговли за пределами коммерческой сферы" (Руководство по принятию Типового закона, пункт 26). Было достигнуто общее согласие с тем, что этот же принцип должен применяться и в отношении электронных подписей. Аналогично было принято решение о том, что в пересмотренный вариант проекта статьи 1, который должен быть подготовлен для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий, следует включить формулировку, аналогичную споске*** к статье 1 Типового закона.

40. Что касается определения термина "торговый", то был задан вопрос относительно уместности формулировки "отношения торгового характера, как договорные, так и недоговорные". В целом, однако, было сочтено, что, хотя отношения торгового характера могут в ряде стран рассматриваться как неизбежно являющиеся договорными по своей сути, в соответствии с законодательством других стран они могут также рассматриваться и в качестве недоговорных. Кроме того, было отмечено, что аналогичное определение термина "торговый" уже успешно используется в других текстах ЮНСИТРАЛ.

41. Было высказано предположение о том, что виды применения электронных подписей, связанные с потребителями, следует исключить из сферы действия единообразных правил. Было напомнено, что вопрос о потребителях уже рассматривался Рабочей группой на ее предыдущей сессии (см. A/CN.9/457, пункты 20, 56 и 70). После обсуждения Рабочая группа подтвердила принятое на этой сессии решение о том, что заменять какие-либо нормы права, направленные на защиту потребителей, не следует. В то же время, согласно этому же решению, потребителей не следует исключать из сферы действия единообразных правил, поскольку могут существовать случаи, когда единообразные правила могут оказаться благоприятными для потребителей.

42. После обсуждения проекта статьи 1 Рабочая группа решила отложить рассмотрение определений, содержащихся в проекте статьи 2, до завершения обсуждения основных положений единообразных правил.

Статья 3. Недискриминация [Технологическая нейтральность]

43. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 3:

"(Ни одно из положений настоящих Правил не применяется) [Положения настоящих Правил не применяются] таким образом, чтобы исключить, ограничивать или лишать юридической силы любой способ [подписания], который отвечает требованиям [статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле]".

44. В рамках Рабочей группы была выражена общая поддержка принципу, аналогичному устанавливаемому в проекте статьи 3, в котором четко указывается, что единообразные правила не преследуют цели установить какие-либо преимущества или льготы для использования определенных технологий, что может привести к дискриминации в отношении применения других технологий. Рабочая группа подтвердила важность принципа технологической нейтральности, на котором основывается Типовой закон и который также является существенным элементом мандата Рабочей группы на подготовку единообразных правил.

45. Определенная обеспокоенность была выражена в отношении вопроса о том, каким образом в единообразных правилах следует сформулировать правило о недискриминации, и в отношении связи этого принципа со статьей 7 Типового закона. Один из аспектов был связан с ролью автономии сторон в проекте статьи 3. Было высказано мнение о том, что любая ссылка на статью 7 Типового закона ограничит способность сторон согласовывать порядок осуществления операций в отношениях между собой и, в частности, согласовывать возможное содержание понятия подписи, поскольку статья 7 является императивным положением и не подлежит изменению по договоренности. Эту проблему предлагалось решить путем исключения ссылки на статью 7 с тем, чтобы проект статьи завершался

словом "способ", или путем распространения на проект статьи 3 положений об автономии сторон, содержащихся в проекте статьи 5. Согласно первому предложению в проекте статьи 3 будет содержаться общее заявление о недискриминации. Согласно второму предложению проект статьи 3 будет подлежать изменению по договоренности в соответствии с проектом статьи 5. Противоположная точка зрения состояла в том, что в центре внимания проекта статьи 3 стоят решения, которые государства могут реализовать при принятии законодательных положений о признании (или юридической силе) различных форм технологий. В этом контексте вопрос об автономии сторон является неуместным. Еще одно замечание состояло в том, что, хотя статья 7 Типового закона предусматривает средства установления функционального эквивалента для предусматриваемых законодательством требований о наличии подписи, она не исключает методы подписания, которые могут по-прежнему обладать юридической силой, даже если они не удовлетворяют этим требованиям к форме. Рассмотрение вопроса об автономии сторон в связи с обсуждением проекта статьи 3 является неуместным также и по этой причине.

46. Другой вызвавший беспокойство момент касался связи проекта статьи 3 со статьей 7 Типового закона и заключался в том, что, поскольку единообразные правила могут быть приняты в качестве независимого или самостоятельного текста, проект статьи 3 будет практически бесполезен для тех государств, которые не приняли Типового закона или, по крайней мере, статьи 7 Типового закона. Для решения этой трудности было предложено включить в проект статьи 3 ссылку на положения законодательства государства (т.е. государства, принимающего единообразные правила), регулирующие вопросы о подписях или электронных подписях. Было указано, что цель ссылки на статью 7 состоит в том, чтобы выйти за рамки признания подписей, юридическая сила которых признается в национальном праве, или предоставить критерии, устанавливаемые в статье 7, в распоряжение тех государств, которые планируют принятие нового законодательства по вопросам подписей. Для этой цели в проекте статьи 3 может быть сделана либо конкретная ссылка на статью 7, либо ссылка на критерии, устанавливаемые в статье 7, либо ссылка на проект статьи 6(2) единообразных правил, в котором воспроизводятся критерии статьи 7. Было указано, что ссылка на критерии статьи 7 будет обладать тем преимуществом, что эти критерии будут сохраняться в единообразных правилах, поскольку страны, принявшие Типовой закон, могут изменить или пересмотреть статью 7 с целью ослабления веса этих критериев. Если будет принято предложение о включении ссылки на национальное право, то такая ссылка на национальное право будет представлять собой ссылку на какие-то иные критерии, чем критерии статьи 7 Типового закона. Поддержка была выражена как предложению о включении ссылки на критерии статьи 7 - будь то путем непосредственного воспроизведения их в проекте статьи или путем ссылки на проект статьи 6(2), - так и предложению о включении ссылки на применимое право.

47. Был сделан ряд предложений редакционного характера. Была выражена поддержка первой вступительной формулировке: "Ни одно из положений настоящих Правил..." Поддержка была выражена как сохранению, так и исключению слова "[подписания]", а также добавлению в качестве ограничительного определения "электронного" перед словом "подписания". Рабочая группа согласилась с тем, что решение этого вопроса редакционного характера будет зависеть от того, какими словами будет заканчиваться это предложение. Другое предложение состояло в том, чтобы заменить слова "лишать юридической силы" словами "устанавливать дискриминационный режим в отношении", однако это предложение поддержки не получило. Поддержка была выражена обоим альтернативным вариантам, приведенным в квадратных скобках в качестве названия проекта статьи 3. Еще одно предложение состояло в том, чтобы назвать этот проект статьи "Равный режим для электронных подписей". Определенное предпочтение было выражено ссылке на принцип технологической нейтральности в названии проекта статьи 3.

48. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что статья, аналогичная проекту статьи 3, является весьма важной для обеспечения применения принципа недискриминации в отношении различных видов технологии подписания, будь то ныне применяемая технология или технология, которая может быть разработана в будущем; что никакой связи между проектами статей 3 и 5 единообразных правил не имеется и что в силу этого нет необходимости во включении в проект статьи 3 какого-либо положения об изменении по договоренности; что в качестве вступительной формулировки проекта статьи 3 следует сохранить слова "Ни одно из положений настоящих Правил..."; что, хотя определенное предпочтение было отдано словам "технологическая нейтральность" в качестве названия проекта статьи 3, Секретариат, возможно, пожелает рассмотреть другие возможные названия с тем, чтобы отразить мнения, высказанные Рабочей группой; что ссылку на статью 7 Типового закона, хотя она, предположительно, и является только ссылкой на статью 7 в том виде, в котором она принята государствами, следует заменить ссылкой на проект статьи 6(2) единообразных правил, охватывающей, в том числе, критерии, установленные в статье 7 Типового закона (как это первоначально предлагалось и указывалось в пункте 55 документа A/CN.9/457); что в качестве дополнения к ссылке на проект статьи 6(2) следует включить слова "[или иным образом отвечает требованиям применимого права]" для рассмотрения Рабочей группой на более позднем этапе.

Статья 4. Толкование

49. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 4:

“1) При толковании настоящих Единых правил следует учитывать их международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в их применении и соблюдению добросовестности в электронной торговле.

2) Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящих Единых правил и которые прямо в них не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основаны настоящие Единые правила”.

50. Статья 4 в ее нынешней редакции получила общую поддержку, хотя и были высказаны некоторые сомнения относительно смысла слов “в электронной торговле” в пункте 1. Было указано, что определения термина электронная торговля не имеется. Хотя в Руководстве по принятию Типового закона проводится обсуждение смысла этого термина, было высказано мнение, что этого недостаточно и что если сноска на добросовестность “в электронной торговле” будет сохранена, то в тексте единых правил следует четко указать на конкретное значение этих слов. Другая точка зрения состояла в том, что эти слова могут оказаться полезными для определения той сферы деятельности, в которой должно действовать требование добросовестности, в большей степени таким же образом, как это делается и в других текстах ЮНСИТРАЛ. В число таких примеров входит статья 7 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (“Конвенция о купле-продаже”), в которой говорится о добросовестности “в международной торговле”, и статья 5 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, в которой говорится о добросовестности “в международной практике независимых гарантий и резервных аккредитивов”. Однако после обсуждения было принято решение исключить слова “в электронной торговле”.

Статья 5. Изменение по договоренности

51. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 5:

Вариант А

“[Стороны по договоренности - будь то прямой или подразумеваемой - свободны отходить от настоящих Правил или изменять любые их аспекты.] [Допускается отход от любых аспектов настоящих Правил или их изменение на основании договоренности - будь то прямой или подразумеваемой, -] кроме как в той степени, в которой такой отход или изменение окажут неблагоприятное воздействие на права третьих сторон.

Вариант В

1) Настоящие Правила не затрагивают каких-либо прав, которые могут существовать в отношении изменения по договоренности любой нормы права, упомянутой в статьях 6 и 7.

2) Допускается отход от любых аспектов статей 9-12 настоящих Правил или их изменение по договоренности - будь то прямой или подразумеваемой, - кроме как в той степени, в которой такой отход или изменение окажут неблагоприятное воздействие на права третьих сторон”.

Общие замечания

52. В связи с общим принципом автономии сторон было указано, что единственными ограничениями, которые единые правила должны накладывать на коммерческие стороны в том, что касается регулирования коммерческих вопросов в отношениях между ними и в отношении третьих сторон, должны быть ограничения, устанавливаемые законодательством государств, принимающих единые правила.

53. В связи с обоими вариантами А и В была выражена поддержка исключению формулировок, касающихся прав третьих сторон. Было указано, что этот принцип - равно как и принцип, заключающийся в том, что стороны не могут на основании соглашения затрагивать действие императивных норм права - пользуется международным признанием в качестве основополагающего и что в силу этого оговаривать его в единых правилах необходимости не имеется. Другая точка зрения заключалась в том, что ссылки на права и обязательства третьих сторон будут охватываться более общей категорией исключений из автономии сторон, основывающейся на соображениях публичного порядка, и что это исключение было бы целесообразно оговорить в этой статье. Противоположная точка зрения состояла в том, что вопросы публичного порядка следует оставить на урегулирование на основании внутреннего права и что они не должны рассматриваться в единых правилах.

54. Рабочая группа провела обмен мнениями относительно названия проекта статьи 5, и был выдвинут ряд предложений по его пересмотру, включая предложения о следующих названиях: "Автономия сторон" и "Свобода договора". После обсуждения Рабочая группа просила Секретариат учесть эти мнения при пересмотре проекта статьи 5.

Вариант А

55. В поддержку варианта А были высказаны различные мнения. Одно из них состояло в том, что поскольку содержащееся в варианте В положение оговаривает те статьи единообразных правил, которые должны рассматриваться в качестве императивных, в этом варианте принцип автономии сторон выражается более узко, чем в соответствии с положением, включенным в вариант А. В силу этого вариант В может воспрепятствовать развитию электронной торговли вместо того, чтобы содействовать ему. Было указано, что отсутствие регулирования в значительной мере способствовало развитию электронного обмена данными и позволило сторонам разработать договорные средства урегулирования различных возникающих юридических проблем. По этим причинам не следует стремиться к включению в единообразные правила императивных положений, подобных содержащимся в варианте В. Другое мнение состояло в том, что в коммерческом контексте стороны должны обладать полной свободой на согласование порядка поддержания отношений и осуществления операций между собой, в том числе и в том, что касается возможного согласования вопроса о том, что будет рассматриваться в качестве подписи. Было признано, что, хотя коммерческие стороны, несомненно, могут заключать подобные соглашения "в отношениях между собой", имеются определенные сомнения по вопросу о юридической силе такого соглашения в случаях, когда к коммерческому контексту применяются требования в отношении формы.

56. В то же время было высказано предположение, что решение о том, следует ли придать определенным статьям единообразных правил императивный характер, может быть принято на более позднем этапе работы Рабочей группы и что, если это будет необходимо, оно может быть отражено в соответствующих статьях, а не реализовано за счет ослабления содержания статьи, посвященной автономии сторон. С тем чтобы отразить эту точку зрения, было предложено изменить вступительную формулировку варианта А следующим образом. "Если настоящие Правила не предусматривают иного...".

57. В редакционном плане было предложено исключить ссылку на "прямую или подразумеваемую" договоренность и заменить слово "обходить" словом "изменять". С учетом последующих решений Рабочей группы вопрос об этих предложенных изменениях в дальнейшем не ставился.

Вариант В

58. Вариант В получил поддержку. Было указано, что проекты пунктов 1 и 2 в значительной степени основываются на статье 4 Типового закона. Соответственно, проекты статей 6 и 7 единообразных правил будут, так же как статьи 7 и 8 Типового закона, на которых они основываются, представлять собой императивные положения. Аналогично - в соответствии с пунктом 2 статьи 4 - на основании проекта пункта 1 варианта В сохраняется право сторон изменять императивные положения в тех случаях, когда это разрешается им национальным законодательством. В порядке сравнения было указано, что проекты статей 9-12 единообразных правил представляют собой положения, от которых стороны смогут свободно отходить, так же как и от положений главы III Типового закона.

59. С целью учета некоторых высказанных мнений и моментов, вызвавших обеспокоенность в связи с обоими вариантами, было предложено положение об автономии сторон примерно следующего содержания:

"Допускается отход от настоящих Правил или их изменение по договоренности за исключением тех случаев, когда:

- а) настоящие Правила предусматривает иное;
- б) законодательство принимающего государства предусматривает иное".

60. Это предложение получило общую поддержку. В то же время определенная обеспокоенность была высказана в отношении пункта (b) на том основании, что это весьма широкое положение оставляет за государствами возможность устанавливать ограничительные требования в отношении использования электронных подписей и не способствует принятию таких стандартов, как, например, статья 7 Типового закона. Рабочая группа отметила, что, хотя воспрепятствовать тому, чтобы государство не заняло такой позиции, будет невозможно, цель, заключающаяся в том, чтобы ограничительные положения рассматривались в качестве исключительных, а не в качестве общего правила, может быть упомянута в руководстве или в пояснительной информации к единообразным правилам. Еще одно предложение состояло в том, чтобы заключить пункт (b) в квадратные скобки в ожидании результатов дальнейшего рассмотрения Рабочей группой. После обсуждения Рабочая группа приняла это предложение.

61. Одно из предложений редакционного характера состояло в том, что в этом положении следует упомянуть об отходе от правил или об изменении их "действия", а не об изменении самих правил. Было принято решение о том, что, поскольку подобные положения содержатся в ряде международных документов (например, в Конвенции о купле-продаже), следует придерживаться общей формулировки.

Статья 6. [Соблюдение требований к подписи] [Презумпция подписания]

62. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 6:

"Вариант А

1) В тех случаях, когда в связи с сообщением данных используется усиленная электронная подпись, сообщение данных считается подписанным.

2) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использованная электронная подпись, которая является как надежной, так и соответствующей цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

[3] В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использована усиленная электронная подпись.]

4) Пункты 2 и 3 применяются как в случаях, когда упомянутое в них требование выражено в форме обязательства, так и в случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

5) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Вариант В

1) В тех случаях, когда в связи с сообщением данных, [использован какой-либо способ, который][использована какая-либо электронная подпись, которая]:

а) [присущ][присуща] исключительно обладателю подписи [для цели, с которой][в контексте, в котором][он][она] используется;

[b) может использоваться для объективной идентификации обладателя подписи в связи с сообщением данных; и]

с) [был создан и приложен][была создана и приложена] к сообщению данных обладателем подписи или с использованием средства, находящегося под исключительным контролем обладателя подписи [, а не каким-либо другим лицом];

считается, что сообщение данных подписано.

2) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использована электронная подпись, которая является как надежной, так и соответствующей цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

3) Пункт 2 применяется как в тех случаях, когда упомянутое в нем требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

4) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...]."

Цель проекта статьи 6

63. Было достигнуто общее согласие с тем, что основная цель проекта статьи 6 должна заключаться в установлении некоторой степени определенности в отношении правовых последствий, которые будут вытекать из использования электронных подписей. Что касается таких конкретных возможных последствий, то обсуждение проходило в самых различных направлениях при постоянных ссылках на вопрос о выполнении требований к подписи, как об этом говорится в статье 7 Типового закона.

Виды электронных подписей

64. Было выражено мнение, что (либо с помощью ссылки на концепцию "усиленной электронной подписи", либо посредством прямого упоминания критериев для установления технической надежности того или иного конкретного метода подписания) двукратная цель проекта статьи 6 должна заключаться в установлении следующего: 1) из применения тех методов электронного подписания, которые признаны надежными, будут вытекать юридические последствия; и 2) наоборот, никаких таких юридических последствий не будет вытекать из использования менее надежных методов. В целом было, однако, сочтено, что, возможно, требуется провести более тонкое различие между различными возможными методами электронного подписания, поскольку при подготовке единообразных правил следует стремиться к тому, чтобы избежать дискриминации в отношении каких-либо форм электронных подписей, хотя они и могут показаться недостаточно сложными и ненадежными в тех или иных конкретных обстоятельствах. В силу этого любой метод электронного подписания, применяемый для целей подписания сообщения о данных в соответствии со статьей 7(1)(а) Типового закона, будет, по всей вероятности, вызывать юридические последствия при условии, что он является достаточно надежным с учетом всех обстоятельств, включая любую договоренность между сторонами. В то же время, определение того, что представляет собой надежный способ подписания с учетом обстоятельств может выноситься в соответствии со статьей 7 Типового закона только судом или иным оценивающим факты лицом, действующим в рамках своих должностных обязанностей, причем, возможно, уже по прошествии длительного срока после использования электронной подписи. В отличие от этого выводы, которые, как ожидается, могут быть предоставлены с помощью единообразных правил в отношении некоторых методов, которые признаны особенно надежными, независимо от обстоятельств их использования, состоят в создании - в момент или до момента использования любого такого метода электронного подписания (*ex ante*) - определенности (либо через установление презумпции, либо через подготовку материально-правовой нормы) в том, что этот метод приведет к юридическим последствиям, эквивалентным последствиям собственноручной подписи.

65. Был задан вопрос о том, должны ли вытекать какие-либо юридические последствия из использования методов электронного подписания, которые будут выполнять не все функции, описанные в статье 7(1)(а) Типового закона, а именно из тех видов использования электронных подписей, которые не были применены с намерением указать какое-либо согласие с информацией, содержащейся в сообщении данных. В целом было сочтено, что, если предполагаемый подписавшийся приложил свою подпись (будь то собственноручную или электронную) к определенной информации, то должна существовать презумпция его согласия с увязыванием его личности с такой информацией. Решение вопроса о том, должно ли такое увязывание приводить к юридическим последствиям (договоры или иным), будет зависеть от характера подписываемой информации и от любых других обстоятельств, которые должны быть оценены в соответствии с правом, применимым за рамками единообразных правил. В этом контексте Рабочая группа согласилась с тем, что единообразные правила не должны затрагивать действия общеправовых норм, касающихся контрактов или обязательств.

66. Было отмечено, что варианты А и В, хотя они и направлены на то, чтобы привести на практике к одному и тому же результату, различаются в вопросе об использовании концепции "усиленной электронной подписи". Была выражена поддержка сохранению концепции усиленной электронной подписи, которая, как это было описано, способна создать особенно большие возможности для обеспечения определенности в том, что касается использования конкретного вида электронных подписей, а именно применения цифровых подписей посредством инфраструктуры публичных ключей (ИПК). В ответ было указано, что концепция "усиленной электронной подписи" неоправданно усложняет структуру единообразных правил. Кроме того, концепция "усиленной электронной подписи" будет создавать возможности для неверного толкования, так как предполагает, что различные уровни технической надежности могут соответствовать аналогично разнообразному диапазону юридических последствий. Широко высказывалась обеспокоенность тем, что усиленная электронная подпись будет рассматриваться в качестве отдельной юридической концепции, а не в качестве термина, описывающего набор технических критериев, использование которых делает метод подписания особенно надежным. Рабочая группа, хотя она и отложила окончательное решение по вопросу о том, будет ли использоваться в единообразных правилах концепция "усиленной электронной подписи", в целом согласилась с тем, что при подготовке пересмотренного проекта единообразных правил для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий, было бы полезно включить такой вариант проекта статьи, в котором не упоминалась бы эта концепция.

Связь со статьей 7 Типового закона

67. Было выражено мнение, что ссылка на статью 7 Типового закона в пункте 2 проекта статьи 6 (которая также играет полезную роль в качестве напоминания о концептуальном происхождении единообразных правил) должна толковаться в качестве ограничивающей сферу действия единообразных правил теми ситуациями, когда электронная подпись используется для удовлетворения императивных требований законодательства о том, что для обеспечения действительности некоторых документов они должны быть подписаны. Согласно этой точке зрения, в силу того, что в законодательстве содержится лишь весьма немногочисленные подобные требования в отношении документов, используемых для целей коммерческих сделок, сфера действия единообразных правил является весьма узкой. В ответ на это мнение была высказана получившая общую поддержку точка зрения о том, что подобное толкование

проекта статьи 6 (и статьи 7 Типового закона) не соответствует толкованию слова "законодательство", которое было принято Комиссией в пункте 68 Руководства по принятию Типового закона и согласно которому слово "законодательство" ("the law") следует понимать как включающее не только статутное право или подзаконные акты, но также нормы, создаваемые судами, и другие процессуальные нормы". Хотя в пункте 1 как варианта А, так и варианта В не содержится ссылки на какое-либо "требование права", а в пункте 2 воспроизводится формулировка статьи 7 Типового закона, широкую поддержку получило мнение о том, что никакого различия в сфере действия этих двух пунктов не имеется и их сфера применения является особенно широкой, поскольку в связи с большинством документов, используемых в контексте коммерческих сделок, на практике, по всей вероятности, возникнет необходимость в соблюдении требований законодательства по вопросам доказывания в том, что касается представления доказательств в письменной форме.

Юридическая сила: презумпция или материально-правовая норма

68. Различные мнения были высказаны по вопросу о том, какие конкретные юридические последствия должны возникать из использования надежной электронной подписи. Согласно одной из точек зрения, вопрос о том, должен ли тот или иной конкретный документ рассматриваться в качестве "подписанного", следует разграничивать с вопросом о том, должен ли он рассматриваться как подписанный каким-либо конкретным лицом. Согласно другому мнению, установление презумпции, что информация является "подписанной", является неуместным, поскольку в соответствии с законодательством ряда стран "подпись" указывает на намерение подписавшегося принять на себя соответствующие обязательства, например договорного плана. Установление презумпции о намерении может нанести вред на предполагаемого подписавшегося чрезмерное бремя и может вступить в коллизию с действующими правовыми нормами, касающимися заключения контрактов или принятия обязательств. Соответственно, было высказано предположение, что вместо установления презумпции о том, что сообщение о данных является "подписанным", в единообразных правилах следует просто создать презумпцию связи между электронной подписью и предполагаемым подписавшимся, а также презумпцию в отношении надежности использования метода подписания. Было также высказано предположение о том, что любые дополнительные выводы по вопросу о силе электронной подписи в том, что касается существа сообщения данных, должны быть оставлены на усмотрение другого применимого права. Эти мнения получили определенную поддержку.

69. Связанное с этой точкой зрения мнение состояло в том, что в сочетании с определением "электронная подпись" в проекте статьи 2 использованный в проекте статьи 6 подход является приемлемым. Согласно этому подходу использование надежной электронной подписи приведет к "подписанию" сообщения данных обладателем подписывающего устройства при той предпосылке, что последствия такой "подписи" - в частности, в том, что касается намерения предполагаемого подписавшегося в отношении информации, содержащейся в сообщении данных - будут урегулированы на основании права, применимого за пределами единообразных правил.

70. Рабочая группа в целом согласилась с тем, что основная цель проекта статьи 6 должна заключаться в воспроизведении в электронной среде юридических последствий использования собственноручной подписи. На основе мнения о том, что в некоторых странах использование слова "подписание" в контексте сообщений данных неуместно, было высказано предложение исходить в обсуждениях из применения функционального эквивалента этого термина, если только из контекста не следует, что речь идет о собственноручной подписи. Рабочая группа продолжила обсуждение вопроса о том, следует ли правовые последствия использования надежного электронного подписывающего устройства выразить с помощью установления презумпции или же путем подготовки материально-правовой нормы.

71. В качестве альтернативы установления презумпции, которая в некоторых правовых системах может рассматриваться как узко ограниченная сферой гражданского процесса, было высказано мнение о необходимости положения, прямо признающего юридические последствия использования электронных подписей. Было предложено принять правило примерно следующего содержания, основывающееся на тексте пункта 1 варианта А: "В тех случаях, когда в связи с сообщением данных использована электронная подпись, этой электронной подписи придается та же юридическая сила [как если бы информация в сообщении данных была составлена в письменной форме и была подписана] [которая придается собственноручной подписи согласно применимому праву]". Было указано, что аналогичная формулировка может быть подготовлена и на основе пункта 1 варианта В. Это предложение получило определенную поддержку. Хотя было высказано мнение о том, что принцип, закрепляемый в предложенном тексте, должен применяться ко всем электронным подписям, ряд делегаций указали, что сфера действия этого оперативного положения должна быть ограничена и что оно должно охватывать лишь те электронные подписи, которые описываются в качестве "усиленных" согласно проекту статьи 2.

72. В то же время широкое распространение получило мнение о том, что составление проекта статьи 6 в форме опровержимой презумпции является оправданным. Поддержка была выражена мнением о том, что опровержимая презумпция "подписания" предполагаемым подписавшимся является наиболее уместным последствием, которое может возникнуть из использования надежного метода подписания. Последствие такой презумпции будет заключаться в возложении на предполагаемого подписавшегося бремени доказывания того, что атрибуция электронной подписи этому лицу произведена быть не может и что эта подпись не должна рассматриваться в

качестве связывающей. В этом контексте - хотя и были выражены сомнения в отношении того, каким образом предполагаемый подписавшийся сможет опровергнуть эту презумпцию, например, в контексте заключения контрактов - было напомнено о том, что единообразные правила просто устанавливают эквивалент между некоторыми электронными и собственноручными подписями и не преследуют цели затронуть действие общих норм договорного или обязательственного права.

73. Была высказана точка зрения о том, что независимо от установления в проекте статьи 6 презумпции "подписания" данных или простой презумпции того, что электронная подпись является технически надежной и связанной с конкретным сообщением, бремя опровержения таких презумпций может быть излишне тяжелым в контексте потребительских сделок, которые, возможно, требуется исключить из сферы действия проекта статьи 6.

74. Что касается характера презумпции, которую следует установить, было высказано мнение о том, что, хотя существо предложения о материально-правовом праве (см. пункт 71 выше) следует отразить в проекте статьи 6, необходимо установить соответствующую презумпцию, которая должна в большей мере отражать тот доказательственный контекст, в котором она будет использоваться. Было указано, что создание презумпции чисто для доказательственных целей может быть менее сложной, но более осуществимой задачей, чем установление общих критериев надежности, в соответствии с которыми сообщение данных следует считать "подписанным". С одной стороны, понятие технической надежности быстро развивается на практике. В силу этого выразить технические критерии в достаточно нейтральных терминах, которые смогут пройти проверку временем, может оказаться чрезвычайно сложным. С другой стороны, изменяющаяся практика использования электронных подписей в большей мере требует гибкого критерия, подобного устанавливаемому в статье 7(1)(b) Типового закона, чем глобального критерия надежности, аналогичного предусматриваемому в проекте статьи 6(1). В целях иллюстрации предложенного подхода был предложен следующий текст проекта статьи 6:

"Статья 6. Презумпции в отношении электронных подписей"

1) Юридические последствия использования подписи в равной мере применимы к использованию электронных подписей.

2) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использована электронная подпись, которая является как надежной, так и соответствующей цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

3) Если требования пункта 4 выполнены, судебный или административный орган имеет право исходить из презумпции того, что электронная подпись доказывает один или несколько из следующих моментов:

- a) электронная подпись удовлетворяет стандарт надежности, установленный в пункте 2;
- b) личность предполагаемого подписавшегося;
- c) предполагаемый подписавшийся согласился с сообщением данных, к которому относится электронная подпись.

4) Презумпции в пункте 3 применяются, если и только если

- a) уведомление вручено* предполагаемому подписавшемуся лицом, полагающимся на электронную подпись и утверждающим, что конкретная электронная подпись доказывает один или несколько из моментов, указанных в подпунктах (a)-(c) пункта 3; и
- b) предполагаемый подписавшийся не вручает* уведомления, в котором оспариваются один или несколько из моментов, указанных в уведомлении согласно подпункту (a), и приводятся основания для этого возражения.

* Требования в отношении вручения (включая сроки) регулируются применимому праву. Некоторые государства, возможно, пожелают добавить положения, регулирующие эти вопросы".

75. В отношении этого предложения была выражена поддержка, в частности, на том основании, что оно будет применимо к потребительским сделкам, поскольку презумпция может быть опровергнута в результате простого уведомления о возражении. В то же время в целом было сочтено, особенно в отношении предлагаемых новых пунктов 3 и 4, что предложенная формулировка, возможно, чрезмерно увязывается с доказательственной практикой в рамках судебного разбирательства, как такая практика известна некоторым правовым системам, и что ее,

возможно, трудно изложить в достаточно нейтральных терминах, приспособленных ко всем правовым системам. В целом было сочтено, что предлагаемый текст пункта 4 слишком углубляется в унификацию норм гражданского процесса, а вопросы, относящиеся к этой области, урегулировать в международных документах чрезвычайно сложно. Что касается пунктов 1 и 2, то было высказано мнение, что взаимосвязь этих двух положений следует, возможно, рассмотреть еще раз, с тем чтобы избежать возможного неверного толкования, согласно которому электронные подписи, не удовлетворяющие установленным требованиям, будут пользоваться более благоприятным режимом, чем те электронные подписи, которые удовлетворяют критериям надежности.

76. В ответ на возражения, высказанные в отношении предложенного текста новых пунктов 3 и 4, было предложено заменить их альтернативным вариантом в форме следующего единого пункта 3:

"[3] В отсутствие доказательств противного доверие к электронной подписи считается доказывающим:

- a) что электронная подпись удовлетворяет стандарту надежности, установленному в пункте 2;
- b) личность предполагаемого подписавшегося; и
- c) что предполагаемый подписавшийся согласился с сообщением данных, к которому относится электронная подпись]".

77. Было сочтено, что на одной из будущих сессий Рабочей группе следует приложить дополнительные усилия для определения возможностей составления приемлемого процессуального правила, в силу которого предполагаемый подписавшийся в случае, если он намеревается оспорить свою подпись, должен незамедлительно сообщить об этом полагающейся стороне и указать разумные основания для такого оспаривания. В этой связи было выдвинуто предложение о том, что, возможно, следует исходить из статьи 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности. В ответ на это предложение было, однако, указано, что хотя ограниченное согласование гражданской процедуры в узком контексте трансграничной несостоятельности является, возможно, осуществимым, добиться такого согласования в отношении более широких вопросов электронных подписей будет, возможно, более сложно.

Критерии надежности электронной подписи

78. В контексте вышеизложенного обсуждения формулировки проекта статьи 6 в виде опровержимой презумпции особое внимание было уделено критериям, на основании которых следует оценивать техническую надежность метода подписания. С целью более объективного выражения критериев, устанавливаемых в пункте 1 варианта B, было внесено следующее предложение по проекту статьи 6:

"Статья 6. Соблюдение юридических требований к подписи

1) В тех случаях, когда законодательство требует подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использован способ, который является как надежным, так и соответствующим цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

2) Считается, что способ является надежным для цели выполнения требования, указанного в пункте 1, если этот способ обеспечивает, что:

- a) данные, использованные для создания электронной подписи, присущи исключительно владельцу устройства для создания подписи в контексте, в котором используется устройство;
- b) владелец устройства для создания подписи обладает исключительным контролем над этим устройством;
- c) электронная подпись связана с сообщением данных, к которому она относится [, таким образом, который гарантирует целостность сообщения];
- d) владелец устройства для создания подписи объективно идентифицируется в контексте [, в котором используется устройство][сообщения данных]".

79. Предложение о составлении проекта статьи 6 в виде презумпции технической надежности получило значительную поддержку. В то же время были высказаны сомнения в отношении необходимости установления подробных технических критериев для оценки такой надежности. Было высказано мнение о том, что в большинстве практических ситуаций надежность будет определяться заранее либо путем соглашения между сторонами, либо

посредством использования действующей публичной или частной ИПК. Хотя было выражено широкое согласие с этой точкой зрения, было также сочтено целесообразным предложить субсидиарные критерии для оценки технической надежности методов электронного подписания для рассмотрения в первую очередь теми странами, в которых еще не создана ИПК.

80. Что касается конкретных предложенных критериев, то было указано, что в единообразных правилах или в любом руководстве по принятию или пояснительной записке, которые могут быть подготовлены на более позднем этапе, необходимо разъяснить следующие вопросы: 1) положения, согласно которым устройство для создания подписи должно находиться под исключительным контролем соответствующего обладателя устройства, не должны затрагивать действие правовых положений об агентских услугах или операций обладателя устройства через электронного агента; и 2) "объективная идентификация" обладателя устройства не должна предполагать, что во всех случаях физическое лицо должно идентифицироваться по имени, поскольку концепция "личности" должна толковаться как возможно охватывающая существенные характеристики обладателя устройства, такие как занимаемая должность или выполняемые функции, как в сочетании с указанием имени, так и без ссылки на него (см. A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункт 29). Кроме того, были высказаны сомнения в отношении уместности ссылки на целостность в контексте решения вопроса о том, является ли сообщение данных "подписанным", поскольку проверка "целостности" является неотъемлемой частью не всех процессов подписания (будь то с использованием электронной или собственноручной подписи) и, предположительно, более уместна в контексте оценки того, следует ли рассматривать сообщение в качестве "подлинника".

81. В более общем плане в связи с вопросом о критериях оценки надежности какого-либо способа подписания было высказано мнение о том, что любые подобные критерии должны быть изложены таким образом, чтобы поддерживать устанавливаемую презумпцию, и что в результате наличия таких критериев не должно создаваться предположение, что они самостоятельно доказывают вывод, который предполагается с помощью презумпции. Было высказано предположение о том, что критерии признания иностранных сертификатов в проекте статьи 13 и, возможно, обязанности сертифициатора информации в проекте статьи 12 могут обеспечить полезные дополнительные критерии, на основании которых будет оцениваться надежность. Далее было высказано мнение, что критерии, устанавливаемые в варианте В, практически бесполезны для принятия решения о том, является ли какой-либо способ подписания надежным. Практически все эти критерии применимы абсолютно к любому методу. Было указано, что при установлении критериев основная цель должна заключаться в определении степени уверенности, которая может обуславливаться выполнением таких критериев. Даже цифровые подписи, поддержанные сертификатами, имеют самые различные уровни надежности. Было указано, что Рабочая группа еще не достигла согласия об уровне надежности, необходимом для предлагаемой презумпции.

82. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что обсуждение проекта статьи 6 следует возобновить на одной из будущих сессий. К Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный проект статьи 6, отражающий в качестве возможных вариантов вышеизложенные мнения и моменты, вызвавшие обеспокоенность. При подготовке этих вариантов Секретариату следует рассмотреть такой текст проекта статьи 6, в котором объединялись бы подходы, предложенные в пунктах 74, 76 и 78 выше, а также пункты 3 и 4 варианта В.

Статья 7. Презумпция наличия подлинника

83. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 7:

"1) В тех случаях, когда в связи с сообщением данных [использована усиленная электронная подпись] [использована электронная подпись, которая] [использован способ, который] обеспечивает надежные доказательства целостности информации с момента, когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме в виде сообщения данных или в каком-либо ином виде], считается, что сообщение данных является подлинником.

2) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...]".

84. Был задан ряд вопросов относительно цели проекта статьи 7 и относительно необходимости включения такой статьи в единообразные правила. Было указано, что цель проекта статьи 7 состоит в установлении такого порядка, при котором критерии надежных доказательств в целостности информации, содержащейся в сообщении данных (в контексте подлинника, как это рассматривается в статье 8 Типового закона), могут быть соблюдены - или может возникнуть презумпция их соблюдения - при использовании какого-либо способа электронного подписания. Один из моментов, вызвавших обеспокоенность, заключался в том, что использование подписи в качестве средства, позволяющего обеспечить соблюдение критериев надежных доказательств в отношении целостности информации, как это предусматривается в статье 8 Типового закона, может быть неуместным с точки зрения концепции подлинности и может привести к тому, что в случае существования требования подлинника будет в обязательном порядке требоваться и наличие подписи, хотя в иных отношениях подпись может быть и не быть необходимой. В дополнение к этому было высказано мнение, что неясен вопрос о том, как будет применяться проект статьи 7

в случаях, когда требуется уникальный подлинник. Было также высказано предположение о том, что использование какого-либо конкретного метода подписания для создания презумпции подлинности может быть истолковано как отход от гибкого критерия, устанавливаемого в пункте 3 статьи 8 Типового закона, и, возможно, не является нейтральным с точки зрения технологии.

85. Другой момент, вызвавший обеспокоенность, заключался в том, что если цель проекта статьи 7 заключается в обеспечении средства, с помощью которого могут быть соблюдены критерии, установленные в статье 8, то в проекте статьи 7 должно учитываться содержание не только пункта 1(а), но также и пункта 1(б) статьи 8. Аналогично, было указано, что установление презумпции наличия "подлинника" в проекте статьи 7 не в полной мере соответствует статье 8 Типового закона, в которой говорится об информации, "в подлинной форме". Поскольку концепция "подлинника" трудно поддается пониманию в контексте электронной торговли, в устанавливаемой в проекте статьи 7 презумпции следует говорить о сообщении данных, обладающем ценностью подлинника или являющемся эквивалентом подлинника. Согласно еще одному мнению, основная направленность проекта статьи 7 в том, что касается целостности сообщения данных, должна состоять в том, чтобы установить возможность презумпции того, что в результате использования какого-либо метода подписания сообщение данных не было изменено. Вопрос о том, удовлетворяет ли сообщение данных требованию о наличии подлинника, затрагивать не следует, поскольку он уже регулируется в статье 8 Типового закона.

86. В связи с вопросом о том, как проект статьи 7 будет действовать на практике, было указано, что в нынешней формулировке отсутствует элемент порочного круга. Было высказано мнение, что, по сути, в проекте статьи 7 предусматривается, что в тех случаях, когда какой-либо способ может продемонстрировать целостность за счет использования некоторых технических критериев и когда такой способ использован, возникает презумпция целостности. В этом случае, однако, целостность будет доказываться на основании использования этого конкретного метода и, таким образом, будет представлять собой вопрос факта, а не вопрос презумпции. Аналогично, если в проекте статьи 7 будет говориться об использовании усиленной электронной подписи, применение такой подписи приведет к возникновению презумпции целостности. В то же время, если рассматривать этот вопрос в свете определения усиленной электронной подписи в проекте статьи 2, проект статьи 7 будет практически бессмысленным, поскольку целостность является потенциальной характерной чертой усиленной электронной подписи.

87. В поддержку сохранения проекта статьи 7 было указано, что если единообразные правила будут подготовлены в качестве текста, независимого от Типового закона, проект статьи 7 может выполнять полезную функцию, особенно в ситуациях, когда Типовой закон - или, по крайней мере, его статья 8 - не принят. Для более четкого отражения этой концепции и учета обеспокоенности, высказанной относительно лишь частичного, а не полного воспроизведения статьи 8 Типового закона в проекте статьи 7, было предложено дать этот текст в следующей измененной редакции:

"Сообщение данных считается подлинной информацией для целей [законодательства, принимающего государства], если оно отвечает требованиям [статьи 8 Типового закона, как он введен в действие в принимающем государстве]",

а также включить в руководство сопроводительный комментарий, разъясняющий, что, если это уже не сделано, государства могут принять статью 8 Типового закона полностью. Широкой поддержки это предложение не получило. Было, однако, высказано мнение о том, что не следует упускать из вида последствия всех четырех пунктов статьи 8 Типового закона.

88. Другое мнение состояло в том, что проект статьи 7 является полезным, поскольку он обеспечивает средство гарантирования целостности сообщения данных, особенно в случае использования усиленной электронной подписи. Связанная с этим мнением точка зрения состояла в том, что если вопрос о целостности в контексте проекта статьи 7 затрагиваться не будет, то его, возможно, потребуется рассмотреть на предмет включения в проект статьи 6 в качестве одного из критериев подписи, аналогично тому, как это предлагается в определении "усиленной электронной подписи" в проекте статьи 2.

89. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что для целей дальнейшего рассмотрения в единообразные правила следует включить в квадратные скобки проект статьи 7, согласно которому в случаях, когда использован какой-либо способ, охватываемый проектом статьи 6, и этот способ отвечает требованиям пунктов 1(а) и (б) статьи 8 Типового закона (эти пункты должны быть полностью воспроизведены в проекте статьи), будет устанавливаться презумпция того, что сообщение данных существует в его подлинной форме. Такое положение будет являться дополнительным к Типовому закону, поскольку в нем будет устанавливаться способ проставления подписи, в результате которого может создаваться презумпция подлинной формы. В связи с этим решением было также достигнуто согласие с тем, что хотя в пересмотренном варианте проекта статьи 7, который будет подготовлен Секретариатом, более не должно содержаться упоминания о концепции "усиленной электронной подписи", этот вариант не должен толковаться как предопределяющий окончательное решение Рабочей группы, которое будет

вынесено на более позднем этапе по вопросу о том, следует ли включить в проект единообразных правил эту концепцию.

Статья 8. Определение [усиленной] электронной подписи

90. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 8:

"1) [Орган или ведомство, указавшее принимающим государством в качестве компетентного] может определить, [что электронная подпись является усиленной электронной подписью] [[какие] [методы] [электронные подписи]] удовлетворяют требованиям статей 6 и 7).

2) Любое определение, вынесенное в силу пункта 1, должно соответствовать признанным международным стандартам".

91. Сохранению проекта статьи 8 была выражена поддержка. Одно из мнений заключалось в том, что хотя этот проект статьи и не представляет собой устанавливающего соответствующие полномочия положения, которое может быть - или в обязательном порядке будет - принято государствами в его нынешнем виде, он, тем не менее, четко передает идею, что определенность и предсказуемость могут быть достигнуты за счет вынесения определения по вопросу о том, какие методы подписания удовлетворяют критериям надежности проектов статей 6 и 7, при условии, что такое определение выносится в соответствии с международными стандартами. Далее было подчеркнуто, что для содействия развитию электронной торговли определенность и предсказуемость требуется именно в тот момент, когда коммерческие стороны могут использовать какой-либо метод подписания, а не в момент, когда какой-либо возникший спор рассматривается судом. Если какой-либо конкретный метод подписания может выполнить требования к более высокому уровню надежности и безопасности, то должны существовать средства оценки этих технических аспектов надежности и безопасности и предоставления этому методу подписания той же формы признания, которая предусматривается с помощью механизма проекта статьи 8.

92. Что касается вопроса о соблюдении критериев надежности, установленных в проекте статьи 6, то было внесено предложение, что следует рассматривать не соблюдение этих критериев в абсолютном выражении, но ту степень, в которой та или иная конкретная технология может выполнить эти критерии. Это предложение получило поддержку.

93. В то же время была выражена обеспокоенность в связи с тем, что этот проект статьи не должен толковаться таким образом, который будет либо предписывать императивные юридические последствия для использования определенных видов методов подписания, либо ограничивать использование технологии теми методами, которые, как это будет определено, отвечают требованиям надежности в проектах статей 6 и 7. Например, стороны должны обладать свободой на применение методов, в отношении которых не было вынесено определения о том, что они удовлетворяют требованиям проектов статей 6 и 7, если стороны договорятся о применении именно таких методов. Они также должны обладать свободой доказывать, будь то в суде или в арбитраже, что избранный ими способ подписания удовлетворяет требованиям проектов статей 6 и 7, даже если в отношении этого способа заранее и не было вынесено соответствующего определения. В связи с этим была также выражена обеспокоенность в отношении того, что этот проект статьи следует рассматривать не как рекомендацию государствам относительно единственного средства обеспечения признания методов подписания, а, скорее, как указание на те ограничения, которые должны применяться в случае, если государства пожелают принять подобный подход. Было высказано мнение, что эти вопросы следует четко разъяснить, возможно, в руководстве к единообразным правилам.

94. Были высказаны сомнения относительно роли государства в вынесении определений, о которых говорится в пункте 1. Согласно одному из мнений, любые органы или ведомства, созданные для оценки технической надежности методов подписания, должны быть отраслевыми. Другая точка зрения состояла в том, что в рассматриваемом проекте статьи внимание следует сконцентрировать не на вопросе о том, какое лицо или какой орган могут быть уполномочены выносить это определение, а, скорее, на тех аспектах, которые должны учитываться в случае вынесения любого определения. Кроме того, была выражена обеспокоенность относительно значения слов "признанные международные стандарты". Было указано, что ссылка на "признанные" стандарты может вызвать вопросы о том, что представляет собой признанный стандарт и от кого требуется признание. Было также высказано мнение, что слово "стандарт" необходимо толковать в широком смысле, который будет охватывать отраслевую практику и торговые обычаи, тексты, подготовленные такими организациями, как Международная торговая палата, а также в результате работы самой ЮНСИТРАЛ (включая рассматриваемые правила и Типовой закон); содержание этого термина не должно ограничиваться официальными стандартами, подготовленными, например, Международной организацией по стандартизации (ИСО) и Целевой группой по инженерии сети "Интернет" (ЦГИИ). С тем чтобы устранить эти вызвавшие обеспокоенность моменты, было предложено заменить ссылку на "признанные стандарты" словами "соответствующие стандарты" и включить разъяснение этих вопросов в руководство к единообразным правилам.

95. С тем чтобы учесть некоторые из поднятых вопросов и вышеупомянутых моментов, вызвавших обеспокоенность, были внесены следующие предложения о возможной замене текста проекта статьи 8:

- "а) Любое определение [государством] по вопросу о том, какие электронные подписи удовлетворяют требованиям статьи 6, должно соответствовать признанным международным стандартам.
- б) Принимающее государство может назначить орган или ведомство для вынесения определений по вопросу о том, какие технологии или электронные подписи, в соответствии с международными стандартами, будут удовлетворять требованиям статей 6 и 7.
- в) При вынесении определения по вопросу о том, на какие электронные подписи могут распространяться презумпции, установленные в статьях 6 и 7, должным образом учитываются признанные международные стандарты.
- г) Один или несколько методов электронного подписания [при условии, что такие методы отвечают признанным международным стандартам,] могут быть определены в качестве удовлетворяющих а priori требованиям статей 6 и 7."

96. Принципы, изложенные в этих различных вариантах, получили значительную поддержку. Было отмечено, что первые два предложенных пункта содержат ссылку на орган, который может выносить определения, в то время как в центре внимания двух вторых предложенных пунктов стоит вопрос собственно определения.

97. В редакционном плане поддержка была выражена - применительно к пункту 1 - альтернативной формулировке "какие методы удовлетворяют требованиям статей 6 и 7" и - применительно к пункту 2 - замене в тексте на английском языке слова "should" словом "shall".

98. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что: 1) при пересмотре текста проекта статьи 8 должны быть отражены, возможно в виде двух вариантов, предложения, изложенные выше; 2) в руководстве или в пояснительной записке к единообразным правилам следует разъяснить, что упомянутый в проекте статьи 8 механизм вынесения определения относительно удовлетворения требований проектов статей 6 и 7 не является единственным средством обеспечения определенности и предсказуемости применительно к методам подписания; 3) следует также четко разъяснить, что роли государства при вынесении таких определений следует уделить менее пристальное внимание, а вопрос об учреждении какого-либо иного органа или ведомства следует выделить более рельефно; 4) в рассматриваемом проекте статьи следует упомянуть только об использовании электронных подписей, а ссылки на усиленные электронные подписи следует исключить, что, однако, не должно предрешать окончательного решения, которое должна на более позднем этапе вынести Рабочая группа по вопросу о том, следует ли использовать эту концепцию; 5) любое определение, выносимое по смыслу этого проекта статьи, должно соответствовать международным стандартам; и 6) при любом выносимом определении должны учитываться не только вопрос о том, удовлетворяют ли те или иные конкретные способы требованиям проектов статей 6 и 7, но также и степень или объем выполнения таких требований.

Статья 9. [Ответственность] [обязанности] обладателя подписи

99. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 9:

"1) Обладатель подписи [обязан]:

- а) [проявлять] [проявляет] надлежащую осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех сделанных обладателем подписи материальных заверений, которые имеют отношение к выдаче, приостановлению действия или аннулированию сертификата или которые включены в сертификат;
- б) [уведомлять] [уведомляет] соответствующих лиц без неадекватных задержек в случае, когда [ему известно, что его подпись была скомпрометирована] [его подпись была или могла быть скомпрометирована];
- в) [проявлять] [проявляет] надлежащую заботливость для сохранения контроля и недопущения несанкционированного использования его подписи по состоянию с момента, когда обладатель подписи получает исключительный контроль над подписывающим устройством.

2) Если [имеются совместные обладатели [ключа] [подписывающего устройства]] [имеется более одного лица, осуществляющего контроль над [ключом] [подписывающим устройством]] [обязательства] [обязанности] по пункту 1 являются солидарными.

3) Владелец подписи несет [ответственность] [финансовую ответственность] за [неисполнение обязательств] [обязанностей] [невыполнение требований], предусмотренных в пункте 1.

4) [Финансовая ответственность владельца подписи не может превышать ущерба, который владелец подписи предвидел или должен был предвидеть в момент неисполнения как возможное последствие неисполнения владельцем подписи [обязательств] [обязанностей] [требований], предусмотренных в пункте 1, учитывая обстоятельства, о которых владелец ключа в то время знал или должен был знать.]"

Название

100. Было достигнуто общее согласие с тем, что с тем чтобы не создавать недоразумений в результате использования слов "ответственность" ("obligations") или "обязанности" ("duties"), которые могут подразумевать различные виды обязанностей и санкций в различных правовых системах, в названии проекта статьи 9 следует указать только на "поведение" или "обязанности" ("responsibilities") владельца подписи. В связи с концепцией "владельца подписи" было выражено мнение, что термин "владелец подписывающего устройства" был бы более уместен, поскольку он позволит прояснить разграничение, проводимое между юридическим понятием "подписи", с одной стороны, и технической концепцией "подписывающего устройства", с другой. Хотя Рабочая группа не приняла никакого решения в этой связи, в целом было сочтено, что этот вопрос, возможно, потребует еще раз рассмотреть в контексте проекта статьи 2.

Пункт 1

101. По тем же причинам, которые приводились в связи с названием проекта статьи 9 (см. пункт 100 выше), было принято решение о следующей вступительной формулировке пункта 1: "Владелец подписи: ..." (продолжение обсуждения см. пункт 105 ниже).

102. Содержание подпункта (а) получило общую поддержку. Однако в связи со словами "выдача, приостановление действия или аннулирование сертификата" было в целом сочтено, что следует использовать более широкую формулировку, охватывающую весь жизненный цикл сертификата. Этот жизненный цикл может начинаться еще до фактической выдачи сертификата, например, в момент, когда сертифицирующая информация получает заявку на выдачу сертификата. Аналогично, жизненный цикл может продолжаться и после момента истечения срока действия, первоначально оговоренного в конкретном сертификате, например в случае возобновления или продления сертификата. С учетом широкого диапазона возможных фактических ситуаций, которые следует охватить, было решено использовать гибкую формулировку с тем, чтобы избежать необходимости оговаривать каждое событие, которое может произойти в связи с сертификатом в течение его жизненного цикла. Было также достигнуто согласие с тем, что формулировка, использованная в подпункте (а), не является достаточно нейтральной, поскольку она может быть истолкована как подразумевающая, что подписывающее устройство будет обязательно предполагать использование сертификата. С тем чтобы четко разъяснить, что не все подписывающие устройства могут применяться при использовании сертификатов, было решено включить в подпункт (а) примерно следующую вступительную формулировку: "когда подписывающее устройство связано с использованием сертификата...". По этой же причине было решено поместить подпункт (а) после подпунктов (b) и (c). В редакционном плане было принято решение о том, чтобы заменить слова "или которые включены в сертификат" словами "или которые подлежат включению в сертификат".

103. В связи с подпунктом (b) широкая поддержка была выражена сохранению примерно следующей формулировки: "ему известно, что его электронная подпись была или могла быть скомпрометирована". В то же время была выражена обеспокоенность в связи с тем, что это правило может излишне выделить аспект, связанный с субъективным определением того, что "было известно" владельцу подписи. Было предложено добавить в нынешний текст более объективную ссылку на то, что "должно было быть известно" владельцу подписи. В ответ было указано, что слова "или должно было быть известно" не были включены в проект статьи 9 на том основании, что владельцу подписи будет трудно выполнить обязанность по уведомлению, основывающуюся на чем-то, что ему должно было быть известно, но что в действительности ему известно не было. В целях снятия высказанной обеспокоенности был предложен следующий текст подпункта (b):

"уведомляет соответствующих лиц без неадекватных задержек, если

- i) владельцу подписи известно, что подписывающее устройство было скомпрометировано; или
- ii) обстоятельства, известные владельцу подписи, обуславливают существенный риск того, что подписывающее устройство могло быть скомпрометировано".

Рабочая группа приняла это предложение.

104. Хотя содержание подпункта (с) было сочтено в целом приемлемым, было принято решение об отсутствии необходимости в ссылке на момент, когда обладатель подписи получает исключительный контроль над подписывающим устройством. В редакционном плане было принято решение о том, что с тем, чтобы избежать каких-либо неясностей в отношении смысла понятия "контроль" над подписывающим устройством это положение должно быть дано в примерно следующей формулировке: "проявляет надлежащую заботливость для недопущения несанкционированного использования своей подписи". В целях обеспечения терминологической последовательности Секретариату было предложено рассмотреть вопрос о возможности использования единого термина вместо двух концепций "надлежащей осмотрительности" в подпункте (а) и "надлежащей заботливости" в подпункте (с). В качестве возможной замены был предложен термин "разумная заботливость".

Пункт 2

105. В центре внимания обсуждения стоял вопрос о том, должна ли в случае, когда имеет место совместное обладание подписывающим устройством несколькими обладателями, существовать солидарная ответственность за неисполнение требований пункта 1. Широкую поддержку получило мнение о том, что пункт 2 может ненадлежащим образом вступить в коллизию с регулирующими ответственность нормами права за пределами единообразных правил. Что касается содержания этого правила, то было указано, что имеются ситуации, когда предусматривать, что каждый обладатель устройства несет ответственность за все убытки, которые могут быть причинены несанкционированным использованием устройства, например в случае несанкционированного использования фирменного подписывающего устройства, находящегося в распоряжении ряда сотрудников, было бы несправедливо. Было принято решение, что каждый обладатель должен нести ответственность только в той мере, в которой он лично не выполнил требования пункта 1. Для достижения этого результата было решено исключить пункт 2 и дать вступительные слова пункта 1 в примерно следующей формулировке: "Каждый обладатель подписывающего устройства: ...".

Пункт 3

106. Рабочая группа сочла содержание пункта 3 в целом приемлемым в качестве общего заявления об ответственности обладателя подписи, который не выполняет требования пункта 1. В редакционном плане было предложено привести это положение в следующей формулировке: "Обладатель подписи принимает на себя юридические последствия несоблюдения требований пункта 1". После обсуждения Рабочая группа постановила, что с тем, чтобы не создавать впечатления о том, что в единообразных правилах сколько-либо подробно рассматриваются юридические последствия неправомерного поведения обладателя подписи, пункт 3 должен гласить следующее: "Обладатель подписи несет ответственность за несоблюдение требований пункта 1".

Пункт 4

107. Было напомнено о том, что пункт 4 основывается на статье 74 Конвенции о купле-продаже. В нем устанавливается правило, основывающееся на критерии предсказуемости убытков, однако сфера его действия ограничивается нарушением обязательств обладателя подписи, устанавливаемых в пункте 1. В Рабочей группе была высказана обеспокоенность в связи с тем, что ответственность, которая может возникнуть в контексте договора купли - продажи товаров, неравнозначна ответственности, которая может возникнуть из использования подписи, и что эти виды ответственности в количественном отношении не могут быть выражены одинаково. Было также указано, что критерий предсказуемости может быть неуместным в контексте договорных отношений между обладателем подписи и сертификатом информации, хотя такой критерий, возможно, и подходит к контексту отношений между обладателем подписи и полагающейся стороной (предыдущее обсуждение см. A/CN.9/457, пункты 93-98). В ответ было разъяснено, что установление критерия предсказуемости в контексте проекта статьи 9 будет просто равнозначно воспроизведению базовой нормы, которая будет применяться согласно уже действующему применимому праву в ряде стран. В тех случаях не имеется оснований для автоматического применения этой базовой нормы, пункт 4 даст судам и иным органам, оценивающим ответственность обладателя подписи, полезные руководящие указания и позволит избежать на практике взыскания косвенных или штрафных убытков, которые могут намного превышать сумму любых убытков, которые мог бы разумно предположить обладатель подписи в момент применения электронной подписи.

108. Возобладало, однако, мнение о том, что достижение консенсуса относительно тех последствий, которые могут вытекать из ответственности обладателя подписи, может быть связано с трудностями. В зависимости от контекста использования электронной подписи действующие правовые нормы могут предусматривать самый широкий диапазон таких последствий от того, что обладатель подписи может быть сочтен связанным содержанием сообщения, до простой ответственности за уплату убытков. Было указано, что в единообразных правилах не следует предпринимать попытки подготовить какое-либо положение, которое может вступить в коллизию с общими нормами обязательственного права. Соответственно этот вопрос был оставлен на урегулирование в пункте 3, в котором устанавливается принцип, что обладатель подписи должен нести ответственность за несоблюдение

требований пункта 1, и на основании права, применимого за пределами единообразных правил в каждом принимающем их государстве, в том, что касается юридических последствий, которые будут вытекать из такой ответственности. После обсуждения Рабочая группа постановила исключить пункт 4.

Статья 10. Доверие к усиленным электронным подписям

109. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 10:

"1) Лицо {имеет право} [не имеет права] полагаться на усиленную электронную подпись в той мере, в которой такое поведение [является] [не является] разумным.

2) При определении того, является ли доверие [не]разумным, учитывается, если это уместно, следующее:

- a) характер основной сделки, подтвердить которую предполагается с помощью подписи;
- b) предприняла ли полагающаяся сторона надлежащие шаги для определения надежности подписи;
- c) было ли полагающейся стороне известно или должно было быть известно, что подпись была скомпрометирована или аннулирована;
- d) любое соглашение или практика в отношениях между полагающейся стороной и абонентом или любой торговый обычай, который может быть применимым;
- e) любой другой соответствующий фактор."

110. Выступавшие высказались как за сохранение проекта статьи 10, так и против него. В поддержку сохранения было указано, что проект статьи 10 выполняет полезную функцию, поскольку - аналогично кодексу поведения - в нем устанавливается та линия действий, которой должна придерживаться полагающаяся сторона. Еще одно мнение состояло в том, что, поскольку электронные подписи представляют собой новый феномен и поскольку в связи с ними возникают относящиеся к доверию вопросы, которые не возникают в случае собственноручных подписей, проект статьи 10 может послужить полезным руководящим указанием для судов и других органов, занимающихся рассмотрением соответствующих дел. В дополнение к этому было указано, что, поскольку предметом рассмотрения проекта статьи 11 являются сертификаты, в проекте статьи 10 могут быть рассмотрены те виды подписей, в связи с которыми сертификаты не используются, что может оказать помощь усилиям Рабочей группы по разработке правил, в достаточной степени обеспечивающих достижение цели технологической нейтральности.

111. Ряд выступавших высказались в поддержку исключения этого проекта статьи. Согласно одному из мнений, проект статьи 10 вводит новую концепцию - концепцию доверия, - которая связана одновременно и с сообщением, и с подписью и которая поднимает трудные вопросы при ее оценке с точки зрения обязательственного права и необходимости распределить риск. В связи с распределением риска было высказано предположение о том, что этот проект статьи поднимает вопросы, которые прямо в нем не урегулированы, и, таким образом, может привести к недоразумениям и неопределенности. Если этот проект статьи будет сохранен, то будет необходимо прояснить его связь с вопросами распределения риска.

112. Была выражена обеспокоенность относительно взаимосвязи между проектами статей 10 и 6. Согласно одному из мнений, положение, регулирующее вопрос о том, может ли быть проявлено доверие к подписи, равнозначно рассмотрению вопроса о надежности способа подписания, который регулируется в проекте статьи 6. В ответ было указано, что в центре внимания проекта статьи 10 стоит поведение, обуславливающее возможность доверия к подписи, а не надежность метода подписания по смыслу проекта статьи 6. Другая точка зрения заключалась в том, что в тех случаях, когда вопросы доверия охватываются договором, они должны быть оставлены на урегулирование на основании проекта статьи 6 и на основании определения того, какой метод подписания удовлетворяет критериям надежности. В случае третьих сторон, когда договорных отношений не имеется, простого факта доверия будет недостаточно для наложения обязательства на обладателя подписи. Поскольку иные вопросы, помимо простого доверия, в проекте статьи 10 не рассматриваются, он практически ничего не добавляет к единообразным правилам и может быть, в силу этого, исключен. Далее было высказано предположение о том, что требуется такое положение, которое рассматривало бы что-то помимо вопроса о доверии к подписи, и что такое положение содержится в проекте статьи 11, в котором регулируется доверие к сертификатам.

113. В редакционном плане определенная поддержка была выражена отрицательной формулировке проекта статьи 10, поскольку это отвечало бы подходу, в соответствии с которым в проектах статей 9 - 12 будет устанавливаться кодекс поведения, а последствия несоблюдения указанной линии поведения рассматриваться не будут. В качестве существенного момента, однако, было указано, что критерии, установленные в пункте 2, по сути не являются правилами поведения, за возможным исключением подпункта (b). Хотя разработка кодекса поведения,

возможно, является полезным средством рассмотрения проблем, изложенных в проекте статьи 10, было указано, что проект статьи 10 в его нынешней формулировке не способен обеспечить достижение этой цели. Еще одно предложение редакционного плана состояло в том, чтобы добавить в пункт 2 дополнительный критерий, предусматривающий необходимость определения того, имеется ли сертификат на электронную подпись.

114. После обсуждения Рабочая группа постановила, что до принятия окончательного решения по проекту статьи 10 будет необходимо рассмотреть проект статьи 11 и вопрос об обязанностях, которые могут быть наложены на сертифицированных информации согласно проекту статьи 12.

Статья 11. Доверие к сертификатам

115. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 11:

"1) Лицо [имеет право] [не имеет права] полагаться на сертификат в той мере, в которой такое поведение [является] [не является] разумным.

2) При определении того, является ли доверие [не]разумным, учитывается, если это уместно, следующее:

- a) любые ограничения, установленные для сертификата;
- b) предприняла ли полагающаяся сторона надлежащие шаги для определения надежности сертификата, включая ознакомление с перечнем аннулированных сертификатов, когда это уместно;
- c) любое соглашение или практика в отношениях между полагающейся стороной и сертифицированным информацией или абонентом или любой торговый обычай, который может быть применимым;
- d) [любой другой соответствующий фактор] [все другие соответствующие факторы]."

116. В самом начале обсуждения проекта статьи 11 была высказана обеспокоенность в связи с тем, что в центре внимания этого проекта статьи должно стоять доверие к информации, содержащейся в сертификате, а не к сертификату как таковому. Хотя было признано, что этот вопрос может быть урегулирован в проекте статьи 2 в определении "сертификата", было высказано предпочтение к прямому упоминанию этого момента в тексте проекта статьи 11. Был задан вопрос о том, следует ли поставить в центр внимания проекта статьи 11 вопрос о том, какие действия требуются для установления того, что доверие является разумным, или вопрос о критериях, на основании которых могут быть оценены качества или надежность сертификата. Было поддержано мнение о том, что в проекте статьи 11 следует рассмотреть вопросы доверия к сертификату, а не его надежности.

117. Была высказана обеспокоенность в связи с тем, что в проекте статьи 11, аналогично проекту статьи 10, вводится новая концепция доверия. Хотя в проекте статьи 11 устанавливаются критерии, которые должны быть соблюдены до того, как доверие может быть сочтено разумным, в нем не рассматривается вопрос о последствиях в тех случаях, когда некоторые из упомянутых аспектов не были должным образом приняты во внимание или когда было проявлено доверие к сертификату, независимо от того, что подобное поведение было, возможно, неразумным. Другими словами, в нем не рассматриваются последствия несоблюдения положений пункта 2. Была выражена поддержка мнению о том, что в проекте статьи 9 следует охватить те последствия, которые возникают в подобных ситуациях для полагающейся стороны. Что касается содержания положения о таких последствиях, то были предложены два подхода. Согласно одному из предложений, следует включить формулировку, которая была бы аналогична проектам положений, приведенных в документе A/CN.9/WG.IV/WP.82 после пункта 58, и которая предусматривала бы, что в случае несоблюдения линии поведения, оговоренной в пункте 2, полагающаяся сторона будет нести риск того, что подпись является недействительной в качестве подписи. Другое предложение состояло в том, что несоблюдение предписанной линии поведения приведет к тому, что полагающаяся сторона потеряет право требования либо к сертифицированному информации, либо к обладателю подписи. Хотя поддержка была выражена обоим вышеупомянутым подходам, были высказаны сомнения в том, что правила, аналогичные предложенным, будут уместны во всех случаях. Был приведен ряд примеров ситуаций, когда, как это указывалось, полагающиеся стороны не должны нести риска того, что подпись является недействительной, лишь в силу того факта, что они не придерживались линии поведения, указанной в проекте статьи 11 (например, когда полагающаяся сторона не проверила перечень аннулированных сертификатов, однако проверка этого перечня не привела бы к установлению того, что подпись была скомпрометирована). В поддержку этого мнения была высказана точка зрения, что проект статьи 11 не преследует ни цели установить положение, имеющее преимущественную силу по отношению к договорным условиям, ни цели лишить компетентный суд или другой орган, рассматривающий соответствующее дело, способности принимать решения на основании фактов дела.

118. Была высказана точка зрения о том, что оговаривать последствия в проекте статьи 11 не следует и что он должен быть, скорее, сформулирован аналогично кодексу поведения, как это уже отмечалось в связи с проектом статьи 10. Связанное с этой точкой зрения мнение состояло в том, что использование отрицательной формулировки в проекте статьи 11 является предпочтительным, поскольку это не создаст юридических последствий и подкрепляет концепцию кодекса поведения. В поддержку мнения о том, что в проекте статьи 11 следует установить кодекс поведения было указано, что в различных правовых системах приняты различные правила ответственности, например, по вопросу о применении концепции относительной небрежности, и что достичь согласия о возможном порядке урегулирования таких последствий будет весьма сложно. Еще одно высказанное мнение состояло в том, что, поскольку право электронной торговли не является самостоятельной областью права, правила, предлагаемые Рабочей группой для регулирования концепций, уже существующих в национальном праве (даже если они существуют в несколько других контекстах и даже если может существовать неясность в вопросе о непосредственном применении этих концепций к вопросам электронной торговли), не могут не учитывать вопроса о том, каким образом регулируются эти концепции. Это имеет особое значение применительно к вопросам ответственности и последствиям ответственности. Было высказано мнение о том, что Рабочей группе следует сконцентрировать внимание на определении надлежащих факторов, которые окажут помощь судам и иным органам, рассматривающим соответствующие дела, в деле распространения этих концепций на электронную торговлю.

119. Были высказаны сомнения относительно использования словосочетания "имеет право" и уместности применения концепции обладания правом полагаться на сертификат в проекте статьи 11. Было высказано мнение, что словосочетание "обладание правом" и аналогичные ему словосочетания могут предполагать, что полагающейся стороне предоставляются какие-либо привилегии, помимо тех прав, которые могут быть применимы на иных основаниях. Для устранения этой трудности была предложена статья примерно следующего содержания:

"При определении того, является ли поведение лица, положившегося на информацию, содержащуюся в сертификате, разумным, учитывается следующее: [включить пункт 2(a)-(d)]".

120. Была выражена поддержка содержанию критериев, устанавливаемых в пункте 2, а также было предложено добавить еще один фактор, аналогичный пункту 2(c) проекта статьи 10, однако связанный с подписывающим устройством. В редакционном плане было предложено для обеспечения полноты изложения добавить в пункт 2(b) в дополнение к ссылке на перечень аннулированных сертификатов ссылку на перечень сертификатов, действие которых приостановлено.

121. Что касается места расположения проекта статьи 11 в единообразных правилах, то было предложено поместить проекты статей 9 и 12 до проектов статей 10 и 11, поскольку в этих статьях устанавливается ответственность обладателей подписи и сертификатов информации, а эти вопросы имеют отношение к вопросам о доверии и объеме ответственности полагающейся стороны. В связи с этим было также предложено объединить проекты статей 10 и 11 в единую статью, касающуюся как подписей, так и подписей, подтвержденных сертификатами. В то же время было указано, что это предложение представляет собой возврат к предыдущему проекту этой статьи, которая была разделена на две статьи по той причине, что к концепциям доверия к подписям и доверия к подписям, подтвержденным сертификатом, применимы различные соображения (A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункт 56).

122. После обсуждения Рабочая группа в отношении обоих проектов статей 10 и 11 постановила, что: 1) хотя рассмотрение проекта статьи 10 не было завершено, Секретариату следует подготовить пересмотренный проект статьи 10, отражающий обсуждения, проведенные в Рабочей группе; 2) Секретариату следует подготовить пересмотренный проект статьи 11, отражающий (возможно, в качестве двух вариантов или, альтернативно, в качестве двух последовательных пунктов) предложение, изложенное в пункте 119 выше, и два вида последствий, рассмотренных в пункте 117 выше; 3) проекты статей 10 и 11 следует поместить в единообразных правилах после проекта статьи 12; и 4) проекты статей 10 и 11 не следует сводить воедино на основе причин, уже рассмотренных Рабочей группой.

Статья 12. [Ответственность] [обязанности] сертификатора информации

123. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 12:

"1) [Сертификатор информации [обязан] [, в том числе,]:

- a) [действовать] [действует] в соответствии с заверениями, сделанными им в отношении его практики;
- b) [предпринимать] [предпринимает] разумные шаги для определения точности любых фактов или информации, которые сертификат информации сертифицирует в сертификате [, включая личность обладателя подписи];
- c) [обеспечивать] [обеспечивает] разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить:

- i) личность сертификатора информации;
 - ii) что лицо, которое [поименовано] [идентифицировано] в сертификате, [обладает] [обладало в соответствующий момент] [частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному] [подписывающим устройством, указанным], в сертификате;
 - iii) что ключи представляют собой функционирующую пару ключей);
 - iv) способ, использованный для идентификации обладателя подписи;
 - v) любые ограничения в отношении целей или стоимостного объема, в связи с которыми может использоваться подпись; и
 - vi) является ли подписывающее устройство действительным и не было ли оно скомпрометировано;
- d) [обеспечивать] [обеспечивает] обладателей подписей средствами для направления уведомлений о том, что усиленная электронная подпись была скомпрометирована, и [обеспечивать] [обеспечивает] своевременное функционирование службы аннулирования;
- e) [проявлять] [проявляет] надлежащую осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех сделанных сертификатором информации материальных заверений, которые имеют отношение к выдаче, приостановлению действия или аннулированию сертификата или которые включены в сертификат;
- f) [использовать] [использует] надежные системы, процедуры и людские ресурсы при предоставлении своих услуг.

Вариант X

2) Сертификатор информации несет [ответственность] [финансовую ответственность] за [неисполнение [обязательств] [обязанностей]] [несыполнение требований], предусмотренных в пункте 1.

3) Финансовая ответственность сертификатора информации не может превышать ущерба, который сертификат информации предвидел или должен был предвидеть в момент неисполнения как возможное последствие неисполнения сертификатором информации [обязательств] [обязанностей] [требований], предусмотренных в пункте 1, учитывая обстоятельства, о которых сертификат информации в то время знал или должен был знать.

Вариант Y

2) С учетом положений пункта 3, если ущерб был причинен в результате неправильности или дефекта в сертификате, сертификат информации несет финансовую ответственность за убытки, понесенные, либо:

- a) стороной, вступившей в договорные отношения с сертификатором информации для цели выдачи сертификата; или
 - b) любым лицом, которое разумно полагается на сертификат, выданный сертификатором информации.
- 3) Сертификатор информации не несет финансовой ответственности согласно пункту 2:
- a) если - и в той мере, в которой - в которой он включил в сертификат заявление, ограничивающее объем или пределы своей финансовой ответственности перед любым лицом; или
 - b) если он докажет, что он [не проявил небрежности] [принял все разумные меры для недопущения ущерба]”.

Общие замечания

124. В начале обсуждения было отмечено, что сфера применения проекта статьи 12 должна толковаться как включающая деятельность сертификаторов информации только в связи с теми электронными подписями, которые используются в целях создания правовых последствий согласно проектам статей 6 и 7. Другая деятельность

сертификаторов информации, включая возможную выдачу сертификатов меньшей надежности, в единообразных правилах не рассматривается.

125. В редакционном плане было высказано предположение о том, что понятие "сертификатор информации" было бы, возможно, более уместно заменить описательным термином "поставщик сертификационных услуг". Было выражено согласие с тем, что этот вопрос, возможно, потребуется более подробно обсудить в контексте проекта статьи 2.

Название

126. Было достигнуто общее согласие с тем, что название проекта статьи 12 должно быть аналогичным названию проекта статьи 9 (см. пункт 100 выше).

Пункт 1

127. По причине необходимости обеспечения соответствия было также решено, что вступительная формулировка пункта 1 должна воспроизводить вступительные слова проекта статьи 9(1) (см. пункты 101 и 105 выше). Было высказано предложение заменить слова "которые позволяют полагающейся стороне установить" словами "которые позволяют полагающейся стороне установить любой из следующих моментов, информацию о которых может представить сертифициатор информации". Против этого предложения было высказано возражение на том основании, что в связи с перечнем факторов в подпункте (с) вопрос о том, какую информацию может или не может раскрыть сертифициатор информации, не затрагивается и что этот пункт следует рассматривать в качестве устанавливающего в предписывающем порядке перечень совокупных факторов, информация о которых в любом случае должна представляться сертифициатором информации.

Подпункт (а)

128. Содержание подпункта (а) было сочтено в целом приемлемым. В редакционном плане было предложено заменить ссылку на "практику" сертифициатора информации ссылкой на его "деятельность". В то же время было сочтено, что с учетом широкого использования таких концепций, как "заявление о практике сертификации", ссылку на "практику" следует сохранить.

Подпункты (b) и (e)

129. Содержание обоих подпунктов было сочтено в целом приемлемым. С учетом сходных элементов их содержания было решено свести их в один подпункт, который будет гласить примерно следующее: "проявляет должную осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех сделанных сертифициатором информации материальных завершений, которые имеют отношение к жизненному циклу сертификата или которые удостоверены в сертификате".

Подпункт (с)

130. Содержание подпунктов (с)(i) и (с)(iv)-(vi) было сочтено в целом приемлемым.

131. Было отмечено, что в подпункте (с)(ii) упоминается как о "паре ключей", так и о "подписывающем устройстве". С тем чтобы отразить используемый в единообразных правилах технологически нейтральный подход, Рабочая группа согласилась с тем, что в качестве альтернативы словами "пара ключей" следует использовать такую нейтральную формулировку, как "подписывающее устройство" или "устройство для создания подписи", поскольку слова "пара ключей" относятся непосредственно к сфере цифровых подписей. Использование словосочетания "пара ключей" в связи с определением "сертификата" может быть уместно в тех ситуациях, когда сертификат используется только в контексте цифровых подписей.

132. В связи с подпунктом (с)(ii) было внесено предложение редакционного характера, заключающееся в том, что в соответствии с подходом, использованным в контексте проекта статьи 6 (см. пункт 80 выше), вместо слова "поименовано" следует использовать слово "идентифицировано". Согласно этому подходу концепция идентификации должна толковаться более широко, чем простая ссылка на имя обладателя подписи, поскольку она может охватывать и другие существенные характеристики, такие как занимаемая должность или выполняемые функции, как в сочетании с указанием имени, так и без ссылки на него (см. A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункт 29). После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что подпункт (с)(ii) должен быть дан примерно в следующей формулировке: "что лицо, которое идентифицировано в сертификате, обладало в соответствующий момент подписывающим устройством, указанным в сертификате".

133. Было достигнуто общее согласие с исключением подпункта (с)(iii). Если публичный ключ, указанный в сертификате, отвечает частному ключу, находящемуся в распоряжении обладателя подписи, и, таким образом, существует математическое соответствие между двумя ключами, то не ясно, какой дополнительный элемент

функциональности может быть предусмотрен с помощью требования о том, что пара ключей должна представлять собой "функционирующую пару ключей". Кроме того, не ясно, может ли сертификат информации представить в дополнение к требуемому согласно подпункту (с)(ii) какую-либо информацию, указывающую на такой дополнительный элемент функциональности.

Подпункты (d) и (f)

134. Содержание подпунктов (d) и (f) было сочтено в целом приемлемым.

Предложения о дополнительных положениях

135. В контексте обсуждения подпункта (с) было высказано мнение о том, что в проекте статьи 12 следует установить дополнительное правило, оговаривающее минимальное содержание сертификата (см. A/CN.9/WG.IV/ WP.82, пункт 61). Было высказано предположение о том, что такое правило может основываться на элементах подпункта (с) и пункте 3(a) варианта Y и быть дано примерно в следующей формулировке:

"В сертификате указываются

- a) личность сертификатора информации;
- b) что лицо, которое идентифицировано в сертификате, обладало в соответствующий момент подписывающим устройством, указанным в сертификате;
- c) что подписывающее устройство являлось функционирующим на дату выдачи сертификата или до этой даты;
- d) любые ограничения в отношении целей или стоимостного объема, в связи с которыми может использоваться сертификат; и
- e) любые ограничения в отношении объема или пределов ответственности перед любым лицом, которую принимает на себя сертификат информации".

136. В связи с предложением, внесенным ранее в отношении проекта статьи 13, было сделано еще одно предложение о том, что характеристики сертификатора информации, как они описываются в проекте статьи 13, должны учитываться не только в отношении иностранных юридических лиц, но должны применяться в равной мере и к внутренним сертификаторам информации (см. пункты 30 и 35 выше). Соответственно, было предложено добавить в конец пункта 1 подпункт (g) примерно следующего содержания:

"g) при определении того, надежны ли и в какой степени надежны любые системы, процедуры и людские ресурсы для целей подпункта (f), учитываются следующие факторы: [подпункты (a)-(h) проекта статьи 13(4), вариант B]".

137. Эти два предложения вызвали значительную заинтересованность. Было принято решение о том, что вопросы, поднимаемые этими предложениями, возможно, потребуются более подробно обсудить на одной из будущих сессий на основе пересмотренного проекта пункта 1, который должен быть подготовлен Секретариатом с учетом вышеизложенного обсуждения.

Пункт 2

138. Хотя была отмечена желательность установления базовых норм относительно ответственности сертификаторов информации, широкую поддержку получило мнение о том, что достичь консенсуса в отношении содержания таких норм может быть весьма трудно. По причинам, уже приведенным в контексте проекта статьи 9 (см. пункты 107-108 выше), твердую поддержку получило мнение о том, что перед единообразными правилами вряд ли может быть поставлена более далеко идущая цель, чем принятие пункта 2 варианта X, в котором закрепляется общий принцип, состоящий в том, что несоблюдение сертификатором информации требований пункта 1 влечет за собой ответственность. Что касается конкретного характера такой возможной ответственности (например, ответственности из договора или деликта, ответственности за небрежность или строгой ответственности), то в единообразных правилах не следует предпринимать попыток закрепить какое-либо положение, которое может вступить в коллизию с действующими в применимом праве правовыми доктринами по вопросам ответственности или иным образом затронуть применение таких доктрин.

139. Аналогично твердую поддержку получило мнение о том, что авторам единообразных правил обязательно следует воспользоваться возможностью закрепления руководящих принципов и минимальных стандартов по вопросам ответственности и распределения риска в области электронной торговли. Такие руководящие указания

потребуется законодателям и судам, которые будут сталкиваться с практическими проблемами ответственности в области электронной торговли. Кроме того, международно признанные стандарты ответственности необходимы тем, кто практически использует электронные подписи, включая самих сертифицированных информационных. Были приведены примеры специально приспособленных к проблемам электронных подписей национальных законов, в которых вопрос об ответственности сертифицированных информационных регулируется просто с помощью положения о том, что договорные условия, ограничивающие ответственность таких сертифицированных информационных, должны рассматриваться в качестве ничтожных. В отсутствие минимального согласования на международном уровне национальные законы, применимые в силу норм коллизионного права, могут, таким образом, предписать чрезвычайно жесткие стандарты, которые потенциально могут оказать негативное влияние на расширение применения методов электронной торговли и на их глобальную доступность.

140. По вопросу о том, каким образом могут быть составлены минимальные положения об ответственности, были внесены различные предложения. Одно из них состояло в том, чтобы принять пункт 3 варианта X. Однако, хотя в целом было сочтено, что ответственность сертифицированного информационного, возможно, требуется регулировать иным образом, чем ответственность обладателя подписи, были высказаны сомнения по вопросу о том, что достижение консенсуса относительно критерия предсказуемости в проекте статьи 12 является более вероятным, чем в случае проекта статьи 9 (см. пункт 107 выше). Другое предложение состояло в том, что в единообразных правилах - не затрагивая действия внутреннего законодательства - можно предусмотреть перечень факторов, которые должны учитываться при применении внутреннего законодательства к сертифицированным информационным. Была предложена формулировка примерно следующего содержания:

"При оценке ущерба учитываются следующие факторы:

- a) затраты на получение сертификата;
- b) характер сертифицируемой информации;
- c) наличие и объем любых ограничений на цель, для которой может использоваться сертификат;
- d) наличие любого заявления, ограничивающего объем или пределы ответственности сертифицированного информационного; и
- e) любое поведение полагающейся стороны, способствовавшее убыткам".

141. Это предложение было встречено со значительным интересом. Было указано, что такая формулировка может дать полезные руководящие указания при одновременном сохранении необходимой гибкости с тем, чтобы избежать вмешательства в функционирование местного права по вопросам, например, дифференцированной оценки размера убытков или дифференцированной оценки доли убытков, причиненных небрежностью, в зависимости от того, возникает ли ответственность из договора или из деликта.

142. По причине отсутствия достаточного времени Рабочая группа не смогла продолжить обсуждение этого вопроса и постановила возобновить его на своей следующей сессии. К Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный проект пункта 2, учитывающий вышеизложенное обсуждение. Было отмечено, что в соответствии с решением, принятым Комиссией на ее тридцать второй сессии, тридцать шестая сессия Рабочей группы будет проведена в Нью-Йорке 14-25 февраля 2000 года (A/54/17, пункт 434)¹.

¹ Там же, пункт 434.

**В. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле
на ее тридцать пятой сессии: проект единообразных правил
об электронных подписях: записка Секретариата
(A/CN.9/WG.IV/WR.82) [Подлинный текст на английском языке]**

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
ВВЕДЕНИЕ	1-12
I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ	13-20
II. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ	21-71
Статья 1. Сфера применения	21
Статья 2. Определения	22-33
Статья 3. [Недискриминация] [Технологическая нейтральность]	34
Статья 4. Толкование	35
Статья 5. Изменение по договоренности	36-40
Общие примечания в отношении проектов статей 6-8	41
Статья 6. [Соблюдение требований к подписи] [Презумпция подписания]	42-44
Статья 7. [Презумпция наличия подлинника]	45
Статья 8. Определение [усиленной] электронной подписи	46
Общие примечания в отношении проектов статей 9 и 10	47-49
Статья 9. [Ответственность] [обязанности] обладателя подписи	50-55
Статья 10. Доверие к усиленным электронным подписям	
Статья 11. Доверие к сертификатам	56-58
Статья 12. [Ответственность] [обязанности] сертификатора информации	59-68
Статья 13. Признание иностранных сертификатов и подписей	69-71

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать девятой сессии (1996 год) Комиссия постановила включить в свою повестку дня вопросы о подписях в цифровой форме и сертификационных органах. Рабочей группе по электронной торговле было предложено рассмотреть целесообразность и возможность подготовки единообразных правил по этим темам. Было достигнуто согласие в отношении того, что единообразные правила, которые следует подготовить, должны охватывать такие вопросы, как: правовая основа, поддерживающая процессы сертификации, включая новоявляющуюся технологию удостоверения подлинности и сертификации в цифровой форме; применимость процесса сертификации; распределение риска и ответственности пользователей, поставщиков и третьих сторон в контексте использования методов сертификации; конкретные вопросы сертификации через применение регистров; и включение путем ссылки¹.

2. На тридцатой сессии (1997 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать первой сессии (A/CN.9/437). Рабочая группа сообщила Комиссии, что она достигла консенсуса в отношении важного значения и необходимости работы в направлении согласования норм права в этой области. Хотя она не приняла окончательного решения в отношении формы и содержания такой работы, Рабочая группа пришла к предварительному выводу о том, что практически можно подготовить проект единообразных правил по крайней мере по вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов и, возможно, по связанным с этими вопросами проблемам. Рабочая группа напомнила о том, что наряду с подписями в цифровой форме и сертификационными органами в рамках будущей работы в области электронной торговли, возможно, также потребуется рассмотреть следующие темы: вопросы технических альтернатив криптографии публичных ключей; общие вопросы о функциях, выполняемых поставщиками услуг, являющимися третьими сторонами; и заключение контрактов в электронной форме (A/CN.9/437, пункты 156-157).

3. Комиссия одобрила заключения Рабочей группы и поручила ей подготовить единообразные правила по юридическим вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов (далее в тексте - "единообразные правила"). В отношении конкретной сферы применения и формы таких единообразных правил было выражено

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункты 223-224.

общее мнение, что на данном начальном этапе принятие решения невозможно. Было сочтено, что, хотя Рабочая группа может надлежащим образом сосредоточить свое внимание на вопросах подписей в цифровой форме с учетом очевидной ведущей роли криптографии публичных ключей в зарождающейся практике электронной торговли, подготавливаемые единообразные правила должны соответствовать нейтральному с точки зрения носителей информации подходу, который взят за основу в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (далее в тексте - "Типовой закон"). Таким образом, единообразные правила не должны препятствовать использованию других методов удостоверения подлинности. Кроме того, при решении вопросов криптографии публичных ключей в единообразных правилах, возможно, необходимо будет учесть различия в уровнях защиты и признать различные юридические последствия и уровни ответственности, соответствующие различным видам услуг, оказываемых в контексте подписей в цифровой форме. Что касается сертификационных органов, то Комиссия, хотя она и признала ценность стандартов, определяемых рыночными отношениями, в целом согласилась с тем, что Рабочая группа может надлежащим образом предусмотреть разработку минимального свода стандартов, которые должны будут строго соблюдаться сертификационными органами, особенно в случае необходимости трансграничной сертификации².

4. Рабочая группа приступила к разработке единообразных правил на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.73) на своей тридцать второй сессии.

5. На тридцать первой сессии (1998 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать второй сессии (A/CN.9/446). Было отмечено, что на своих тридцать первой и тридцать второй сессиях Рабочая группа столкнулась с очевидными трудностями в достижении общего понимания новых правовых вопросов, которые возникают в связи с расширением использования подписей в цифровой и другой электронной форме. Было отмечено также, что еще предстоит достичь консенсуса в отношении того, каким образом эти вопросы можно было бы урегулировать в международно приспешных правовых рамках. В то же время Комиссия в целом сочла, что достигнутый к настоящему моменту прогресс свидетельствует о том, что проект единообразных правил об электронных подписях постепенно превращается в документ, который можно будет применять на практике. Комиссия подтвердила принятое на ее тридцатой сессии решение относительно возможности разработки единообразных правил и выразила уверенность в том, что на своей тридцать третьей сессии Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса на основе пересмотренного проекта, подготовленного Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.76). В контексте этого обсуждения Комиссия с удовлетворением отметила, что по общему признанию Рабочая группа стала особо важным международным форумом для обмена мнениями по правовым вопросам электронной торговли и выработки решений по этим вопросам³.

6. На тридцать второй сессии (1999 год) Комиссии были представлены доклады Рабочей группы о работе ее тридцать третьей (июль 1998 года) и тридцать четвертой (февраль 1999 года) сессий (A/CN.9/454 и 457). Комиссия выразила признательность Рабочей группе за ее усилия по подготовке проекта единообразных правил об электронных подписях. Хотя, по мнению большинства членов Комиссии, на этих сессиях был достигнут значительный прогресс в понимании правовых вопросов, связанных с использованием электронных подписей, было также сочтено, что Рабочая группа столкнулась с рядом трудностей в достижении консенсуса в отношении законодательного принципа, на котором должны основываться единообразные правила.

7. Было также высказано мнение, что подход, применяемый в настоящее время Рабочей группой, недостаточно полно отражает потребность деловых кругов в гибком использовании электронных подписей и других методов удостоверения подлинности. В единообразных правилах, как они рассматриваются в настоящее время Рабочей группой, уделяется чрезмерно большое внимание методам цифровых подписей и - в сфере применения таких подписей - специальной практике сертификации третьей стороной. Соответственно, было предложено либо ограничить работу по вопросам электронных подписей, осуществляемую Рабочей группой, правовыми вопросами трансграничной сертификации, либо отложить ее до тех пор, пока не упрочится соответствующая рыночная практика. В связи с этим было также высказано мнение, что применительно к целям международной торговли большая часть правовых вопросов, возникающих в связи с использованием электронных подписей, уже была решена в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Хотя некоторые виды использования электронных подписей, возможно, требуют урегулирования за рамками торгового права, Рабочей группе не следует заниматься какими-либо вопросами, связанными с такого рода регулированием.

8. Преобладающее мнение заключалось в том, что Рабочей группе следует выполнять свою задачу, исходя из своего первоначального мандата (см. пункт 3 выше). Что касается необходимости в единообразных правилах об электронных подписях, то, как было разъяснено, правительственные и законодательные органы многих стран, занимающиеся подготовкой законодательства по вопросам электронных подписей, включая создание инфраструктур публичных ключей (ИПК), или другими проектами по тесно связанным с этой областью вопросам (см. A/CN.9/457, пункт 16), ожидают определенных рекомендаций от ЮНСИТРАЛ. Что касается принятого Рабочей группой решения сосредоточить свое внимание на вопросах использования ИПК и терминологии ИПК, то было вновь

² Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17), пункты 249-251.

³ Там же, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункт 208.

указано, что комплекс взаимоотношений между тремя отдельными категориями сторон (т.е. обладателями ключей, сертификационными органами и полагающимися сторонами) отвечает одной возможной модели ИПК, но что можно предположить и существование других моделей, например, в тех случаях, когда независимый сертификационный орган не является участником таких отношений. Одно из основных преимуществ, которое можно извлечь из концентрации внимания на вопросах ИПК, состоит в том, что это позволит облегчить составление единообразных правил за счет ссылок на три функции (или роли) применительно к парам ключей, а именно на функцию выдачи ключа (или функцию абонирования), сертификационную функцию и полагающуюся функцию. Было достигнуто общее согласие с тем, что эти три функции являются общими для всех моделей ИПК. Было также принято решение о том, что вопросы, связанные с этими тремя функциями, должны регулироваться независимо от того, выполняют ли их на практике три отдельных субъекта или же одно и то же лицо выполняет две из этих функций (например, в случаях, когда сертификационный орган также является полагающейся стороной). Кроме того, согласно получившему широкую поддержку мнению, уделение первоочередного внимания функциям, типичным для ИПК, а не какой-либо конкретной модели, может на более позднем этапе облегчить разработку такой нормы, которая являлась бы полностью нейтральной с точки зрения носителя информации (там же, пункт 68).

9. После обсуждения Комиссия вновь подтвердила принятые ею ранее решения относительно возможности подготовки таких единообразных правил (см. пункты 3 и 5 выше) и выразила уверенность, что Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса на будущих сессиях.

10. В настоящей записке содержатся пересмотренные проекты положений, подготовленные с учетом обсуждений Рабочей группы, а также обсуждений и решений Комиссии на ее тридцать второй сессии, воспроизведенные выше. Они призваны отразить решения, принятые Рабочей группой на ее тридцать четвертой сессии. Положения в новой редакции подчеркнуты.

11. В соответствии с применимыми инструкциями, касающимися более строго контроля за документами Организации Объединенных Наций и ограничения их объема, пояснительные примечания к проектам положений являются настолько краткими, насколько это возможно. Дополнительные разъяснения будут даны устно в ходе сессии.

Справочные национальные законодательные и другие тексты

12. В целях информации и сопоставления в настоящий документ под этим названием применительно к ряду статей включены примеры национальных законодательных и других текстов, выделенные более мелким шрифтом и заключенные в рамку. Примеры национального законодательства включались исходя из тех законодательных актов, которые были известны Секретариату и которые имелись в его распоряжении для справочных целей. Примеры других текстов включались исходя из того, что эти документы были подготовлены международными организациями или являются широко известными и общедоступными. Сокращения указывают на следующие законодательные акты и другие тексты:

- | | |
|----------------------------|---|
| - Германия | Закон о цифровых подписях 1997 года (статья 3, Закон об информационных и коммуникационных услугах; утвержден 13/6/97; вступил в силу 1/8/97); |
| - Иллинойс | США, Закон о безопасности электронной торговли 1998 года (1997 Illinois House Bill 3180; 5 Ill. Comp. Stat. 175; принят в августе 1998 года); |
| - Миннесота | США, Закон об электронном удостоверении подлинности (Minnesota Statutes §325; принят в мае 1997 года); |
| - Миссури | США, Закон о цифровых подписях 1998 года (1998 SB 680; принят в июле 1998 года); |
| - Сингапур | Закон об электронных сделках 1998 года, Закон № 25 1998 года; |
| - Руководящие принципы ААА | Американская ассоциация адвокатов, Научно-техническая секция, "Руководящие принципы в отношении цифровых подписей", 1996 год; |
| - Проект директивы ЕС | Проект директивы Европейского парламента и Совета об общих рамках для электронных подписей, 1999 год (7015/99); |
| - ГУИДЭК | Международная торговая палата, "Общая практика для международных торговых операций, заверенных в цифровой форме", 1997 год. |

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

13. Цель единообразных правил, отраженная в проектах положений, которые изложены в части II настоящей записки, заключается в содействии более широкому использованию электронных подписей в международных коммерческих сделках. Опираясь на многие законодательные документы, которые действуют или в настоящее время разрабатываются в ряде стран, эти проекты положений направлены на предупреждение несогласованности правовых норм, применимых к электронной торговле, путем установления совокупности стандартов, на основе которых могут быть признаны правовые последствия цифровых и других электронных подписей, с возможной помощью сертификационных органов, для которых также предусматривается ряд основных правил.

14. В единообразных правилах, в которых основное внимание сосредоточено на частноправовых аспектах торговых сделок, не предпринимается попытки решить все вопросы, которые могут возникать в контексте более широкого использования электронных подписей. В частности, единообразные правила не касаются аспектов публичного порядка, административного права, потребительского права или уголовного права, которые, возможно, необходимо принять во внимание национальным законодателям при создании всеобъемлющей правовой основы для электронных подписей.

15. Единообразные правила основываются на Типовом законе и призваны, в частности, отразить: принцип нейтральности с точки зрения носителей информации; недискриминационный подход в отношении функциональных эквивалентов традиционных понятий и практики, основанных на использовании бумажных документов, и широкое признание автономии сторон. Они предназначаются для использования в качестве как минимальных стандартов в "открытой" среде (т. е. когда стороны сносятся друг с другом с помощью электронных средств без предварительного согласия), так и субсидиарных правил в "закрытой" среде (т. е. когда стороны связаны уже существующими договорными нормами и процедурами, подлежащими соблюдению при передаче сообщений с помощью электронных средств).

16. При рассмотрении проектов положений, предлагаемых для включения в единообразные правила, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть в более общем плане взаимосвязь между единообразными правилами и Типовым законом. Настоящий проект единообразных правил был подготовлен исходя из той предпосылки, что они будут приняты в качестве отдельного документа. Дополнительно включены две новые статьи, отражающие положения, которые содержатся в Типовом законе: статья 1 (Сфера применения) и статья 4 (Толкование). Сделки с участием потребителей прямо из сферы применения единообразных правил не исключаются, однако в текст проекта статьи 1 была включена сноска из Типового закона с тем, чтобы разъяснить, что единообразные правила не преследуют цели установить преимущественный порядок по отношению к любым положениям национального права, касающимся вопросов защиты потребителей.

17. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли в преамбуле разъяснить цель единообразных правил, а именно содействие эффективному использованию электронных сообщений путем создания основы для обеспечения неприкосновенности сообщений и придания письменным и электронным сообщениям равного статуса с точки зрения их правовых последствий.

18. На тридцать третьей сессии Рабочей группы были выражены сомнения в отношении приемлемости использования слов "усиленная" или "защищенная" для указания на методы подписания, которые могут обеспечить более высокую степень надежности, чем "электронные подписи" в целом (A/CN.9/454, пункт 29). Рабочая группа сделала вывод о том, что в отсутствие более подходящего термина следует сохранить слово "усиленная". На тридцать четвертой сессии (A/CN.9/457, пункт 39) было высказано мнение о том, что определение "усиленной электронной подписи", возможно, потребует еще раз рассмотреть вместе с вопросом об общей структуре единообразных правил после того, как будет разъяснена цель создания соответствующих режимов для двух категорий электронных подписей, особенно в том, что касается юридических последствий обоих видов электронных подписей. Было высказано предположение о том, что рассмотрение усиленных электронных подписей будет оправданным только в том случае, если единообразные правила будут устанавливать функциональный эквивалент конкретным видам использования собственноручных подписей. Поскольку эта задача может быть особенно трудной на международном уровне и к тому же будет иметь лишь ограниченное значение для международных коммерческих сделок, те дополнительные выгоды, которые можно ожидать от использования не просто "электронной подписи", а "усиленной электронной подписи", потребуются, возможно более подробно разъяснить.

19. С учетом этого проведенного обсуждения вопроса о необходимости в категории "усиленных электронных подписей" в настоящем пересмотренном проекте единообразных правил использовать альтернативный подход, предлагаемый на рассмотрение Рабочей группы. Определение "усиленной электронной подписи" в проекте статьи 2(b) было заключено в квадратные скобки. Примечания, касающиеся возможных изменений этого определения, приведены в связи со статьей 2. В проекты статей 6, 7 и 8 включены соответствующие части этого определения в качестве альтернативных материально-правовых положений. Цель такого альтернативного подхода состоит в том, чтобы оказать содействие Рабочей группе в принятии решения о том, следует ли исключить ссылки как на электронные, так и на усиленные электронные подписи, с тем чтобы в единообразных правилах

регулировалась только единая категория электронных подписей. Примечания, касающиеся конкретных предложений, приводятся в разделах, посвященных соответствующим статьям.

20. В соответствии с настоящим пересмотренным проектом единообразных правил их применение расширяется за пределы ситуации, когда существуют юридические требования к форме или когда законодательство предусматривает наступление соответствующих последствий при несоблюдении некоторых условий, таких, как наличие подписи или подлинника. Сфера действия единообразных правил потенциально является, таким образом, более широкой, чем сфера действия Типового закона, хотя в проект статьи 6 и включено требование к форме, содержащееся в статье 7 Типового закона. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о такой более широкой сфере применения единообразных правил.

II. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ

Статья 1. Сфера применения

Настоящие Правила применяются к электронным подписям, используемым в контексте торговых* отношений, и они не имеют преимущественной силы по отношению к любым правовым нормам, предназначенным для защиты потребителей.

*Термин "торговые" следует толковать широко, с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, как договорных, так и недоговорных. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки на поставку товаров или услуг или обмен товарами или услугами; дистрибьюторские соглашения; коммерческое представительство и агентские отношения; факторинг; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; инжиниринг; купля/продажа лицензий; инвестирование; финансирование; банковские услуги; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозка товаров и пассажиров воздушным, морским, железнодорожным или автомобильным транспортом.

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/457, пункты 53-64

Примечания

21. Проект статьи 1 был первоначально предложен на тридцать четвертой сессии Рабочей группы в качестве пункта 1 статьи, регулирующей вопросы автономии сторон (проект статьи E, A/CN.9/457, пункты 55, 60). Поскольку это положение - если рассматривать его более корректно - затрагивает вопросы сферы действия единообразных правил, в настоящем проекте оно было включено в отдельную статью под названием "Сфера применения". Как это было решено Рабочей группой (A/CN.9/457, пункт 64), в проект статьи 1 включена сноска, в которой повторяется определение термина "торговый", содержащееся в статье 1 Типового закона об электронной торговле, а в текст этого проекта включена формулировка сноски** Типового закона, касающейся вопроса о потребителях. Слова "электронные подписи, используемые в контексте", были добавлены в эту статью для более точного определения предмета регулирования единообразных правил.

Статья 2. Определения

Для целей настоящих Правил:

- a) "электронная подпись" означает [данные в электронной форме, которые содержатся в сообщении данных, приложены к нему или логически ассоциируются с ним и которые могут быть использованы] [любой способ, который может быть использован в отношении сообщения данных] для идентификации обладателя подписи в связи с сообщением данных и указания на то, что обладатель подписи согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных;
- b) "усиленная электронная подпись" означает электронную подпись, в отношении которой может быть продемонстрировано с помощью использования [какой-либо процедуры защиты] [какого-либо метода], что эта подпись:

- i) присуща исключительно обладателю подписи [для цели, с которой] [в контексте, в котором] она используется;
- ii) была создана и приложена к сообщению данных обладателем подписи или с использованием средства, падающего под исключительным контролем обладателя подписи [и не каким-либо другим лицом];
- iii) была создана и связана с сообщением данных, к которому она относится, таким образом, который обеспечивает надежные доказательства целостности сообщения";]
- c) "сертификат" означает сообщение данных или иную запись, которые выдаются сертифицирующей информацией и которые предназначены для удостоверения личности лица или организации, являющихся обладателями [определенной пары ключей] [определенного подписывающего устройства];
- d) "сообщение данных" означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, оптических или аналоговых средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими;
- e) "обладатель подписи" [обладатель устройства] [обладатель ключа] [абонент] [обладатель подписывающего устройства] [подписавшийся] [подписавший] означает лицо, которым или от имени которого усиленная электронная подпись может быть создана и приложена к сообщению данных;
- f) "сертифицирующая информация" означает лицо или организацию, которые в рамках своей деятельности занимаются [предоставлением идентификационных услуг, которые используются] [сертификацией информации, которая используется] для поддержки использования [усиленных] электронных подписей.

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

- A/CN.9/457, пункты 22-47, 66-67, 89, 109;
- A/CN.9/WG.IV/WR.80, пункты 7-10;
- A/CN.9/WG.IV/WR.79, пункт 21;
- A/CN.9/454, пункт 20;
- A/CN.9/WG.IV/WR.76, пункты 16-20;
- A/CN.9/446, пункты 27-46 (проект статьи 1), 62-70 (проект статьи 4), 113-131 (проект статьи 8), 132-133 (проект статьи 9);
- A/CN.9/WG.IV/WR.73, пункты 16-27, 37-38, 50-57, и 58-60;
- A/CN.9/437, пункты 29-50 и 90-113 (проекты статей A, B и C); и
- A/CN.9/WG.IV/WR.71, пункты 52-60.

Примечания

Определение "электронной подписи"

22. Определение электронной подписи было пересмотрено в соответствии с решением, принятым Рабочей группой на ее тридцать четвертой сессии (A/CN.9/457, пункты 23-32). Слова в квадратных скобках "[любой способ, который может быть использован в отношении сообщения о данных]" включены для приведения формулировки определения в единообразных правилах в соответствии с формулировками статьи 7 Типового закона.

Определение "усиленной электронной подписи"

23. В соответствии с решением, принятым Рабочей группой на ее тридцать четвертой сессии (A/CN.9/457, пункт 39), определение "усиленной электронной подписи" было пересмотрено: в него в квадратных скобках в качестве необходимой привязки электронной подписи на сообщении данных к информации, содержащейся в сообщении данных, была включена формулировка подпункта (b)(iii), в которой содержится ссылка на функцию целостности. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли понятие целостности включить в качестве составной части определения усиленной электронной подписи или же это понятие, взятое в качестве кощепции, более тесно связано с понятием подлинника, как оно рассматривается в статье 8 Типового закона и проекте статьи 7 единообразных правил. Ранее содержавшаяся в подпункте (ii) формулировка "может использоваться для объективной идентификации обладателя подписи в связи с сообщением данных" была исключена из пересмотренного текста на том основании, что она уже является частью определения "электронной подписи" в подпункте (a).

24. Во вступительную формулировку подпункта (b) в качестве альтернативы применению "процедуры защиты" была включена ссылка на применение "способа" с тем, чтобы обеспечить более тесное соответствие с терминологией, используемой в Типовом законе.

25. В подпункте (b)(ii) слова "а не каким-либо другим лицом" были помещены в квадратные скобки, поскольку их включение ставит ряд вопросов. Во-первых, включение этих слов в определение усиленной электронной подписи может послужить основанием для предположения о том, что подпись, которая не создана и не приложена владельцем подписи (и, таким образом, потенциально является несанкционированной), не представляет собой усиленной электронной подписи. В результате такого толкования подобные подписи могут быть исключены из сферы действия некоторых статей единообразных правил, включая, например, проекты статей 8, 9 и 10. В частности, могут возникнуть сомнения относительно применимости тех частей проекта статьи 9, которые касаются ответственности за компрометацию подписывающих устройств.

26. Во-вторых, включение этих слов будет равнозначно установлению требования о том, что для того, чтобы какая-либо процедура защиты или какой-либо способ считались усиленной электронной подписью, эта процедура или способ должны создавать возможность продемонстрировать, что подпись была действительно создана и приложена владельцем подписи. Поскольку некоторые технологии могут не предусматривать такой возможности, включение такого требования может предполагать необходимость в использовании - в сочетании с применением подписывающего устройства - какого-либо метода идентификации личности, например, использования биометрики или какого-либо другого аналогичного метода.

27. Еще одним вопросом, который Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть в контексте подпункта (b)(ii), является взаимосвязь между требованием "исключительного контроля" и пунктом 2 проекта статьи 9, в котором предусматривается совместный контроль. Этот вопрос также возникает в связи с определением "владельца подписи", которое рассматривается ниже.

28. В подпункте (b)(iii) слова "разумные доказательства" были заменены на "надежные доказательства" с тем, чтобы обеспечить соответствие с терминологией статьи 8 Типового закона.

Определение "сертификата"

29. Определение термина "сертификат" было включено в единообразные правила по причине необходимости обеспечения их как можно более полного характера. Это определение основывается на определении термина "сертификат личности", содержащемся в документе A/CN.9/WG.IV/WP.79, хотя в настоящем проекте единообразных правил описательная формулировка "сертификат личности" более не используется. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, могут ли быть исключены слова "или другой существенной характеристики", которые в документе A/CN.9/WG.IV/WP.79 заключены в квадратные скобки. Причина этого предложения заключается в следующем: концепция "личности" может представлять собой более объемное понятие, чем просто ссылка на имя владельца подписи и может охватывать также и другие существенные характеристики, такие как занимаемая должность или выполняемые функции, как в сочетании с указанием имени, так и без ссылки на него. Исходя из этого, в проведении различия между личностью и другими существенными характеристиками или в ограничении применимости единообразных правил только теми ситуациями, когда используются только сертификаты личности, указывающие имя владельца подписи, возможно, не имеется. Альтернативную точку зрения назначения понятия "личность" см. "Background Paper on Electronic Authentication Technologies and Issues", Joint OECD-Private Sector Workshop on Electronic Authentication, California. 2-4 June 1999, pp.6-9.

30. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об уместности использования слов "подтверждение личности", поскольку сертификат в действительности может не подтверждать личность владельца подписи, а идентифицировать владельца подписи в результате применения ряда процедур и удостоверить наличие связи между этой личностью и подписывающим устройством или публичным ключом, указанным в сертификате. Для обеспечения нейтральности единообразных правил с технологической точки зрения Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос об использовании такой, например, технологически нейтральной формулировки, как "подписывающее устройство", в качестве альтернативы словам "пара ключей", поскольку слова "пара ключей" непосредственно связаны с цифровыми подписями. Использование словосочетания "пара ключей" в связи с определением "сертификата" может быть уместно в тех ситуациях, когда сертификаты используются только в контексте цифровых подписей.

Определение "сообщения данных"

31. Определение "сообщения данных" было включено в проект единообразных правил по причине необходимости в обеспечении их как можно более полного характера. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости включения этого определения в контексте взаимосвязи единообразных правил и Типового закона.

Определение "обладателя подписи"

32. На своей тридцать четвертой сессии Рабочая группа не завершила обсуждения определения термина "обладатель подписи" (A/CN.9/457, пункт 47). Пересмотренный текст этого определения в настоящее время включает в квадратные скобки ряд терминов, которые, как это было сочтено Рабочей группой, будут, возможно, более уместными, чем словосочетание "обладатель подписи". Это определение, возможно, потребует пересмотреть в контексте подпункта (b)(ii) определения "усиленной электронной подписи", приведенного выше, и проекта статьи 9(2), как на это указывается в пункте 27.

Определение "сертификатора информации"

33. Это определение Рабочей группой на ее предыдущей сессии не рассматривалось и приведено без изменений. Однако с учетом предыдущих обсуждений (A/CN.9/457, пункт 109) Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли толковать слова "в рамках своей деятельности", содержащиеся в определении "сертификатора информации", как подразумевающие, что деятельность, связанная с сертификацией, должна быть единственным видом деловых операций сертификатора информации или же - с тем чтобы охватить такие ситуации, при которых, например, сертификаты будут выдаваться компаниями, занимающимися расчетами по кредитным картам - следует также охватить и вопрос о сертификатах в качестве второстепенной части деятельности.

Справочные национальные законодательные и другие тексты**Руководящие принципы ААА**

Часть I: Определения

1.5 Сертификат

Сообщение, которое, по меньшей мере,

- 1) идентифицирует выдавший его сертификационный орган,
- 2) именует или идентифицирует абонента,
- 3) содержит публичный ключ абонента,
- 4) указывает срок действия, и
- 5) в цифровой форме подписано выдавшим его сертификационным органом.

1.6 Сертификационный орган

Лицо, которое выдает сертификат.

1.27 Полагающаяся сторона

Лицо, которое получило сертификат и цифровую подпись, которая может быть проверена при использовании публичного ключа, указанного в сертификате, и которое в состоянии положиться на них.

1.30 Подписавшийся

Лицо, которое создает цифровую подпись для сообщения.

1.31 Абонент

Лицо, которое

- 1) поименовано и идентифицировано в сертификате, выданном такому лицу, и
- 2) обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в этом сертификате.

Проект директивы ЕС

Статья 2

Определения

Для целей настоящей Директивы:

1. "электронная подпись" означает данные в электронной форме, которые приложены к другим электронным данным или логически ассоциируются с ним и которые служат способом удостоверения подлинности.

1а. "продвинутая электронная подпись" означает электронную подпись, которая отвечает следующим требованиям:

- a) она обладает уникальной связью с подписавшим;
- b) она может идентифицировать подписавшего;
- c) она создана при использовании средствами, над которыми подписавший может поддерживать свой исключительный контроль; и
- d) она связана с данными, к которым она относится, таким образом, что любое последующее изменение в данных могло бы быть выявлено;

2. "подписавший" означает лицо, которое обладает устройством для создания подписи и действует от своего собственного имени или от имени лица или организации, которых оно представляет;

3. "данные для создания подписи" означает уникальные данные, такие, как коды или частные криптографические ключи, которые используются подписывающим при создании электронной подписи;

3а. "устройство для создания подписи" означает конфигурированное программное или аппаратное обеспечение для подготовки данных для создания подписи;

3б. "защищенное устройство для создания подписи" означает устройство для создания подписи, которое отвечает требованиям, изложенным в приложении III;

4. "данные для проверки подписи" означает данные, такие, как коды или публичные криптографические ключи, которые используются при проверке электронной подписи;

4а. "устройство для проверки подписи" означает конфигурированное программное или аппаратное обеспечение для подготовки данных для проверки подписи;

4б. "сертификат" означает электронную аттестацию, которая позволяет установить связь между данными для проверки подписи и каким-либо лицом и которая подтверждает личность этого лица;

5. [·];

6. "поставщик сертификационных услуг" означает лицо или организацию, которые выдают сертификаты или предоставляют другие услуги, связанные с электронными подписями.

Германия

§ 2 Определения

1) Цифровая подпись по смыслу настоящего закона представляет собой знак на цифровых данных, который создан с помощью частного подписывающего ключа и который позволяет при помощи использования соответствующего публичного ключа, к которому приложен сертификат подписывающего ключа, выданный сертификатом или органом согласно § 3, установить владельца ключа подписи и нефальсифицированный характер данных.

2) Сертификатором по смыслу настоящего закона является физическое или юридическое лицо, которое аттестует атрибуцию публичных подписывающих ключей физическим лицам и обладает лицензией на такую деятельность согласно § 4.

3) Сертификат по смыслу настоящего закона является цифровой аттестацией, которая касается атрибуции публичного подписывающего ключа физическому лицу и к которой приложена цифровая подпись (сертификат подписывающего ключа), или специальной цифровой аттестацией, которая безошибочно указывает на сертификат подписывающего ключа и содержит дальнейшую информацию (сертификат атрибуции).

ГИУДЕК

VI. Глоссарий терминов

2. Сертификат

Заверенное каким-либо лицом сообщение, которое аттестует точность фактов, имеющих существенное значение для юридической действительности акта какого-либо иного лица.

4. Сертификатор

Лицо, которое выдает сертификат и тем самым аттестует точность факта, имеющего существенное значение для юридической действительности акта какого-либо иного лица.

12. Сертификат публичного ключа

Сертификат, в котором указывается публичный ключ, присвоенный абоненту и соответствующий частному ключу, которым обладает этот абонент.

14. Абонент

Лицо, указанное в сертификате.

Италия

5. Электронные записи и подписи в целом

Раздел 5-105. Определения

"Сертификат" означает запись, в которой, как минимум: а) идентифицируется выдавший его сертификационный орган; б) имеется или иным образом идентифицируется абонент, или устройство, или электронный аттест под контролем абонента; в) содержится публичный ключ, соответствующий частному ключу, находящемуся под контролем абонента; д) указывается срок действия; и е) имеется цифровая подпись выдавшего его сертификационного органа.

"Сертификационный орган" означает лицо, которое разрешает и обеспечивает выдачу сертификата.

"Электронная подпись" означает подпись в электронной форме, приложенную к электронной записи или логически ассоциируемую с ней.

"Подписывающее устройство" означает уникальную информацию, такую, как коды, алгоритмы, буквы, цифры, частные ключи или личные идентификационные номера (PIN), или материальные устройства с уникальной конфигурацией, которые необходимы - отдельно или в сочетании с другой информацией или устройствами - для создания электронной подписи, атрибутируемой какому-либо конкретному лицу.

Синтагм

Часть 1. Раздел 2. Толкование

"Сертификат" означает выдающую для цели поддержки цифровых подписей запись, которая предназначена для подтверждения личности или других существенных характеристик лица, обладающего соответствующей парой ключей;

"сертификационный орган" означает лицо или организацию, которые выдают сертификат;

"электронная подпись" означает любые буквы, знаки, шифры или другие символы в цифровой форме, которые приложены к электронной записи или логически ассоциируются с ней и которые были созданы или приняты с целью удостоверения подлинности электронной записи или выражения согласия с ней;

"пара ключей" - в асимметричной криптосистеме - означает частный ключ и математически связанный с ним публичный ключ, которые обладают свойством, позволяющим с помощью публичного ключа проверить цифровую подпись, созданную с помощью частного ключа;

"частный ключ" означает тот ключ из пары ключей, который используется для создания цифровой подписи;

"публичный ключ" означает тот ключ из пары ключей, который используется для проверки цифровой подписи;

"абонент" означает лицо, которое поименовано или идентифицировано в выданном ему сертификате и которое обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в этом сертификате.

Статья 3. [Недискриминация] [Технологическая нейтральность]

[Ни одно из положений настоящих Правил не применяется] [Положения настоящих Правил не применяются] таким образом, чтобы исключать, ограничивать или лишать юридической силы любой способ [подписания], который отвечает требованиям [статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле].

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/457, пункты 53-64.

Примечания

34. Проект статьи 2 был первоначально предложен на тридцать четвертой сессии Рабочей группы в качестве пункта 3 статьи, касающейся автономии сторон (проект статьи E, A/CN.9/457, пункты 55, 60). Поскольку пункт 3 в первую очередь касался вопросов недискриминации и технологической нейтральности, а не автономии сторон, он был включен в настоящий проект в качестве отдельной статьи под альтернативными названиями "Недискриминация" или "Технологическая нейтральность". Первоначальная формулировка "исключать, ограничивать или устанавливать дискриминационный режим в отношении" была заменена формулировкой "исключать, ограничивать или лишать юридической силы", с тем чтобы более точно описать цель и предмет этого положения. Ссылка на статью 7 Типового закона об электронной торговле будет представлять собой ссылку на этот Типовой закон, как он принят в национальном законодательстве.

Статья 4. Толкование

1) При толковании настоящих Единообразных правил следует учитывать их международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в их применении и соблюдению добросовестности в электронной торговле.

2) Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящих Единообразных правил и которые прямо в них не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основаны настоящие Единообразные правила.

Примечания

35. В проекте статьи 4 воспроизводится статья 3 Типового закона об электронной торговле за исключением добавления слов "в электронной торговле", которое было произведено для обеспечения полноты изложения. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности составления окончательного текста единообразных правил в качестве документа, не являющегося частью Типового закона, хотя и сохраняющего с ним очевидную связь. Если Рабочая группа примет такое решение, то в статью 4 могут быть включены руководящие положения для толкования единообразных правил судами или другими национальными или местными органами. Применение статьи 4, как ожидается, будет способствовать тому, чтобы унифицированный текст после его включения в местное законодательство толковался со ссылками на его международный характер и происхождение, а не только со ссылками на концепции местного права.

Статья 5. Изменение по договоренности

Вариант А

[Стороны по договоренности - будь то прямой или подразумеваемой - свободны отходить от настоящих Правил или изменить любые их аспекты.] [Допускается отход от любых аспектов настоящих Правил или их изменение на основании договоренности - будь то прямой или подразумеваемой, -] кроме как в той степени, в которой такой отход или изменение окажут неблагоприятное воздействие на права третьих сторон.

Вариант В

1) Настоящие Правила не затрагивают каких-либо прав, которые могут существовать в отношении изменения по договоренности любой нормы права, упомянутой в статьях 6 и 7.

2) Допускается отход от любых аспектов статей 9-12 настоящих Правил или их изменение по договоренности - будь то прямой или подразумеваемой, - кроме как в той степени, в которой такой отход или изменение окажут неблагоприятное воздействие на права третьих сторон.

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/457, пункты 53-64.

Примечания

36. В варианте А проекта статьи 5 отражено принятое Рабочей группой на ее тридцать четвертой сессии решение о том, чтобы включить для цели будущего обсуждения положение, обеспечивающее свободу сторон договариваться в отношениях между собой о возможности отхода от положений правил или их изменения только для целей сделок между договаривающимися сторонами. Такая договоренность не может, однако, затрагивать права сторон, не являющихся ее сторонами, т.е. третьих сторон. Это положение об автономии относится только к рассматриваемым правилам и не преследует цели затронуть публичный порядок или императивные положения законодательства, применимые к контрактам, такие как положения, касающиеся несправедливых контрактов.

37. В варианте В признается, что положения проектов статей 6 и 7 единообразных правил, которые основываются на статьях 7 и 8 Типового закона, содержат ссылки на законодательные требования, которые могут являться императивными требованиями национального законодательства и не подлежат изменению по договоренности. Согласно пункту 1 допускается изменение по договоренности в тех случаях, когда подобные императивные требования национального законодательства могут быть изменены таким образом. В его латинском виде этот пункт воспроизводит формулировку статьи 4(2) Типового закона, в которой регулируется этот же вопрос.

38. В соответствии с пунктом 2 варианта В сохраняется полная автономия сторон в отношении проектов статей 9-12. Это положение составлено на том основании, что проекты статей 9-12 будут представлять собой материально-правовые нормы, которые будут применяться в отсутствие договоренности об отходе от них или об изменении их применения в отношениях между договаривающимися сторонами. Стороны будут свободны изменять эти положения или исключать их применение. Цель пункта 2 состоит в обеспечении того, чтобы любая такая договоренность не наносила ущерба третьим сторонам, однако он не предназначен для того, чтобы лишать юридической силы какую-либо часть договоренности между сторонами.

39. Положения, касающиеся трансграничного признания, не будут подлежать изменению на основании договоренности, кроме как если это конкретно предусматривается такими положениями.

40. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть формулировку проекта статьи 5 и поднимаемые ею вопросы в отношении удовлетворения законодательных требований, которые упоминаются в проектах статей 6 и 7 и которые будут, возможно, носить императивный характер. Рабочая группа также, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о порядке применения принципа автономии сторон к проектам статей 9-12. В соответствующем положении могут быть, например, установлены субсидиарные нормы, которые будут применяться в отсутствие заключенного между договаривающимися сторонами соглашения о противном ("договоренность об исключении действия"), или могут устанавливаться правила, о применении которых стороны могут договориться ("договоренность о применении").

Общие примечания в отношении проектов статей 6-8

41. В контексте обсуждения сферы действия единообразных правил на своей тридцать четвертой сессии (A/CN.9/457, пункты 48-52) Рабочая группа постановила сконцентрировать внимание на разработке правил для тех технологий, которые в настоящее время используются в коммерческих операциях, например для цифровых методов, применяемых в рамках инфраструктуры публичных ключей (ИПК). Соответственно, было принято решение о том, что Рабочей группе следует сконцентрировать обсуждения на проектах статей F-H (в данном проекте - статьи 9-12) в контексте ИПК. Обсуждение проектов статей A-D (в данном проекте - статьи 2, 6, 7 и 8) было отложено до завершения обсуждения статей F-H. Было указано, что, в частности, проект статьи B (в данном пересмотренном варианте - статья 6 "Соблюдение требований к подписи") может выполнять важную функцию в том, что касается определения сферы применения статей F-H. Кроме того, было высказано мнение о том, что статья E (в данном проекте - статья 5 "Изменение по договоренности"), которая касается принципа автономии сторон, будет иметь важное значение для рассмотрения любых обязательств сторон в статьях F-H.

Статья 6. [Соблюдение требований к подписи] [Презумпция подписания]

Вариант А

1) В тех случаях, когда в связи с сообщением данных используется усиленная электронная подпись, сообщение данных считается подписанным.

2) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использованная электронная подпись, которая является как надежной, так и соответствующей цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

3) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использована усиленная электронная подпись.]

4) Пункты 2 и 3 применяются как в случаях, когда упомянутое в них требование выражено в форме обязательства, так и в случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

5) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Вариант В

1) В тех случаях, когда в связи с сообщением данных, [использован какой-либо способ, который] [использована какая-либо электронная подпись, которая]:

a) [присут] [присуща] исключительно владельцу подписи [для цели, с которой] [в контексте, в котором] [он] [она] используется;

b) может использоваться для объективной идентификации владельца подписи в связи с сообщением данных; и]

c) [был создан и приложен] [была создана и приложена] к сообщению данных владельцем подписи или с использованием средства, находящегося под исключительным контролем владельца подписи [и, а не каким-либо другим лицом];

считается, что сообщение данных подписано.

2) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использована электронная подпись, которая является

как надежной, так и соответствующей цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

3) Пункт 2 применяется как в тех случаях, когда упомянутое в нем требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

4) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/457, пункты 48-52;

A/CN.9/WG.IV/WR.80, пункты 11-12.

Примечания

Вариант А

42. Согласно варианту А устанавливается, что в случаях, когда в связи с сообщением данных использована усиленная электронная подпись, сообщение данных может считаться подписанным. В пункте 2 воспроизводится принцип статьи 7 Типового закона, состоящий в том, что электронная подпись может выполнить требования законодательства о наличии подписи при условии, что она отвечает определенным критериям надежности. Рабочая группа, возможно, обратит внимание на тот факт, что факторы, которые могут учитываться при определении надлежащего уровня надежности, перечисляются в пункте 58 Руководства по принятию Типового закона. Пункт 3, в котором предусматривается, что усиленная электронная подпись отвечает таким условиям, и в котором содержится сжатое правило, позволяющее обеспечить выполнение требований статьи 7 Типового закона, был включен в настоящий проект в квадратных скобках. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, сохраняется ли необходимость в этом положении с учетом пункта 1.

Вариант В

43. Цель варианта В состоит в установлении презумпции подписания и выполнения каких-либо законодательных требований в отношении наличия подписи в контексте единой категории электронных подписей. Соответственно понятие "усиленной электронной подписи" в нем не упоминается. В пункте 1 варианта В устанавливается, что в случаях, когда в связи с сообщением данных использован какой-либо способ и когда такой способ удовлетворяет ряду требований, сообщение данных может считаться подписанным. Такой способ должен удовлетворять условиям, установленным в определении "усиленной электронной подписи" в проекте статьи 2(b), за исключением ссылки на целостность, содержащейся в подпункте (b)(iii). Пункт 1(b) приводится в квадратных скобках, поскольку он потребуется только в том случае, если во вступительной формулировке пункта 1 будет говориться "о способе", а не об "электронной подписи".

44. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли ограничить применение рассматриваемых правил теми ситуациями, когда существуют юридические требования к форме или когда законодательство предусматривает наступление определенных последствий, если какие-либо условия, такие, как письменная форма или наличие подписи, не соблюдены. Следует напомнить о том, что в ходе подготовки Типового закона вопрос о содержании понятия требования в отношении формы уже рассматривался. В пункте 68 Руководства по принятию Типового закона отмечается, что слово "законодательство" ("the law"), используемое в Типовом законе, следует понимать, как охватывающее не только статутное право или подзаконные акты, но также и нормы, создаваемые судами, и другие процессуальные нормы. Таким образом слово "законодательство" охватывает также и правила доказывания. В тех случаях, когда в законодательстве не оговорено требование о соблюдении какого-либо конкретного условия, но предусмотрены последствия для случая несоблюдения условия, например, для отсутствия письменной формы или наличия подписи, такие случаи также охватываются концепцией "законодательство", как она использована в Типовом законе.

Справочные национальные законодательные и другие тексты

Сингапур

Часть V. Защищенные электронные записи и подписи

Защищенные электронные подписи

17. Если в результате применения предписанной процедуры защиты или коммерчески обоснованной процедуры защиты, согласованной соответствующими сторонами, может быть проверено, что электронная подпись в момент, когда она была сделана

- a) была присуща исключительно использующему ее лицу;
- b) создавала возможность для идентификации такого лица;
- c) была создана таким образом или при использовании таких средств, которые находились под исключительным контролем использующего ее лица; и
- d) была связана с электронной записью, к которой она относится, таким образом, что при изменении этой записи электронная подпись была бы скомпрометирована,

такая подпись рассматривается в качестве защищенной электронной подписи.

Презумпции, касающиеся защищенных электронных записей и подписей

18. [...]

2) При любых процедурах, связанных с защищенными электронными подписями, если не предоставлены доказательства противного, считается, что

- a) защищенная электронная подпись является подписью лица, к которому она имеет отношение; и
- b) защищенная электронная подпись была приложена этим лицом с намерением подписать электронную запись или выразить согласие с ней.

Статья 7. Презумпция наличия подлинника

1) В тех случаях, когда в связи с сообщением данных [использована усиленная электронная подпись] [[использована электронная подпись, которая] [использован способ, который] обеспечивает надежные доказательства целостности информации с момента, когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме в виде сообщения данных или в каком-либо ином виде], считается, что сообщение данных является подлинником.

2) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/457, пункты 48-52;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, пункты 13 и 14.

Примечания

45. Цель проекта статьи 7 состоит в подтверждении связи со статьей 8 Типового закона и в установлении требования целостности. В пункте 1 содержатся две альтернативы. Согласно первой из них предусматривается, что использование усиленной электронной подписи, как она определена в проекте статьи 2(b), будет создавать презумпцию того, что сообщение данных является подлинником. Согласно второму альтернативному варианту в тех случаях, когда использованы какая-либо электронная подпись или какой-либо способ, которые обеспечивают надежные доказательства целостности, сообщение данных может быть сочтено подлинником. Хотя подлинная форма не всегда требует наличия подписи, применение электронной подписи в той или иной форме, будь то усиленной или нет, может быть использовано для проверки целостности сообщения данных или записи.

Статья 8. Определение [усиленной] электронной подписи

1) [Орган или ведомство, указанное принимающим государством в качестве компетентного] может определить, [что электронная подпись является усиленной электронной подписью] [[какие] [методы] [электронные подписи]] удовлетворяют требованиям статей 6 и 7].

2) Любое определение, вынесенное в силу пункта 1, должно соответствовать признанным международным стандартам.

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/457, пункты 48-52;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, пункт 15.

Примечания

46. Цель проекта статьи 8 состоит в том, чтобы четко установить, что принимающее государство может назначить орган или ведомство, которые будут обладать полномочиями, выносить определения относительно того, какие конкретные технологии могут отвечать квалификационным требованиям к усиленной электронной подписи.

Альтернативная формулировка включена в пункт 1 с тем, чтобы привести проект статьи 8 в соответствие с альтернативными вариантами, содержащимися в пересмотренных статьях 6 и 7. Цель пункта 2 состоит в том, чтобы побудить государства к обеспечению того, чтобы определения, выносимые в силу пункта 1, отвечали применимым международным стандартам, что будет способствовать унификации практики в отношении усиленных электронных подписей и трансграничному использованию и признанию подписей.

Статья 9. [Ответственность] [обязанности] обладателя подписи

1) Обладатель подписи [обязан]:

- a) [проявлять] [проявляет] надлежащую осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех сделанных обладателем подписи материальных заверений, которые имеют отношение к выдаче, приостановлению действия или аннулированию сертификата или которые включены в сертификат;
- b) [уведомлять] [уведомляет] соответствующих лиц без ненадлежащих задержек в случае, когда [ему известно, что его подпись была скомпрометирована] [его подпись была или могла быть скомпрометирована];
- c) [проявлять] [проявляет] надлежащую заботливость для сохранения контроля и недопущения несанкционированного использования его подписи по состоянию с момента, когда обладатель подписи получает исключительный контроль над подписывающим устройством.

2) Если [имеются совместные обладатели [ключа] [подписывающего устройства]] [имеется более одного лица, осуществляющего контроль над [ключом] [подписывающим устройством]] [обязательства] [обязанности] по пункту 1 являются солидарными.

3) Обладатель подписи несет [ответственность] [финансовую ответственность] за [неисполнение] [обязательства] [обязанностей] [невыполнение требований], предусмотренных в пункте 1.

4) [Финансовая ответственность обладателя подписи не может превышать ущерба, который обладатель подписи предвидел или должен был предвидеть в момент неисполнения как возможное последствие неисполнения обладателем подписи [обязательства] [обязанностей] [требований], предусмотренных в пункте 1, учитывая обстоятельства, о которых обладатель ключа в то время знал или должен был знать.]

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/457, пункты 65-98;

A/CN.9/WG.IV/WR.80, пункты 18 и 19.

Общие примечания в отношении проектов статей 9 и 10

47. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о практической взаимосвязи между проектами статей 9 и 10. Имеется ряд возможных комбинаций обязанностей, предусматриваемых в проекте статьи 9, и последствий неисполнения этих обязанностей в соответствии с проектом статьи 10. Проиллюстрировать некоторые из вопросов, которые необходимо рассмотреть, можно с помощью двух таких комбинаций.

48. Во-первых, ситуация, когда обладатель подписи не нарушает обязанности проявлять разумную заботливость согласно проекту статьи 9(1)(с), но тем не менее подпись тем или иным образом скомпрометирована. Обладатель подписи не знает о компрометации и, таким образом, не уведомляет сертификатора информации, но в то же время его вряд ли можно считать нарушившим обязанность по проекту статьи 9(1)(b). Согласно проекту статьи 10, полагающаяся сторона, проверяющая информацию, которая была представлена сертификатором информации, не может узнать о компрометации подписей и может положиться на подпись. В этой ситуации возникает ряд вопросов: является ли доверие к информации полагающейся стороны разумным в такой ситуации; лежит ли риск доверия на полагающейся стороне; каковы последствия такого доверия для обладателя подписи; связан ли обладатель подписи любой информацией, подписанной при использовании скомпрометированной подписи?

49. Во-вторых, может иметь место ситуация, когда обладатель подписи нарушает обязанность проявлять разумную заботливость согласно проекту статьи 9(1)(с) и когда подпись является скомпрометированной. Обладателю подписи известно о компрометации, и он уведомляет сертификатора информации. Согласно проекту статьи 10 полагающаяся сторона, проверяющая информацию, которая была предоставлена сертификатором информации, может узнать о компрометации подписи и не сможет, таким образом, положиться на эту подпись. Обладатель подписи будет, таким образом, нести ответственность согласно проекту статьи 9(3) за неисполнение обязанностей, предусмотренных в

пункте 2 и будет нести финансовую ответственность за убытки согласно пункту 4. В этой ситуации результат является намного более ясным, чем в ситуации, рассмотренной в пункте 48.

Примечания

Статья 9, пункт 1

50. Пункт 1 проекта статьи 9 был пересмотрен в соответствии с решениями, принятыми Рабочей группой на ее тридцать четвертой сессии (A/CN.9/457, пункты 73-92). Рабочая группа выразила обеспокоенность тем, что обязанность, предусматриваемая в подпункте (а), должна быть ограничена контекстом процесса сертификации (A/CN.9/457, пункт 92), поскольку в противном случае эта обязанность может быть широко истолкована как охватывающая заверения и заявления, сделанные обладателем подписи полагающейся стороне. Поскольку заверения или заявления, сделанные в контексте этих отношений, должны регулироваться правом основного контракта, подпункт (а) был составлен в более узкой редакции, с тем чтобы ограничить эту обязанность контекстом процесса выдачи, приостановления действия или аннулирования сертификата.

51. Подпункт (b) был пересмотрен, с тем чтобы включить два альтернативных текста, согласованные Рабочей группой (A/CN.9/457, пункт 83). Слова "знал или должен был знать" не были включены в этот пересмотренный вариант на том основании, что обладателю подписи будет трудно исполнить обязанность по уведомлению, которая основывается на чем-то, что ему должно было быть известно, но что ему в действительности неизвестно.

52. В подпункте (c) упоминается не только обязательство не допускать несанкционированного использования подписи, но также и обязательство сохранять контроль над ключом. В этом пересмотренном положении также упоминается о моменте, с которого возникает обязанность проявлять разумную заботливость. Это отражает возобладавшее в Рабочей группе мнение о том, что, хотя обязанность держателя ключа защищать ключ должна возникать только в отношении тех пар ключей, которые фактически защищены сертификатом, обязанность держателя ключа защищать сертифицированные ключи от злоупотребления, должна применяться ретроспективно до момента, когда обладатель подписи получил исключительный контроль над парой ключей (A/CN.9/457, пункт 67).

Пункт 2

53. Пункт 2 был добавлен в проект статьи 9 с тем, чтобы прояснить обязательства проявлять должную заботливость в ситуации, когда существует несколько обладателей одного и того же ключа. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть это положение и его взаимосвязь с требованиями исключительного контроля, предусмотренными в статье 2.

Пункт 3

54. Этот пункт был пересмотрен в соответствии с решениями, принятыми Рабочей группой на ее сорок четвертой сессии (A/CN.9/457, пункты 93-98). Ссылка на "последствия неисполнения [обладателем подписи] обязательств, предусмотренных в пункте 1", была исключена с тем, чтобы i) избежать вопроса о том, являлось ли нарушенное обязательство договорным по своему характеру и ii) избежать любой неопределенности, которая может возникнуть в результате использования в тексте на английском языке слова "последствия" с определенным артиклем, что может предположительно означать, что имеются в виду все возможные последствия, и не передает идею об отдаленности таких возможных последствий от момента неисполнения обязательства.

Пункт 4

55. Данный пункт основывается на статье 74 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров и был включен для дальнейшего рассмотрения Рабочей группой. В нем устанавливается правило, основывающееся на критерии предсказуемости убытков, однако сфера его действия ограничивается нарушением обязательств обладателя подписи, устанавливаемых в пункте 1. На тридцать четвертой сессии Рабочей группой высказывалась определенная обеспокоенность (A/CN.9/457, пункты 93-98) в связи с тем, что ответственность, которая может возникнуть в контексте договора купли-продажи товаров, не равнозначна ответственности, которая может возникнуть из использования подписи, и что эти виды ответственности в количественном отношении не могут быть выражены одинаково. Было также указано, что критерий предсказуемости может быть неуместным в контексте договорных отношений между обладателем подписи и сертифицирующей информацией, хотя такой критерий, возможно, и подходит к контексту отношений между обладателем подписи и полагающейся стороной. Рабочая группа, возможно, пожелает изучить эти вопросы в ходе дальнейшего рассмотрения данного проекта статьи, а также дополнительно взаимосвязь проекта статьи 9 и проекта статьи 10.

Справочные национальные законодательные и другие текстыПункт 1(a) - материальные заверения**Руководящие принципы ААА****4.2 Обязательства абонента**

Все материальные заверения, сделанные абонентом сертификационному органу, включая любую информацию, известную абоненту и изложенную в сертификате, должны быть наиболее точными, как это может быть известно обладателю подписи или как он это может предполагать, независимо от того, подтверждены ли такие заверения сертификационным органом.

ГУИДЕК**VII. Заверение сообщения****7. Заверения сертификатору**

Абонент должен точно представить сертификатору все факты, имеющие существенное значение для сертификата.

Иллитойс**Статья 20. Обязанности абонентов****Раздел 20-101. Получение сертификата**

Все материальные заверения, сделанные каким-либо лицом сертификационному органу для целей получения сертификата, в котором такое лицо именуется в качестве абонента, должны быть наиболее точными и полными, как это может быть известно такому лицу или как оно это может предполагать.

Раздел 20-105. Акцепт сертификата

[...]

- b) В результате акцепта сертификата абонент, указанный в сертификате, заверяет любое лицо, которое, действуя добросовестно и в течение срока действия сертификата, разумно полагается на содержащуюся в нем информацию, в том, что:
 - 1) абонент правомерно обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в сертификате;
 - 2) все заверения, сделанные абонентом сертификационному органу и имеющие существенное значение для информации, указанной в сертификате, являются верными; и
 - 3) вся указанная в сертификате информация, известная абоненту, является верной.

Сигнапур**Часть IX. Обязанности абонентов****Получение сертификата**

37. Все материальные заверения, сделанные абонентом сертификационному органу для целей получения сертификата, включая всю информацию, известную абоненту и изложенную в сертификате, должны быть наиболее точными и полными, как это может быть известно абоненту или как он это может предполагать, независимо от того, подтверждаются ли такие заверения сертификационным органом.

Пункт 1(b) - уведомление**Руководящие принципы ААА****4.4 Начало процесса приостановления действия или аннулирования**

Абонент, который акцептовал сертификат, должен обратиться к выдавшему его сертификационному органу с просьбой о приостановлении действия или аннулировании сертификата, если частный ключ, соответствующий публичному ключу, указанному в сертификате, был скомпрометирован.

Иллитойс**Статья 20. Обязанности абонентов****Раздел 20-110. Аннулирование сертификата**

Если иное не предусмотрено другой применимой нормой права, в случае, если частный ключ, соответствующий публичному ключу, указанному в действующем сертификате, утерян, украден, становится доступным для неуполномоченного лица или иным образом скомпрометирован в течение срока действия сертификата, абонент, которому стало известно о компрометации, должен незамедлительно обратиться к выдавшему сертификат сертификационному органу с просьбой об аннулировании сертификата и опубликовать уведомление об аннулировании во всех местах, в которых абонент ранее разрешил опубликование сертификата, или иным образом представить разумное уведомление об аннулировании.

Раздел 10-125. Создание подписывающих устройств и контроль над ними

Если иное не предусмотрено другой применимой нормой права, во всех случаях, когда создание, действительность или надежность электронной подписи, созданной с помощью процедуры защиты, отвечающей критериям, установленным [...], зависит от сохранения в тайне подписывающего устройства подписавшегося или от контроля над таким устройством:

- 1) лицо, обеспечивающее или создающее подписывающее устройство, должно осуществлять это надежным образом;
- 2) подписавшийся и все другие лица, которые правомерно обладают доступом к такому подписывающему устройству, должны проявлять разумную осмтрительность для сохранения контроля над подписывающим устройством и сохранения его в тайне, а также для защиты его от любого несанкционированного доступа, разглашения или использования в течение срока, когда доверие к подписи, созданной с помощью такого устройства, является разумным;
- 3) в случае, если подписавшемуся или какому-либо другому лицу, правомерно обладающему доступом к такому подписывающему устройству, известно - или у них имеются основания полагать, - что тайный характер такого подписывающего устройства или контроль над ним были скомпрометированы, такое лицо должно предпринять разумные усилия для незамедлительного уведомления всех лиц, которые, как это известно такому лицу, могут предсказуемо понести убытки в результате такой компрометации, или - в случаях, если имеется [...] надлежащий механизм публикации - опубликовать уведомление о компрометации и о деавуировании любых подписей, созданных впоследствии.

Сиглапур**Начало процесса приостановления действия или анулирования**

40. Абонент, акцептовавший сертификат, в кратчайшие возможные сроки обращается к выдавшему сертификат сертификационному органу с просьбой о приостановлении действия или анулировании сертификата, если частный ключ, соответствующий публичному ключу, указанному в сертификате, скомпрометирован.

Пункт 1(c) - несанкционированное использование**Руководящие принципы ААА****4.3 Охрана частного ключа**

В течение срока действия действительного сертификата абонент не компрометирует частный ключ, соответствующий публичному ключу, указанному в таком сертификате, а также должен избегать компрометации в течение любого периода приостановления действия.

ГУИДЕК**VII. Завершение сообщений****6. Охрана заверяющего устройства**

Если лицо заверяет сообщение с помощью какого-либо устройства, это лицо, как минимум, должно проявлять разумную осмтрительность для недопущения несанкционированного использования этого устройства.

Ильяпоис**Раздел 10-125. Создание подписывающих устройств и контроль над ними**

Если иное не предусмотрено другой применимой нормой права, во всех случаях, когда создание, действительность или надежность электронной подписи, созданной с помощью процедуры защиты, отвечающей критериям, установленным [...], зависит от сохранения в тайне подписывающего устройства подписавшегося или от контроля над таким устройством:

- 1) лицо, обеспечивающее или создающее подписывающее устройство, должно осуществлять это надежным образом;
- 2) подписавшийся и все другие лица, которые правомерно обладают доступом к такому подписывающему устройству, должны проявлять разумную осмтрительность для сохранения контроля над подписывающим устройством и сохранения его в тайне, а также для защиты его от любого несанкционированного доступа, разглашения или использования в течение срока, когда доверие к подписи, созданной с помощью такого устройства, является разумным;
- 3) в случае, если подписавшемуся или какому-либо другому лицу, правомерно обладающему доступом к такому подписывающему устройству, известно - или у них имеются основания полагать, - что тайный характер такого подписывающего устройства или контроль над ним были скомпрометированы, такое лицо должно предпринять разумные усилия для незамедлительного уведомления всех лиц, которые, как это известно такому лицу, могут предсказуемо понести убытки в результате такой компрометации, или - в случаях, если имеется [...] надлежащий механизм публикации - опубликовать уведомление о компрометации и о деавуировании любых подписей, созданных впоследствии.

Пункты 3 и 4 - ответственность**Миннесота****325K.12 Заверения и обязанности после акцепта сертификатов****Подраздел 4. Возмещение абонентом**

Акцептом сертификата абонент принимает на себя обязательство возмещать сертификационному органу ущерб или убытки, причиненные вышней или опубликованием сертификата на основании доверия к:

- 1) ложному и существенно важному представлению факта абонентом;
- 2) несообщению абонентом существенно важного факта, если задержки или несообщения были сделаны либо с намерением ввести в заблуждение сертификационный орган или лицо, полагающееся на сертификат, или в результате грубой небрежности. Отказ от предоставления возмещения, предусмотримого в настоящем разделе, или ограничения его объема на основании договорных положений не допускаются. В договоре могут быть предусмотрены, однако, отвечающие настоящему разделу дополнительные условия, касающиеся возмещения

Сингапур

Часть IX. Обязанности абонентов

Контроль над частным ключом

39. 1) Акцептом сертификата, выданного сертификационным органом, абонент, указанный в сертификате, принимает на себя обязанность осуществлять разумную осмотрительность для сохранения контроля над частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в таком сертификате, и для недопущения разглашения его лицу, не уполномоченному на создание цифровой подписи абонента.

2) Такая обязанность сохраняется в течение срока действия сертификата и в течение любого периода приостановления действия сертификата.

Статья 10. Доверие к усиленным электронным подписям

1) Лицо [имеет право] [не имеет права] полагаться на усиленную электронную подпись в той мере, в которой такое поведение [является] [не является] разумным.

2) При определении того, является ли доверие [не]разумным, учитывается, если это уместно, следующее:

- a) характер основной сделки, подтвердить которую предполагается с помощью подписи;
- b) предприняла ли полагающаяся сторона надлежащие шаги для определения надежности подписи;
- c) было ли полагающейся стороне известно или должно было быть известно, что подпись была скомпрометирована или аннулирована;
- d) любое соглашение или практика в отношениях между полагающейся стороной и абонентом или любой торговый обычай, который может быть применимым;
- e) любой другой соответствующий фактор.

Статья 11. Доверие к сертификатам

1) Лицо [имеет право] [не имеет права] полагаться на сертификат в той мере, в которой такое поведение [является] [не является] разумным.

2) При определении того, является ли доверие [не]разумным, учитывается, если это уместно, следующее:

- a) любые ограничения, установленные для сертификата;
- b) предприняла ли полагающаяся сторона надлежащие шаги для определения надежности сертификата, включая ознакомление с перечнем аннулированных сертификатов, когда это уместно;
- c) любое соглашение или практика в отношениях между полагающейся стороной и сертифицирующей информацией или абонентом или любой торговый обычай, который может быть применимым;
- d) [любой другой соответствующий фактор] [все другие соответствующие факторы].

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/457, пункты 99-107;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, пункты 20-21.

Примечания

56. Проекты статей 10 и 11, которые касаются, соответственно, разумности доверия к усиленным электронным подписям и сертификатам, были пересмотрены в соответствии с мнениями в отношении содержания этих статей, возобладавшими на тридцать четвертой сессии Рабочей группы (A/CN.9/457, пункт 107). Хотя первоначальное предложение состояло в том, чтобы урегулировать как доверие к подписям, так и доверие к подписям, подтвержденным сертификатом, в одной единой статье, в нынешнем проекте эти две концепции были разделены на том основании, что в каждой ситуации применимы различные соображения. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, имеется ли необходимость во включении правила относительно доверия к сертификатам в дополнение к правилу относительно доверия к подписям и какие соображения применительно к установлению разумного характера доверия в каждом конкретном случае следует предусмотреть.

57. Рабочая группа выразила определенную обеспокоенность тем, что составление проектов статей 10 и 11 в качестве положений, устанавливающих право полагаться на подписи и сертификаты, может предполагать определенные юридические последствия, в то время, как положение, устанавливающее те факторы, которые должны приниматься во внимание при определении того, может ли доверие рассматриваться в качестве разумного, может позволить избежать рассмотрения вопроса о возможных юридических последствиях подписи или сертификата. Противоположная точка зрения состояла в том, что редакция этих проектов статей в качестве положений, устанавливающих право полагаться на сертификат или подпись, создает дополнительные преимущества, не предусмотренные в Типовом законе, и не устанавливает никаких юридических последствий с точки зрения действительности подписи. Как это было согласовано Рабочей группой, в пересмотренные проекты статей должны быть включены формулировки как в положительной, так и в отрицательной форме, и в них следует предусмотреть факторы, которые должны приниматься во внимание в случае подписей и в случае сертификатов.

58. Определенная обеспокоенность была выражена также в отношении взаимосвязи между проектами статей 10 и 11 и статьей 13 Типового закона, а также в отношении вопроса о том, будут ли статьи 9, 10 и 11, если их читать вместе, устанавливать правило атрибуции. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть взаимосвязь проектов статей 10 и 11 с проектом статьи 9, а также со статьей 13 Типового закона.

Справочные национальные законодательные и другие тексты

Руководящие принципы ААА

5.3 Неадекватные цифровые подписи

1) [...]

2) Если иное не предусмотрено законом или договором, полагающаяся сторона принимает на себя риск того, что цифровая подпись является недействительной в качестве подписи или удостоверения подлинности подписанного сообщения, если доверие к этой цифровой подписи является неразумным в данных обстоятельствах в соответствии с факторами, перечисленными в Руководящем принципе 5.4 (разумность доверия).

5.4 Разумность доверия

Нижеперечисленные факторы, в том числе, имеют существенное значение при оценке разумности доверия получателя к сертификату и к цифровым подписям, которые могут быть проверены при использовании публичного ключа, указанного в сертификате:

- 1) факты, которые полагающейся стороне известны или о которых полагающаяся сторона была уведомлена, включая все факты, указанные в сертификате или включенные в него посредством ссылки;
- 2) ценность или важность подписанного в цифровой форме сообщения, если она известна;
- 3) практика в отношениях между полагающимся лицом и абонентом, а также имеющиеся признаки надежности или ненадежности, помимо цифровой подписи;
- 4) торговый обычай, особенно в том, что касается сделок, заключаемых с помощью надежных систем или других компьютерных средств.

2.3 Предсказуемость доверия к сертификатам

Поведение, при котором лица, полагающиеся на цифровую подпись, будут также полагаться на действующий сертификат, содержащий публичный ключ, с помощью которого может быть проверена цифровая подпись, является предсказуемым.

ГУИДЕК

VIII. Сертификация

1. Последствия действительного сертификата

Лицо может положиться на действующий сертификат как на точно заверяющий факт или факты, указанные в нем, если это лицо не получало уведомления о том, что сертифициатор не выполнил какого-либо материального требования к практике заверенных сообщений.

Сингапур

Часть VI. Последствия цифровых подписей

Ненадежные цифровые подписи

22. Если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, полагающееся на электронную запись, подписанную в цифровой форме, принимает на себя риск того, что эта цифровая подпись является недействительной в качестве подписи или удостоверения подлинности подписанного электронного сообщения, если доверие к этой цифровой подписи является неразумным в данных обстоятельствах с учетом следующих факторов:

а) факты, которые известны лицу, полагающемуся на электронное сообщение, подписанное в цифровой форме, или о которых оно было уведомлено, включая все факты, указанные в сертификате или включенные в него посредством ссылки;

б) ценность или важность электронной записи, подписанной в цифровой форме, если она известна;

с) практика в отношениях между лицом, полагающимся на электронную запись, подписанную в цифровой форме, и абонентом и имеющиеся признаки надежности или ненадежности, помимо цифровой подписи; и

д) любой торговый обычай, особенно в том, что касается сделок, совершаемых с помощью надежных систем или других электронных средств.

Статья 12. [Ответственность] [обязанности] сертифициатора информации

1) {Сертифициатор информации [обязан] [, в том числе,]:

а) [действовать] [действует] в соответствии с заверениями, сделанными им в отношении его практики;

б) [предпринимать] [предпринимает] разумные шаги для определения точности любых фактов или информации, которые сертифициатор информации сертифицирует в сертификате [, включая личность обладателя подписи];

с) [обеспечивать] [обеспечивает] разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить:

i) личность сертифициатора информации;

ii) что лицо, которое [поименовано] [идентифицировано] в сертификате, [обладает] [обладало в соответствующий момент] [частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному] [подписывающим устройством, указанным], в сертификате;

[iii] что ключи представляют собой функционирующую пару ключей];

iv) способ, использованный для идентификации обладателя подписи;

v) любые ограничения в отношении цели или стоимостного объема, в связи с которыми может использоваться подпись; и

vi) является ли подписывающее устройство действительным и не было ли оно скомпрометировано;

д) [обеспечивать] [обеспечивает] обладателей подписей средствами для направления уведомлений о том, что усиленная электронная подпись была скомпрометирована, и [обеспечивать] [обеспечивает] своевременное функционирование службы аннулирования];

е) [проявлять] [проявляет] надлежащую осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех сделанных сертифициатором информации материальных заверений, которые имеют отношение к выдаче, приостановлению действия или аннулированию сертификата или которые включены в сертификат;

- f) [использовать] [использует] надежные системы, процедуры и людские ресурсы при предоставлении своих услуг.

Вариант X

2) Сертификатор информации несет [ответственность] [финансовую ответственность] за [неисполнение [обязательств] [обязанностей]] [невыполнение требований], предусмотренных в пункте 1.

3) Финансовая ответственность сертифициатора информации не может превышать ущерба, который сертифициатор информации предвидел или должен был предвидеть в момент неисполнения как возможное последствие неисполнения сертифициатором информации [обязательств] [обязанностей] [требований], предусмотренных в пункте 1, учитывая обстоятельства, о которых сертифициатор информации в то время знал или должен был знать.

Вариант Y

2) С учетом положений пункта 3, если ущерб был причинен в результате неправильности или дефекта в сертификате, сертифициатор информации несет финансовую ответственность за убытки, понесенные, либо:

- a) стороной, вступившей в договорные отношения с сертифициатором информации для цели выдачи сертификата; или
 - b) любым лицом, которое разумно полагается на сертификат, выданный сертифициатором информации.
- 3) Сертификатор информации не несет финансовой ответственности согласно пункту 2:
- a) если - и в той мере, в которой - в которой он включил в сертификат заявление, ограничивающее объем или пределы своей финансовой ответственности перед любым лицом; или
 - b) если он докажет, что он [не проявил небрежности] [принял все разумные меры для недопущения ущерба].

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/457, пункты 108-119;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, пункты 22-24.

Примечания

59. Проект статьи 12 был пересмотрен в соответствии с решениями, принятыми Рабочей группой на ее сорок четвертой сессии (A/CN.9/457, пункты 108-119).

Пункт 1

60. В тексте пункта 1 отражены несколько альтернативных вариантов. Первый из них связан с вопросом о том, следует ли редакцию этого положения составить при использовании формулировки "обязан" сделать то-то и то-то, или же формулировки с использованием глагола в настоящем времени. Второй альтернативный вариант связан с использованием слов "в том числе" во вступительной формулировке. Если эти слова будут использованы, то в проекте статьи 12 будет излагаться открытый, иллюстративный перечень обязанностей. Хотя сертифициаторам информации подобная формулировка будет, возможно, представляться обременительной, она, по мнению Рабочей группы, не будет противоречить общему правилу, применимому в настоящее время к сертифициаторам информации во многих правовых системах. Если слова "в том числе" будут исключены, то в проекте статьи 12 будет излагаться исчерпывающий перечень обязанностей сертифициатора информации, что позволит определять точный объем финансовой ответственности сертифициатора информации и избежать трудностей, которые могут возникнуть в результате использования различных формулировок в странах, в которых может и не предусматриваться общая обязанность сертифициатора информации проявлять надлежащую осмотрительность.

61. Что касается конкретных обязанностей, включенных в пункт 1, то этот перечень был расширен с тем, чтобы учесть мнения, высказанные в Рабочей группе (A/CN.9/457, пункты 112-114). Что касается подпункта (с), то информация, которая должна быть представлена с помощью "разумно доступных средств", включает определенную информацию, включения которой в сертификат может разумно ожидать полагающаяся сторона, и иную информацию, которая может быть получена только путем отсылки к какому-либо другому источнику, например

к перечню аннулированных сертификатов. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопросы о том, следует ли конкретно оговорить необходимость включения в сертификат некоторой такой информации и следует ли включить в единообразные правила дополнительную норму, устанавливающую минимальное содержание сертификата.

62. В пункте 1(c)(ii) содержатся ссылки как на "пару ключей", так и на "подписывающее устройство". Для обеспечения нейтральности единообразных правил, с технологической точки зрения, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об использовании такой, например, технологически нейтральной формулировки, как "подписывающее устройство", в качестве альтернативы словам "пара ключей", поскольку слова "пара ключей" непосредственно связаны с технологией цифровых подписей. Использование словосочетания "пара ключей" в связи с определением "сертификата" может быть уместным в ситуациях, когда сертификаты используются только в контексте цифровых подписей.

63. Пункт 1(c)(iii) был включен в соответствии с внесенным на предыдущей сессии предложением, однако Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли предусматриваемое требование уместным. Если публичный ключ, указанный в сертификате, соответствует частному ключу, находящемуся в распоряжении обладателя подписи, и между двумя ключами имеется, таким образом, математическое соответствие, то непонятно, какой дополнительный функциональный элемент будет привноситься требованием о том, чтобы пара ключей представляла собой "функционирующую пару ключей". Кроме того, имеются сомнения в вопросе о том, сможет ли сертифицировать информацию представить - в дополнение к требуемому согласно пункту 1(c)(ii) - какую-либо информацию, которая будет указывать на этот дополнительный функциональный элемент.

Пункты 2 и 3

64. Вариант X устанавливает правило, согласно которому сертифицировать информацию несет ответственность за неисполнение обязательств или обязанностей, предусмотренных в пункте 1, однако определение конкретных возможных последствий такого неисполнения оставляется на усмотрение национального законодательства. В пересмотренном варианте проекта статьи 12 слово "последствия" было исключено по тем же причинам, которые приводились в связи с исключением этого слова из пункта 3 проекта статьи 9. Это было сделано в следующих целях: i) необходимость избежать изучения вопроса о том, являлось ли нарушенное обязательство договорным по своему характеру и ii) необходимость избежать неопределенности, которая может возникнуть в результате использования в тексте на английском языке слова "последствия" с определенным артиклем, что может предположительно означать, что имеются в виду все возможные последствия, и не передает идеи об отдаленности таких возможных последствий от момента неисполнения обязательства.

65. После решения вопроса о включении в пересмотренный пункт 1 одного из двух вариантов: исчерпывающего перечня обязательств или открытого, иллюстративного перечня обязательств - Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не будет ли вариант X более уместным в том случае, если пункт 1 будет составлен в виде исчерпывающего, а не открытого перечня.

66. В пункте 3 варианта X устанавливается правило предсказуемости ущерба, основывающееся на статье 74 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров. В результате этого пункта объем финансовой ответственности сертифициатора информации, которая может возникнуть на основании пунктов 1 и 2, в количественном выражении ограничивается.

Вариант Y

67. В рамках Рабочей группы широкое распространение получило мнение (A/CN.9/457, пункт 115) о том, что было бы целесообразным подготовить унифицированное правило, выходящее за рамки простой ссылки на применимое право, и установить общее правило финансовой ответственности за небрежность при условии возможности договорных исключений (если подобное ограничение не будет явно несправедливым) и при условии возможности сертифициатора информации освободиться от ответственности, если он докажет, что исполнил обязательства по пункту 1. Пункт 2 варианта Y касается вопроса о том, перед кем сертифициатор информации может нести финансовую ответственность. В пункте 3 устанавливается правило, позволяющее сертифициатору информации полагаться на любое ограничение финансовой ответственности, установленное в сертификате, или доказать, что он не проявил небрежности или принял все разумные меры для недопущения ущерба.

68. Как и в случае варианта X, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не является ли положение, подобное предлагаемому в варианте Y, более уместным в контексте исчерпывающего перечня обязанностей по пункту 1, чем в случае, когда перечень обязательств будет открытым. Она также, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости четко оговорить в проекте пункта 2 варианта Y, что финансовая ответственность сертифициатора информации ограничивается случаями неисполнения обязательств, установленных в пункте 1.

Справочные национальные законодательные и другие тексты

Статья 12, пункт 1 - общие обязанности

Руководящие принципы ААА

3. Сертификационные органы

3.1 Сертификационные органы должны использовать надежные системы

Сертификационные органы при предоставлении своих услуг должны использовать надежные системы.

3.2 Раскрытие информации

1) Сертификационный орган должен раскрывать любые существенно важные заявления о практике сертификации, а также информацию об уведомлении об аннулировании и приостановлении действия сертификата сертификационного органа.

2) Сертификационный орган должен прилагать разумные усилия для уведомления любых лиц, которые, как это известно, затронуты или будут предсказуемо затронуты аннулированием или приостановлением действия его сертификата сертификационного органа.

3) [...]

4) В случае событий, имеющего существенные и негативные последствия для надежной системы сертификационного органа или его сертификата сертификационного органа, сертификационный орган должен приложить разумные усилия для уведомления любых лиц, которые, как это известно, затронуты или будут предсказуемо затронуты этим событием, или предпринять действия в соответствии с процедурами, указанными в его заявлении о практике сертификации

3.7 Заверения сертификационного органа в сертификате

Выдавая сертификат, сертификационный орган заверяет любое лицо, которое разумно полагается на сертификат или цифровую подпись, которую можно проверить с помощью указанного в сертификате публичного ключа, что сертификационный орган в соответствии с любым применимым заявлением о практике сертификации, о котором уведомлено полагающееся лицо, подтверждает, что:

1) сертификационный орган при выдаче сертификата выполнил все применимые требования настоящих Руководящих принципов и, если сертификационный орган опубликовал сертификат или иным образом предоставил его в распоряжение такого разумно полагающегося лица, что абонент, указанный в сертификате, акцептовал его;

2) абонент, идентифицированный в сертификате, обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в сертификате;

3) [...]

4) публичный ключ и частный ключ абонента представляют собой функционирующую пару ключей; и

5) вся информация в сертификате является точной, если только сертификационный орган не заявил в сертификате, что точность конкретно оговоренной информации не подтверждается, или не указал на это с помощью включения в сертификат соответствующей ссылки.

Кроме того, сертификационный орган заверяет, что в сертификате не опущены никакие известные имеющие существенное значение факты, которые в случае, если бы они были известны, оказали бы неблагоприятное воздействие на надежность его заверений согласно настоящему руководящему принципу.

3.9 Приостановление действия сертификата по просьбе абонента

Если иное не предусмотрено договором между сертификационным органом и абонентом, сертификационный орган должен приостановить действие сертификата в кратчайший возможный срок после получения просьбы от лица, которое, как это может разумно полагать сертификационный орган, является:

1) абонентом, указанным в сертификате;

2) лицом, должным образом уполномоченным действовать от имени этого абонента; или

3) лицом, действующим от имени этого абонента, который не может выйти на связь.

3.10 Аннулирование сертификата по просьбе абонента

Сертификационный орган, который выдал сертификат, должен аннулировать его по просьбе указанного в нем абонента, если сертификационный орган подтвердил

1) что лицо, обращающееся с просьбой об аннулировании, является абонентом, указанным в сертификате, подлежащем аннулированию, или

2) если проситель действует в качестве агента, что этот проситель имеет достаточные полномочия на осуществление аннулирования

3.11 Аннулирование или приостановление действия без согласия абонента

Сертификационный орган должен приостановить действие сертификата или аннулировать его независимо от согласия на это абонента, указанного в сертификате, если сертификационный орган подтверждает, что

- 1) какой-либо существенный факт, завершенный в сертификате, является ложным;
- 2) какое-либо существенное предварительное условие для выдачи сертификата не было выполнено, или
- 3) частный ключ или надежная система сертификационного органа были скомпрометированы таким образом, который существенно затрагивает надежность сертификата.

По осуществлении такого приостановления действия или аннулирования сертификационный орган должен незамедлительно уведомить об этом абонента, указанного в сертификате, который был аннулирован или действие которого было приостановлено.

3.12 Уведомление о приостановлении действия или аннулировании

Незамедлительно по приостановлении действия или аннулировании сертификата сертификационный орган должен опубликовать уведомление о приостановлении действия или аннулировании, если сертификат был опубликован, и должен по запросу полагающейся стороны явным образом раскрыть информацию о факте приостановления действия или аннулирования.

Проект директивы ЕС

Приложение II. Требования к поставщикам сертификационных услуг, выдающим сертификаты, отвечающие установленным требованиям

Поставщики сертификационных услуг должны:

- a) продемонстрировать надежность, необходимую для предложения сертификационных услуг;
- b) обеспечить функционирование оперативной и надежной директории и надежной и безотлагательной службы аннулирования;
- b(a) обеспечить возможность установления даты и времени выдачи или аннулирования сертификата;
- c) проверять с помощью надлежащих средств в соответствии с национальным правом личность и, если это применимо, любые конкретные характеристики лица, которому выдается отвечающий установленным требованиям сертификат;
- d) нанимать на службу сотрудников, обладающих специальными знаниями, опытом и квалификацией, необходимыми для предоставления предлагаемых услуг, в частности, компетенцией на управленческом уровне, опытом в применении технологии электронных подписей и знакомством с надлежащими процедурами защиты; они также должны применять административные и управленческие процедуры и процессы, которые являются достаточными и которые отвечают признанным стандартам;
- e) использовать надежные системы и продукты, которые защищены от модификации и которые должны обеспечивать техническую и криптографическую безопасность поддерживаемых ими процессов;
- f) принимать меры против подделки сертификатов и в тех случаях, когда поставщик сертификационных услуг готовит данные для создания подписи, гарантировать конфиденциальность в ходе процесса подготовки таких данных;
- g) поддерживать финансовые ресурсы на достаточном уровне для обеспечения функционирования в соответствии с требованиями, установленными в настоящей Директиве, в частности, покрывать риск финансовой ответственности за убытки, например, посредством заключения соответствующего страхования;
- h) вести запись всей соответствующей информации, касающейся сертификата, отвечающего установленным требованиям, в течение надлежащего срока, в частности, для представления доказательств сертификации для целей юридических процедур. Такие записи могут вестись электронным способом;
- i) не хранить или не копировать данных для создания подписи лица, которому поставщик сертификационных услуг предлагает услуги по управлению использованием ключа;
- j) до заключения договорных отношений с лицом, обращающимся за выдачей сертификата для подтверждения его электронной подписи, информировать это лицо с помощью средств связи, обеспечивающих возможность длительного хранения информации, о конкретных условиях использования сертификата, включая любые ограничения на использование сертификата, о наличии добровольной аккредитации и о процедурах для подачи жалоб и урегулирования споров. Такая информация должна представляться в письменной форме и может передаваться электронным способом на доступном языке. По просьбе третьих сторон, полагающихся на сертификат, также должен предоставляться доступ к соответствующим частям такой информации;
- k) использовать надежные системы для хранения сертификатов в поддающейся проверке форме с тем, чтобы
 - вносить записи и изменения могли только уполномоченные лица,
 - информация могла быть проверена на аутентичность,
 - публичный доступ к поиску сертификатов был открыт только в тех случаях, когда получено согласие обладателя сертификата, и
 - любые технические изменения, компрометирующие эти требования безопасности, были очевидны для оператора.

Германия

§ 5 Выдача сертификатов

1) Сертификатор надежно идентифицирует лиц, обращающихся за выдачей сертификата. Он подтверждает атрибуцию публичного подписывающего ключа идентифицированному лицу посредством сертификата подписывающего ключа и обеспечивает доступ к таковому, а также к атрибутивным сертификатам, в любой момент и для любых лиц по публично доступным телекоммуникационным каналам поддающимся проверке образом и с согласия владельца подписывающего ключа.

2) По просьбе заявителя сертификат регистрирует информацию, касающуюся полномочий заявителя на представлении третьей стороны или касающуюся его профессиональной или другой лицензии, в сертификате подписывающего ключа или в атрибутивном сертификате в той мере, в которой такая лицензия или согласие третьей стороны на регистрацию полномочий на представительство будут достоверно продемонстрированы.

3) По просьбе заявителя сертификат регистрирует в сертификате вместо имени заявителя его псевдоним.

4) Сертификатор принимает меры с тем, чтобы данные для сертификатов не могли быть подделаны или фальсифицированы каким-либо незаметным образом. Кроме того, он предпринимает шаги для гарантирования конфиденциальности частных подписывающих ключей. Хранение частных подписывающих ключей сертификатом не допускается.

5) Для сертификационной деятельности он использует надежный персонал и в соответствии с §14 использует технические компоненты для обеспечения доступа к подписывающим ключам и создания сертификатов. Это также применяется к техническим компонентам, позволяющим осуществить проверку сертификатов согласно второму предложению пункта 1.

§ 6 Обязанности инструктировать

Сертификатор инструктирует заявителя согласно пункту 1 § 5 относительно мер, необходимых для содействия защите цифровых подписей и их достоверной проверки. Он инструктирует заявителя относительно технических компонентов, которые необходимы для выполнения требований пунктов 1 и 2 § 14, а также относительно атрибуции цифровых подписей, созданных с помощью частного подписывающего ключа. Он информирует заявителя о том, что данные относительно цифровых подписей, возможно, потребуются вновь подписать до того, как степень защиты имеющейся подписи с течением времени ослабится.

§ 8 Блокирование сертификатов

1) Сертификатор блокирует сертификат, если с просьбой об этом обращается владелец подписывающего ключа или его представитель, если сертификат был выдан на основе ложной информации согласно § 7, если сертификат прекращает свои операции и их осуществление не продолжается каким-либо другим сертификатом, или если Орган отдает приказ о блокировании согласно второму предложению пункта 5 § 13. При блокировании указывается время, с которого начинается его действие. Ретроактивное блокирование не допускается.

ГУИДЕК

VIII Сертификация

2. Точность заверений в сертификате

Сертификатор должен подтвердить точность всех фактов, указанных в действующем сертификате, только если из самого сертификата очевидно не следует, что некоторая информация не была проверена.

3. Надежность сертификатора

Сертификатор должен:

- использовать только технологически надежные информационные системы и процессы и надежный персонал при выдаче сертификата и при приостановлении действия или аннулировании сертификата публичного ключа и при охране своего частного ключа, если таковой имеется;
- избегать коллизий интересов, которые обуславливают ненадежность сертификатора применительно к выдаче, приостановлению действия и аннулированию сертификата;
- воздерживаться от участия в нарушении обязанностей абонента;
- воздерживаться от действий или бездействия, которые могут нанести существенный ущерб разумному и предсказуемому доверию к действующему сертификату;
- действовать надежным образом в отношении абонента и лиц, полагающихся на действующий сертификат.

4. Уведомление о практике и проблемах

Сертификатор должен предпринимать разумные усилия для уведомления предсказуемо затронутых лиц о:

- любом существенном заявлении о практике сертификации, и
- любом факте, имеющем существенное значение либо для надежности сертификата, который был им выдан, или для его способности предоставлять свои услуги.

8. Приостановление действия сертификата публичного ключа по просьбе

Сертификатор, который выдал сертификат, должен незамедлительно приостановить его действие по просьбе лица, идентифицировавшего себя в качестве абонента, упомянутого в сертификате публичного ключа, или в качестве лица, положение которого, по всей видимости, дает ему возможность узнать о компрометации защиты частного ключа абонента, например, его агента, служащего, компаньона или члена непосредственной семьи абонента.

9. Аннулирование сертификата публичного ключа по просьбе

Сертификат, который выдал сертификат публичного ключа, должен незамедлительно аннулировать его после:

- a) получения просьбы об аннулировании от абонента, поименованного в сертификате, или уполномоченного агента этого абонента, и
- b) подтверждения того, что лицо, обратившееся с просьбой об аннулировании, является таким абонентом или является агентом этого абонента, уполномоченным просить об аннулировании.

10. Приостановление действия или аннулирование сертификата публичного ключа без согласия

Сертификатор, который выдал сертификат публичного ключа, должен аннулировать его, если:

- a) сертификат подтверждает, что существенный факт, завершенный в сертификате, является ложным;
- b) сертификат подтверждает, что надежность информационной системы сертификатора была скомпрометирована таким образом, который может существенно затронуть надежность сертификатов.

Сертификатор может приостановить действие разумно сомнительного сертификата на срок, необходимый для проведения расследования, в достаточной степени подтверждающего основания для аннулирования согласно настоящей статье.

11. Уведомление об аннулировании или приостановлении действия сертификата публичного ключа

Незамедлительно по приостановлении действия или аннулировании сертификата публичного ключа сертификатом сертификататор должен сделать надлежащее уведомление об аннулировании или приостановлении действия.

Иллывойс

Статья 15. Последствия цифровой подписи

Раздел 15-301. Надежные услуги

За исключением ясно указанного в заявлении о практике сертификации сертификационный орган и лицо, обеспечивающее функционирование хранилища информации, должны поддерживать функционирование и предоставлять свои услуги надежным образом.

Раздел 15-305. Раскрытие информации

a) Применительно к каждому сертификату, выдаваемому сертификационным органом с той целью, что на него будут полагаться третьи стороны для проверки цифровых подписей, созданных абонентами, сертификационный орган должен публиковать или иным образом предоставлять и раскрывать абонента и всех таких полагающихся сторон:

- 1) свое заявление о практике сертификации, если таковое имеется, применимое к такому сертификату; и
- 2) свой сертификат, в котором указывается сертификационный орган в качестве абонента и в котором содержится публичный ключ, соответствующий частному ключу, используемому сертификационным органом для цифровой подписи сертификата (свой "сертификат сертификационного органа").

b) В случае события, которое существенным образом и негативно затрагивает операции или систему сертификационного органа, его сертификат сертификационного органа или какой-либо иной аспект его способности функционировать надежным образом, сертификационный орган должен действовать в соответствии с указанными в его заявлении о практике сертификации процедурами, регулирующими действия в случае таких событий, или, в отсутствие таких процедур, должен предпринять разумные усилия для уведомления любых лиц, которые, как это известно сертификационному органу, могут предсказуемо понести ущерб в результате такого события.

Раздел 15-310. Выдача сертификата

Сертификационный орган может выдать сертификат будущему абоненту для целей создания возможности для третьих сторон проверять цифровые подписи, созданные абонентом, только после того как:

- 1) сертификационный орган получит просьбу о выдаче от будущего абонента; и
- 2) сертификационный орган:

- A) выполнит требования всех соответствующих видов практики и процедур, установленные в применимом заявлении о практике сертификации, если таковое имеется; или
- B) в отсутствие заявления о практике сертификации, регулирующей такие вопросы, подтвердит надежным образом, что:
 - i) будущий абонент является лицом, которое будет указано в сертификате, который будет выдан;
 - ii) информация в сертификате, который будет выдан, является точной; и
 - iii) будущий абонент правомерно обладает частным ключом, способным создавать цифровую подпись, и что публичный ключ, который будет указан в сертификате, может быть использован для проверки цифровой подписи, приложенной с помощью такого частного ключа.

Раздел 15-315. Заверения по выдаче сертификата

a) Выдавая сертификат с той целью, что на него будут полагаться третьи стороны для проверки цифровых подписей, созданных абонентом, сертификационный орган добросовестно и в течение срока действия сертификата заверяет абонента и любое лицо, которое разумно полагается на информацию, содержащуюся в сертификате, что:

- 1) сертификационный орган обработал, одобрил и выдал - и будет заниматься поддержкой и, в случае необходимости, аннулирует сертификат в соответствии с применимым заявлением о практике сертификации, которое указано в сертификате или включено в него с помощью ссылки или о котором было уведомлено такое лицо, или, вместо такого заявления, в соответствии с настоящим Законом или законодательством правовой системы, регулирующей вопросы выдачи сертификата;
 - 2) сертификационный орган проверил личность абонента в той степени, в которой это указано в сертификате или в применимом заявлении о практике сертификации, или, вместо этого, что сертификационный орган проверил личность абонента надежным образом;
 - 3) сертификационный орган проверил, что лицо, обратившееся с просьбой о выдаче сертификата, обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в сертификате; и
 - 4) за исключением ясно указанного в сертификате или в применимом заявлении о практике сертификации, насколько это известно сертификационному органу на дату выдачи сертификата, вся другая информация о сертификате является точной и не вводящей по существу в заблуждение.
- b) Если сертификационный орган выдал сертификат в соответствии с законодательством другой правовой системы, сертификационный орган также, если это уместно, дает все гарантии и заверения, которые иным образом применимы в соответствии с правом, регулирующим вопросы выдачи.

Раздел 15-320. Аннулирование сертификата

a) В течение срока действия сертификата сертификационный орган, издавший сертификат, должен аннулировать сертификат в соответствии с принципами и процедурами, регулирующими аннулирование и указанными в применимом заявлении о практике сертификации, или, в отсутствие таких принципов и процедур, в кратчайшие возможные сроки после:

- 1) получения просьбы об аннулировании от абонента, помеченного в сертификате, и подтверждения того, что лицо, обратившееся с просьбой об аннулировании, является абонентом или агентом абонента, уполномоченным просить об аннулировании;
- 2) получения заверенной копии свидетельства о смерти абонента-физического лица или по подтверждении смерти абонента на основании других надежных доказательств;
- 3) представления в его распоряжение документов, на основании которых осуществляется расформирование абонента-юридического лица, или подтверждения на основании других доказательств того, что абонент был расформирован или прекратил существование;
- 4) вручения требующего аннулирования приказа, выданного судом компетентной правовой системы; или
- 5) подтверждения сертификационным органом того, что:
 - A) существенно важный факт, заверенный в сертификате, является ложным;
 - B) существенное предварительное условие для выдачи сертификата не было выполнено;
 - C) частный ключ или операционная система сертификационного органа были скомпрометированы таким образом, который существенно затрагивает надежность сертификата, или
 - D) частный ключ абонента был скомпрометирован.

b) По осуществлении такого аннулирования сертификационный орган должен уведомить абонента и полагающуюся стороны в соответствии с принципами и процедурами, регулирующими уведомление об аннулировании и указанными в применимом заявлении о практике сертификации, или, в отсутствие таких принципов и процедур, незамедлительно уведомить абонента, незамедлительно опубликовать уведомление об аннулировании во всех местах, в которых сертификационный орган ранее обеспечивал опубликование сертификата, или иным образом раскрыть информацию о факте аннулирования по запросу полагающейся стороны.

Сингапур

Часть VIII

Обязанности сертификационных органов

Надежная система

27. Сертификационный орган должен использовать надежные системы при предоставлении своих услуг.

Раскрытие информации

28. 1) Сертификационный орган раскрывает следующую информацию:

- a) свой сертификат, в котором указывается публичный ключ, соответствующий частному ключу, используемому этим сертификационным органом для цифрового подписания других сертификатов (в настоящем разделе - "сертификат сертификационного органа");
- b) любое соответствующее заявление о практике сертификации;
- c) уведомление об аннулировании или приостановлении действия сертификата сертификационного органа; и
- d) любой другой факт, который существенным образом и негативно затрагивает либо надежность сертификата, выданного этим органом, либо способность этого органа предоставлять свои услуги.

2) В случае события, которое существенным образом и негативно затрагивает надежную систему сертификационного органа или сертификат сертификационного органа, сертификационный орган:

- a) предпринимает разумные усилия для уведомления любых лиц, которые, как это известно, затронуты или предсказуемо будут затронуты этим событием; или
- b) действует в соответствии с указанными в его заявлении о практике сертификации процедурами, регулирующими действия в случае таких событий.

Выдача сертификата

29. 1) Сертификационный орган может выдать сертификат будущему абоненту только после того, как сертификационный орган:

- a) получит просьбу о выдаче от будущего абонента; и
- b) выполнит
 - i) если имеется заявление о практике сертификации - все виды практики и процедуры, изложенные в таком заявлении о практике сертификации, включая процедуры, касающиеся идентификации будущего абонента; или
 - ii) в отсутствие заявления о практике сертификации - условия, указанные в подразделе 2.
- 2) В отсутствие заявления о практике сертификации сертификационный орган подтверждает самостоятельно или через уполномоченного агента, что:
 - a) будущий абонент является лицом, которое будет указано в сертификате, который будет выдан;
 - b) если будущий абонент действует через одного или нескольких агентов - абонент уполномочил агента хранить частный ключ абонента и обращаться с просьбой о выдаче сертификата, в котором указывается соответствующий публичный ключ;
 - c) информация в сертификате, который будет выдан, является точной;
 - d) будущий абонент равномерно обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, который будет указан в сертификате;
 - e) будущий абонент обладает частным ключом, способным создавать цифровую подпись; и
 - f) публичный ключ, который будет указан в сертификате, может быть использован для проверки цифровой подписи, приложенной с помощью частного ключа, которым обладает будущий абонент.

Заверения по выдаче сертификата

30. 1) Выдавая сертификат, сертификационный орган заверяет любое лицо, которое разумно полагается на сертификат или цифровую подпись, которую можно проверить с помощью публичного ключа, указанного в сертификате, что сертификационный орган выдал сертификат в соответствии с любым применимым заявлением о практике сертификации, которое включено с помощью ссылки в сертификат или о котором было уведомлено полагающееся лицо.

- 2) В отсутствие такого заявления о практике сертификации сертификационный орган заверяет, что он подтвердил, что:
 - a) сертификационный орган выполнил все применимые требования настоящего Закона при выдаче сертификата и, если сертификационный орган опубликовал сертификат или иным образом предоставил его в распоряжение такого доверяющего лица, что абонент, указанный в сертификате, акцептовал его;
 - b) абонент, идентифицированный в сертификате, обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в сертификате;
 - c) публичный ключ и частный ключ абонента представляют собой функционирующую пару ключей;
 - d) вся информация в сертификате является точной, если только сертификационный орган не заявил в сертификате, что точность конкретно оговоренной информации не подтверждается, или не указал на это с помощью включения в сертификат соответствующей ссылки; и
 - e) сертификационному органу неизвестно ни о каком имеющем существенное значение факте, который, если бы он был включен в сертификат, оказал бы неблагоприятное воздействие на надежность заверений согласно пунктам (a)-(d).
- 3) В тех случаях, когда имеется применимое заявление о практике сертификации, которое было включено посредством ссылки в сертификат или о котором было уведомлено полагающееся лицо, подраздел 2 применяется в той мере, в которой заверения не противоречат заявлению о практике сертификации.

Приостановление действия сертификата

31. Если сертификационный орган и абонент не договорились об ином, сертификационный орган, выдавший сертификат, приостанавливает действие сертификата в кратчайший возможный срок после получения просьбы от лица, которое, как это может разумно полагать сертификационный орган, является

- a) абонентом, указанным в сертификате;
- b) лицом, должным образом уполномоченным действовать от имени этого абонента; или
- c) лицом, действующим от имени этого абонента, который не может выйти на связь.

Аннулирование сертификата

32. Сертификационный орган аннулирует выданный им сертификат

- a) после получения просьбы об аннулировании от абонента, упомянутого в сертификате, и подтверждения того, что лицо, обращающееся с просьбой об аннулировании, является абонентом или агентом абонента, уполномоченным обращаться с просьбой об аннулировании;
- b) после получения заверенной копии свидетельства о смерти абонента или по подтверждению на основании других доказательств факта смерти абонента; или
- c) по представлении документов, на основании которых осуществляется расформирование абонента, или по подтверждению на основании других доказательств, что абонент был расформирован или прекратил существование.

Аннулирование без согласия абонента

33. 1) Сертификационный орган аннулирует сертификат, независимо от согласия на это абонента, указанного в сертификате, если сертификационный орган подтверждает, что:

- a) какой-либо существенный факт, заверенный в сертификате, является ложным;
- b) какое-либо требование для выдачи сертификата не было выполнено;
- c) частный ключ или надежная система сертификационного органа были скомпрометированы таким образом, который существенно затрагивает надежность сертификата;
- d) абонент, являющийся физическим лицом, умер; или
- e) абонент, являющийся юридическим лицом, был расформирован, ликвидирован или иным образом прекратил существование.

2) По осуществлении такого аннулирования на иных основаниях, чем указанные в подразделе 1(d) или (e), сертификационный орган незамедлительно уведомляет об этом абонента, указанного в аннулированном сертификате.

Уведомление о приостановлении действия

34. 1) Незамедлительно по приостановлении действия сертификата сертификационным органом сертификационный орган публикует подписанное уведомление о приостановлении в месте для опубликования уведомлений о приостановлении действия, указанном в сертификате.

2) В тех случаях, когда указаны одно или более таких мест, сертификационный орган публикует подписанные уведомления о приостановлении во всех таких местах.

Уведомление об аннулировании

35. 1) Незамедлительно по аннулированию сертификата сертификационным органом сертификационный орган публикует подписанное уведомление об аннулировании в месте для опубликования уведомлений об аннулировании, указанном в сертификате.

2) В тех случаях, когда указаны одно или более таких мест, сертификационный орган публикует подписанные уведомления об аннулировании во всех таких местах.

Статья 12, пункты 2 и 3 - финансовая ответственность

Руководящие принципы ААА

3.14 Финансовая ответственность сертификационного органа, выполняющего установившиеся требования

Сертификационный орган, выполняющий настоящие Руководящие принципы и любые другие применимые законодательные или договорные нормы, не несет финансовой ответственности за любые убытки, которые

- 1) понесены абонентом сертификата, выданного этим сертификационным органом, или любым другим лицом или
- 2) причинены в результате доверия к сертификату, выданному сертификационным органом, к цифровой подписи, которую можно проверить с помощью публичного ключа, указанного в сертификате, или к информации, заверенной в таком сертификате или хранилище информации.

Проект директивы ЕС

Статья 6. Финансовая ответственность

1. Государства-члены, как минимум, обеспечивают, что в результате публичной выдачи сертификата в качестве сертификата, отвечающего установленным требованиям, или в результате публичного гарантирования сертификата поставщик сертификационных услуг несет финансовую ответственность за ущерб, причиненный любому лицу, которое разумно полагается на сертификат, в связи с:

- a) точностью всей информации в сертификате, отвечающем установленным требованиям, в момент его выдачи;
- b) [...];
- c) гарантией того, что в момент выдачи сертификата лицо, идентифицированное в сертификате, отвечающем установленным требованиям, обладало данными для создания подписи, соответствующими данным для проверки подписи, приведенным или указанным в сертификате;
- d) гарантией того, что данные для создания подписи и данные для проверки подписи могут использоваться взаимодополняющим образом в случаях, когда поставщик сертификационных услуг готовит оба вида таких данных;

если только поставщик сертификационных услуг не докажет, что он не проявил небрежности.

1a. Государства-члены, как минимум, обеспечивают, что поставщик сертификационных услуг, публично выдавший сертификат в качестве сертификата, отвечающего установленным требованиям, несет финансовую ответственность за ущерб, причиненный любому лицу, которое разумно полагается на сертификат, в связи с некорректной аннулированием сертификата, если только поставщик сертификационных услуг не докажет, что он не проявил небрежности.

3. Государства-члены обеспечивают, что поставщик сертификационных услуг может указать в сертификате, отвечающем установленным требованиям, ограничения на использование определенных сертификатов; эти ограничения должны быть понятными для третьих сторон. Поставщик сертификационных услуг не несет финансовой ответственности за ущерб, возникающий из неправомерного использования отвечающего установленным требованиям сертификата, который включает ограничения на его использование.

4. Государства-члены обеспечивают, что поставщик сертификационных услуг может указать в сертификате, отвечающем установленным требованиям, ограничения на стоимостной объем сделок, для которых может быть использован этот сертификат.

Миссури**Раздел 17.1**

В результате указания в сертификате рекомендованного предела доверия выдающий сертификационный орган и акцептующий абонент рекомендуют соответствующим лицам полагаться на сертификат только в том объеме, при котором общая сумма риска не превышает рекомендуемый предел доверия.

Раздел 17.2

Если обладающий лицензией сертификационный орган не отказывается от применения настоящего подраздела, обладающий лицензией сертификационный орган:

- 1) не несет финансовой ответственности за любые убытки, причиненные доверием к ложной или подделанной цифровой подписи абонента, если в отношении такой ложной или подделанной цифровой подписи сертификационный орган выполнил все материальные требования разделов 1-27 настоящего закона;
- 2) не несет финансовой ответственности в превышение суммы, указанной в сертификате в качестве рекомендованного предела доверия, в связи либо с:
 - a) убытками, причиненными доверием к неверному указанию в сертификате какого-либо факта, подтвердить который требуется обладающему лицензией сертификационному органу; либо
 - b) несоблюдением раздела 10 настоящего закона при выдаче сертификата;
- 3) несет финансовую ответственность только за прямые фактические убытки по любому иску о возмещении ущерба, причиненного доверием к сертификату, причем такие убытки не включают:
 - a) штрафные или заранее оцененные убытки;
 - b) убытки в связи с утраченной выгодой, экономией или возможностями; или
 - c) убытки в связи с причиненной болью или страданиями.

Сингапур**Пределы финансовой ответственности для обладающих лицензией сертификационных органов**

45 Если обладающий лицензией сертификационный орган не отказывается от применения настоящего раздела, обладающий лицензией сертификационный орган:

- a) не несет финансовой ответственности за любые убытки, причиненные доверием к ложной или подделанной цифровой подписи абонента, если в отношении такой ложной или подделанной цифровой подписи обладающий лицензией сертификационный орган выполнил требования настоящего Закона;
- b) не несет финансовой ответственности в превышение суммы, указанной в сертификате в качестве рекомендованного предела доверия, в связи либо с:
 - i) убытками, причиненными доверием к неверному указанию в сертификате какого-либо факта, подтвердить который требуется обладающему лицензией сертификационному органу; или
 - ii) несоблюдением разделов 29 и 30 при выдаче сертификата.

Статья 13. Признание иностранных сертификатов и подписей

1) При определении того, обладает ли - и в какой мере обладает - сертификат [подпись] юридической силой, не учитываются ни место выдачи сертификата [подписи], ни государство, в котором находится коммерческое предприятие эмитента.

Вариант А

2) Сертификаты, выданные иностранным сертифицирующим органом информации, признаются юридически эквивалентными сертификатам, выданным сертифицирующими органами информации, функционирующими на основании ... [законодательство принимающего государства], если практика иностранного сертифицирующего органа информации обеспечивает уровень надежности, по меньшей мере эквивалентный тому, который требуется от сертифицирующих органов информации на основании ... [законодательство принимающего государства]. [Такое признание может быть осуществлено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения между заинтересованными государствами.]

3) Подписи, отвечающие законодательству другого государства, касающемуся цифровых и других электронных подписей, признаются юридически эквивалентными подписям на основании ... [законодательство принимающего государства], если законодательство другого государства требует уровень надежности, по меньшей мере эквивалентный тому, который требуется для таких подписей на основании ... [законодательство принимающего государства]. [Такое признание может быть осуществлено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения с другими государствами.]

4) Независимо от положений предыдущего пункта, стороны коммерческих и других сделок могут оговорить, что в связи с представляемыми им сообщениями или подписями должны использоваться тот или иной конкретный сертификат информации, класс сертификатов информации или класс сертификатов.

Вариант В

2) Сертификаты, выданные иностранным сертифицирующим органом информации, признаются юридически эквивалентными сертификатам, выданным сертифицирующими органами информации, функционирующими на основании ... [законодательство принимающего государства], если практика иностранного сертифицирующего органа информации обеспечивает уровень надежности, по меньшей мере эквивалентный тому, который требуется от сертификатов информации на основании ... [законодательство принимающего государства].

[3) Определение эквивалентности, упомянутое в пункте 2, может быть осуществлено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения с другими государствами.]

4) При определении эквивалентности учитываются следующие факторы:

- a) финансовые и людские ресурсы, включая наличие активов в пределах юрисдикции;
- b) надежность систем аппаратного и программного обеспечения;
- c) процедуры оформления сертификатов и рассмотрения заявок на сертификаты, а также хранения записей;
- d) наличие информации для [подписавшихся] [субъектов], идентифицированных в сертификатах, и для потенциальных полагающихся сторон;
- e) регулярность и масштабы аудита, проводимого каким-либо независимым органом;
- f) наличие заявления государства, аккредитационного органа или сертификационного органа относительно соблюдения или наличия вышеизложенного;
- g) подсудность судам принимающего государства; и
- h) степень расхождений между законодательством, применимым к действиям сертификационного органа, и законодательством принимающего государства.

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/454, пункт 173;
A/CN.9/446, пункты 196-207 (проект статьи 19);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункт 75;
A/CN.9/437, пункты 74-89 (проект статьи I); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 73-75.

Примечания

69. В проекте статьи 13 регулируются вопросы, которые на тридцать первой сессии Рабочей группы назывались вопросами "трансграничного признания" (см. A/CN.9/437, пункты 77-78). Пункт 1 основывается на предложении, которое было сделано на тридцать четвертой сессии Рабочей группы (A/CN.9/457, пункт 120) и которое заключалось в том, что Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении статьи, устанавливающей запрещение дискриминации в отношении сертификатов на основе места их выдачи.

70. Вариант А основывается на внесенном на тридцать второй сессии Рабочей группы предложении об объединении ряда пунктов (см. A/CN.9/446, пункты 197-204). В данном варианте в его нынешнем виде устанавливаются критерии, которые могут быть применены в принимающем государстве в целях признания сертификатов, выданных иностранными сертифицирующими органами информации, а также подписей, удовлетворяющих требованиям законодательства другого государства. В пункте 4 отражено общее мнение Рабочей группы о том, что за сторонами коммерческих и других сделок следует признать право выбирать конкретного сертифицирующего органа информации, класс сертификатов информации или класс сертификатов, которые они желают использовать в связи с получаемыми ими сообщениями или подписями. Ссылка на стороны коммерческих и других сделок будет включать правительственные учреждения, действующие в коммерческом качестве.

71. В варианте В содержится иллюстративный перечень критериев, которые должны приниматься во внимание при оценке надежности иностранных сертификатов.

Справочные национальные законодательные и другие тексты

Проект директивы ЕС

Статья 7. Международные аспекты

1. Государства-члены обеспечивают, чтобы сертификаты, которые публично выданы в качестве сертификатов, отвечающих установленным требованиям, поставщиком сертификационных услуг, предприятие которого расположено в третьей стране, признавались юридически эквивалентными сертификатам, выданным поставщиком сертификационных услуг, предприятием которого расположено в пределах Европейского сообщества;

- a) если поставщик сертификационных услуг удовлетворяет требованиям, установленным в настоящей Директиве, и был аккредитован в контексте системы добровольной аккредитации, созданной в государстве - члене Европейского сообщества; или
- b) если поставщик сертификационных услуг, предприятие которого расположено в рамках Сообщества и который отвечает требованиям, установленным в настоящей Директиве, гарантирует сертификат; или
- c) если сертификат или поставщик сертификационных услуг признаются согласно режиму двустороннего или многостороннего соглашения между Сообществом и третьими странами или международными организациями.

2. В целях содействия трансграничным сертификационным услугам с третьими странами и юридическому признанию электронных подписей, подготовленных в третьих странах, Комиссия, если это уместно, будет вносить предложения, направленные на достижение эффективного осуществления стандартов и международных соглашений, применимых к сертификационным услугам. В частности, и если это необходимо, она будет представлять предложения в Совет относительно надлежащих мандатов на проведение переговоров по двусторонним и многосторонним соглашениям с третьими странами и международными организациями. Совет принимает решения квалифицированным большинством голосов.

Германия

§ 15 Иностранные сертификаты

1) Цифровые подписи, которые могут быть проверены с помощью публичного подписывающего ключа, на который имеется иностранный сертификат другого государства - члена Европейского союза или другого договаривающегося государства Договора о Европейском экономическом пространстве, эквивалентны цифровым подписям на основании настоящего закона в той мере, в которой они демонстрируют эквивалентный уровень защиты.

2) Пункт 1 также применяется к другим государствам в той мере, в которой заключены надгосударственные или международные соглашения относительно признания сертификатов.

Италия

Статья 25. Использование электронных подписей и записей Агентством штата

Раздел 25-115. Взаимоприменимость

В той мере, в которой это разумно с учетом обстоятельств, правила, принимаемые Департаментом центральных управленческих услуг или Агентством штата в отношении использования электронных записей или электронных подписей, составляются таким образом, который направлен на обеспечение и содействие совместности и взаимоприменимости с аналогичными требованиями, принятыми правительственными агентствами других штатов и федеральным правительством.

Сингапур

Часть X. Регулирование деятельности сертификационных органов

Признание иностранных сертификационных органов

43. Министр может посредством принимаемых в порядке регулирования актов предусмотреть, что Ревизор может осуществлять признание сертификационных органов за пределами Сингапура, которые отвечают установленным требованиям, для любых из нижеследующих целей:

- a) рекомендованный предел доверия, если таковой имеется, указанный в сертификате, выданном сертификационным органом;
- b) презумпция, упомянутая в разделах 20(b)(ii) [цифровые подписи при определенных обстоятельствах должны рассматриваться в качестве защищенных электронных подписей] и 21 [презумпция правильности сертификата, если он акцептуется абонентом]

**С. Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее тридцать шестой сессии (Нью-Йорк, 14-25 февраля 2000 года)
(A/CN.9/467) [Подлинный текст на английском языке]**

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
ВВЕДЕНИЕ	1-17
I. ХОД РАБОТЫ И РЕШЕНИЯ	18-20
II. ПРОЕКТ ЕДИНООБРАЗНЫХ ПРАВИЛ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ ..	21-142
A. Общие замечания	21
B. Рассмотрение проектов статей	22-142
Статья 1. Сфера применения	22-24
Статья 3. [Технологическая нейтральность] [Ранний режим для электронных подписей] ..	25-32
Статья 4. Толкование	33-35
Статья 5. [Изменение по договоренности] [Автономия сторон] [Свобода договора]	36-43
Статья 6. [Соблюдение требований к подписи] [Презумпция подписания] ..	44-87
Статья 7. Презумпция наличия подлинника	88-89
Статья 8. Удовлетворение требований статей 6 и 7	90-95
Статья 9. Ответственность обладателя подписывающего устройства	96-104
Статья 10. Ответственность поставщика сертификационных услуг	105-129
Статья 11. Доверие к электронным подписям	130-143
Статья 12. Доверие к сертификатам	130-143
Приложение. Проекты статей 1 и 3-11 единообразных правил ЮНСИТРАЛ об электронных подписях	

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать девятой сессии (1996 год) Комиссия постановила включить в свою повестку дня вопросы о подписях в цифровой форме и сертификационных органах. Рабочей группе по электронной торговле было предложено рассмотреть целесообразность и возможность подготовки единообразных правил по этим темам. Было достигнуто согласие в отношении того, что единообразные правила, которые следует подготовить, должны охватывать такие вопросы, как: правовая основа, поддерживающая процессы сертификации, включая появляющуюся технологию удостоверения подлинности и сертификации в цифровой форме; применимость процесса сертификации; распределение риска и ответственности пользователей, поставщиков и третьих сторон в контексте использования методов сертификации; конкретные вопросы сертификации через применение регистров; и включение путем ссылки¹.

2. На тридцатой сессии (1997 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать первой сессии (A/CN.9/437). Рабочая группа сообщила Комиссии, что она достигла консенсуса в отношении важного значения и необходимости работы по согласованию норм права в этой области. Хотя она не приняла окончательного решения в отношении формы и содержания такой работы, Рабочая группа пришла к предварительному выводу о том, что подготовка проекта единообразных правил по крайней мере по вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов и, возможно, по связанным с этими вопросами проблемам практически осуществима. Рабочая группа напомнила о том, что, наряду с подписями в цифровой форме и сертификационными органами, в рамках будущей работы в области электронной торговли, возможно, также потребуются рассмотреть следующие темы: вопросы технических альтернатив криптографии публичных ключей; общие вопросы о функциях, выполняемых поставщиками услуг, являющимися третьими сторонами; и заключение контрактов в электронной форме (A/CN.9/437, пункты 156-157).

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункты 223-224.

3. Комиссия одобрила заключения Рабочей группы и поручила ей подготовить единообразные правила по юридическим вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов (далее в тексте - "единообразные правила").

4. В отношении конкретной сферы применения и формы единообразных правил Комиссия в целом согласилась с тем, что на данном начальном этапе процесса принятия решения невозможно. Было сочтено, что, хотя Рабочая группа может надлежащим образом сосредоточить свое внимание на вопросах подписей в цифровой форме с учетом очевидной ведущей роли криптографии публичных ключей в зарождающейся практике электронной торговли, единообразные правила должны соответствовать нейтральному с точки зрения носителей информации подходу, который взят за основу в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (далее в тексте - "Типовой закон"). Таким образом, единообразные правила не должны препятствовать использованию других методов удостоверения подлинности. Кроме того, при решении вопросов криптографии публичных ключей в единообразных правилах, возможно, необходимо будет учесть различия в уровнях защиты и признать различные юридические последствия и уровни ответственности, соответствующие различным видам услуг, оказываемых в контексте подписей в цифровой форме. Что касается сертификационных органов, то Комиссия, хотя она и признала ценность стандартов, определяемых рыночными отношениями, в целом согласилась с тем, что Рабочая группа может надлежащим образом предусмотреть разработку минимального свода стандартов, которые должны будут строго соблюдаться сертификационными органами, особенно в случае необходимости трансграничной сертификации².

5. Рабочая группа приступила к разработке единообразных правил на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/ WP.73) на своей тридцать второй сессии.

6. На тридцать первой сессии (1998 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать второй сессии (A/CN.9/446). Комиссия выразила признательность Рабочей группе за ее усилия по подготовке проекта единообразных правил об электронных подписях. Было отмечено, что на своих тридцать первой и тридцать второй сессиях Рабочая группа столкнулась с очевидными трудностями в достижении общего понимания новых правовых вопросов, которые возникают в связи с расширением использования подписей в цифровой и другой электронной форме. Было также отмечено, что еще предстоит достичь консенсуса в отношении того, каким образом эти вопросы могут быть урегулированы в международно приемлемых правовых рамках. Вместе с тем Комиссия в целом сочла, что достигнутый к этому моменту прогресс свидетельствует о том, что проект единообразных правил об электронных подписях постепенно превращается в документ, который можно будет применять на практике.

7. Комиссия вновь подтвердила принятое на ее тридцать первой сессии решение относительно возможности разработки единообразных правил и выразила уверенность в том, что на своей тридцать третьей сессии (Нью-Йорк, 29 июня-10 июля 1998 года) Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса на основе пересмотренного проекта, подготовленного Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/ WP.76). В контексте этого обсуждения Комиссия с удовлетворением отметила, что по общему признанию Рабочая группа стала особо важным международным форумом для обмена мнениями по правовым вопросам электронной торговли и для выработки решений по этим вопросам³.

8. На тридцать второй сессии (1999 год) Комиссии были представлены доклады Рабочей группы о работе ее тридцать третьей (июль 1998 года) и тридцать четвертой (февраль 1999 года) сессий (A/CN.9/454 и 457). Комиссия выразила признательность Рабочей группе за ее усилия по подготовке проекта единообразных правил об электронных подписях. Хотя было выражено общее согласие с тем, что на этих сессиях был достигнут значительный прогресс в понимании правовых вопросов, связанных с использованием электронных подписей, было также сочтено, что Рабочая группа столкнулась с трудностями в достижении консенсуса в отношении законодательного принципа, на котором должны основываться единообразные правила.

9. Было высказано мнение, что подход, применяемый в настоящее время Рабочей группой, недостаточно полно отражает потребность деловых кругов в гибком использовании электронных подписей и других методов удостоверения подлинности. В единообразных правилах, как они рассматриваются в настоящее время Рабочей группой, уделяется чрезмерно большое внимание методам цифровых подписей и - в сфере применения таких подписей - специальной практике сертификации третьей стороной. Соответственно, было предложено либо ограничить работу по вопросам электронных подписей, осуществляемую Рабочей группой, правовыми вопросами трансграничной сертификации, либо отложить ее до тех пор, пока не упрочится соответствующая рыночная практика. В связи с этим было также высказано мнение о том, что применительно к целям международной торговли большая часть правовых вопросов, возникающих в связи с использованием электронных подписей, уже была решена в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Хотя некоторые виды использования электронных подписей, возможно, требуют урегулирования за рамками торгового права, Рабочей группе не следует заниматься какими-либо вопросами, связанными с такого рода регулированием.

² Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17), пункты 249-251.

³ Там же, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункты 207-211.

10. Преобладающее мнение заключалось в том, что Рабочей группе следует выполнять свою задачу, исходя из своего первоначального мандата (см. выше, пункт 3). Что касается необходимости в единообразных правилах об электронных подписях, то, как было разъяснено, правительственные и законодательные органы многих стран, занимающиеся подготовкой законодательства по вопросам электронных подписей, включая создание инфраструктур публичных ключей (ИПК), или другими проектами по тесно связанным с этой областью вопросам (см. A/CN.9/457, пункт 16), ожидают определенных рекомендаций от ЮНСИТРАЛ. Что касается принятого Рабочей группой решения сосредоточить свое внимание на вопросах использования ИПК и терминологии ИПК, то было вновь указано, что комплекс взаимоотношений между тремя отдельными категориями сторон (т.е. обладателями ключей, сертификационными органами и полагающимися сторонами) отвечает одной возможной модели ИПК, но что можно предположить и существование других моделей, например в тех случаях, когда независимый сертификационный орган не является участником таких отношений. Одно из основных преимуществ, которое можно извлечь из концентрации внимания на вопросах ИПК, состоит в том, что это позволит облегчить составление единообразных правил за счет ссылок на три функции (или роли) применительно к парам ключей, а именно на функцию выдачи ключа (или функцию абонирования), сертификационную функцию и полагающуюся функцию. Было достигнуто общее согласие с тем, что эти три функции являются общими для всех моделей ИПК. Было также принято решение о том, что вопросы, связанные с этими тремя функциями, должны регулироваться независимо от того, выполняют ли их на практике три отдельных субъекта или же одно и то же лицо выполняет две из этих функций (например, в случаях, когда сертификационный орган также является полагающейся стороной). Кроме того, согласно получившему широкую поддержку мнению, уделение первоочередного внимания функциям, типичным для ИПК, а не какой-либо конкретной модели, может на более позднем этапе облегчить разработку такой формы, которая являлась бы полностью нейтральной с точки зрения носителя информации (там же, пункт 68).

11. После обсуждения Комиссия вновь подтвердила принятые ею ранее решения относительно возможности подготовки таких единообразных правил (см. выше, пункты 3 и 7) и выразила уверенность в том, что Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса на своих будущих сессиях⁴.

12. Рабочая группа по электронной торговле, в состав которой входят все государства - члены Комиссии, провела свою тридцать шестую сессию в Нью-Йорке 14-25 февраля 2000 года. На этой сессии были представлены следующие государства - члены Рабочей группы: Австралия, Австрия, Алжир, Болгария, Бразилия, Венгрия, Германия, Гондурас, Египет, Индия, Иран (Исламская Республика), Испания, Италия, Камерун, Китай, Колумбия, Литва, Мексика, Нигерия, Российская Федерация, Румыния, Сингапур, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Финляндия, Франция и Япония.

13. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Анголы, Аргентины, Бельгии, Боливии, Габона, Израиля, Индонезии, Ирака, Канады, Кубы, Кувейта, Кыргызстана, Марокко, Нидерландов, Новой Зеландии, Норвегии, Польши, Португалии, Республики Корея, Саудовской Аравии, Сьерра-Леоне, Тринидада и Тобаго, Туниса, Турции, Чешской Республики, Швейцарии и Швеции.

14. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций: Европейской экономической комиссии, Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД), Программы развития Организации Объединенных Наций/ Межучрежденческого управления по снабжению и поставкам (ПРООН/МУСП), Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО), Организации Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО), Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), Африканского банка развития, Секретариата Содружества, Европейской комиссии, Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Организации американских государств (ОАГ), Каирского регионального центра по международному торговому арбитражу, Ассоциации коммерческого финансирования (АКФ), Европейского фонда "Электронные границы", Латиноамериканской группы юристов по праву международной торговли (ГРУЛАКИ), Межамериканской коллегии адвокатов, Международной ассоциации адвокатов (МАА), Международной торговой палаты (МТП), Форума по вопросам права и политики в отношении сети Интернет (ФППИ), Общества по международным межбанковским электронным переводам финансовых средств (СВИФТ), Всемирной ассоциации бывших интернов и стипендиатов Организации Объединенных Наций (ВАБИСООН), Международного союза адвокатов и Международного союза латинского нотариата (МСЛН).

15. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Жак Готье (Канада, избран в личном качестве);

Докладчик: г-н Али Саид Кассем (Египет).

16. Рабочей группе были представлены следующие документы: предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.IV/WR.83); записка Секретариата, содержащая пересмотренный проект единообразных правил об электронных подписях (A/CN.9/WG.IV/WR.84).

⁴ Там же, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункты 308-314.

17. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня.

1. Выборы должностных лиц
2. Утверждение повестки дня
3. Правовые аспекты электронной торговли: проект единообразных правил об электронных подписях
4. Прочие вопросы
5. Утверждение доклада.

I. ХОД РАБОТЫ И РЕШЕНИЯ

18. Рабочая группа обсудила вопрос об электронных подписях на основе записки, подготовленной Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.84). Обсуждения и выводы Рабочей группы по этим вопросам отражены в разделе II ниже.

19. После обсуждения проектов статей 1 и 3-12 Рабочая группа утвердила содержание этих проектов статей и передала их в редакционную группу для обеспечения соответствия между различными положениями единообразных правил. Впоследствии Рабочая группа рассмотрела доклад редакционной группы, содержащийся в приложении к настоящему докладу.

20. Секретариату было предложено подготовить проект руководства по принятию утвержденных положений. При условии одобрения Комиссией, Рабочая группа рекомендовала, чтобы проекты статей 2 и 13 единообразных правил вместе с руководством по принятию были рассмотрены Рабочей группой на одной из будущих сессий.

II. ПРОЕКТ ЕДИНООБРАЗНЫХ ПРАВИЛ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ

A. Общие замечания

21. Прежде всего Рабочая группа провела обмен мнениями о нынешнем состоянии связанных с электронной торговлей вопросов регулирования, включая принятие Типового закона, а также вопросов об электронных подписях и инфраструктуре публичных ключей (далее в тексте - "ИПК") в контексте цифровых подписей. Сообщения, касающиеся новых моментов на правительственном уровне, подтвердили, что рассмотрение юридических вопросов электронной торговли признается в качестве важнейшего элемента процесса внедрения электронной торговли и устранения барьеров на пути торговли. Было сообщено, что ряд стран недавно приняли - или находятся на пороге принятия - законодательство, направленное на введение в действие положений Типового закона или рассматривающее аналогичные вопросы содействия электронной торговле. В некоторых из этих законопроектов также регулируются вопросы, связанные с электронными (или, в некоторых случаях, именно цифровыми) подписями.

B. Рассмотрение проектов статей

Статья 1. Сфера применения

22. Рабочая группа рассмотрела следующий текст статьи 1:

"Настоящие Правила применяются в тех случаях, когда электронные подписи используются в контексте торговой деятельности. Они не имеют преимущественной силы по отношению к любой правовой норме, предназначенной для защиты потребителей.

Комиссия предлагает следующий текст для государств, которые, возможно, пожелают расширить сферу применения настоящих Правил:

"Настоящие Правила применяются в тех случаях, когда используются электронные подписи, за исключением следующих ситуаций: [...]".

Термин "торговая" следует толковать широко, с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, как договорных, так и недоговорных. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки на поставку товаров или услуг или обмен товарами или услугами; дистрибьюторские соглашения; коммерческое

представительство и агентские отношения; факторинг; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; инжиниринг; купля/продажа лицензий; инвестирование; финансирование; банковские услуги; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозка товаров и пассажиров воздушным, морским, железнодорожным и автомобильным транспортом".

23. Рабочая группа в целом согласилась с тем, что проект статьи 1 в нынешней редакции является приемлемым. Он был принят по существу с учетом возможности пересмотра после рассмотрения текста редакционной группой в целях обеспечения согласованности между положениями единообразных правил.

24. После обсуждения проекта статьи 1 Рабочая группа постановила отложить рассмотрение определений, содержащихся в проекте статьи 2, до завершения ею рассмотрения существенных положений единообразных правил.

Статья 3. Технологическая нейтральность [Равный режим для электронных подписей]

25. Рабочая группа рассмотрела следующий текст статьи 3:

"Ни одно из положений настоящих Правил не применяется таким образом, чтобы исключать, ограничивать или лишать юридической силы любой метод [электронной подписи], [который удовлетворяет требованиям, указанным в статье 6(1) настоящих Правил] [который является как надежным, так и соответствующим цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности] [или иным образом отвечает требованиям применимого права]".

26. Первоначально была высказана обеспокоенность в отношении того, необходима ли вообще статья наподобие проекта статьи 3. Было указано, что первоначальной задачей этого проекта статьи было обеспечить отсутствие дискриминации в отношении тех технологий подписания, в отношении которых может быть подтверждено, что они удовлетворяют требованиям, указанным в статье 6(1), даже если они не могут считаться подпадающими под определение электронной подписи с высокой степенью защиты. Было высказано предположение, что если разграничение между электронными подписями и электронными подписями с высокой степенью защиты не будет сохранено в единообразных правилах, то проект статьи 3, возможно, не потребуются.

27. Что касается названия проекта статьи 3, то, согласно одному из мнений, "Технологическая нейтральность" является предпочтительным вариантом, поскольку это название четко указывает на принцип, который было решено положить в основу проекта единообразных правил. В обоснование этой точки зрения было указано, что использование формулировки "Равный режим" может привести к некоторой путанице в связи с возможностью ее смешения с принципом недискриминационного подхода, изложенным в проекте статьи 13. Согласно другой точке зрения, ни одно из названий не передает надлежащим образом содержание проекта статьи 3, суть которого сводится к возможности использования любых технологий, если они удовлетворяют условиям, изложенным в проекте статьи 6. После обсуждения Рабочая группа постановила объединить эти два альтернативных варианта.

28. В отношении первой формулировки в квадратных скобках в проекте статьи 3 "[электронной подписи]" было предложено, чтобы в единообразных правилах последовательно использовался либо термин "метод", либо термин "электронная подпись", но не оба эти термина одновременно, поскольку в таком случае не будет обеспечена согласованность с Типовым законом. Согласно другому мнению, следует использовать термин "электронная подпись", поскольку именно об этом идет речь в единообразных правилах. В качестве компромисса было предложено, чтобы в проекте статьи 3 упоминался "любой метод создания электронной подписи". Это предложение получило всеобщую поддержку.

29. Что касается второй фразы в квадратных скобках, то было выражено общее согласие в отношении того, что формулировка "который удовлетворяет требованиям, указанным в статье 6(1) настоящих Правил" предпочтительнее формулировки, которая полностью повторяет условия, изложенные в статье 7(1)(b) Типового закона, поскольку эти слова уже включены в проект статьи 6 и нет необходимости повторять их в проекте статьи 3.

30. Некоторая обеспокоенность была выражена в отношении значения заключительных слов в квадратных скобках: "[или иным образом отвечает требованиям применимого права.]". Согласно одному из мнений, эти слова следует сохранить, поскольку они обеспечивают определенную степень гибкости проекта статьи и указывают на признание возможности использования менее жесткого стандарта, чем тот, который предусмотрен в статье 7 Типового закона (и проекте статьи 6 единообразных правил). Согласно противоположной точке зрения, если стороны согласны использовать более жесткий стандарт по сравнению с одобренным в применимом праве (исходя из предположения, что применимое право отражает условия, изложенные в статье 7 Типового закона), то на такой стандарт не будет распространяться проект статьи 3 в ее нынешней формулировке. Согласно еще одному мнению, эти слова имеют слишком узкий смысл и не учитывают в достаточной степени важность практики и обычаев торговли, которые могут иметь значение в тех случаях, когда, например, в отношении электронных подписей принят подход,

предусматривающий саморегулирование. Согласно противоположной точке зрения, практика и обычаи торговли, если они являются уместными, будут включены или отражены в рамках применимого права, а если это не так, то они не должны применяться в контексте проекта статьи 3. Еще одно предложение касалось того, что можно опустить ссылку на применимое право, поскольку любое государство, принимая единообразные правила, всегда должно будет думать о том, как Единообразные правила будут соотноситься с существующим правом, которое, несомненно, и будет тем применимым правом, о котором говорится в проекте статьи.

31. Еще одной вызывающей беспокойство проблемой в контексте проекта статьи 3 была его взаимосвязь с проектом статьи 5 и концепцией автономии сторон. Было указано, что вступительная формулировка "Ни одно из положений настоящих Правил" может быть истолкована как исключающая возможность согласования сторонами какого-либо иного метода, помимо метода, который удовлетворяет требованиям, указанным в статье 6(1), - как увеличивающего, так и уменьшающего жесткость этого стандарта. Согласно противоположному мнению, такое толкование обоих проектов статей является неверным и применимость проекта статьи 3 будет явно зависеть от условий, изложенных в проекте статьи 5, если только в проекте статьи 3 не будет указано иное. Было отмечено, что вопрос о согласии сторон в любом случае отражен в проекте статьи 6(1), где конкретно говорится о необходимости учитывать все обстоятельства, "включая любые соответствующие договоренности", и может быть охвачен ссылкой на применимое право. Было также указано, что данный вопрос относится к категории редакционных проблем, а не проблем существа, вследствие чего его можно решить, поменяв местами проекты статей 3 и 5, или включив соответствующую формулировку либо в проект статьи 3, либо в проект статьи 5, или включив четкое разъяснение взаимосвязи между проектами статей 3 и 5 в руководство по принятию.

32. После обсуждения Рабочая группа приняла следующий текст проекта статьи с учетом возможности его пересмотра после рассмотрения текста редакционной группой в целях обеспечения согласованности между положениями единообразных правил:

"Ни одно из положений настоящих Правил, за исключением статьи 5, не применяется таким образом, чтобы исключать, ограничивать или лишать юридической силы любой метод создания электронной подписи, который удовлетворяет требованиям, указанным в статье 6(1) настоящих Правил, или иным образом отвечает требованиям применимого права".

Статья 4. Толкование

33. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 4:

"1) При толковании настоящих Единообразных правил следует учитывать их международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в их применении и соблюдению добросовестности.

2) Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящих Единообразных правил и которые прямо в них не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основаны настоящие Единообразные правила".

34. Содержание проекта статьи 4 было признано в целом приемлемым. Он был принят с учетом возможности пересмотра текста редакционной группой в целях обеспечения согласованности между различными положениями единообразных правил и переводом на различные языки.

35. В контексте обсуждения проекта статьи 4 было отмечено, что в единообразных правилах должна содержаться ссылка на принципы, положенные в их основу. Например, имелось общее согласие насчет того, что принцип технологической нейтральности, отраженный в статье 3, должен быть перечислен среди принципов, упоминаемых в статье 4. Было отмечено, что преамбула единообразных правил, которая будет обсуждаться на предмет возможного включения в них на более позднем этапе, является подходящим местом для изложения таких принципов.

Статья 5. [Изменение по договоренности] [Автономия сторон] [Свобода договора]

36. Рабочая группа рассмотрела следующий текст статьи 5:

"Допускается отход от настоящих Правил или [изменение их действия] по договоренности, за исключением тех случаев, когда настоящие Правила предусматривают иное или законодательство принимающего государства предусматривает иное".

37. Рабочая группа рассмотрела название проекта статьи 5. Было достигнуто общее согласие насчет того, что в целях соблюдения согласованности со статьей 4 Типового закона следует принять название "Изменение по договоренности". Названия "Автономия сторон" и "Свобода договора" рассматривались в целом как простое повторение общих принципов, лежащих в основе проекта статьи 5.

38. Что касается формы изложения принципа автономии сторон в проекте статьи 5, то были сделаны различные предложения редакционного характера. Согласно одному из предложений, для указания на то, что в проекте положения предусматривается возможность как отхода от единообразных правил, так и их изменения, предпочтительнее использовать союз "и", чем союз "или". Согласно другому предложению, следует упомянуть об "изменении по прямой или подразумеваемой договоренности". После обсуждения было достигнуто общее согласие насчет того, что следует обеспечить максимально возможную согласованность проекта статьи 5 со статьей 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (далее в тексте - "Конвенция Организации Объединенных Наций о купле-продаже"). Соответствующие разъяснения, касающиеся изменения по подразумеваемой договоренности, могут быть включены в руководство по принятию единообразных правил.

39. Было указано, что в единообразные правила можно было бы также включить формулировку, взятую из статей 9 и 11 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже. Тем не менее существенно преобладало мнение о том, что, хотя такие положения необходимы в тексте любой международной конвенции, они были бы излишними в единообразных правилах.

40. Что касается слов "за исключением случаев, когда настоящие Правила предусматривают иное", то все участники согласились с тем, что в рассмотрению этого вопроса, возможно, следует вернуться после того, как Рабочая группа завершит рассмотрение проектов статей. До принятия решения о том, следует ли включать в единообразные правила какие-либо имеющие обязательную силу положения, слова "за исключением случаев, когда настоящие Правила предусматривают иное" следует заключить в квадратные скобки.

41. Что касается слов "за исключением случаев, когда законодательство принимающего государства предусматривает иное", то было выражено мнение о необходимости изменить эту формулировку, с тем чтобы не создавать впечатления, что принимающим государствам предлагается вводить имеющие обязательную силу законодательные положения, ограничивающие автономию сторон в отношении электронных подписей. Было предложено использовать слова "если выполнение договоренностей не может быть обеспечено иным образом в соответствии с правом принимающего государства". Согласно другому предложению следует отразить принцип автономии сторон без каких-либо ограничений и включить в текст новый пункт, который был бы сформулирован примерно следующим образом: "Положения настоящей статьи не распространяются на следующие случаи: ...".

42. Было отмечено, что в некоторых правовых системах концепция договоренности, выполнение которой невозможно обеспечить, достаточно полно охватывает все случаи, когда соображения публичного порядка, имеющие обязательную силу законодательные положения или решения суда могут ограничить действительность договора. Тем не менее эта концепция не всегда охотно используется во всех правовых системах. Было выражено общее мнение, что формулировка "за исключением случаев, когда такая не будет действительной или не будет иметь юридических последствий согласно законодательству принимающего государства" была бы более уместной.

43. После обсуждения было решено, что, с учетом возможности пересмотра редакционной группой, проект статьи 5 следует сформулировать примерно следующим образом: "Допускается отход от настоящих Правил или изменение их действия по договоренности, за исключением тех случаев, [когда настоящие Правила предусматривают иное или] когда такая договоренность не будет действительной или не будет иметь юридических последствий согласно законодательству принимающего государства".

Статья 6. [Соблюдение требований к подписи] [Презумпция подписания]

44. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 6:

1) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использован [использована] [метод] [электронная подпись], который [которая] является как надежным [надежной], так и соответствующим [соответствующей] цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

2) Пункт 1 применяется как в тех случаях, когда упомянутое в нем требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

Вариант А

3) Считается, что [метод] [электронная подпись] является надежным [надежной] для цели удовлетворения требования, упомянутого в пункте 1, если этот метод обеспечивает, что:

- а) данные, используемые для создания электронной подписи, являются уникальными для обладателя подписывающего [создающего подпись] устройства в том контексте, в котором они используются;
- б) обладатель подписывающего [создающего подпись] устройства [имеет] [имел в соответствующий момент времени] исключительный контроль над этим устройством;
- в) электронная подпись связана с [информацией] [сообщением данных или с частью этого сообщения], к которому она относится [таким образом, который гарантирует целостность этой информации];
- д) обладатель подписывающего [создающего подпись] устройства объективно идентифицируется в контексте [, в котором используется это устройство] [сообщения данных].

Вариант В

3) В отсутствие доказательств противного использование электронной подписи считается способным удостоверить:

- а) что электронная подпись удовлетворяет стандарту надежности, изложенному в пункте 1;
 - б) личность предполагаемого обладателя подписи; и
 - в) что предполагаемый обладатель подписи согласился с информацией, к которой относится электронная подпись.
- 4) Презумпция в пункте 3 применяется только в тех случаях, если:
- а) лицо, которое предполагает полагаться на электронную подпись, уведомляет предполагаемого обладателя подписи, что данное лицо будет полагаться на электронную подпись [в качестве эквивалента собственноручной подписи предполагаемого обладателя подписи] [в качестве доказательства элементов, перечисленных в пункте 3]; и
 - б) предполагаемый обладатель подписи не уведомляет в оперативном порядке лицо, которое отправляет уведомление в соответствии с подпунктом (а), о причинах, по которым нельзя полагаться на электронную подпись [в качестве эквивалента собственноручной подписи предполагаемого обладателя подписи] [в качестве доказательства элементов, перечисленных в пункте 3].

Вариант С

3) В отсутствие доказательств противного использование электронной подписи считается способным удостоверить:

- а) что электронная подпись удовлетворяет стандарту надежности, изложенному в пункте (1);
- б) личность предполагаемого обладателя подписи;
- в) что предполагаемый обладатель подписи согласился с информацией, к которой относится электронная подпись.

[4][5] Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях:

[...].

Общие замечания

45. Рабочая группа в целом признала, что цель проекта статьи 6 заключается в развитии положений статьи 7 Типового закона и в вынесении рекомендаций в отношении возможных путей удовлетворения критерия надежности, изложенного в статье 7(1)(b). Было также решено, что средства достижения этого результата должны соответствовать положениям Типового закона.

Пункты 1 и 2

46. Многие члены Рабочей группы заявили о том, что их устраивает нынешняя формулировка пунктов 1 и 2 проекта статьи 6, хотя некоторые и высказались за воспроизведение в проекте статьи 6(1) полного текста проекта статьи 7(1) Типового закона, как это предлагается в пункте 41 записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.84). Было высказано мнение, что включение формулировки, более полно воспроизводящей текст Типового закона, позволит подчеркнуть, что главная цель пункта 1 состоит в том, чтобы охватить случай, когда любой тип электронной подписи (включая "не обладающие высокой степенью защиты" методы удостоверения подлинности) используется для целей подписания (т.е. с намерением создать функциональный эквивалент собственноручной подписи). Было отмечено, что, поскольку содержание статьи 7(1)(а) Типового закона уже отражено в определении "электронной подписи" в проекте статьи 2(а) единообразных правил, при следовании этому подходу потребуется вернуться к обсуждению указанного определения.

47. Вместе с тем широкую поддержку получило мнение о том, что воспроизводить в проекте статьи 6 весь текст статьи 7 нет необходимости, главным образом в силу того, что получившийся в результате этого текст будет необоснованно длинным и запутанным, и что содержание статьи 7(1)(а) можно было бы отразить в определении "электронной подписи" в единообразных правилах.

48. Широкую поддержку получило выдвинутое в порядке редакционных изменений предложение включить в противовес "методу" указание на "электронную подпись" (заключенное в настоящее время в квадратные скобки). Было указано, что, поскольку предметом единообразных правил являются электронные подписи, они должны непосредственно упоминаться в проекте статьи 6. Предложение объединить эти два выражения в формулировку, согласованную применительно к проекту статьи 3, - "метод создания электронной подписи" - не получило широкой поддержки.

49. Было высказано мнение, что проект статьи 6 должен основываться на трех принципах, которые он не должен ослаблять: во-первых, критерии надежности, изложенной в статье 7(1)(b) Типового закона; во-вторых, важности договоренности сторон, которая в настоящее время отражена в проекте статьи 5 и в заключительном положении проекта статьи 6(1); и в-третьих, возможности того, что применимое законодательство может предписывать использование той или иной разновидности метода электронной подписи, как это в настоящее время отражено в проекте статьи 8. Кроме того, было предложено включить также текст, приведенный в пункте 42 записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.84): "юридические последствия использования подписи в равной мере применимы к использованию электронных подписей". Был предложен следующий текст, отражающий эти принципы:

"6(1) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если:

- а) использована электронная подпись, которая является настолько надежной, насколько этого требовала цель, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех соответствующих обстоятельств; или
- б) стороны договора договорились о том, какая форма электронной подписи будет использоваться, и на деле используют эту форму электронной подписи; или
- в) положения применимого закона предписывают использование определенной формы электронной подписи, и эта форма электронной подписи на деле используется.

6(2) Пункт 1 применяется как в тех случаях, когда упомянутое в нем требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

6(3) Юридические последствия использования подписи в равной мере применимы к использованию электронной подписи, отвечающей положениям пункта 1".

50. В связи с формулировкой этого предложения было высказано опасение, что используемое в предлагаемом тексте пункта 1(b) слово "договор" является слишком узким по своему охвату и не отражает более широкой концепции, закрепленной в проекте статьи 5 в его нынешней формулировке, которая не ограничивает характер договоренности и не содержит указания на стороны, между которыми может быть достигнута такая договоренность. Кроме того, было предложено в дополнение к указанию на законодательство, "предписывающее" использование определенной формы электронной подписи, включить в пункт 2 указание на применимое законодательство, "допускающее" использование определенной формы подписи. Был высказан ряд замечаний в отношении указания на "форму подписи", в ответ на которые было разъяснено, что речь идет о "методе" подписи.

51. Что же касается существа этого предложения, то было высказано мнение, что норма, изложенная в пункте 1(b), должна быть оставлена в проекте статьи 5, поскольку включение этого пункта в проект статьи 6 может внести

определенную путаницу и привести к более узкому толкованию принципа автономии сторон, чем хотела бы Рабочая группа. Кроме того, был задан вопрос, не приведет ли включение пункта 1(b) к тому, что стороны не смогут использовать более надежный метод подписи, чем тот, о котором они уже договорились. В этой связи было предложено включить в данный пункт указание на "метод, который является по меньшей мере столь же надежным, как и согласованный метод". Кроме того, было высказано мнение, что во включении пункта 1(c) нет необходимости, поскольку очевидно, что любое государство может по своему желанию избрать такой подход и что пункт 3 является избыточным, поскольку по сути дублирует пункт 1. Было также высказано опасение, что указание на последствия использования подписи может быть истолковано слишком широко, а это может оказаться неправильным в отношении определенных последствий использования собственноручной подписи. Это было проиллюстрировано на примере определенных норм доказательственного права, касающихся удостоверения собственноручной подписи, которые не могут быть просто распространены на электронные подписи.

52. Было высказано мнение, что предложенный текст, и в частности пункт 1(c), может оказаться полезным для урегулирования ситуации, когда согласно нормам коллизионного права должно применяться законодательство не принимающего, а иного государства. Было высказано мнение, что если не сохранить в тексте пункта 1 все три подпункта, то проект статьи может быть истолкован как предполагающий, будто все страны приняли Типовой закон, хотя это может быть и не так. По этой причине было предложено сохранить пункт 1(c) для урегулирования возможных коллизий. Однако в ходе дальнейшего обсуждения это предложение не получило широкой поддержки.

53. Рабочая группа постановила принять пункты 1 и 2 проекта статьи 6 в их нынешнем виде при условии, что она, возможно, вернется к обсуждению выражения "электронная подпись" после рассмотрения редакционной группой для обеспечения последовательности разных положений Единых правил. Далее Рабочая группа рассмотрела определение "электронной подписи", изложенное в проекте статьи 2(a).

Определение "электронной подписи" - проект статьи 2(a)

54. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, должно ли определение "электронной подписи" в Единых правилах соответствовать терминологии статьи 7 Типового закона или же допустимо использование иной формулировки.

55. В связи с проектом статьи 2(a) было предложено следующее: вместо слов "любой метод, который может быть использован в отношении сообщения данных" использовать заключенную в квадратные скобки формулировку "данные в электронной форме", причем в английском тексте слова "affixed to" заменить словами "attached to"; а заключительную часть определения после слов, заключенных в настоящее время в квадратные скобки, читать следующим образом: "которая идентифицирует подписавшего и предназначена для указания намерения подписавшего согласиться с информацией, содержащейся в сообщении данных, или одобрить ее". Кроме того, поскольку термин "идентификация" может толковаться более широко, чем простая идентификация лица по имени, было предложено для разъяснения добавить следующее предложение: "Для целей настоящего определения идентификация подписавшего включает установление его или ее отличия - по имени или иным образом - от любого другого лица".

56. Вместе с тем было высказано мнение о том, что следует четче придерживаться формулировки, отражающей положения Типового закона, поскольку принятие формулировки, предложенной в пункте 55 выше, равнозначно необоснованному пересмотру Типового закона и не способствует проведению Рабочей группой обсуждения главной цели проекта статьи 6, которая в настоящее время определяется в вариантах пункта 3. Вместе с тем было указано, что вопрос о значении слова "идентификация" затрагивается в пункте 32 записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WR.84) и что его было бы, возможно, целесообразно рассмотреть в руководстве по принятию Единых правил.

57. После обсуждения Рабочая группа приняла следующий текст определения при условии, что она, возможно, вернется к его обсуждению для обеспечения последовательности разных положений Единых правил:

"Электронная подпись" означает любой метод, используемый для идентификации обладателя подписи в связи с сообщением данных и указания на то, что обладатель подписи согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных".

58. Рабочая группа постановила, что содержание термина "идентификация" должно быть раскрыто в руководстве по принятию в соответствии с последним предложением пункта 55 выше и положениями пункта 32 записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WR.84).

Пункт 3

59. Вариант А получил широкую поддержку.

Вводная часть

60. Было высказано мнение, получившее широкую поддержку, о том, что, если исходить из того, что цель единообразных правил заключается в повышении - по сравнению с режимом, предусмотренным в Типовом законе, - определенности в вопросе о правовых последствиях, которых можно ожидать от использования особенно надежных видов электронных подписей, то пункт 3 является чрезвычайно важным положением. Было напомнено, что пункт 1 - в той мере, в какой он воспроизводит статью 7(1) Типового закона, - посвящен определению того, что в данных обстоятельствах является надежным методом подписи. Такое определение может вынести на основании статьи 7 Типового закона лишь суд или иное оценивающее факты лицо, действующее *ex post*, причем, возможно, уже по прошествии длительного времени после использования электронной подписи. Преимущество же единообразных правил, в которых предпочтение отдается некоторым методам, признанным особенно надежными, независимо от обстоятельств их использования, как ожидают, будет заключаться в том, что уже в момент или еще до начала использования любого такого метода электронной подписи (*ex ante*) будет обеспечена определенность (в форме либо презумпции, либо материально-правовой нормы) в том, что использование такого признанного метода приведет к правовым последствиям, эквивалентным последствиям собственноручной подписи (A/CN.9/WG.IV/WP.84, пункт 43).

61. Были высказаны различные мнения в отношении возможной формы, в которой должна быть изложена норма, закрепленная в пункте 3. Согласно одному из мнений, для того чтобы обратить внимание на ожидаемый результат пункта 3, а именно на установление определенности в отношении использования того или иного метода подписи, правильнее всего использовать форму презумпции, когда от стороны, желающей оспорить использование вида электронной подписи, предусмотренного в пункте 3, требуется представить доказательства, свидетельствующие о том, что данная подпись является ненадежной. Согласно другой точке зрения, в результате установления презумпции может возникнуть ряд сложных вопросов в связи с уровнем этой презумпции и тем, какими средствами она должна оспариваться. Было отмечено, что единообразные правила, возможно, не являются подходящим инструментом для унификации процессуального законодательства. Еще одна точка зрения заключалась в том, что пункт 3 не должен иметь форму нормы, будь то доказательственного или материального права, а должен лишь содержать перечень факторов, которые необходимо учитывать при оценке надежности данного метода подписи. Против этой позиции были выдвинуты возражения на том основании, что если пункт 3 будет представлять собой просто перечень ряда факторов, то он вряд ли позволит повысить ценность или определенность режима, предусматриваемого статьей 7 Типового закона, так как подобный перечень факторов уже приводится в пункте 58 Руководства по принятию.

62. Большинство членов Рабочей группы поддержали точку зрения, что для внесения определенности в вопрос о правовых последствиях использования того, что может или не может считаться "электронной подписью с высокой степенью защиты", согласно проекту статьи 2 пункт 3 не должен ограничиваться простым перечислением определенных факторов, которые необходимо учитывать при оценке надежности электронной подписи. Вместо этого в нем следует четко установить правовые последствия, которые определялись бы сочетанием некоторых технических характеристик электронной подписи. Что же касается вопроса о том, как будут устанавливаться эти правовые последствия, то было решено, что принимающие государства должны в зависимости от действующих в их гражданском и торговом праве процессуальных норм иметь возможность самостоятельно выбирать между установлением презумпции или прямым установлением связи между определенными техническими характеристиками и правовыми последствиями подписи. Было решено принять следующую формулировку:

"Электронная подпись считается надежной для цели удовлетворения требований, упомянутых в пункте 1, если ..."

Было высказано мнение, что во избежание возможного неправильного толкования пункта 3 как влияющего на действие общей нормы, содержащейся в пункте 1, может потребоваться включение дополнительной формулировки. Хотя пункт 3 может действительно обеспечить повышение определенности (он еще получил название гарантии надежности), он не должен лишать стороны возможности продемонстрировать, что электронные подписи, не охватываемые пунктом 3, также могут отвечать требованиям пункта 1. Согласно другому предложению, во избежание установления неоспоримой презумпции в пункте 3 следует оговорить возможность предъявления доказательств в подтверждение того, что определенный вид использования электронной подписи в соответствии с пунктом 3 не должен на деле служить основанием для того, чтобы считать данную электронную подпись надежной. Оба эти предложения были приняты Рабочей группой. Вопрос был передан редакционной группе.

Вариант А. пункт 3(а)

63. Были высказаны определенные сомнения в отношении "уникальности" создающего подпись устройства для обладателя подписывающего устройства. Было высказано мнение, что с технической точки зрения это устройство может быть "уникально связано", но не являться "уникальным"; важным является наличие связи между данными, используемыми для создания подписи, и обладателем устройства. Было предложено сформулировать подпункт (а) следующим образом:

- "а) данные, используемые для создания электронной подписи, связаны в том контексте, в котором используются, с автором подписи и ни с каким иным лицом".

64. Было высказано опасение, что из подпункта (а) может следовать, будто подписывающее устройство может быть связано с различными авторами подписи в различных контекстах.

65. В порядке редакционных замечаний было предложено заменить начало подпункта (а) следующей формулировкой: "способ создания электронной подписи". Рабочая группа приняла подпункт (а) в предложенном виде (см. пункт 63 выше) с учетом этой поправки.

Вариант А, пункт 3(b)

66. В связи с выражением "исключительный контроль" был задан вопрос о том, каким образом это скажется на способности обладателя подписывающего устройства уполномочивать другое лицо использовать подпись от имени обладателя. В этой же связи был затронут вопрос использования подписывающего устройства в корпоративной среде, когда владельцем этого устройства является корпорация, однако при этом ряд лиц должны иметь возможность подписываться от ее имени. Было предложено учесть этот вопрос, опустив слово "исключительный" и указав в дополнение к владельцу подписывающего устройства на "любого уполномоченного автора подписи".

67. Согласно еще одному мнению в поддержку отказа от слова "исключительный", это требование носит ограничительный характер и, возможно, не учитывает наличие коммерческих прикладных программ, например когда подписывающее устройство установлено на сети и может использоваться целым рядом лиц. Вместе с тем было указано, что данная ситуация все равно может подпадать под концепцию "исключительного контроля", поскольку сеть будет предположительно связана с конкретной организацией, которая в этом случае будет владельцем подписи и, таким образом, будет в состоянии осуществлять контроль над ней. Если же дело будет обстоять по-иному и подписывающее устройство будет находиться в широком доступе, то подобные ситуации не должны охватываться правилами.

68. В поддержку сохранения слова "исключительный" было высказано мнение, что важно обеспечить, чтобы в любой данный момент времени, и в первую очередь во время создания подписи, подписывающее устройство могло использоваться лишь одним лицом и не могло в это время использоваться никаким другим лицом. Было указано, что вопрос об использовании подписывающего устройства на основании доверенности или полномочий следует рассмотреть в определении "владельца подписи", а не в самих нормах. Для урегулирования поднятых вопросов был предложен следующий текст:

- "b) способ создания электронной подписи находился в соответствующий момент времени под контролем автора подписи и никакого другого лица".

69. Был поднят ряд вопросов в связи со смыслом выражения "в соответствующий момент времени". Было указано, что чрезвычайно важно сохранить эту концепцию, поскольку способ создания подписи может включать как программное обеспечение, так и аппаратную базу, а последняя может использоваться рядом лиц для создания подписей, так что необходимо четко показать, что автор подписи имел контроль над этими средствами во время создания подписи. Было высказано мнение, что в этот вопрос можно было бы внести ясность, указав, что под соответствующим моментом времени имеется в виду "время подписания". Еще одно предложение заключалось в том, что, поскольку время составления подписи также может рассматриваться как "соответствующий момент времени", фразу следует сформулировать следующим образом: "во время составления и использования подписи". Было указано, что, хотя в зависимости от используемой технологии момент подписания может различаться, этот вопрос относится к фактическим обстоятельствам.

70. В противоположность этому было высказано мнение, что, поскольку доказать точный момент подписания будет нелегко, от концепции "соответствующего момента времени" следует отказаться. В ответ на это было указано, что исключение любого указания на время просто приведет к тому, что возникнет вопрос, имеет ли автор подписи контроль над средствами создания подписи во все моменты времени, имеющие значение с точки зрения рассматриваемого вопроса.

71. После обсуждения Рабочая группа постановила принять фразу "в момент подписания".

Вариант А, пункт 3(c)

72. Было высказано мнение о важности включения в пункт 3(c) понятия гарантии целостности информации, содержащейся в сообщении данных, поскольку очевидно, что подпись, дающая такую гарантию, является надежной по смыслу проекта статьи 6(1). Когда подпись прилагается к документу, понятия целостности этого документа и целостности подписи настолько тесно связаны между собой, что их невозможно рассматривать по отдельности. Иными словами, когда при подписании документа используется подпись, идея целостности документа неслучайно

вытекает из использования подписи. Кроме того, было отмечено, что идея целостности документа тесно связана с использованием подписи для выражения согласия с содержанием документа.

73. В противоположность этому было высказано мнение, в основе которого лежала проведенная в Типовом законе разница между статьями 7 и 8, о том, что, хотя некоторые технологии предусматривают как удостоверение подлинности (статья 7), так и целостность (статья 8), эти понятия могут рассматриваться как различные правовые концепции, что и нашло соответствующее отражение в Типовом законе. Поскольку собственноручная подпись не гарантирует ни целостности документа, к которому она приложена, ни возможности обнаружения любых изменений, внесенных в этот документ, в соответствии с подходом функциональной эквивалентности не следует добавлять в пункт 3(с) указанные концепции. Цель пункта 3(с) заключается в том, чтобы установить критерии, которые должны быть соблюдены, чтобы продемонстрировать, что данный конкретный метод подписи является достаточно надежным для удовлетворения предусмотренного в законодательстве требования наличия подписи. В поддержку этой позиции было высказано мнение, что установленное в законодательстве требование наличия подписи может быть выполнено и без демонстрации целостности документа. Вместе с тем было отмечено, что вопрос целостности не следует оставлять за рамками единообразных правил, а необходимо рассмотреть в контексте проекта статьи 7; в этом случае подписи могли бы отвечать требованиям или проекта статьи 6, или проекта статьи 7, или обеих статей в зависимости от того, какие установленные в законодательстве требования должны быть выполнены.

74. Было отмечено, что включение в проект статьи 6 требования об обеспечении целостности информации предполагает применение одной конкретной технологии, что противоречило бы принципу технологической нейтральности. Было высказано мнение, что применение одной конкретной технологии носило бы слишком ограничительный характер и не поощряло, а, наоборот, сдерживало бы использование электронных подписей в ряде стран. Кроме того, это могло бы привести к созданию подписи, которая была бы более надежной, чем собственноручная подпись, а это, соответственно, представляет собой отход от концепции функциональной эквивалентности и может подорвать использование собственноручных подписей.

75. Было высказано мнение о том, что, хотя, как совершенно очевидно, между подписью и сообщением данных должна существовать определенная связь, а целостность подписи имеет большое значение, можно было бы провести разграничение между этими требованиями и требованием целостности информации, содержащейся в сообщении данных. В противоположность этому было высказано мнение о том, что целостность подписи не относится к числу вопросов, которые необходимо рассматривать, и что в любом случае этот вопрос нельзя рассматривать отдельно от целостности подписанной информации. Вместе с тем для урегулирования вопроса целостности подписи была предложена следующая формулировка:

"с) электронная подпись связана с информацией, к которой она относится, таким образом, который позволяет обнаружить любые изменения, внесенные в электронную подпись после ее создания".

76. Это предложение получило широкую поддержку.

77. Было высказано мнение, что в качестве альтернативы установлению общего требования о том, чтобы используемый метод подписи был в состоянии гарантировать целостность документа, понятие целостности документа можно было бы включить в число критериев, удовлетворение которых обязательно лишь в обстоятельствах, когда гарантия такой целостности является главной причиной выдвижения требования наличия подписи. Одно из высказанных предложений заключалось в рассмотрении вопросов целостности подписи и целостности информации, содержащейся в сообщении данных, как отдельных концепций путем добавления после слов "электронной подписи" слов "или сообщения данных". Еще одно предложение заключалось в том, чтобы отразить в пункте 3 вопрос обнаружения изменений подписи, как это предлагается в пункте 75 выше, добавив в текст отдельную самостоятельную статью следующего содержания:

"В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи для гарантирования целостности информации в документе, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если используется электронная подпись, связанная с сообщением данных таким образом, который позволяет обнаружить любое последующее изменение информации в этом сообщении данных".

78. Было высказано мнение, что не следует выделять это положение в отдельную норму, поскольку должно быть очевидно, что положения проекта статьи 6(3) не будут выполнены, если одной из причин предъявления требования наличия подписи является обеспечение гарантии целостности документа. Было отмечено, что слова "в тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи для гарантирования" могут быть истолкованы как оценки соображений, по которым выдвинуто требование наличия подписи, что неизбежно окажется нелегкой задачей. Для устранения этой трудности было предложено сформулировать данное положение в качестве негативной нормы и включить в пункт 3 (с) вторым предложением:

"с) электронная подпись связана с информацией, к которой она относится, таким образом, который позволяет обнаружить любые изменения, внесенные в электронную подпись после ее создания. В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи для подтверждения целостности подписанного документа, это требование целостности не считается выполненным, если электронная подпись не позволяет обнаружить любые изменения, внесенные в документ".

79. Оба эти предложения получили поддержку на том основании, что они могут отвечать как ситуациям, когда требуется обеспечить целостность документа, так и ситуациям, когда требование наличия подписи никак не связано с необходимостью обеспечить целостность. Вместе с тем было высказано мнение, что данное положение было бы более эффективно, если бы оно было сформулировано в виде оговорки:

"с) электронная подпись связана с информацией, к которой она относится, таким образом, который позволяет обнаружить любые изменения, внесенные в электронную подпись после ее создания, при условии, что в тех случаях, когда цель предъявления правового требования наличия подписи заключается в гарантировании целостности информации, содержащейся в документе, необходимо обеспечивать также, чтобы электронная подпись была связана с сообщением данных таким образом, который гарантирует возможность обнаружения любых изменений, внесенных в сообщение данных после создания электронной подписи".

80. Из этих двух предложений более значительную поддержку получил текст в форме оговорки, поскольку в нем акцент делается на цели предъявления правового требования, заключающейся в обеспечении целостности, а не на ситуациях, когда законодательство требует наличия подписи для обеспечения целостности, что может оказаться сложным установить. Вместе с тем было предложено включить в текст указание не на "цель", а на "одну из целей". Предложение отказаться от указания на "требование законодательства" и просто говорить о любых ситуациях, когда подпись используется для цели обеспечения целостности, не получило поддержки. Было указано, что, поскольку общая цель проекта статьи 6 заключается в рассмотрении законодательных требований к подписи, нельзя отказываться от этого ограничения в пункте 3(с). После обсуждения ряда других предложений редакционного характера был принят следующий текст:

"с) любое изменение, внесенное в электронную подпись после ее создания, поддается обнаружению и в тех случаях, когда одна из целей предъявления правового требования наличия подписи заключается в гарантировании целостности информации, содержащейся в сообщении данных, любое изменение, внесенное в сообщение данных после момента подписания, поддается обнаружению";

Вариант А, пункт (d)

81. Были высказаны определенные сомнения в связи со смыслом слова "объективно". Согласно одному мнению, может оказаться достаточно сложно обеспечить соблюдение этого стандарта идентификации во всех случаях, особенно когда контекста или содержания подписи может быть недостаточно, так что "объективного", или внешнего, подтверждения личности обладателя подписи не требуется. Согласно другой точке зрения, это требование важно не с точки зрения обеспечения фактической идентификации обладателя подписи, а с точки зрения того, чтобы технология позволяла объективно идентифицировать обладателя подписи.

82. Было высказано мнение, что в результате включения в определение "электронной подписи" требования использовать эту подпись для идентификации обладателя подписи во включении в статью 6 пункта 3(d) нет необходимости. В поддержку этой точки зрения было отмечено, что, хотя идея объективной идентификации фигурирует в некоторых национальных законах об электронной подписи, она связана с презумпцией личности, а не с надежностью метода подписи. Было отмечено, что трудно представить себе ситуацию, когда какой-нибудь метод подписи будет удовлетворять положениям подпунктов (a)-(c) пункта 3 и в то же время не удовлетворять положениям подпункта (d).

83. После обсуждения Рабочая группа постановила исключить пункт 3(d).

84. При завершении обсуждения пункта 3 было выражено мнение о том, что проект статьи 6, возможно, придется переработать, дабы указать на то, что презумпция, вытекающая из сочетания элементов, перечисленных в подпунктах (a)-(c), может также возникать из вынесенного сторонами в любом соответствующем соглашении определения относительно того, что какой-то конкретный вид подписи будет в отношении между ними рассматриваться как надежный эквивалент собственноручной подписи. Это мнение получило некоторую поддержку. В этой связи были высказаны различные редакционные предложения. Одно предложение, основанное на статье 4 Типового закона, предусматривало включение следующей формулировки в качестве отдельного пункта или в качестве подпункта пункта 3: "Настоящая статья не затрагивает любого права, которое может существовать, устанавливать на основе соглашения надежность электронной подписи для удовлетворения требования, о котором говорится в пункте 1". Другое предложение, предназначенное для охвата ситуации, в которой стороны договариваются об использовании более высокого стандарта, чем тот, о котором идет речь в пункте 3,

предусматривало включение примерно следующей формулировки: "Ничто в пункте 3 не препятствует применению в отношениях между сторонами более высоких стандартов надежности, чем те, о которых говорится в пункте 1". Соответствующее предложение гласило следующее: "Ничто в пункте 3 не позволяет лицу выполнять требование, о котором говорится в пункте 1, тогда, когда это лицо согласилось удовлетворять более высокому стандарту надежности, который действительно удовлетворяется". Против двух последних предложений высказывались возражения на том основании, что вопросы договорной ответственности, лежащей на стороне, которая не удовлетворила более высокому стандарту, с которым она согласилась, должны рассматриваться не в проекте статьи 6, а в рамках законодательства, регулирующего вопросы договорной ответственности, за пределами единообразных правил.

85. Превалировало мнение о том, что проект статьи 5 в достаточной степени отражает возможность отхода сторон от положений единообразных правил. Было решено, что повтор заявления об автономии сторон в контексте проекта статьи 6 может оказаться излишним и может неуместно наводить на мысль о том, что стороны волины изменять - в отношениях между собой - любые обязательные требования законодательства в том, что касается использования подписи.

86. Еще одно предложение предусматривало внесение в проект статьи 6 дополнительной формулировки для рассмотрения ситуации, в которой надежность электронной подписи презюмируется как результат определения, вынесенного государственным ведомством в соответствии с проектом статьи 8. В целом считалось, что такая ситуация в достаточной мере охватывается проектом статьи 8. Рабочая группа не поддержала этого предложения.

Пункт 4

87. Было выражено общее согласие с тем, что положение, близкое к формулировке пункта 4 и основанное на аналогичном положении, содержащемся в различных статьях Типового закона ("Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...]"), следует включить в проект статьи 6.

Статья 7. Презумпция наличия подписника

88. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 7:

"1) Сообщение данных считается имеющим свою подлинную форму в тех случаях, когда в отношении этого сообщения данных использован [использована] [метод][электронная подпись][в соответствии со статьей 6], который [которая]:

- a) представляет надежные доказательства целостности информации с момента, когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме в виде сообщения данных или в каком-либо ином виде; и
 - b) при необходимости представления информации эта информация может быть продемонстрирована лицу, которому она должна быть представлена;
- 2) положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...]."

89. С учетом решения рассмотреть в проекте статьи 6(3) ситуацию, в которой электронная подпись используется для удовлетворения правового требования в отношении целостности информации, содержащейся в каком-либо документе, было высказано общее согласие с тем, что было бы излишним рассматривать ту же самую ситуацию с точки зрения "подлинности" документа. После обсуждения Рабочая группа решила исключить проект статьи 7.

Статья 8. Удовлетворение требований статей 6 и 7

90. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 8:

"Вариант А"

1) [Орган или ведомство, назначенный (-ое) принимающим государством в качестве компетентного органа или ведомства,] может определять, какие способы удовлетворяют требования статей 6 и 7.

2) Любое определение, вынесенное в соответствии с пунктом 1, должно соответствовать признанным международным стандартам.

Вариант В

1) Один или несколько методов электронной подписи могут быть определены в качестве методов, удовлетворяющих требованиям статей 6 и 7.

2) Любое определение, вынесенное в соответствии с пунктом 1, должно соответствовать признанным международным стандартам".

91. Была высказана определенная поддержка варианту В на том основании, что в нем не подчеркивается роль государственных ведомств при вынесении определения о том, какие виды электронных подписей будут презюмироваться как удовлетворяющие правовым требованиям в отношении подписей. Однако превалировало мнение о том, что обсуждение должно вестись на основе варианта А, в котором более подробно описывается та роль, которую неизбежно играет принимающее государство при установлении или признании любого органа, который может утверждать использование электронных подписей или иным образом удостоверить их качество. Чтобы не возникало мысли о том, что такие органы всегда должны определяться как государственные ведомства, было достигнуто общее согласие с тем, что вводные слова пункта 1 - "[Орган или ведомство, назначивший(-ое) принимающим государством]" - следует заменить примерными следующими словами: "[Любое лицо, орган или ведомство, будь то публичное или частное, назначенное принимающим государством]".

92. Был задан вопрос о том, не следует ли конкретизировать содержащуюся в проекте статьи 8 ссылку на проект статьи 6. Была выражена поддержка использованию ссылки на "требования статьи 6(1)", поскольку, как было указано, в пункте 1 статьи 6 содержится самое широкое определение правового требования в отношении подписи. Однако превалировало мнение о том, что в проекте статьи 8 не следует ссылаться на какой-либо конкретный пункт проекта статьи 6. При вынесении определения в отношении удовлетворения требований, касающихся подписи, компетентные лица или ведомства вольны ссылаться на статью 6(1) или на статью 6(3).

93. Что касается пункта 2, то была высказана обеспокоенность по поводу значения слов "признанные стандарты". В соответствии с толкованием, предложенным на ее предыдущей сессии (см. A/CN.9/465, пункт 94), Рабочая группа решила, что слово "стандарты" следует толковать в широком смысле, включая отраслевую практику и торговые обычаи, юридические тексты, подготовленные международными организациями, а также технические стандарты. Было также решено, что в руководстве по принятию единообразных правил следует четко указать на то, что возможное отсутствие соответствующих стандартов не должно препятствовать компетентным лицам или ведомствам вынести определение, о котором идет речь в пункте 1.

94. Было предложено включить в проект статьи 8 дополнительный пункт, с тем чтобы абсолютно четко указать на то, что цель этого проекта статьи заключается не в том, чтобы препятствовать нормальному действию норм международного частного права. Было заявлено, что в отсутствие такого положения проект статьи 8 может быть неправильно истолкован как способствующий тому, чтобы принимающие государства дискриминировали против иностранных электронных подписей по причине несоблюдения норм, установленных соответствующим лицом или ведомством на основании пункта 1. Был предложен следующий текст: "(3) Ничто в настоящей статье не затрагивает действия норм международного частного права". Это предложение получило общую поддержку.

95. После обсуждения Рабочая группа приняла проект статьи 8 с учетом вышеуказанных изменений и передала его редакционной группе.

Статья 9. Ответственность обладателя подписывающего устройства

96. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 9:

- "1) Каждый обладатель подписывающего устройства:
 - a) проявляет разумную заботливость для недопущения несанкционированного использования его подписывающего устройства;
 - b) уведомляет соответствующих лиц без ненадлежащих задержек, если:
 - i) обладателю подписывающего устройства известно, что подписывающее устройство было скомпрометировано; или
 - ii) обстоятельства, известные обладателю подписывающего устройства, обуславливают существенный риск того, что подписывающее устройство могло быть скомпрометировано;
 - c) [в тех случаях, когда для подтверждения подписывающего устройства используется сертификат,]
[в тех случаях, когда подписывающее устройство требует использования сертификата,]

проявляется разумная заботливость для обеспечения точности и полноты всех существенных заверений, сделанных обладателем подписывающего устройства, которые имеют отношение к [жизненному циклу] сертификата или которые должны быть включены в сертификат.

- 2) Обладатель подписывающего устройства несет ответственность за невыполнение требований пункта 1".

Название

97. Были высказаны сомнения в целесообразности использования в названии этого проекта статьи слова "ответственность". Было указано, что этот термин является слишком расплывчатым, поскольку не отражает достаточно четко предмет проекта статьи, а именно обязательства или обязанности автора подписи. Было напомнено, что Рабочая группа обсудила ряд проблем, возникших в связи с использованием слов "обязанность" и "обязательство", на предыдущих совещаниях и в то время многие отдали предпочтение термину "ответственность" как менее спорному. Поскольку цель проекта статьи заключается в установлении кодекса поведения авторов подписи, было предложено изменить его название на "Поведение автора подписи". После обсуждения это предложение получило широкую поддержку.

Пункт 1

98. Рабочая группа начала с обсуждения сферы применения пункта 1. Было высказано мнение, что подпункты (а) и (b) должны применяться в целом ко всем электронным подписям, а подпункт (с) - только к электронным подписям, подтвержденным сертификатом. В поддержку этой позиции было отмечено, что изложенное, в частности, в пункте 1(а) обязательство проявлять разумную заботливость для недопущения несанкционированного использования подписывающего устройства не является чем-то новым и, как правило, включается в соглашения об использовании кредитных карт. В ответ на это было высказано мнение, что необходимо с осторожностью подходить к установлению стандартов поведения в областях, где идет развитие техники, поскольку эти новые стандарты могут менять существующие правила и приводить к непредвиденным последствиям. Возможно, не следует применять положения пункта 1(а) к чему-нибудь помимо электронных подписей, которые могли бы, например, удовлетворять положениям проекта статьи 6(3). В ответ на это было указано, что положение об изменении по договоренности, закрепленное в проекте статьи 5, позволит изменять стандарты, изложенные в проекте статьи 9, во всех областях, где они будут сочтены ненадлежащими или приведут к непредвиденным последствиям. В ответ на поднятый далее вопрос о применении единообразных правил в отношении потребителей и о последствиях стандарта разумной заботливости было напомнено, что единообразные правила не преследуют цели отменять законы, призванные обеспечить защиту потребителей.

99. После обсуждения Рабочая группа постановила, что подпункты (а) и (b) должны применяться в целом в отношении всех подписей, а подпункт (с) - только в отношении подписей, подтвержденных сертификатами. Было отмечено, что при обсуждении определения "обладателя подписывающего устройства" или "автора подписи" необходимо будет учитывать широкое применение подпунктов (а) и (b).

100. В связи с пунктом 1(b) был поднят вопрос о значении слов "соответствующее лицо". Был задан вопрос, во всех ли случаях вне зависимости от используемой технологии очевидно наличие соответствующего лица, которого следует уведомлять. Согласно одному мнению, очевидно, что под "соответствующими" понимаются не только лица, которые могут пытаться полагаться на подпись, но и такие лица, как поставщики услуг по сертификации, поставщики услуг по отзыву сертификатов и другие. Другое мнение заключалось в том, что личность соответствующего лица будет определяться условиями контракта об использовании подписи. Для урегулирования этих вопросов было предложено заменить указание на "соответствующих лиц" следующей формулировкой:

"без неоправданных задержек уведомляет лиц, которые, как автор подписи может разумно предполагать, полагаются на электронную подпись или предоставляют услуги в связи с ней".

Это предложение получило широкую поддержку.

101. Что касается пункта 1(с), то было поддержано предложение сохранить первую из приведенных в квадратных скобках формулировок "в тех случаях, когда для подтверждения подписывающего устройства используется сертификат", сняв квадратные скобки вокруг этой формулировки, а также вокруг слов "жизненный цикл сертификата". Было предложено четко разъяснить смысл этой фразы в руководстве по применению. Что касается применения пункта 1(с), то был задан вопрос о том, какие виды сертификатов охватываются данным положением. Согласно одной точке зрения, может оказаться нецелесообразно применять это положение как к дешевым, так и к дорогим сертификатам, поскольку в первом случае обязанность проявлять заботливость может стать чрезмерно тяжелой. Согласно противоположной точке зрения, стандарт "разумной заботливости" обеспечит проявление должной заботливости применительно ко всем самым разным видам сертификатов.

Пункт 2

101. Были высказаны сомнения в необходимости сохранения в тексте проекта статьи пункта 2. Согласно одной точке зрения, пункт 2 в его нынешнем виде следует опустить, поскольку он ничего не добавляет к проекту статьи 9. В нем не оговариваются ни последствия, ни пределы ответственности. Все это оставляется на усмотрение национального законодательства. Противоположная точка зрения заключалась в том, что, хотя последствия наступления ответственности и оставлены на усмотрение национального законодательства, пункт 2 позволяет четко продемонстрировать принимающим государствам, что невыполнение обязанностей, изложенных в пункте 1, влечет за собой наступление ответственности. Было отмечено, что в пункте 53 записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WR.84) приводится полезное разъяснение пункта 2 и что этот текст следует включить в руководство по принятию.

102. Поступило предложение изменить формулировку пункта 2, с тем чтобы четче отразить, что должна возникать ответственность за невыполнение требований пункта 1 и что пределы ответственности должны определяться принимающим государством:

“Правовые последствия невыполнения обладателем подписывающего устройства требований пункта 1 устанавливаются принимающим государством”.

103. Другое предложение заключалось в том, чтобы сохранить нынешний текст пункта 2 и разъяснить его цель, добавив следующую формулировку в квадратных скобках: “[Пределы и условия наступления ответственности должны определяться принимающим государством]”. Ни одно из этих двух предложений не получило поддержки.

104. Еще одно предложение заключалось в том, чтобы добавить в пункт 2 критерий предвидимости, подобно тому, как это сделано в настоящее время в тексте проекта статьи 10. Было отмечено, что этот критерий все шире используется в международной торговле и что это позволит установить согласованный стандарт ответственности. Вместе с тем было напомнено, что предложения о включении такого критерия выдвигались и на предыдущей сессии Рабочей группы, но не получили поддержки. Автор предложения не стал на нем настаивать. После обсуждения Рабочая группа постановила принять пункт 2 в его нынешней формулировке.

Статья 10. Ответственность поставщика сертификационных услуг

105. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 10:

“1) Поставщик сертификационных услуг:

- a) действует в соответствии с заверениями, которые он делает в отношении своей практики;
- b) проявляет должную осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех существенных заверений, сделанных поставщиком сертификационных услуг, которые относятся к жизненному циклу сертификата или которые включены в сертификат;
- c) обеспечивает разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить:
 - i) идентификационные данные поставщика сертификационных услуг;
 - ii) что лицо, которое идентифицировано в сертификате, обладает в соответствующий момент времени подписывающим устройством, указанным в сертификате;
 - iii) метод, использованный для идентификации обладателя подписывающего устройства;
 - iv) любые ограничения в отношении целей или стоимостного объема, в связи с которыми может использоваться подписывающее устройство; и
 - v) является ли подписывающее устройство действительным и не было ли оно скомпрометировано;
- d) обеспечивает обладателей подписывающего устройства средством для направления уведомления о том, что подписывающее устройство было скомпрометировано, и обеспечивает своевременное функционирование службы аннулирования;
- e) использует надежные системы, процедуры и людские ресурсы при предоставлении своих услуг.

2) При вынесении определения в отношении надежности и степени надежности любых систем, процедур и людских ресурсов для целей подпункта (e) пункта 1 учитываются следующие факторы:

- a) финансовые и людские ресурсы, в том числе наличие активов в пределах юрисдикции;
 - b) надежность систем аппаратного и программного обеспечения;
 - c) процедуры для обработки сертификатов и заявок на сертификаты и хранение записей;
 - d) наличие информации для [подписывающих] [субъектов], идентифицированных в сертификатах, и для потенциальных полагающихся сторон;
 - e) регулярность и пределы аудита, проводимого независимым органом;
 - f) наличие заявления, сделанного государством, аккредитующим органом или поставщиком сертификационных услуг в отношении соблюдения или наличия вышеуказанных положений;
 - g) подсудность судам принимающего государства; и
 - h) степень расхождения между правом, применимым к поведению поставщика сертификационных услуг, и правом принимающего государства.
- 3) Сертификат устанавливает:
- a) идентификационные данные поставщика сертификационных услуг;
 - b) что лицо, которое идентифицируется в сертификате, обладает в соответствующий момент времени подписывающим устройством, указанным в сертификате;
 - c) что подписывающее устройство было действительным на дату или до даты выдачи сертификата;
 - d) любые ограничения цели или стоимостного объема, в связи с которыми может использоваться сертификат; и
 - e) любое ограничение масштаба или объема финансовой ответственности, с которым соглашается поставщик сертификационных услуг в отношении любого лица.

Вариант X

4) Поставщик сертификационных услуг несет финансовую ответственность за невыполнение требований пункта 1.

5) Финансовая ответственность поставщика сертификационных услуг не может превышать ущерба, который поставщик сертификационных услуг предвидел или должен был предвидеть на момент неисполнения с учетом фактов или обстоятельств, которые поставщику сертификационных услуг были известны или должны были быть известны в качестве возможных последствий несоблюдения [невыполнения обязательств [обязанностей] в отношении] [требований] пункта 1

Вариант Y

4) Поставщик сертификационных услуг несет финансовую ответственность за невыполнение требований пункта 1.

5) При оценке ущерба во внимание принимаются следующие факторы:

- a) затраты на получение сертификата;
- b) характер сертифицируемой информации;
- c) наличие и степень любого ограничения цели, для которой может использоваться сертификат;
- d) наличие любого заявления, ограничивающего масштаб или степень финансовой ответственности поставщика сертификационных услуг; и
- e) любое действие полагающейся стороны, способствовавшее убыткам.

Вариант Z

4) Если ущерб был причинен в результате неверного или порочного сертификата, поставщик сертификационных услуг несет финансовую ответственность за убытки, понесенные либо:

- a) стороной, вступившей в договорные отношения с поставщиком сертификационных услуг с целью получения сертификата; либо
- b) любым лицом, которое разумно полагается на сертификат, выданный поставщиком сертификационных услуг.

5) Поставщик сертификационных услуг не несет финансовой ответственности согласно пункту 2:

- a) если - и в той мере, в которой - он включил в сертификат заявление, ограничивающее объем или степень своей финансовой ответственности перед любым соответствующим лицом; или
- b) если он докажет, что он [не проявил небрежности] [принял все разумные меры для недопущения ущерба]".

Пункт 1

106. Было выдвинуто предложение редакционного характера объединить пункты 1(c) и 3, разбив все критерии на две группы: важные, которые должны включаться в сертификат в обязательном порядке, и остальные, информация о которых должна включаться в сертификат или иным образом доводиться до сведения полагающейся на сертификат стороны или находиться в свободном для нее доступе в тех случаях, когда они являются значимыми для конкретного сертификата. Было предложено включить в число критериев, подлежащих обязательному указанию в сертификате (которые должны быть перечислены в пункте 1(c), критерии, приведенные в пунктах 1(c)(i) и (ii) и в пункте 3(c). Остальные критерии, приведенные в пунктах 1(c) и 3, было предложено отнести ко второй категории и перечислить в новом пункте 1(d). Это предложение получило широкую поддержку.

107. Определенные разногласия вызвал вопрос о том, должны ли положения пункта 3(e), касающегося ограничения финансовой ответственности поставщика сертификационных услуг, относиться ко второй категории критериев или же включаться в сам сертификат. Согласно одному мнению, такое ограничение, несомненно, должно указываться в сертификате. В противоположность этому была высказана точка зрения, что, поскольку технология развивается таким образом, что объем информации, которая может быть указана в сертификате, весьма ограничен, включение информации в соответствии с требованием пункта 3(c)-(e) может войти в противоречие с технологией и, соответственно, оказаться невозможным. Было отмечено, что одним из вариантов решения проблемы, обусловленной нехваткой места в сертификате, может стать подпункт, выбранный в статье 5 бис Типового закона, который предусматривает включение путем отсылки. Необходимо будет включить указание на существование такого ограничения и ссылку на источник, в котором содержатся точные положения. После обсуждения было решено включить пункт 3(e) во вторую категорию информации в новом пункте 1(d).

108. Поступили также следующие предложения редакционного характера: a) заменить указание на "должную осмотрительность" в пункте 1(b) словами "разумная заботливость"; b) заменить слово "обеспечения" в пункте 1(b) словом "подтверждения" или "удостоверения"; c) добавить в пункте 1(c)(iv) указание на сертификат, с тем чтобы ограничения в отношении целей или стоимостного объема относились как к подписям, так и к сертификатам; d) разъяснить содержание пункта 1(c)(v), заменив слово "действительным" словом "функционирующим". Все эти предложения, кроме предложения заменить слово "обеспечения" в пункте (b) выше, получили широкую поддержку.

109. Было отмечено, что, поскольку заверения поставщика сертификационных услуг могут касаться не только его практики, но и заявлений по вопросу о проводимой политике, в пункт 1(a) следует добавить указание на политику. Это предложение получило широкую поддержку.

110. Возникли определенные разногласия по поводу содержания пункта 1(c)(ii). Было указано, что поставщику сертификационных услуг будет трудно предоставить в распоряжение полагающейся стороны информацию, указывающую на то, что лицо, которое идентифицировано в сертификате, является в соответствующий момент времени обладателем подписывающего устройства. Было предложено вместо этого использовать понятие контроля, как это сделано в статье 6(3), приняв следующую формулировку:

- "ii) что лицо, которое идентифицировано в сертификате, имеет контроль над подписывающим устройством в момент подписания;"

111. Было отмечено, что, возможно, нецелесообразно применять положения пункта 1(d) к некоторым видам сертификатов, таким, как операционные сертификаты, которые представляют собой единовременные сертификаты, или недорогостоящие сертификаты для прикладных программ, сопряженных с низкой степенью риска, которые

могут не подлежать аннулированию. Для учета этого замечания было предложено сформулировать пункт 1(d) не как требование, а как заявление о наличии услуги по своевременному аннулированию и средств для направления уведомления о том, что подписывающее устройство было скомпрометировано. Информацию об обоих этих элементах можно было бы включить в новый пункт 1(d), предложенный в пункте 106 выше) в виде следующей формулировки:

- "d)(v) существуют ли средства для направления автором подписи уведомления о том, что подписывающее устройство было скомпрометировано;
- d)(vi) предлагается ли услуга по своевременному аннулированию;"

112. Хотя это предложение получило широкую поддержку, было отмечено, что, поскольку пункт 1(d) налагает на поставщика сертификационных услуг обязанность перед автором подписи, следует, по-видимому, не только добавить в новый пункт 1(d), касающийся полагающихся на сертификат сторон, предлагаемую информацию, но и сохранить это положение в проекте статьи 10(1). Было решено включить предложенные пункты (d)(v) и (d)(vi) и одновременно сохранить нынешний пункт 1(d).

113. После обсуждения Рабочая группа постановила сформулировать пункт 1 следующим образом с учетом возможного внесения изменений редакционной группой для обеспечения последовательности различных положений и формулировок на разных языках:

"1) поставщик сертификационных услуг:

- a) действует в соответствии с заверениями, которые он делает в отношении своей политики и практики;
- b) проявляет разумную осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех существенных завершений, сделанных поставщиком сертификационных услуг, которые относятся к жизненному циклу сертификата или которые включены в сертификат;
- c) обеспечивает разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить в сертификате:
 - i) идентификационные данные поставщика сертификационных услуг;
 - ii) что лицо, которое идентифицировано в сертификате, имеет контроль над подписывающим устройством в момент подписания;
 - iii) что подписывающее устройство было действительным на дату или до даты выдачи сертификата;
- d) обеспечивает разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить в сертификате или иным образом, при необходимости:
 - i) метод, использованный для идентификации автора подписи;
 - ii) любые ограничения в отношении целей или стоимостного объема, в связи с которыми может использоваться подписывающее устройство или сертификат;
 - iii) является ли подписывающее устройство функционирующим и не было ли оно скомпрометировано;
 - iv) любые ограничения масштаба или объема финансовой ответственности, с которым соглашается поставщик сертификационных услуг в отношении любого лица;
 - v) существуют ли средства для направления автором подписи уведомления о том, что подписывающее устройство было скомпрометировано;
 - vi) предлагается ли услуга по своевременному аннулированию;
- e) обеспечивает автора подписи средством для направления уведомления о том, что подписывающее устройство было скомпрометировано, и обеспечивает функционирование службы своевременного аннулирования;
- f) использует надежные системы, процедуры и людские ресурсы при предоставлении своих услуг".

Пункт 2

114. Было высказано мнение, что в пункте 2 излагаются положения, которые важно включить в текст единообразных правил, однако этот пункт следует сформулировать в виде неисчерпывающего перечня факторов, которые необходимо учитывать при определении надежности. Было отмечено, что, поскольку в настоящее время ощущается нехватка указаний в вопросах, подобных рассмотренным в пункте 2, включение данного пункта в проект статьи 10 оказалось бы весьма полезным.

115. Противоположная точка зрения, которая получила значительную поддержку, заключалась в том, что пункт 2 следует исключить по ряду причин: во-первых, представляется нецелесообразным включать в законодательный текст подобный технический перечень; во-вторых, это может вызвать проблемы с толкованием; и в-третьих, смысл понятия надежности может варьироваться в зависимости от того, чего ожидают от сертификата, и поэтому может оказаться нецелесообразно разрабатывать единый перечень критериев, который был бы применим ко всем возможным ситуациям. Было предложено включить содержание пункта 2 в руководство по принятию в виде перечня факторов, указывающих на надежность поставщика сертификационных услуг.

116. В ответ на предложение исключить пункт 2 было напомнено о том, что цель включения этого пункта в нынешний текст проекта статьи 10 заключалась в обеспечении возможности проведения оценок надежности иностранных сертификатов согласно проекту статьи 13 на основании тех же критериев, что и предусмотренные в отношении национальных сертификатов согласно проекту статьи 10, что обеспечило бы равный режим в отношении обоих видов сертификатов. В ответ на эту точку зрения было выражено сомнение в том, что понятие эквивалентности в проекте статьи 13 аналогично понятию надежности, фигурирующему в проекте статьи 10.

117. Было высказано мнение о том, что в случае включения пункта 2 в текст единообразных правил необходимо будет внести в него ряд редакционных изменений. Было указано, что подпункты (g) и (h) имеют более непосредственное отношение к проекту статьи 13 и что поэтому их следует исключить из проекта статьи 10. Кроме того, было высказано мнение, что использование выражения "в пределах юрисдикции" в подпункте (a) сопряжено с серьезными проблемами и что важно обеспечить лишь наличие у поставщика сертификационных услуг ресурсов, на которые может быть обращено регрессное требование, а не требовать, чтобы они находились в пределах юрисдикции принимающего государства. Было отмечено, что критерий, закрепленный в пункте 2(b), сам нуждается в разъяснении и что термин "надежность" ("trustworthiness") следовало бы заменить словом "качество" ("quality") или "надежность" ("reliability"). В целом было признано, что, если в конце концов будет решено сохранить в тексте единообразных правил перечень факторов, содержащийся в пункте 2, необходимо будет учесть все эти редакционные изменения. При том же условии было решено, что необходимо будет сделать этот перечень факторов неисчерпывающим, добавив либо слова "среди прочего", либо - в виде дополнительного подпункта - следующее выражение: "и любые другие соответствующие факторы". Было выражено сомнение в том, что финансовое положение поставщика сертификационных услуг имеет значение для определения его надежности, однако в ответ на это было указано, что данные факторы действительно позволяют показать, что указанный поставщик является надежным и заслуживает доверия, и повышают уверенность пользователей.

118. Для того чтобы решить ряд проблем, поднятых в связи с вопросом включения пункта 2 в проект статьи 10, было предложено сформулировать отдельную статью, которая касалась бы установления надежности как в соответствии с проектом статьи 10, так и в соответствии с проектом статьи 13.

119. После обсуждения Рабочая группа постановила заключить текст пункта 2 в квадратные скобки и в предварительном порядке выделить этот пункт в отдельную статью до принятия окончательного решения после обсуждения проекта статьи 13.

Пункт 4

120. Была высказана широкая поддержка основной нормы об ответственности, изложенной в пункте 4 вариантов X и Y, который оставляет последствия ответственности на усмотрение национального законодательства. Было выражено мнение о том, что в пункте 4 содержится достаточное изложение принципа ответственности, согласующееся с решением, принятым Рабочей группой в отношении проекта статьи 9, касающегося подписавшего, и что нет практического смысла в рассмотрении еще одного пункта, касающегося последствий такой ответственности.

121. Была высказана обеспокоенность насчет того, что пункт 4 может толковаться как норма об абсолютной ответственности и что может требоваться нечто большее для того, чтобы поставщик сертификационных услуг мог доказать, например, отсутствие вины, являвшейся основной или косвенной причиной убытков. Нужно такое положение, которое обеспечивало бы, что нет строгой ответственности и нет наказаний, но есть компенсация за ущерб. Была предложена приблизительно следующая формулировка на этот счет:

"Поставщик сертификационных услуг может нести ответственность за ущерб, причиненный невыполнением им требований пункта 1".

122. Это предложение не получило поддержки. Было указано на то, что, если вопрос об ответственности должен сводиться к простому изложению принципа, в таком изложении должно быть указано, что поставщик сертификационных услуг должен нести ответственность за определенные случаи неисполнения; дискреционного положения недостаточно. Была высказана мысль о том, что в руководстве по принятию можно подтвердить тот факт, что смысл пункта 4 не заключается в установлении нормы о строгой ответственности.

Пункт 5

123. В поддержку включения пункта, касающегося последствий ответственности, как они изложены в трех вариантах пункта 5, было заявлено, что поставщики сертификационных услуг выполняют посреднические функции, которые имеют основополагающее значение для электронной торговли, и что вопрос об ответственности таких профессионалов не будет в достаточной степени урегулирован путем принятия одного единственного положения, подобного пункту 4. Хотя то же самое положение было принято Рабочей группой в проекте статьи 9, было проведено различие между классами лиц, охватываемых проектами статей 9 и 10. Было выражено мнение о том, что, хотя в пункте 4 может быть изложен соответствующий принцип для применения в отношении подписавших, этого недостаточно для охвата профессиональной и коммерческой деятельности, о которой идет речь в проекте статьи 10. Кроме того, было отмечено, что на нынешнем этапе развития сертификационной индустрии отсутствует достаточный правовой анализ вопросов, касающихся ответственности поставщиков сертификационных услуг, и что поэтому включение более детального положения в проект правил было бы весьма полезным. В этой связи было высказано предположение о том, что, возможно, потребуются более тщательно рассмотреть вопрос об установлении срока исковой давности в отношении возбуждения исков на основании ответственности поставщика сертификационных услуг.

Вариант X

124. Пункт 5 варианта X получил ограниченную поддержку. Было выражено мнение насчет того, что критерий предсказуемости убытков широко применяется в международном праве как соответствующий стандарт и что по этой причине он может быть включен в проект статьи 10. Согласно противоположному мнению, пункт 5 варианта X устанавливает более высокий стандарт, чем тот, который обычно применялся бы в договоре праве.

Вариант Y

125. Была высказана широкая поддержка включению пункта 5 варианта Y в проект статьи 10. Было отмечено, что, хотя варианты X и Z отражают уже установленные общие нормы, вариант Y касается конкретно электронной торговли и содержит весьма полезный перечень факторов, которые, скорее всего, будут весьма актуальными в этой связи.

126. В качестве альтернативы включению перечня факторов в текст и для того чтобы избежать трудностей, возникающих в отношении ответственности в контексте проекта статьи 9, было высказано предложение насчет того, что суть пункта 5 варианта Y можно включить в руководство по принятию единообразных правил. Было выражено мнение о том, что эти факторы не должны действовать так, чтобы ограничивать действие нормального критерия в отношении ответственности, который наверняка существует во многих государствах. Поэтому было предложено изложить пункт 5 в виде индикативных критериев или неисчерпывающего перечня, а не в виде средства для толкования пункта 4.

Вариант Z

127. Вариант Z получил лишь ограниченную поддержку. Было отмечено, что вариант Z касается средств, с помощью которых поставщик сертификационных услуг может ограничить объем ответственности или избежать ее, если он укажет в сертификате определенный предел или докажет, что он не проявил небрежности. Такая формулировка содержит указания на то, как следует устанавливать ответственность, в отличие от простого заявления в пункте 4, который представляет собой немногим большее, чем простое изложение принципа, и не содержит никаких указаний. Было также отмечено, что, если эта статья будет ограничена пунктом 4, может оказаться весьма сложным доказать, что поставщик сертификационных услуг не удовлетворил требованиям пункта 1 проекта статьи 10. В отличие от этого, положение наподобие варианта Z позволило бы переложить бремя доказательства на поставщика сертификационных услуг, который в большинстве случаев будет располагать информацией, имеющей отношение к вопросу об ответственности, и должно помочь лицам, указанным в пункте 4 варианта Z, доказать свою правоту. Была высказана мысль о том, что такого рода положение является хорошим методом установления баланса между тем, что стороны должны и могут доказать.

128. Согласно противоположному мнению, вариант Z является слишком конкретным в том, что касается сторон, охватываемых пунктом 4, что он может и не охватить ситуаций, в которых поставщик должен нести

ответственность, хотя он и мог бы удовлетворить требованиям пункта 5, и что пункт 5 (а) может создавать трудности в государствах, в которых ограничения ответственности не принимаются.

129. После обсуждения Рабочая группа приняла пункт 4 в том виде, в каком он изложен в вариантах X и Y, а суть пункта 5 варианта Y будет включена в руководство по принятию в виде перечня индикативных критериев.

Статья 11. Доверие к электронным подписям и статья 12. Доверие к сертификатам

130. В начале обсуждения проектов статей 11 и 12 большинство участников выразило мнение, что их следует рассматривать совместно ввиду необходимости объединения двух сводов положений и урегулирования ситуации полагающейся стороны как в плане доверия к подписи, так и в плане доверия к сертификату.

131. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 11:

"1) Лицо не имеет права полагаться на электронную подпись в той мере, в которой такое поведение не является разумным.

2) [При определении того, является ли доверие разумным,] [При определении того, являлось ли поведение лица, положившегося на электронную подпись, разумным,] учитывается, если это уместно, следующее:

- a) характер основной сделки, подтвердить которую предполагалось с помощью электронной подписи;
- b) предприняла ли полагающаяся сторона надлежащие шаги для определения надежности электронной подписи;
- c) предприняла ли полагающаяся сторона шаги для выяснения того, была ли электронная подпись подкреплена сертификатом;
- d) было ли полагающейся стороне известно или должно было быть известно, что электронное подписывающее устройство было скомпрометировано или аннулировано;
- e) любое соглашение или практика в отношениях между полагающейся стороной и абонентом или любой другой торговый обычай, который может быть применим;
- f) любой другой соответствующий фактор".

132. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 12:

"1) Лицо не имеет права полагаться на информацию в сертификате в той мере, в которой такое поведение не является разумным.

2) [При определении того, является ли доверие разумным,] [При определении того, являлось ли поведение лица, полагавшегося на информацию в сертификате, разумным,] учитывается, если это уместно, следующее:

- a) любые ограничения, установленные для сертификата;
- b) предприняла ли полагающаяся сторона надлежащие шаги для определения надежности сертификата, включая ознакомление с перечнем аннулированных или приостановленных сертификатов, когда это уместно;
- c) любое соглашение или практика, существующие или существовавшие в соответствующий момент времени в отношениях между полагающейся стороной или поставщиком сертификационных услуг или абонентом, или любой торговый обычай, который может быть применим;
- d) любые другие соответствующие факторы.

Вариант А

3) Если доверие к электронной подписи является неразумным в обстоятельствах, учитывающих факторы в пункте 1, полагающаяся сторона принимает на себя риск того, что подпись является недействительной.

Вариант В

3) Если доверие к подписи является неразумным в обстоятельствах, учитывающих факторы в пункте 1, полагающаяся сторона не имеет никаких претензий в обладателю подписывающего устройства или поставщику сертификационных услуг”.

Пункт 1

133. По вопросу о том, есть ли необходимость в общем положении, закрепленном в пункте 1 проектов статей 11 и 12, были высказаны разные мнения. Одно из них заключалось в том, что в этом положении нет нужды, поскольку большинство правовых систем однозначно сделают такой же вывод, который закреплен в пункте 1. Другое мнение заключалось в том, что пункту 1 следует придать позитивную формулировку примерно следующего содержания: “Лицо может полагаться на электронную подпись или сертификат в том случае и в той мере, в которой такое поведение является разумным”. Хотя позитивная формулировка получила поддержку, прозвучали возражения на том основании, что это положение может быть неправильно понято как создающее право полагающейся стороны в контексте любого документа, подписанного электронным способом. В этой связи были высказаны сомнения относительно правовой значимости “права полагаться” на подпись или сертификат.

134. Было предложено изменить формулировку пункта 1 следующим образом: “Доверие к электронной подписи или сертификату, охватываемое сферой действия настоящих правил, защищается в том случае и в том объеме, в каком такое доверие является разумным в свете всех обстоятельств”. Хотя это предложение получило поддержку, общее мнение заключалось в том, что в связи с понятием доверия к электронным подписям и сертификатам, “охраняемого законом”, могут возникнуть сложные вопросы толкования. После обсуждения Рабочая группа решила, что для того чтобы единообразные правила содержали достаточно четкие указания в отношении стандарта поведения, который необходимо соблюдать полагающейся стороне, достаточно сохранить положение, содержащееся в пункте 2. Пункт 1 было решено исключить.

Пункт 2

135. В отношении изменения формулировки пункта 2 прозвучал целый ряд предложений. В рамках одного предложения был представлен следующий текст:

“Полагающаяся сторона [принимает риск] [несет последствия]:

- a) неприятия ею необходимых мер для проверки надежности электронной подписи;
- b) непроверки ею существования или аннулирования сертификата; и
- c) несоблюдения ею любых ограничений, содержащихся в сертификате”.

136. Это предложение по существу получило широкую поддержку. В ответ на возражения в отношении того, что такая норма может стать бременем для полагающихся сторон, особенно в том случае, когда такими сторонами являются потребители, было отмечено, что единообразные правила не предназначены для того, чтобы подменять какие бы то ни было нормы, регулирующие защиту потребителей. В этой связи было указано, что единообразные правила могут играть полезную роль в плане просвещения всех участвующих сторон, включая полагающиеся стороны, относительно стандарта разумного поведения, который необходимо соблюдать в отношении электронных подписей. Кроме того, как было напомнено, установление стандарта поведения, при котором полагающаяся сторона должна проверять надежность подписи с помощью доступных средств, является принципиально важным для разработки любой системы инфраструктуры публичных ключей (ИПК).

137. Был поднят вопрос относительно объема понятия “полагающаяся сторона”. Большинство согласилось с тем, что в соответствии с отраслевой практикой понятие “полагающаяся сторона” должно охватывать любую сторону, которая может полагаться на электронную подпись. В этой связи в зависимости от обстоятельств “полагающейся стороной” может быть любое лицо, состоящее или не состоящее в договорных отношениях с автором подписи или поставщиком сертификационных услуг. Возможна даже ситуация, когда “полагающимися сторонами” могут стать сами поставщики сертификационных услуг или автор подписи. С учетом этого широкого определения “полагающейся стороны” прозвучало замечание о том, что проект статьи 11 не должен создавать ситуации, когда бы на абонента сертификата возлагалось обязательство проверять действительность сертификата, который он покупает у поставщика сертификационных услуг. Было отмечено, что в руководство по принятию, возможно, необходимо будет включить какое-то уточнение на этот счет.

138. Другое замечание касалось возможного воздействия установления общего обязательства в отношении того, чтобы полагающаяся сторона проверяла действительность электронной подписи или сертификата. Было заявлено, что, если полагающаяся сторона не выполнит этого обязательства, ее не следует лишать возможности пользоваться подписью или сертификатом, если разумная проверка не показала бы, что подпись или сертификат являются

недействительными. Было выражено общее мнение в отношении того, что такая ситуация должна регулироваться правом, применимым за пределами единообразных правил, и о ней следует упомянуть в соответствующем разделе руководства по приятию.

139. В порядке улучшения формулировки предложения, содержащегося в пункте 135 выше, в качестве возможной замены пункта 2 было предложено следующее положение:

"1) Когда электронная подпись подкрепляется сертификатом, лицо, намеревающееся полагаться на эту электронную подпись, несет риск того, что он может оказаться ненадежным для целей статьи 6(1), если оно с учетом доступной для него информации не удостоверилось в том, что сертификат является действительным для целей подкрепления электронной подписи.

2) Информация, о которой говорится в пункте 1, включает следующее:

- a) информацию, которую поставщик сертификационных услуг представил в соответствии со статьей 10(1)(с); и
- b) любую другую информацию, известную лицу, намеревающемуся полагаться на сертификат, которая подтверждает или создает существенный риск того, что сертификат является недействительным для целей подкрепления этой электронной подписи".

140. Вышеназванное предложение не получило поддержки, поскольку, как было сказано, оно устанавливает ненужную и потенциально вредную связь между проектом статьи 11 и проектом статьи 6. Общее мнение заключалось в том, что вопрос о действительности электронной подписи согласно проекту статьи 6 не должен ставиться в зависимость от поведения полагающейся стороны. Этот вопрос следует рассматривать отдельно от вопроса о том, разумно ли было полагающейся стороне полагаться на подпись, которая не соответствовала стандарту, установленному в статье 6.

141. Другое предложение, составленное на основе текста, содержащегося в пункте 135 выше, с учетом некоторых из вышеназванных замечаний, гласило следующее:

"1) Лицо может полагаться на электронную подпись или сертификат в том случае и в том объеме, в каком такое доверие является разумным с учетом всех обстоятельств.

2) Полагающаяся сторона должна нести риск того, что электронная подпись является недействительной, если она не примет разумных мер для проверки надежности электронной подписи.

3) Когда электронная подпись подкрепляется сертификатом, полагающаяся сторона несет риск того, что сертификат может оказаться недействительным, если она:

- a) не принимает разумных мер для проверки существования, приостановления действия или аннулирования сертификата; или
- b) не выполняет или не соблюдает любых ограничений или пределов, содержащихся в сертификате.

4) Если полагающаяся сторона не принимает мер, указанных в пунктах 2 и 3, такое поведение принимается во внимание при определении следующего:

- a) может ли полагающаяся сторона требовать возмещения от любого лица; или
- b) объема, в каком сумма, которую могла бы истребовать полагающаяся сторона, должна быть уменьшена вследствие поведения полагающейся стороны".

142. Хотя это предложение по существу получило определенную поддержку, общее мнение заключалось в том, что было бы неуместно пытаться в единообразных правилах подробно регулировать нормы гражданской или торговой ответственности, что предполагает пункт 4 нового предложения.

143. После обсуждения Рабочая группа решила, что проект статьи 11 должен гласить следующее:

"Полагающаяся сторона несет правовые последствия в случае:

- a) непринятия ею разумных мер с учетом обстоятельств для проверки надежности электронной подписи; или

- б) когда электронная подпись подкрепляется сертификатом, принятия ею разумных мер с учетом обстоятельств
 - i) для проверки действительности, приостановления действия или аннулирования сертификата; и
 - ii) для соблюдения любых ограничений в отношении сертификата".

Приложение

Проекты статей 1 и 3-11 единообразных правил ЮНСИТРАЛ об электронных подписях

(как они приняты Рабочей группой ЮНСИТРАЛ по электронной торговле на ее тридцать шестой сессии, проведенной в Нью-Йорке 14-25 февраля 2000 года)

Статья 1. Сфера применения

Настоящие Правила применяются в тех случаях, когда электронные подписи используются в контексте* торговой** деятельности. Они не имеют преимущественной силы по отношению к любой правовой норме, предназначенной для защиты потребителей.

* Комиссия предлагает следующий текст для государств, которые, возможно, пожелают расширить сферу применения настоящих Правил:

"Настоящие Правила применяются в тех случаях, когда используются электронные подписи, за исключением следующих ситуаций: [...]".

** Термин "торговая" следует толковать широко, с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, как договорных, так и недоговорных. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки на поставку товаров или услуг или обмен товарами или услугами; дистрибьюторские соглашения; коммерческое представительство и агентские отношения; факторинг; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; инжиниринг; купля/продажа лицензий; инвестирование; финансирование; банковские услуги; страхование; соглашения об эксплуатации и концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозка товаров и пассажиров воздушным, морским, железнодорожным и автомобильным транспортом.

...

Статья 3. Равный режим для технологий создания электронных подписей

Ни одно из положений настоящих Правил, за исключением статьи 5, не применяется таким образом, чтобы исключать, ограничивать или лишать юридической силы любой метод создания электронной подписи, который удовлетворяет требованиям, указанным в статье 6(1) настоящих Правил, или иным образом отвечает требованиям применимого права.

Статья 4. Толкование

- 1) При толковании настоящих Правил следует учитывать их международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в их применении и соблюдению добросовестности.
- 2) Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящих Правил и которые прямо в них не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основаны настоящие Правила.

Статья 5. Изменение по договоренности

Допускается отход от настоящих Правил или изменение их действия по договоренности за исключением случаев, когда такая договоренность не будет действительной или не будет иметь юридических последствий согласно законодательству принимающего государства (или за исключением случаев, когда настоящие Правила предусматривают иное).

Статья 6. Соблюдение требования в отношении наличия подписи

- 1) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использована электронная подпись, которая является настолько надежной,

насколько это соответствует цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

2) Пункт 1 применяется как в тех случаях, когда упомянутое в нем требование имеет форму обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

3) Электронная подпись считается надежной для цели удовлетворения требования, упомянутого в пункте 1, если:

- a) способ создания электронной подписи в том контексте, в котором он используется, связан с автором подписи и ни с каким другим лицом;
- b) способ создания электронной подписи в момент подписания находился под контролем автора подписи и никакого другого лица;
- c) любое изменение, внесенное в электронную подпись после момента подписания, поддается обнаружению; и
- d) в тех случаях, когда одна из целей правового требования в отношении наличия подписи заключается в гарантировании целостности информации, к которой она относится, любое изменение, внесенное в эту информацию после момента подписания, поддается обнаружению.

4) Пункт 3 не ограничивает возможности:

- a) для установления любым другим способом для цели удовлетворения требования, упомянутого в пункте 1, надежности электронной подписи; или
- b) для представления доказательств ненадежности электронной подписи.

5) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...]

Статья 7. Удовлетворение требований статьи 6

1) [Любое лицо, орган или ведомство, будь то публичное или частное, назначенное принимающим государством в качестве компетентного лица, органа или ведомства] может определять, какие электронные подписи удовлетворяют требованиям статьи 6.

2) Любое определение, вынесенное в соответствии с пунктом 1, должно соответствовать признанным международным стандартам.

3) Ничто в настоящей статье не затрагивает действия норм международного частного права.

Статья 8. Поведение автора подписи

1) Каждый автор подписи обязан:

- a) проявлять разумную осмотрительность для недопущения несанкционированного использования его подписывающего устройства;
- b) без неоправданных задержек уведомлять любое лицо, которое, как он может разумно предполагать, полагается на электронную подпись или предоставляет услуги в связи с ней, если:
 - i) автору подписи известно, что подписывающее устройство было скомпрометировано; или
 - ii) обстоятельства, известные автору подписи, обуславливают существенный риск того, что подписывающее устройство могло быть скомпрометировано;
- c) в тех случаях, когда для подтверждения электронной подписи используется сертификат, проявлять разумную осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех исходящих от него существенных заверений, которые относятся к жизненному циклу сертификата или которые должны быть включены в сертификат.

2) Автор подписи несет ответственность за невыполнение требований пункта 1.

Статья 9. Поведение поставщика сертификационных услуг

1) Поставщик сертификационных услуг:

- a) действует в соответствии с заверениями, которые он делает в отношении своей политики и практики;
- b) проявляет разумную осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех исходящих от него существенных заверений, которые относятся к жизненному циклу сертификата или которые включены в сертификат;
- c) обеспечивает разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить по сертификату:

- i) личность поставщика сертификационных услуг;
 - ii) что лицо, которое идентифицировано в сертификате, имело контроль над подписывающим устройством в момент подписания;
 - iii) что подписывающее устройство функционировало на дату или до даты выдачи сертификата;
- d) обеспечивает разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить в сертификате или иным образом, соответственно:
- i) метод, использованный для идентификации автора подписи;
 - ii) любые ограничения в отношении целей или стоимостного объема, в связи с которыми может использоваться подписывающее устройство или сертификат;
 - iii) что подписывающее устройство функционирует и не было скомпрометировано;
 - iv) любые ограничения в отношении масштаба или объема финансовой ответственности, оговоренные поставщиком сертификационных услуг;
 - v) существуют ли средства для направления автором подписи уведомления о том, что подписывающее устройство было скомпрометировано;
 - vi) предлагается ли услуга по своевременному аннулированию;
- e) обеспечивает автора подписи средством для направления уведомления о том, что подписывающее устройство было скомпрометировано, и обеспечивает функционирование службы своевременного аннулирования;
- f) использует надежные системы, процедуры и людские ресурсы при предоставлении своих услуг.

Поставщик сертификационных услуг несет финансовую ответственность за невыполнение требований пункта 1

[Статья 10. Надежность

При вынесении определения в отношении надежности и степени надежности любых систем, процедур и людских ресурсов учитываются следующие факторы:

- a) финансовые и людские ресурсы, в том числе наличие активов;
- b) качество систем аппаратного и программного обеспечения;
- c) процедуры для обработки сертификатов и заявок на сертификаты и хранение записей;
- d) наличие информации для авторов подписей, идентифицированных в сертификатах, и для потенциальных полагающихся сторон;
- e) регулярность и объем аудита, проводимого независимым органом;
- f) наличие заявления, сделанного государством, аккредитующим органом или поставщиком сертификационных услуг в отношении соблюдения или наличия вышеуказанного; и
- g) любые другие соответствующие факторы.]

Статья 11. Поведение полагающейся стороны

Полагающаяся сторона несет правовые последствия в случае:

- a) непринятия его разумных мер для проверки надежности электронной подписи; или
- b) когда электронная подпись подкрепляется сертификатом, непринятия разумных мер:
 - i) для проверки действительности, приостановления действия или аннулирования сертификата; и
 - ii) для соблюдения любых ограничений в отношении сертификата.

**D. Рабочий документ, представленный Рабочей группой по электронной торговле
на ее тридцать шестой сессии: проект единообразных правил
об электронных подписях
(A/CN.9/WG.IV/WR.84) [Подлинный текст на английском языке]**

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
ВВЕДЕНИЕ	1-13
I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ	14-21
II. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ	22-67
Статья 1. Сфера применения	22
Статья 2. Определения	23-36
Статья 3. [Технологическая нейтральность] [Равный режим для электронных подписей]	37
Статья 4. Толкование	38
Статья 5. [Изменения по договоренности] [Автономия сторон] [Свобода сторон]	39-40
Статья 6. [Соблюдение требований к подписи] [Презумпция подписания]	41-47
Статья 7. [Презумпция наличия подлинника]	48
Статья 8. Удовлетворение требований статей 6 и 7	49-51
Статья 9. Ответственность обладателя подписывающего устройства	50-53
Статья 10. Ответственность поставщика сертификационных услуг	54-60
Статья 11. Доверие к электронным подписям	
Статья 12. Доверие к сертификатам	61-63
Статья 13. Признание иностранных сертификатов и электронных подписей	64-67

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать девятой сессии (1996 год) Комиссия постановила включить в свою повестку дня вопросы о подписях в цифровой форме и сертификационных органах. Рабочей группе по электронной торговле было предложено рассмотреть целесообразность и возможность подготовки единообразных правил по этим темам. Было достигнуто согласие в отношении того, что единообразные правила, которые следует подготовить, должны охватывать такие вопросы, как: правовая основа, поддерживающая процессы сертификации, включая появляющуюся технологию удостоверения подлинности и сертификации в цифровой форме; применимость процесса сертификации; распределение риска и ответственности пользователей, поставщиков и третьих сторон в контексте использования методов сертификации; конкретные вопросы сертификации через применение регистров; и включение путем ссылки¹.

2. На тридцатой сессии (1997 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать первой сессии (A/CN.9/437). Рабочая группа сообщила Комиссии, что она достигла консенсуса в отношении важного значения и необходимости работы в направлении согласования норм права в этой области. Хотя она не приняла окончательного решения в отношении формы и содержания такой работы, Рабочая группа пришла к предварительному выводу о том, что практически можно подготовить проект единообразных правил по крайней мере по вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов и, возможно, по связанным с этими вопросами проблемам. Рабочая группа напомнила о том, что наряду с подписями в цифровой форме и сертификационными органами в рамках будущей работы в области электронной торговли, возможно, также потребуется рассмотреть следующие темы: вопросы технических альтернатив криптографии публичных ключей; общие вопросы о функциях, выполняемых поставщиками услуг, являющимися третьими сторонами; и заключение контрактов в электронной форме (A/CN.9/437, пункты 156-157).

3. Комиссия одобрила выводы Рабочей группы и поручила ей подготовить единообразные правила по юридическим вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов (далее в тексте - "проект единообразных правил об электронных подписях" или "единообразные правила"). В отношении конкретной сферы применения и формы единообразных правил было выражено общее мнение, что на данном начальном этапе

¹Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункты 223-224.

принятие решения невозможно. Было сочтено, что, хотя Рабочая группа может надлежащим образом сосредоточить свое внимание на вопросах подписей в цифровой форме с учетом очевидной ведущей роли криптографии публичных ключей в зарождающейся практике электронной торговли, единообразные правила должны соответствовать нейтральному с точки зрения носителей информации подходу, который взят за основу в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (далее в тексте - "Типовой закон"). Таким образом, единообразные правила не должны препятствовать использованию других методов удостоверения подлинности. Кроме того, при рассмотрении вопросов криптографии публичных ключей в единообразных правилах, возможно, необходимо будет учесть различия в уровнях защиты и признать различные юридические последствия и уровни ответственности, соответствующие различным видам услуг, оказываемых в контексте подписей в цифровой форме. Что касается сертификационных органов, то Комиссия, хотя она и признала ценность стандартов, определяемых рыночными отношениями, в целом согласилась с тем, что Рабочая группа может надлежащим образом предусмотреть разработку минимального свода стандартов, которые должны будут соблюдать сертификационные органы, особенно в случае необходимости трансграничной сертификации².

4. Рабочая группа приступила к разработке единообразных правил на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.73) на своей тридцать второй сессии.

5. На тридцать первой сессии (1998 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать второй сессии (A/CN.9/446). Было отмечено, что на своих тридцать первой и тридцать второй сессиях Рабочая группа столкнулась с очевидными трудностями в достижении общего понимания новых правовых вопросов, которые возникают в связи с расширением использования подписей в цифровой и другой электронной форме. Было отмечено также, что еще предстоит достичь консенсуса в отношении того, каким образом эти вопросы можно было бы урегулировать в международно приемлемых правовых рамках. В то же время Комиссия в целом сочла, что достигнутый к настоящему моменту прогресс свидетельствует о том, что проект единообразных правил об электронных подписях постепенно превращается в документ, который можно будет применять на практике. Комиссия подтвердила принятое на ее тридцатой сессии решение относительно возможности разработки единообразных правил и выразила уверенность в том, что на своей тридцать третьей сессии Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса на основе пересмотренного проекта, подготовленного Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.76). В контексте этого обсуждения Комиссия с удовлетворением отметила, что по общему признанию Рабочая группа стала особо важным международным форумом для обмена мнениями по правовым вопросам электронной торговли и выработки решений по этим вопросам³.

6. На тридцать второй сессии (1999 год) Комиссии были представлены доклады Рабочей группы о работе ее тридцать третьей (июль 1998 года) и тридцать четвертой (февраль 1999 года) сессий (A/CN.9/454 и 457). Комиссия выразила признательность Рабочей группе за ее усилия по подготовке проекта единообразных правил об электронных подписях. Хотя, по мнению большинства членов Комиссии, на этих сессиях был достигнут значительный прогресс в понимании правовых вопросов, связанных с использованием электронных подписей, было также сочтено, что Рабочая группа столкнулась с рядом трудностей в достижении консенсуса в отношении законодательного принципа, на котором должны основываться единообразные правила.

7. Было также высказано мнение, что подход, применяемый в настоящее время Рабочей группой, недостаточно полно отражает потребность деловых кругов в гибком использовании электронных подписей и других способов удостоверения подлинности. В единообразных правилах, как их представляет в настоящее время Рабочая группа, чрезмерно акцентируются способы цифровых подписей и - в сфере применения цифровых подписей - специальная практика сертификации третьей стороной. Соответственно, было предложено либо ограничить работу по вопросам электронных подписей, осуществляемую Рабочей группой, правовыми вопросами трансграничной сертификации, либо отложить ее до тех пор, пока не упрочится соответствующая рыночная практика. В связи с этим было также высказано мнение, что применительно к целям международной торговли большая часть правовых вопросов, возникающих в связи с использованием электронных подписей, уже была решена в Типовом законе. Хотя некоторые виды использования электронных подписей, возможно, требуют урегулирования за рамками торгового права, Рабочей группе не следует заниматься какими-либо вопросами, связанными с такого рода регулированием.

8. Преобладало мнение о том, что Рабочей группе следует выполнять свою задачу, исходя из своего первоначального мандата (см. пункт 3 выше). Что касается необходимости в единообразных правилах об электронных подписях, то, как было разъяснено, правительственные и законодательные органы многих стран, занимающиеся подготовкой законодательства по вопросам электронных подписей, включая создание инфраструктур публичных ключей (ИПК), или другими проектами по тесно связанным с этой областью вопросам (см. A/CN.9/457, пункт 16), ожидают от ЮНСИТРАЛ рекомендаций. Что касается принятого Рабочей группой решения сосредоточить свое внимание на вопросах использования ИПК и терминологии ИПК, то было вновь указано, что комплекс взаимоотношений между тремя отдельными категориями сторон (т.е. обладателями ключей,

²Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17), пункты 249-251.

³Там же, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункт 208.

сертификационными органами и полагающимися сторонами) отвечает одной возможной модели ИПК, но что можно предположить и существование других моделей, например, в тех случаях, когда независимый сертификационный орган не является участником таких отношений. Одно из основных преимуществ, которое можно извлечь из концентрации внимания на вопросах ИПК, состоит в том, что это позволит облегчить составление единообразных правил за счет ссылок на три функции (или роли) применительно к парам ключей, а именно на функцию выдачи ключа (или функцию абонирования), сертификационную функцию и полагающуюся функцию. Было достигнуто общее согласие в том, что эти три функции являются общими для всех моделей ИПК. Было также принято решение о том, что вопросы, связанные с этими тремя функциями, должны регулироваться независимо от того, выполняют ли их на практике три отдельных субъекта или же одно и то же лицо выполняет две из этих функций (например, в случаях, когда сертификационный орган также является полагающейся стороной). Кроме того, согласно получившему широкую поддержку мнению, уделение первоочередного внимания функциям, типичным для ИПК, а не какой-либо конкретной модели, может на более позднем этапе облегчить разработку такой нормы, которая являлась бы полностью нейтральной с точки зрения носителя информации (там же, пункт 68).

9. После обсуждения Комиссия вновь подтвердила принятые ею ранее решения относительно возможности подготовки таких единообразных правил (см. пункты 3 и 5 выше) и выразила уверенность, что Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса на будущих сессиях⁴.

10. Рабочая группа продолжила подготовку проекта единообразных правил на своей тридцать пятой сессии (Вена, сентябрь 1999 года) на основе записки (A/CN.9/WG.IV/WP.82), подготовленной Секретариатом. Доклад о работе этой сессии содержится в документе A/CN.9/465.

11. В настоящей записке содержатся пересмотренные проекты положений, подготовленные с учетом обсуждений и решений Рабочей группы, а также обсуждений и решений Комиссии на ее тридцать второй сессии, воспроизведенные выше (см. пункты 6-9 выше). Положения в новой редакции подчеркнуты. Для удобства пользования сводный текст проектов положений воспроизводится в виде приложения I к настоящей записке.

12. В соответствии с применимыми инструкциями, касающимися более строго контроля за документами Организации Объединенных Наций и ограничения их объема, пояснительные примечания к проектам положений являются настолько краткими, насколько это возможно. Дополнительные разъяснения будут даны устно в ходе сессии.

Справочные национальные законодательные и другие тексты

13. В целях информации и сопоставления в настоящий документ применительно к ряду статей включены примеры национальных законодательных и других текстов, выделенные более мелким шрифтом. Примеры национального законодательства включались исходя из тех законодательных актов, которые были известны Секретариату и которые имелись в его распоряжении для справочных целей. Примеры других текстов включались исходя из того, что эти документы были подготовлены международными организациями или являются широко известными и общедоступными. Сокращения указывают на следующие законодательные акты и другие тексты:

- Германия Закон о цифровых подписях 1997 года (статья 3, Закон об информационных и коммуникационных услугах; утвержден 13/6/97; вступил в силу 1/8/97);
- Иллинойс США, Закон о безопасности электронной торговли 1998 года (1997 Illinois House Bill 3180; 5 Ill. Comp. Stat. 175; принят в августе 1998 года);
- Миннесота США, Закон об электронном удостоверении подлинности (Minnesota Statutes §325; принят в мае 1997 года);
- Миссури США, Закон о цифровых подписях 1998 года (1998 SB 680; принят в июле 1998 года);
- Сингапур Закон об электронных сделках 1998 года, Закон № 25 1998 года;
- Руководящие Американская ассоциация адвокатов, Научно-техническая секция, "Руководящие принципы AAA в отношении цифровых подписей", 1996 год;
- Директива ЕС Проект директивы Европейского парламента и Совета об общих рамках для электронных подписей; принят 30 ноября 1999 года (PE-CONS 3625/99);
- ГАЙДЕК Международная торговая палата, "Общая практика для международных торговых операций, заверенных в цифровой форме", 1997 год.

⁴Там же, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункты 308-314.

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

14. Цель единообразных правил, отраженная в проектах положений, которые изложены в части II настоящей записки, заключается в содействии более широкому использованию электронных подписей в международных коммерческих сделках. Опираясь на многие законодательные документы, которые действуют или в настоящее время разрабатываются в ряде стран, эти проекты положений направлены на предупреждение несогласованности правовых норм, применимых к электронной торговле, путем установления совокупности стандартов, на основе которых могут быть признаны правовые последствия цифровых и других электронных подписей, с возможной помощью сертификационных органов, для которых также предусматривается ряд основных правил.

15. В единообразных правилах, в которых основное внимание сосредоточено на частноправовых аспектах торговых сделок, не предпринимается попытки решить все вопросы, которые могут возникать в контексте более широкого использования электронных подписей. В частности, единообразные правила не касаются аспектов публичного порядка, административного права, потребительского права или уголовного права, которые, возможно, необходимо принять во внимание национальным законодателям при создании всеобъемлющей правовой основы для электронных подписей.

16. Единообразные правила основываются на Типовом законе и призваны, в частности, отразить: принцип нейтральности с точки зрения носителей информации; недискриминационный подход в отношении функциональных эквивалентов традиционных понятий и практики, основанных на использовании бумажных документов, и широкое признание автономии сторон. Они предназначаются для использования в качестве как минимальных стандартов в "открытой" среде (т. е. когда стороны сносятся друг с другом с помощью электронных средств без предварительного согласия), так и субсидиарных правил в "закрытой" среде (т. е. когда стороны связаны уже существующими договорными нормами и процедурами, подлежащими соблюдению при передаче сообщений с помощью электронных средств).

17. При рассмотрении проектов положений, предлагаемых для включения в единообразные правила, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть в более общем плане взаимосвязь между единообразными правилами и Типовым законом. Настоящий проект единообразных правил был подготовлен исходя из той предпосылки, что они будут приняты в качестве отдельного правового документа.

18. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли в пресамбуле разъяснить цель единообразных правил, а именно содействие эффективному использованию электронных коммуникаций путем создания основы для защиты сообщений и придания письменным и электронным сообщениям равного статуса с точки зрения их правовых последствий.

19. На тридцать третьей сессии Рабочей группы были выражены сомнения в отношении приемлемости использования слов "с высокой степенью защиты" или "защищенная" для указания на методы подписания, которые могут обеспечить более высокую степень надежности, чем "электронные подписи" в целом (A/CN.9/454, пункт 29). Рабочая группа сделала вывод о том, что в отсутствие более подходящего термина следует сохранить слова "с высокой степенью защиты". На тридцать четвертой сессии (A/CN.9/457, пункт 39) было высказано мнение о том, что определение "электронной подписи с высокой степенью защиты", возможно, потребует еще раз рассмотреть вместе с вопросом об общей структуре единообразных правил после того, как будет разъяснена цель создания соответствующих режимов для двух категорий электронных подписей, особенно в том, что касается юридических последствий обоих видов электронных подписей. Было высказано предположение о том, что рассмотрение электронных подписей с высокой степенью защиты будет оправданным только в том случае, если единообразные правила будут устанавливать функциональный эквивалент конкретным видам использования собственноручных подписей. Поскольку эта задача может быть особенно трудной на международном уровне и к тому же будет иметь лишь ограниченное значение для международных коммерческих сделок, те дополнительные выгоды, которые можно ожидать от использования не просто "электронной подписи", а "электронной подписи с высокой степенью защиты", возможно, потребуются разъяснить. На тридцать пятой сессии Рабочей группы была выражена поддержка сохранению концепции "электронной подписи с высокой степенью защиты", которая, как это было описано, способна создать особенно большие возможности для обеспечения определенности в том, что касается использования конкретного вида электронных подписей, а именно применения цифровых подписей посредством инфраструктуры публичных ключей (ИПК). В ответ было указано, что концепция "электронной подписи с высокой степенью защиты" неоправданно усложняет структуру единообразных правил. Кроме того, концепция "электронной подписи с высокой степенью защиты" будет создавать возможности для неверного толкования, так как предполагает, что различные уровни технической надежности могут соответствовать в одинаковой мере разнообразному диапазону юридических последствий. Широко высказывалась обеспокоенность тем, что электронная подпись с высокой степенью защиты будет рассматриваться в качестве отдельной юридической концепции, а не в качестве термина, описывающего набор технических критериев, использование которых делает метод подписания особенно надежным. Рабочая группа, хотя она и отложила окончательное решение по вопросу о том, будет ли использоваться в единообразных правилах концепция "электронной подписи с высокой степенью защиты", в целом согласилась с тем, что при подготовке пересмотренного проекта единообразных правил для

продолжения обсуждения на одной из будущих сессий, было бы полезно включить такой вариант проекта статьи, в котором не упоминалась бы эта концепция (A/CN.9/465, пункт 66).

20. С учетом этого проведенного обсуждения вопроса о необходимости в категории "электронных подписей с высокой степенью защиты" в настоящем пересмотренном проекте единообразных правил использован альтернативный подход, предлагаемый на рассмотрение Рабочей группы. Определение "электронной подписи с высокой степенью защиты" в проекте статьи 2(b) было заключено в квадратные скобки, но оно не используется ни в одном из материально-правовых положений единообразных правил. Где это возможно, соответствующие части этого определения включены в соответствующие положения. Цель этого альтернативного подхода состоит в том, чтобы оказать содействие Рабочей группе в принятии решения о том, следует ли исключить ссылки как на электронные, так и на электронные подписи с высокой степенью защиты, с тем чтобы в единообразных правилах регулировалась только единая категория электронных подписей. Примечания, касающиеся возможного изменения определения, включены в статью 2. Примечания, касающиеся конкретных предложений, приводятся в соответствующих статьях.

21. В соответствии с договоренностью Рабочей группы на ее тридцать пятый сессии настоящий пересмотренный проект единообразных правил основан на предположении, что ссылка на ситуацию, "когда закон требует подписи", не ограничивается случаями, когда электронная подпись используется для удовлетворения императивного требования законодательства о том, что для придания некоторым документам юридической силы, их следует подписывать. Поскольку в законодательстве содержится лишь немногие подобные требования в отношении документов, используемых для коммерческих сделок, практическим следствием такого неправильного толкования было бы неоправданное сужение сферы применения единообразных правил. В соответствии с этим толкованием слово "законодательство", принятое Комиссией в пункте 68 Руководства по принятию Типового закона (в соответствии с которым слово "законодательство" следует понимать как включающее не только статутное право или подзаконные акты, но также нормы, создаваемые судами, и другие процессуальные нормы), Единообразные правила (и Типовой закон) призваны очень широко охватить использование электронных подписей, поскольку большинство документов, используемых в контексте коммерческих сделок, вероятно, на практике столкнется с требованиями доказательственного права относительно представления письменных доказательств (A/CN.9/465, пункт 67).

II. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ

Статья 1. Сфера применения

Настоящие Правила применяются в тех случаях, когда электронные подписи используются в контексте* торговой** деятельности. Они не имеют преимущественной силы по отношению к любой правовой норме, предназначенной для защиты потребителей.

* Комиссия предлагает следующий текст для государств, которые, возможно, пожелают расширить сферу применения настоящих Правил:

"Настоящие Правила применяются в тех случаях, когда используются электронные подписи, за исключением следующих ситуаций: [...]".

** Термин "торговая" следует толковать широко, с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, как договорных, так и недоговорных. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки о поставке товаров или услуг или обмене товарами или услугами; дистрибьюторские соглашения; торговое представительство и агентские отношения; факторинг; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; инжиниринг; купля/продажа лицензий; инвестирование; финансирование; банковские услуги; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозка товаров и пассажиров по воздуху, морем, по железным и автомобильным дорогам.

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/465, пункты 36-42;
A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункт 21;
A/CN.9/457, пункты 53-64.

Примечания

22. Вступительная формулировка проекта статьи 1 была пересмотрена с целью обеспечить ее соответствие тексту статьи 1 Типового закона (см. A/CN.9/465, пункт 38). Сноска(*) призвана отразить подход, аналогичный тому,

который был принят в контексте Типового закона, в соответствии с которым "ничто в Типовом законе не должно препятствовать намерениям принимающего его государства расширить сферу действия Типового закона, с тем чтобы охватить виды использования электронной торговли за пределами коммерческой сферы" (Руководство по принятию Типового закона, пункт 26). На своей тридцать пятой сессии Рабочая группа постановила, что такой подход следует применить также и в отношении электронных подписей (там же, пункт 39).

Статья 2. Определения

Для целей настоящих Правил:

- а) "электронная подпись" означает [данные в электронной форме, которые содержатся в сообщении данных, приложены к нему или логически ассоциируются с ним и которые могут быть использованы] [любой метод, который может быть использован в отношении сообщения данных] для идентификации обладателя подписи в связи с сообщением данных и указания на то, что обладатель подписи согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных;
- б) "электронная подпись с высокой степенью защиты" означает электронную подпись, в отношении которой может быть продемонстрировано с помощью использования [какой-либо процедуры защиты] [какого-либо метода защиты], что эта подпись:
 - i) присуща исключительно обладателю подписи [для цели, с которой] [в контексте, в котором] она используется;
 - ii) была создана и приложена к сообщению данных обладателем подписи или с использованием средства, находящегося под исключительным контролем обладателя подписи [а не каким-либо другим лицом];
 - iii) была создана и связана с сообщением данных, к которому она относится, таким образом, который обеспечивает надежные доказательства целостности сообщения";]
- с) "сертификат" означает сообщение данных или иную запись, которая выдается сертифицирующей информацией и которые предназначены для удостоверения личности лица или организации, являющихся обладателями [определенной пары ключей] [определенного подписывающего устройства];
- д) "сообщение данных" означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими;
- е) "обладатель подписи" [обладатель устройства] [обладатель ключа] [абонент] [обладатель подписывающего устройства] [подписавшийся] [подписавший] означает лицо, которым или от имени которого электронная подпись с высокой степенью защиты может быть создана и приложена к сообщению данных;
- ф) "сертификатор информации" означает лицо или организацию, которые в рамках своей деятельности занимаются [предоставлением идентификационных услуг, которые используются] [сертификацией информации, которая используется] для поддержки использования электронных подписей [с высокой степенью защиты].

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

- A/CN.9/465, пункт 42;
- A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункты 22-33;
- A/CN.9/457, пункты 22-47, 66-67, 89, 109;
- A/CN.9/WG.IV/WR.80, пункты 7-10;
- A/CN.9/WG.IV/WR.79, пункт 21;
- A/CN.9/454, пункт 20;
- A/CN.9/WG.IV/WR.76, пункты 16-20;
- A/CN.9/446, пункты 27-46 (проект статьи 1), 62-70 (проект статьи 4), 113-131 (проект статьи 8), 132-133 (проект статьи 9);
- A/CN.9/WG.IV/WR.73, пункты 16-27, 37-38, 50-57, и 58-60;
- A/CN.9/437, пункты 29-50 и 90-113 (проекты статей A, B и C); и
- A/CN.9/WG.IV/WR.71, пункты 52-60.

Примечания

23. На своей тридцать пятой сессии Рабочая группа постановила отложить рассмотрение содержащихся в проекте статьи 2 определений до материально-правовых положений единообразных правил (A/CN.9/465, пункт 42).

Определение "электронной подписи"

24. Определение электронной подписи было пересмотрено в соответствии с решением, принятым Рабочей группой на ее тридцать четвертой сессии (A/CN.9/457, пункты 23-32). Слова в квадратных скобках "[любой метод, который может быть использован в отношении сообщения о данных]" включены для приведения формулировки определения в единообразных правилах в соответствии с формулировкой статьи 7 Типового закона.

Определение "электронной подписи с высокой степенью защиты"

25. На своей тридцать пятой сессии Рабочая группа обсудила вопрос использования в единообразных правилах концепции "электронной подписи с высокой степенью защиты". Была выражена поддержка сохранению концепции электронной подписи с высокой степенью защиты, которая, как это было описано, способна создать особенно большие возможности для обеспечения определенности в том, что касается использования конкретного вида электронных подписей, а именно применения цифровых подписей посредством инфраструктуры публичных ключей (ИПК). В ответ было указано, что концепция "электронной подписи с высокой степенью защиты" неоправданно усложняет структуру единообразных правил. Кроме того, концепция "электронной подписи с высокой степенью защиты" будет создавать возможности для неверного толкования, так как предполагает, что различные уровни технической надежности могут соответствовать в одинаковой мере разнообразному диапазону юридических последствий. Широко высказывалась обеспокоенность тем, что электронная подпись с высокой степенью защиты будет рассматриваться в качестве отдельной юридической концепции, а не в качестве термина, описывающего набор технических критериев, использование которых делает метод подписания особенно надежным. Рабочая группа, хотя она и отложила окончательное решение по вопросу о том, будет ли использоваться в единообразных правилах концепция "электронной подписи с высокой степенью защиты", в целом согласилась с тем, что при подготовке пересмотренного проекта единообразных правил для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий, было бы полезно включить такой вариант проекта статьи, в котором не упоминалась бы эта концепция (A/CN.9/465, пункт 66).

26. В соответствии с решением, принятым Рабочей группой на ее тридцать четвертой сессии (A/CN.9/457, пункт 39), определение "электронной подписи с высокой степенью защиты" было пересмотрено: в него в квадратных скобках в качестве необходимой привязки электронной подписи с высокой степенью защиты на сообщении данных к информации, содержащейся в сообщении данных, была включена формулировка подпункта (b)(iii), в которой содержится ссылка на функцию целостности. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли понятие целостности включить в качестве составной части определения электронной подписи с высокой степенью защиты или же это понятие, взятое в качестве концепции, более тесно связано с понятием подлинника, как оно рассматривается в статье 8 Типового закона и проекте статьи 7 единообразных правил. Ранее содержащаяся в подпункте (ii) формулировка "может использоваться для объективной идентификации обладателя подписи в связи с сообщением данных" была исключена из пересмотренного текста на том основании, что она уже является частью определения "электронной подписи" в подпункте (a).

27. Во вступительную формулировку подпункта (b) в качестве альтернативы применению "процедуры защиты" была включена ссылка на применение "метода" с тем, чтобы обеспечить более тесное соответствие с терминологией, используемой в Типовом законе.

28. В подпункте (b)(ii) слова "а не каким-либо другим лицом" были помещены в квадратные скобки, поскольку их включение ставит ряд вопросов. Во-первых, включение этих слов в определение усиленной электронной подписи может послужить основанием для предположения о том, что подпись, которая не создана и не приложена обладателем подписывающего устройства (и, таким образом, потенциально является несанкционированной), не представляет собой электронной подписи с высокой степенью защиты. В результате такого толкования подобные подписи могут быть исключены из сферы действия некоторых статей единообразных правил, включая, например, проекты статей 8, 9 и 11. В частности, могут возникнуть сомнения относительно применимости тех частей проекта статьи 9, которые касаются ответственности за компрометацию подписывающих устройств.

29. Во-вторых, включение этих слов будет равнозначно установлению требования о том, что для того, чтобы какая-либо процедура защиты или какой-либо метод считались электронной подписью с высокой степенью защиты, эта процедура или метод должны создавать возможность продемонстрировать, что подпись была действительно создана и приложена обладателем подписывающего устройства. Поскольку некоторые технологии могут не предусматривать такой возможности, включение такого требования может предполагать необходимость в использовании - в сочетании с применением подписывающего устройства - какого-либо способа идентификации личности, например, использования биометрики или какого-либо другого аналогичного способа.

30. Еще одним вопросом, который Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть в контексте подпункта (b)(ii), является взаимосвязь между требованием "исключительного контроля" и проектом статьи 9, в котором предусматриваются обязательства "каждого" обладателя подписывающего устройства. Этот вопрос также возникает в связи с определением "обладателя подписи", которое рассматривается ниже.

31. В подпункте (b)(iii) слова "надежные доказательства" призваны обеспечить соответствие с терминологией статьи 8 Типового закона.

Определение "сертификата"

32. Определение термина "сертификат" было включено в единообразные правила по причине обеспечения полноты охвата. Это определение основывается на определении термина "сертификат личности", содержащегося в документе A/CN.9/WG.IV/WP.79, хотя в настоящем проекте единообразных правил описательная формулировка "сертификат личности" более не используется. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, могут ли быть исключены слова "или другой существенной характеристики", по следующей причине: концепция "личности" может представлять собой более объемное понятие, чем просто ссылку на имя обладателя подписывающего устройства и может охватывать также и другие существенные характеристики, такие как занимаемая должность или выполняемые функции, как в сочетании с указанием имени, так и без ссылки на него. Исходя из этого, проводить различие между личностью и другими существенными характеристиками или ограничивать применение единообразных правил только теми ситуациями, при которых используются только сертификаты личности, указывающие имя обладателя подписывающего устройства, возможно, не потребуется. Альтернативную точку зрения назначения понятия "личность" см. "Background Paper on Electronic Authentication Technologies and Issues", Joint OECD-Private Sector Workshop on Electronic Authentication, California, 2-4 June 1999, pages 6-9.

33. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об уместности использования слов "подтверждение личности", поскольку сертификат в действительности может не подтверждать личность обладателя подписывающего устройства, а идентифицировать обладателя подписывающего устройства в результате применения ряда процедур и удостоверять наличие связи между этой личностью и подписывающим устройством или публичным ключом, указанными в сертификате. Для обеспечения нейтральности единообразных правил с технологической точки зрения Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос об использовании такой, например, технологически нейтральной формулировки, как "подписывающее устройство" или "устройство для создания подписи", в качестве альтернативы словам "пара ключей", поскольку понятие "пара ключей" непосредственно связано с цифровыми подписями. Использование словосочетания "пара ключей" в связи с определением "сертификата" может быть уместно в тех ситуациях, когда сертификаты используются только в контексте цифровых подписей.

Определение "сообщения данных"

34. Определение "сообщение данных" было включено в проект единообразных правил по причине обеспечения полноты охвата. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости включения этого определения в контексте взаимосвязи единообразных правил и Типового закона.

Определение "обладателя подписи"

35. На своей тридцать четвертой сессии Рабочая группа не завершила обсуждения определения термина "обладатель подписи" (A/CN.9/457, пункт 47). Пересмотренный текст этого определения в настоящее время включает в квадратных скобках ряд терминов, которые, как это было сочтено Рабочей группой, будут, возможно, более уместными, чем словосочетание "обладатель подписи". Это определение, возможно, потребуется пересмотреть в контексте подпункта (b)(ii) определения "электронной подписи с высокой степенью защиты", приведенного выше, и проекта статьи 9, как на это указывается в пункте 30. С учетом предложения, сделанного на тридцать пятой сессии Рабочей группы, термин "обладатель подписи" был заменен повсеместно в тексте настоящей записки на термин "обладатель подписывающего устройства" (см. A/CN.9/465, пункты 78-82).

Определение "сертификатора информации"

36. Это определение Рабочая группа на ее предыдущей сессии не рассматривала и оно остается без изменений. Однако с учетом предыдущих обсуждений (A/CN.9/457, пункт 109) Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли толковать слова "в рамках своей деятельности", содержащиеся в определении "сертификатора информации", как подразумевающие, что деятельность, связанная с сертификацией, должна быть единственным видом деловых операций сертификатора информации или же - с тем чтобы охватить такие ситуации, при которых, например, сертификаты будут выдаваться компаниями, занимающимися расчетами по кредитным картам - следует также охватить и вопрос о сертификатах в качестве побочной части деятельности организации. Принимая во внимание предложение, выдвинутое на тридцать пятую сессию Рабочей группы, термин "сертификатор информации" был заменен повсеместно в оставшейся части единообразных правил на термин "поставщик

сертификационных услуг" (A/CN.9/465, пункт 125). Рабочая группа, возможно, пожелает принять решение относительно того, какую терминологию использовать.

Справочные национальные законодательные и другие тексты

Руководящие принципы ААА

Часть 1: Определения

1.5 Сертификат

Сообщение, которое, по меньшей мере,

- 1) идентифицирует выдавший его сертификационный орган,
- 2) именуется или идентифицируется абонентом,
- 3) содержит публичный ключ абонента,
- 4) указывает срок действия, и
- 5) в цифровой форме подписано выдавшим его сертификационным органом.

1.6 Сертификационный орган

Лицо, которое выдает сертификат.

1.27 Подающая сторона

Лицо, которое получило сертификат и цифровую подпись, которая может быть проверена при помощи публичного ключа, указанного в сертификате, и которое в состоянии положиться на них.

1.30 Подписавшийся

Лицо, которое создает цифровую подпись для сообщения.

1.31 Абонент

Лицо, которое

- 1) именовано и идентифицировано в сертификате, выданном такому лицу, и
- 2) обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в этом сертификате.

Директива ЕС

Статья 2 Определения

Для целей настоящей Директивы:

1. "электронная подпись" означает данные в электронной форме, которые приложены к другим электронным данным или логически ассоциируются с ними и которые служат способом удостоверения подлинности;
2. "более защищенная электронная подпись" означает электронную подпись, которая отвечает следующим требованиям:
 - a) она обладает уникальной связью с подписавшим;
 - b) она может идентифицировать подписавшего;
 - c) она создана при помощи средства, над которым подписавший может поддерживать свой исключительный контроль; и
 - d) она связана с данными, к которым она относится, таким образом, что любое последующее изменение в данных могло бы быть выявлено;
3. "подписавший" означает лицо, которое обладает устройством для создания подписи и действует от своего собственного имени или от имени лица или организации, которых оно представляет;
4. "данные для создания подписи" означает уникальные данные, такие, как коды или частные криптографические ключи, которые используются подписавшим при создании электронной подписи;
5. "устройство для создания подписи" означает конфигурированное программное или аппаратное обеспечение для оперирования данными при создании электронной подписи;
6. "устройство для создания защищенной подписи" означает устройство для создания подписи, которое отвечает требованиям, изложенным в приложении III;
7. "данные для проверки подписи" означает данные, такие, как коды или публичные криптографические ключи, которые используются при проверке электронной подписи;

8. "устройство для проверки подписи" означает конфигурированное программное или аппаратное обеспечение для оприличивания данных для проверки подписи;

9. "сертификат" означает электронную аттестацию, которая позволяет установить связь между данными для проверки подписи и каким-либо лицом и которая подтверждает личность этого лица;

10. "сертификат, удовлетворяющий установленным требованиям" означает сертификат, который удовлетворяет требованиям, изложенным в Приложении I, и который обеспечивает поставщик сертификационных услуг, удовлетворяющий требованиям, изложенным в Приложении II;

11. "поставщик сертификационных услуг" означает лицо или организацию, которые выдают сертификаты или предоставляют другие услуги, связанные с электронными подписями: [...].

ГАЙДЕК

VI. Глоссарий терминов

2. Сертификат

Аутентифицированное каким-либо лицом сообщение, которое аттестует точность фактов, относящихся к юридической действительности акта какого-либо иного лица.

4. Сертификатор

Лицо, которое выдает сертификат и тем самым аттестует точность факта, относящегося к юридической действительности акта какого-либо иного лица.

12. Сертификат публичного ключа

Сертификат, в котором указывается публичный ключ, присвоенный абоненту и соответствующий частному ключу, которым обладает этот абонент.

14. Абонент

Лицо, указанное в сертификате.

Германия

§ 2 Определения

1) Цифровая подпись по смыслу настоящего закона представляет собой печать для скрепления цифровых данных, которая создана с помощью частного подписывающего ключа и которая позволяет при помощи использования соответствующего публичного ключа, к которому приложен сертификат подписывающего ключа, выданный сертифицированным или органом согласно § 3, установить владельца ключа подписи и нефальсифицированный характер данных.

2) Сертификатором по смыслу настоящего закона является физическое или юридическое лицо, которое подтверждает принадлежность публичных подписывающих ключей физическим лицам и обладает лицензией на такую деятельность согласно § 4.

3) Сертификат по смыслу настоящего закона является цифровой аттестацией, которая касается подтверждения авторства публичного подписывающего ключа физическому лицу и к которой приложена цифровая подпись (сертификат подписывающего ключа), или специальной цифровой аттестацией, которая безошибочно указывает на сертификат подписывающего ключа и содержит дальнейшую информацию (сертификат авторства).

Италия

Статья 5. Электронные записи и подписи в целом

Раздел 5-105 Определения

"Сертификат" означает запись, в которой, как минимум: а) идентифицируется выдавший его сертификационный орган; б) именуется или иным образом идентифицируется абонент, или устройство, или электронный агент под контролем абонента; в) содержится публичный ключ, соответствующий частному ключу, находящемуся под контролем абонента; д) указывается срок действия; и е) имеется цифровая подпись выдавшего его сертификационного органа.

"Сертификационный орган" означает лицо, которое разрешает и обеспечивает выдачу сертификата.

"Электронная подпись" означает подпись в электронной форме, приложенную к электронной записи или логически ассоциируемую с ней.

"Подписывающее устройство" означает уникальную информацию, такую, как коды, алгоритмы, буквы, цифры, частные ключи или личные идентификационные номера (PIN), или материальные устройства с уникальной конфигурацией, которые необходимы отдельно или в сочетании с другой информацией или устройствами для создания электронной подписи, приписываемой какому-либо конкретному лицу.

Слэшпур

Часть I

Раздел 2. Толкование

"Сертификат" означает выданную для цели поддержки цифровых подписей запись, которая предназначена для подтверждения личности или других существенных характеристик лица, обладающего соответствующей парой ключей;

"сертификационный орган" означает лицо или организацию, которые выдают сертификат;

"электронная подпись" означает любые буквы, знаки, цифры или другие символы в цифровой форме, которые присоединяются к электронной записи или логически ассоциируются с ней и которые были созданы или приняты с целью удостоверения подлинности электронной записи или выражения согласия с ней;

"пара ключей" - в асимметричной криптосистеме - означает частный ключ и математически связанный с ним публичный ключ, которые обладают свойством, позволяющим с помощью публичного ключа проверить цифровую подпись, созданную с помощью частного ключа;

"частный ключ" означает тот ключ из пары ключей, который используется для создания цифровой подписи;

"публичный ключ" означает тот ключ из пары ключей, который используется для проверки цифровой подписи;

"абонент" означает лицо, которое поименовано или идентифицировано в выданном ему сертификате и которое обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в этом сертификате.

Статья 3. [Технологическая нейтральность] [Равный режим для электронных подписей]

Ни одно из положений настоящих Правил не применяется таким образом, чтобы исключить, ограничивать или лишать юридической силы любой метод [электронной подписи], [который удовлетворяет требованиям, указанным в статье 6(1) настоящих Правил] [который является как надежным, так и соответствующим цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности] [или иным образом отвечает требованиям применимого права].

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/465, пункты 43-48;
A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункт 34;
A/CN.9/457, пункты 53-64.

Примечания

37. Проект статьи 3 призван отразить некоторые предложения редакционного характера, сделанные в контексте тридцать пятой сессии Рабочей группы (A/CN.9/465, пункты 47-48). С учетом своего обсуждения проекта статьи 3 Рабочая группа, возможно, пожелает принять решение о том, следует ли в единообразных правилах пояснить, что любой метод, используемый или рассматриваемый в иных целях, чем создание функционального эквивалента законно значимой собственноручной подписи (т.е. метод, отвечающий требованиям проекта статьи 6 или в иных случаях отвечающий требованиям применимого права), не подпадает в сферу применения единообразных правил.

Статья 4. Толкование

1) При толковании настоящих Единообразных правил следует учитывать их международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в их применении и соблюдению добросовестности.

2) Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящих Единообразных правил и которые прямо в них не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основаны настоящие Единообразные правила.

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/465, пункты 49-50;
A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункт 35.

Примечания

38. На своей тридцать пятой сессии Рабочая группа в целом согласилась с основными положениями проекта статьи 4 (A/CN.9/465, пункт 50).

Статья 5. [Изменение по договоренности] [Автономия сторон]
[Свобода договора]

Допускается отход от настоящих Правил или [изменение их действия] по договоренности за исключением тех случаев, когда настоящие Правила предусматривают иное или законодательство принимающего государства предусматривает иное.

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/465, пункты 51-61;
 A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункты 36-40;
 A/CN.9/457, пункты 53-64.

Примечания

39. Текст проекта статьи 5 отражает предложение, получившее широкую поддержку в Рабочей группе на ее тридцать пятой сессии (A/CN.9/465, пункт 59), в соответствии с которым обеспечивается свобода сторон в отношениях между собой в том, что касается отступления от содержащихся в настоящих Правилах положений или их изменения. Это положение об автономии касается только настоящих Правил и ни в коей мере не призвано затрагивать публичный порядок или императивные нормы, применимые к договорам, в частности положения, касающиеся недобросовестных договоров.

40. Фраза в квадратных скобках была включена в качестве возможной формулировки ближе соответствующей тексту статьи 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (далее именуемой "Конвенцией о купле-продаже товаров") на основании предложения Рабочей группы (там же, пункт 61).

Статья 6. [Соблюдение требований к подписи] [Презумпция подписания]

1) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использован [использована] [метод] [электронная подпись], который [которая] является как надежным [надежной], так и соответствующим [соответствующей] цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

2) Пункт 1 применяется как в тех случаях, когда упомянутое в нем требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

Вариант А

3) Считается, что [метод] [электронная подпись] является надежным для цели удовлетворения требования, упомянутого в пункте 1, если этот метод обеспечивает, что:

- a) данные, используемые для создания электронной подписи, являются уникальными для обладателя подписывающего [создающего подпись] устройства в том контексте, в котором они используются;
- b) обладатель подписывающего [создающего подпись] устройства [имеет] [имел в соответствующий момент времени] исключительный контроль над этим устройством;
- c) электронная подпись связана с [информацией] [сообщением данных или с частью этого сообщения], к которому она относится [таким образом, который гарантирует целостность этой информации];
- d) обладатель подписывающего [создающего подпись] устройства объективно идентифицируется в контексте [, в котором используется это устройство] [сообщение данных].

Вариант В

3) В отсутствие доказательств противного использование электронной подписи считается способным удостоверить:

- a) что электронная подпись удовлетворяет стандарту надежности, изложенному в пункте 1;
 - b) личность предполагаемого обладателя подписи; и
 - c) что предполагаемый обладатель подписи согласился с информацией, к которой относится электронная подпись.
- 4) Презумпция в пункте 3 применяется только в тех случаях, если:
- a) лицо, которое предполагает полагаться на электронную подпись, уведомляет предполагаемого обладателя подписи, что данное лицо будет полагаться на электронную подпись [в качестве эквивалента собственноручной подписи предполагаемого обладателя подписи] [в качестве доказательства элементов, перечисленных в пункте 3]; и
 - b) предполагаемый обладатель подписи не уведомляет в оперативном порядке лицо, которое отправляет уведомление в соответствии с подпунктом (а), о причинах, по которым нельзя полагаться на электронную подпись [в качестве эквивалента собственноручной подписи предполагаемого обладателя подписи] [в качестве доказательства элементов, перечисленных в пункте 3].

Вариант С

3) В отсутствие доказательств противного использование электронной подписи считается способным удостоверить:

- a) что электронная подпись удовлетворяет стандарту надежности, изложенному в пункте 1;
- b) личность предполагаемого обладателя подписи; и
- c) что предполагаемый обладатель подписи согласился с информацией, к которой относится электронная подпись.

[4][5] Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

- A/CN.9/465, пункты 62-82;
- A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункты 42-44;
- A/CN.9/457, пункты 48-52;
- A/CN.9/WG.IV/WR.80, пункты 11-12.

Примечания

41. В пункты 1 и 2 и в последний пункт проекта статьи 6 включены положения соответственно из статьи 7(1)(b), 7(2) и 7(3) Типового закона. Формулировка, подсказанная статьей 7(1)(a) Типового закона, уже включена в определение "электронной подписи" в проекте статьи 2(a). Однако в проекте статьи 2(a) описывается способ, который "может" быть использован для выполнения функций подписи, определение которой дано в статье 7(1)(a) Типового закона. Если Рабочая группа пожелает подчеркнуть, что главная цель пункта 1 состоит в том, чтобы охватить случай, когда любой тип электронной подписи (включая "незащищенные" способы аутентификации) используется для целей подписания (т.е. с намерением создать функциональный эквивалент собственноручной подписи), Рабочая группа, возможно, сочтет более целесообразным воспроизвести текст статьи 7(1) Типового закона в полном виде. Пункт 1 можно было бы сформулировать следующим образом:

"1) Если законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если:

- a) [метод] [электронная подпись] используется для идентификации этого лица и указания на то, что это лицо согласно с информацией, содержащейся в сообщении данных; и

- б) что [метод] [электронная подпись] является как надежным [надежной], так и соответствующим [соответствующей] цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности".

42. На тридцать пятой сессии Рабочей группы было высказано предположение о том, что, возможно, придется включить в проект статьи 6 положения следующего содержания: "Юридические последствия использования подписи в равной мере применимы к использованию электронных подписей" (см. A/CN.9/465, пункт 74). Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о том, в какой степени эта концепция равенства между собственноручной и электронной подписями должна быть в дальнейшем отражена в тексте единообразных правил, или вопрос о том, что, возможно, достаточно (и что будет больше соответствовать Типовому закону) указать в руководстве по применению (которое должно быть подготовлено позднее) на то, что при толковании пункта 1 следует иметь в виду, что цель этого положения заключается в обеспечении того, что в случаях, если использование собственноручной подписи повлечет за собой любые правовые последствия, аналогичные последствия должны вытекать из использования надежной электронной подписи.

43. Как указывается в докладе тридцать пятой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/465, пункт 64), в пункте 1 - в той степени, в какой в нем воспроизводится текст статьи 7(1) Типового закона, - речь идет об определении того, что представляет собой надежный метод получения подписи с учетом обстоятельств. Такое определение может вынести на основании статьи 7 Типового закона лишь суд или иное оценивающее факты лицо, действующее *ex post*, причем, возможно, уже по прошествии длительного срока после использования электронной подписи. Напротив, выгоды, которые, как ожидается, могут быть предоставлены с помощью единообразных правил в отношении некоторых способов, которые признаются в качестве особенно надежных, независимо от обстоятельств, при которых они используются, состоят в создании - в момент или до момента использования любого такого способа получения электронной подписи (*ex ante*) - определенностей (либо через презумпцию, либо через материально-правовую норму) в том, что использование такого признанного способа приведет к юридическим последствиям, эквивалентным последствиям собственноручной подписи. Именно в этом заключается цель пункта 3.

44. Вариант А пункта 3 основывается на тексте, предложенном и обсужденном на тридцать пятой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/465, пункты 78-82) для выражения объективных критериев технической надежности электронных подписей. В подпункте (с) выражена необходимая связь между подписью и подписываемой информацией с тем, чтобы избежать имплицитного толкования, что электронная подпись может применяться только в отношении полного содержания сообщения данных. Во многих случаях подписываемая информация будет фактически лишь долей информации, содержащейся в сообщении данных.

45. При обсуждении вариантов В и С Рабочая группа, возможно, пожелает пояснить в силу принципиальных соображений, должны ли единообразные правила при установлении критериев "надежности" электронной подписи охватывать исключительно вопросы технической надежности, предусматриваемые в рамках варианта А, или должны быть приняты во внимание другие факторы в качестве альтернативы или в качестве добавления к варианту А.

46. Вариант В вытекает из предложения, внесенного на тридцать пятой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/465, пункты 74-75). Если принятие варианта В подразумевает исключение любой связи между данным уровнем технической надежности, с одной стороны, и правовыми последствиями, которые вытекают из использования электронных подписей, с другой стороны, то действие пунктов 3 и 4 будет заключаться в том, чтобы создавать в пользу любого способа, который может быть использован для создания электронной подписи, то, что порой называют "презумпцией низкого уровня", т.е. презумпцию, которую предполагаемый обладатель подписи может легко опровергнуть с помощью простого заявления. Рабочая группа, возможно, пожелает принять решение по принципиальным соображениям относительно того, можно ли реально обязать пользователей электронных подписей обмениваться уведомлениями, предусматриваемыми в варианте В, и приведет ли такой обмен уведомлениями к ожидаемому уровню удобства для пользователей и заранее предсказуемой определенности в отношении правовых последствий, сопряженных с электронными подписями.

47. Вариант С появился в результате предложения, выдвинутого на тридцать пятой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/465, пункт 76). Вопреки варианту В в нем не предлагается механизм простого опровержения создаваемой им презумпции. Ввиду того, что "доказательство противного" может потребовать проведения тщательных и дорогостоящих исследований различных технических устройств и процедур, участвующих в создании электронной подписи, эффект варианта С будет заключаться в том, чтобы создать очень сильную презумпцию в отношении юридического действия любого способа, используемого для получения электронной подписи.

Справочные национальные законодательные и другие тексты**Директива ЕС****Статья 5 Правовые последствия электронных подписей**

1. Государства-члены обеспечивают, чтобы более защищенные электронные подписи, которые основываются на сертификате, удовлетворяющем установленным требованиям, и которые создаются с помощью устройства создания защищенной подписи:

- a) удовлетворяли правовым требованиям подписи в отношении данных, передаваемых в электронной форме, точно таким же образом, которым собственноручная подпись удовлетворяет этим требованиям в отношении данных, передаваемых на бумаге; и
- b) допускались в качестве свидетельства в судебном процессе.

2. Государства-члены обеспечивают, чтобы электронная подпись не лишалась юридической силы и возможности признания в качестве свидетельства в судебном процессе лишь на том основании, что такая подпись:

- имеет электронную форму, или
- не основывается на сертификате, удовлетворяющем установленным требованиям, или
- не основывается на сертификате, удовлетворяющем установленным требованиям и выданном аккредитованным поставщиком сертификационных услуг, или
- не получена с помощью устройства для создания защищенной подписи.

Сингапур**Часть V. Защищенные электронные записи и подписи****Защищенные электронные подписи**

17. Если в результате применения предписанной процедуры защиты или коммерчески обоснованной процедуры защиты, согласованной соответствующими сторонами, может быть проверено, что электронная подпись в момент, когда она была сделана

- a) была присуща исключительно использующему ее лицу;
- b) создавала возможность для идентификации такого лица;
- c) была создана таким образом или при использовании таких средств, которые находились под исключительным контролем использующего ее лица; и
- d) была связана с электронной записью, к которой она относится, таким образом, что при изменении этой записи электронная подпись была бы скомпрометирована,

такая подпись рассматривается в качестве защищенной электронной подписи.

Презумпции, касающиеся защищенных электронных записей и подписей

18. [...]]

2) При любых процедурах, связанных с защищенными электронными подписями, если не предоставлены доказательства противного, считается, что

- a) защищенная электронная подпись является подписью лица, к которому она имеет отношение; и
- b) защищенная электронная подпись была приложена этим лицом с намерением подписать электронную запись или выразить согласие с ней.

[Статья 7. Презумпция наличия подлинника

1) Сообщение данных считается имеющим свою подлинную форму в тех случаях, когда в отношении этого сообщения данных использован [использована] [метод] электронная подпись [в соответствии со статьей 6], который [которая]:

- a) представляет надежные доказательства целостности информации с момента, когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме в виде сообщения данных или в каком-либо ином виде; и
- b) при необходимости представления информации эта информация может быть продемонстрирована лицу, которому она должна быть представлена;

2) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/465, пункты 83-89;

A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункт 45;

A/CN.9/457, пункты 48-52;

A/CN.9/WG.IV/WR.80, пункты 13-14.

Примечания

48. Текст проекта статьи 7 вытекает из решения, принятого Рабочей группой на ее тридцать пятой сессии (A/CN.9/465, пункт 89). Цель проекта статьи 7 заключается в том, чтобы подтвердить связь со статьей 8 Типового закона и соблюдение требований целостности текста. В его нынешней формулировке пункт 1 не подразумевает никакой связи между функцией сохранения целостности информации и функцией подписания в соответствии с проектом статьи 6. Независимость этих двух статей, которые могут применяться совместно или раздельно в отношении различных способов аутентификации, основывается на признании того факта, что в условиях применения бумажных документов соответствующие две функции могут также рассматриваться как отдельные.

Статья 8. Удовлетворение требований статей 6 и 7

Вариант А

1) [Орган или ведомство, назначенный (-ое) принимающим государством в качестве компетентного органа или ведомства] может определять, какие способы удовлетворяют требованиям статей 6 и 7.

2) Любое определение, вынесенное в соответствии с пунктом 1, должно соответствовать признанным международным стандартам.

Вариант В

1) Один или несколько методов электронной подписи могут быть определены в качестве методов, удовлетворяющих требованиям статей 6 и 7.

2) Любое определение, вынесенное в соответствии с пунктом 1, должно соответствовать признанным международным стандартам.

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

- A/CN.9/465, пункты 90-98;
- A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункт 46;
- A/CN.9/457, пункты 48-52;
- A/CN.9/WG.IV/WR.80, пункт 15.

Примечания

49. Цель проекта статьи 8 состоит в том, чтобы пояснить, что принимающее государство может назначить орган или ведомство, которые будут уполномочены выносить определения, какие конкретные технологии могут выпирать от презумпций, установленных в проектах статей 6 и 7. В соответствии с решением Рабочей группы, принятым на ее тридцать пятой сессии, проект статьи 8 не следует толковать таким образом, что пользователям запрещается, например, использовать способы, которые не были определены как способы, отвечающие требованиям надежности в проектах статей 6 и 7, если именно об этом стороны договорились между собой. Стороны должны обладать свободой доказывать, будь то в суде или в арбитраже, что избранный ими метод подписания удовлетворяет требованиям проектов статей 6 и 7, даже если в отношении этого способа заранее не было вынесено соответствующего определения. Проект статьи 8 следует рассматривать не как статью, рекомендующую государствам единственное средство обеспечения признания подписывающих технологий, а как статью, в которой указываются те ограничения, которые должны применяться в случае, если государства пожелают принять подобный подход. Эти вопросы, возможно, потребуются четко разъяснить, вероятнее всего, в руководстве по применению единообразных правил (см. A/CN.9/465, пункт 93).

50. Цель вариантов А и В заключается в том, чтобы поощрять государства обеспечивать положение, при котором определения, выносимые в соответствии с пунктом 1, соответствовали международным стандартам, если это уместно, содействуя тем самым установлению согласованной практики в том, что касается электронных подписей с высокой степенью защиты и трансграничного признания подписи. В варианте А говорится о возможном вмешательстве государства путем назначения органа или структуры власти, компетентных давать оценки технической надежности способов подписания (независимо от того, учрежден ли этот орган в качестве государственной или частной организации). Для того чтобы не переоценивать роль государства, в вынесении определений, упомянутых в пункте 1, вариант В оставляет открытой возможность для того, чтобы любой орган или любое ведомство, создаваемые для оценки технической надежности способов подписания, должен быть учрежден государством (в качестве государственного органа или частной организации) или исключительно промышленностью.

51. Выдвинутое в контексте тридцать пятой сессии Рабочей группы предложение (а именно, что "любое выносимое определение должно учитывать не только необходимость, чтобы определенные способы удовлетворяли требованиям

проекта статей 6 и 7, но также степени или объему, в котором эти требования удовлетворяются"), не было отражено в пересмотренном варианте проекта статьи 8. Рабочая группа, возможно, пожелает пояснить, имеется ли в виду, что такое требование, как использование собственноручной подписи (или подготовка подлинного документа), может удовлетворяться только отчасти в отношении документа, обрабатываемого в электронной среде, что, как представляется, будет отступлением от подхода функционального эквивалента, принятого в ходе подготовки Типового закона и единообразных правил. Если намерение Рабочей группы заключается в том, чтобы просто отметить, что электронная подпись (или обеспечения целостности текста) не обязательно примыкает к содержанию сообщения данных в целом, но что оно должно быть применимо только к выборочной части информации, содержащейся в данном сообщении, то это указание можно легко обеспечить в руководстве по применению.

Статья 9. Ответственность обладателя подписывающего устройства

- 1) Каждый обладатель подписывающего устройства:
 - a) проявляет разумную заботливость для недопущения несанкционированного использования его подписывающего устройства;
 - b) уведомляет соответствующих лиц без ненадлежащих задержек, если:
 - i) обладателю подписывающего устройства известно, что подписывающее устройство было скомпрометировано; или
 - ii) обстоятельства, известные обладателю подписывающего устройства, обуславливают существенный риск того, что подписывающее устройство могло быть скомпрометировано;
 - c) [В тех случаях, когда для подтверждения подписывающего устройства используется сертификат,] [В тех случаях, когда подписывающее устройство требует использования сертификата,] проявляется разумная заботливость для обеспечения точности и полноты всех существенных заверений, сделанных обладателем подписывающего устройства, которые имеют отношение к [жизненному циклу] сертификата или которые должны быть включены в сертификат.
- 2) Обладатель подписывающего устройства несет ответственность за невыполнение требований пункта 1.

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/465, пункты 99-108;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, пункты 50-55;
A/CN.9/457, пункты 65-98;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, пункты 18 и 19.

Примечания

52. Рабочая группа на ее тридцать пятой сессии в целом одобрила проект статьи 9. В пункте 1 введена ссылка на "каждого" обладателя с целью отразить общую точку зрения, в соответствии с которой в ряде случаев, возможно, несправедливо предусматривать, чтобы каждый обладатель устройства нес ответственность за все убытки, которые могут быть причинены несанкционированным использованием устройства (например, в случае несанкционированного использования корпоративного подписывающего устройства, находящегося в распоряжении ряда сотрудников). Соответственно каждый обладатель должен нести ответственность только в той мере, в которой он лично не выполнил требования пункта 1 (см. A/CN.9/465, пункт 105).

53. В основу пункта 2 положено заключение, к которому пришла Рабочая группа на своей тридцать пятой сессии, относительно того, что, возможно, будет трудно достичь консенсуса в отношении того, какие последствия могут вытекать из ответственности обладателя подписывающего устройства. В зависимости от контекста использования электронной подписи такие последствия могут в рамках действующего законодательства иметь широкий диапазон: от последствий для обладателя подписывающего устройства, когда он связан условиями содержания сообщения, до ответственности за причиненный ущерб. Соответственно в пункте 2 лишь устанавливается принцип, в соответствии с которым обладатель подписывающего устройства должен нести ответственность за несоблюдение требований пункта 1 и на усмотрение права, примененного в каждом принимающем государстве вне действия единообразных правил остаются вопросы урегулирования правовых последствий, которые будут вытекать из такой ответственности (там же, пункт 108). Согласно другой точке зрения, правило, основанное на критерии предсказуемости убытков (соответствующее с положениям статьи 74 Конвенции о купле-продаже и вновь подтверждающее

основополагающую норму, которая будет применяться во многих странах в рамках легко применимого законодательства), должно быть включено в проект статьи 9 (там же, пункт 107).

Справочные национальные законодательные и другие тексты

Пункт 1(a) - существенные заверения

Руководящие принципы ААА

4.2 Обязательства абонента

Все существенные заверения, сделанные абонентом сертификационному органу, включая любую информацию, известную абоненту и изложенную в сертификате, должны быть наиболее точными, как это может быть известно обладателю подписи или как он это может предполагать, независимо от того, подтверждены ли такие заверения сертификационным органом.

ГАЙДЕК

VII. Аутентификация сообщения

7. Заверения сертификатору

Абонент должен точно представить сертификатору все факты, относящиеся к сертификату.

Иллинойс

Статья 20. Обязанности абонентов

Раздел 20-101. Получение сертификата

Все существенные заверения, осознанно сделанные каким-либо лицом сертификационному органу для целей получения сертификата, в котором такое лицо именуется в качестве абонента, должны быть наиболее точными и полными, как это может быть известно такому лицу или как оно это может предполагать.

Раздел 20-105. Акцепт сертификата

[...]

- b) В результате акцепта сертификата абонент, указанный в сертификате, заверяет любое лицо, которое, действуя добросовестно и в течение срока действия сертификата, разумно полагается на содержащуюся в нем информацию, в том, что:
- 1) абонент правомерно обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в сертификате;
 - 2) все заверения, сделанные абонентом сертификационному органу и относящиеся к информации, указанной в сертификате, являются верными; и
 - 3) вся указанная в сертификате информация, известная абоненту, является верной.

Сингапур

Часть IX. Обязанности абонентов

Получение сертификата

37 Все существенные заверения, сделанные абонентом сертификационному органу для целей получения сертификата, включая всю информацию, известную абоненту и изложенную в сертификате, должны быть наиболее точными и полными, как это может быть известно абоненту или как он это может предполагать, независимо от того, подтверждаются ли такие заверения сертификационным органом.

Пункт 1(b) - уведомление

Руководящие принципы ААА

4.4 Начало процесса приостановления действия или аннулирования

Абонент, который икспитовал сертификат, должен обратиться к выдавшему его сертификационному органу с просьбой о приостановлении действия или аннулировании сертификата, если частный ключ, соответствующий публичному ключу, указанному в сертификате, был скомпрометирован.

Илльвийс

Статья 20. Обязанности абонентов

Раздел 20-110. Аннулирование сертификата

Если иное не предусмотрено другой применимой нормой права, в случае, если частный ключ, соответствующий публичному ключу, указанному в действующем сертификате, утерян, украден, становится доступным для неуполномоченного лица или иным образом скомпрометирован в течение срока действия сертификата, абонент, которому стало известно о компрометации, должен незамедлительно обратиться к выдавшему сертификат сертификационному органу с просьбой об аннулировании сертификата и опубликовать уведомление об аннулировании во всех местах, в которых абонент ранее разрешил опубликование сертификата, или иным образом представить разумное уведомление об аннулировании.

Раздел 10-125. Создание подписывающих устройств и контроль над ними

Если иное не предусмотрено другой применимой нормой права, во всех случаях, когда создание, действительность или надежность электронной подписи, созданной с помощью процедуры защиты, отвечающей критериям, установленным [...], зависит от сохранения в тайне подписывающего устройства подписавшегося или от контроля над таким устройством:

- 1) лицо, обеспечивающее или создающее подписывающее устройство, должно осуществлять это надежным образом;
- 2) подписавшийся и все другие лица, которые правомерно обладают доступом к такому подписывающему устройству, должны проявлять разумную осмотрительность для сохранения контроля над подписывающим устройством и сохранения его в тайне, а также для защиты его от любого несанкционированного доступа, разглашения или использования в течение срока, когда доверие к подписи, созданной с помощью такого устройства, является разумным;
- 3) в случае, если подписавшемуся или какому-либо другому лицу, правомерно обладающему доступом к такому подписывающему устройству, известно - или у них имеются основания полагать, - что тайный характер такого подписывающего устройства или контроль над ним были скомпрометированы, такое лицо должно предпринять разумные усилия для незамедлительного уведомления всех лиц, которые, как это известно такому лицу, могут предсказуемо понести убытки в результате такой компрометации, или - в случаях, если имеется [...] надежный механизм публикации - опубликовать уведомление о компрометации и о дезавуировании любых подписей, созданных впоследствии.

Сняганур

Начало процесса приостановления действия или аннулирования

40. Абонент, акцептовавший сертификат, в кратчайшие возможные сроки обращается к выдавшему сертификат сертификационному органу с просьбой о приостановлении действия или аннулировании сертификата, если частный ключ, соответствующий публичному ключу, указанному в сертификате, скомпрометирован.

Пункт 1(с) - несанкционированное использование

Руководящие принципы ААА

4.3 Охрана частного ключа

В течение срока действия действительного сертификата абонент не компрометирует частный ключ, соответствующий публичному ключу, указанному в таком сертификате, а также должен избегать компрометации в течение любого периода приостановления действия.

ГАЙДЕК

VII. Удостоверение сообщения

6. Охрана удостоверяющего устройства

Если лицо удостоверяет сообщение с помощью какого-либо устройства, это лицо, как минимум, должно проявлять разумную осмотрительность для недопущения несанкционированного использования этого устройства.

Илльвийс

Раздел 10-125. Создание подписывающих устройств и контроль над ними

Если иное не предусмотрено другой применимой нормой права, во всех случаях, когда создание, действительность или надежность электронной подписи, созданной с помощью процедуры защиты, отвечающей критериям, установленным [...], зависит от сохранения в тайне подписывающего устройства подписавшегося или от контроля над таким устройством:

- 1) лицо, обеспечивающее или создающее подписывающее устройство, должно осуществлять это надежным образом;

2) подписавшийся и все другие лица, которые правомерно обладают доступом к такому подписывающему устройству, должны проявлять разумную осмотрительность для сохранения контроля над подписывающим устройством и сохранения его в тайне, а также для защиты его от любого несанкционированного доступа, разглашения или использования в течение срока, когда доверие к подписи, созданной с помощью такого устройства, является разумным;

3) в случае, если подписавшемуся или какому-либо другому лицу, правомерно обладающему доступом к такому подписывающему устройству, известно - или у них имеются основания полагать, - что тайный характер такого подписывающего устройства или контроль над ним были скомпрометированы, такое лицо должно предпринять разумные усилия для незамедлительного уведомления всех лиц, которые, как это известно такому лицу, могут предсказуемо понести убытки в результате такой компрометации, или - в случаях, если имеется [...] надлежащий механизм публикации - опубликовать уведомление о компрометации и о дезавуировании любых подписей, созданных впоследствии.

Пункт 2 - ответственность

Миннесота

325K.12 Заверения и обязанности после акцепта сертификатов

Подраздел 4. Возмещение абонентом

Акцептом сертификата абонент принимает на себя обязательство возмещать сертификационному органу ущерб или убытки, причиненные выдачей или опубликованием сертификата на основании доверия к:

- 1) ложному и соответствующему представлению факта абонентом;
- 2) несообщению абонентом соответствующего факта, если заверения или несообщения были сделаны либо с намерением ввести в заблуждение сертификационный орган или лицо, полагающееся на сертификат, или в результате грубой небрежности. Отказ от предоставления возмещения, предусматриваемого в настоящем разделе, или ограничение его объема на основании договорных положений не допускаются. В договоре могут быть предусмотрены, однако, отвечающие настоящему разделу дополнительные условия, касающиеся возмещения.

Сингапур

Часть IX. Обязанности абонентов

Контроль над частным ключом

39. 1) Акцептом сертификата, выданного сертификационным органом, абонент, указанный в сертификате, принимает на себя обязанность осуществлять разумную осмотрительность для сохранения контроля над частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в таком сертификате, и для недопущения разглашения его лицу, не уполномоченному на создание цифровой подписи абонента.

2) Такая обязанность сохраняется в течение срока действия сертификата и в течение любого периода приостановления действия сертификата.

Статья 10. Ответственность поставщика сертификационных услуг

1) Поставщик сертификационных услуг:

- a) действует в соответствии с заверениями, которые он делает в отношении своей практики;
- b) проявляет должную осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех существенных заверений, сделанных поставщиком сертификационных услуг, которые относятся к жизненному циклу сертификата или которые включены в сертификат;
- c) обеспечивает разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить:
 - i) идентификационные данные поставщика сертификационных услуг;
 - ii) что лицо, которое идентифицировано в сертификате, обладает в соответствующий момент времени подписывающим устройством, указанным в сертификате;
 - iii) метод, использованный для идентификации обладателя подписывающего устройства;
 - iv) любые ограничения в отношении целей или стоимостного объема, в связи с которыми может использоваться подписывающее устройство; и
 - v) является ли подписывающее устройство действительным и не было ли оно скомпрометировано;

- d) обеспечивает обладателей подписывающего устройства средством для направления уведомлений о том, что подписывающее устройство было скомпрометировано, и обеспечивает своевременное функционирование службы аннулирования;
 - e) использует надежные системы, процедуры и людские ресурсы при предоставлении своих услуг.
- 2) При вынесении определения в отношении надежности и степени надежности любых систем, процедур и людских ресурсов для целей подпункта (e) пункта 1 учитываются следующие факторы:
- a) финансовые и людские ресурсы, в том числе наличие активов в пределах юрисдикции;
 - b) надежность систем аппаратного и программного обеспечения;
 - c) процедуры для обработки сертификатов и заявок на сертификаты и хранение записей;
 - d) наличие информации для [подписывающих] [субъектов], идентифицированных в сертификатах, и для потенциальных полагающихся сторон;
 - e) регулярность и пределы аудита, проводимого независимым органом;
 - f) наличие заявления, сделанного государством, аккредитующим органом или поставщиком сертификационных услуг в отношении соблюдения или наличия вышеуказанных положений;
 - g) подсудность судам принимающего государства; и
 - h) степень расхождения между правом, применимым к поведению поставщика сертификационных услуг, и правом принимающего государства.
- 3) Сертификат устанавливает:
- a) идентификационные данные поставщика сертификационных услуг;
 - b) что лицо, которое идентифицируется в сертификате, обладает в соответствующий момент времени подписывающим устройством, указанным в сертификате;
 - c) что подписывающее устройство было действительным на дату или до даты выдачи сертификата;
 - d) любые ограничения целей или стоимостного объема, в связи с которыми может использоваться сертификат; и
 - e) любое ограничение масштаба или объема финансовой ответственности, с которым соглашается поставщик сертификационных услуг в отношении любого лица.

Вариант X

4) Поставщик сертификационных услуг несет финансовую ответственность за невыполнение требований пункта 1.

5) Финансовая ответственность поставщика сертификационных услуг не может превышать ущерба, который поставщик сертификационных услуг предвидел или должен был предвидеть на момент неисполнения с учетом фактов или обстоятельств, которые поставщику сертификационных услуг были известны или должны были быть известны в качестве возможных последствий несоблюдения [невыполнения обязательств [обязанностей] в отношении] [требований] пункта 1.

Вариант Y

4) Поставщик сертификационных услуг несет финансовую ответственность за невыполнение требований пункта 1.

5) При оценке ущерба во внимание принимаются следующие факторы:

- a) затраты на получение сертификата;
- b) характер сертифицируемой информации;
- c) наличие и степень любого ограничения цели, для которой может использоваться сертификат;

- d) падение любого заявления, ограничивающего масштаб или степень финансовой ответственности поставщика сертификационных услуг; и
- e) любое действие полагающейся стороны, способствовавшее убыткам.

Вариант Z

- 4) Если ущерб был причинен в результате неверного или порочного сертификата, поставщик сертификационных услуг несет финансовую ответственность за убытки, понесенные либо:
- a) стороной, вступившей в договорные отношения с поставщиком сертификационных услуг с целью получения сертификата; или
 - b) любым лицом, которое разумно полагается на сертификат, выданный поставщиком сертификационных услуг.
- 5) Поставщик сертификационных услуг не несет финансовой ответственности согласно пункту 2:
- a) если - и в той мере, в которой - он включил в сертификат заявление, ограничивающее объем или степень своей финансовой ответственности перед любым соответствующим лицом; или
 - b) если он докажет, что он [не проявил небрежности] [принял все разумные меры для недопущения ущерба].

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

- A/CN.9/465, пункты 123-142 (проект статьи 12);
 A/CN.9/WG.IV/WP.82, пункты 59-68 (проект статьи 12);
 A/CN.9/457, пункты 108-119;
 A/CN.9/WG.IV/WP.80, пункты 22-24.

Примечания

54. Проект статьи 10 (бывший проект статьи 12) был пересмотрен в соответствии с решениями Рабочей группы, принятыми на ее тридцать пятой сессии.

55. Рабочая группа на своей предыдущей сессии в целом приняла существо пункта 1, за исключением небольших редакционных изменений. Пункт 2 появился в результате внесенного на этой сессии предложения о том, что характеристики сертификатора информации, как они описываются в проекте статьи 13, должны учитываться не только в отношении иностранных юридических лиц, но должны применяться в равной мере и к внутренним поставщикам сертификационных услуг (A/CN.9/465, пункт 136).

56. Пункт 3 появился в результате предложения, к которому Рабочая группа на своей предыдущей сессии также отнеслась с большим интересом и в соответствии с которым в проекте статьи 12 следует установить дополнительное правило, оговаривающее минимальные параметры содержания сертификата (там же, пункт 135). Хотя элементы, необходимые для изложения в сертификате, перечислены в отдельном пункте, едва ли целесообразно сохранять пункт 1(c) и пункт 3 в качестве отдельных положений. Рабочая группа, возможно, пожелает пояснить, следует ли эти два положения объединить, предположительно в рамках подпункта 1(c), который мог бы начинаться со следующих слов: "указывает в каждом сертификате ...".

57. Пункты 4 и 5 касаются финансовой ответственности поставщика сертификационных услуг.

58. В пункте 4 вариантов X и Y устанавливается правило, в соответствии с которым поставщик сертификационных услуг несет ответственность за несоблюдение обязательств или обязанностей, перечисленных в пункте 1, но оставляет на усмотрение национального права принятие решения о том, какие последствия могут возникнуть в результате этого невыполнения.

59. В пункте 5 варианта X устанавливается правило предсказуемости ущерба на основе статьи 74 Конвенции о купле-продаже. Действие этого пункта направлено на ограничение объема любой финансовой ответственности поставщика сертификационных услуг, которая может возникнуть согласно пунктам 1 и 2. В варианте Y пункт 5 основывается на предложении, внесенном на тридцать пятой сессии Рабочей группы (A/CN.9/465, пункт 140), в соответствии с которым в единообразных правилах - не затрагивая действия внутреннего законодательства - можно предусмотреть перечень факторов, которые должны учитываться при применении внутреннего законодательства к поставщикам сертификационных услуг.

60. Вариант Z на тридцать пятой сессии Рабочей группы не обсуждался. В его основе лежит мысль, которая широко высказывалась на тридцать четвертой сессии Рабочей группы (A/CN.9/457, пункт 115), что было бы целесообразно подготовить единообразное правило, выходящее за рамки простой ссылки на применимое право и устанавливающее общую норму ответственности за небрежность при условии возможных договорных исключений (при условии, что это ограничение не будет явно несправедливым) и при условии, что поставщик сертификационных услуг освобождается от ответственности, если он докажет, что выполнил обязательство по пункту 1. В пункте 4 варианта Z рассматривается вопрос о том, перед кем может нести финансовую ответственность поставщик сертификационных услуг. В пункте 5 предусматривается правило, разрешающее поставщику сертификационных услуг полагаться на любое ограничение финансовой ответственности, предусмотренное в сертификате, или доказывать, что он не проявил небрежности или что он принял все разумные меры для недопущения убытков (A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункт 67).

Справочные национальные законодательные и другие тексты

Пункты 1, 2 и 3 - общие обязанности

Руководящие принципы ААА

3. Сертификационные органы

3.1 Сертификационные органы должны использовать надежные системы

Сертификационные органы при предоставлении своих услуг должны использовать надежные системы.

3.2 Раскрытие информации

1) Сертификационный орган должен раскрывать любые существенные заявления о практике сертификации, а также информацию об уведомлении об аннулировании и приостановлении действия сертификата сертификационного органа.

2) Сертификационный орган должен прилагать разумные усилия для уведомления любых лиц, которые, как это известно, затронуты или будут предсказуемо затронуты аннулированием или приостановлением действия его сертификата сертификационного органа.

3) [...]

4) В случае события, имеющего существенные и негативные последствия для надежной системы сертификационного органа или его сертификата сертификационного органа, сертификационный орган должен приложить разумные усилия для уведомления любых лиц, которые, как это известно, затронуты или будут предсказуемо затронуты этим событием, или предпринять действия в соответствии с процедурами, указанными в его заявлении о практике сертификации.

3.7 Заверения сертификационного органа в сертификате

Выдавая сертификат, сертификационный орган заверяет любое лицо, которое разумно полагается на сертификат или цифровую подпись, которую можно проверить с помощью указанного в сертификате публичного ключа, что сертификационный орган в соответствии с любым применимым заявлением о практике сертификации, о котором уведомлено полагающееся лицо, подтверждает, что:

1) сертификационный орган при выдаче сертификата выполнил все применимые требования настоящих Руководящих принципов и, если сертификационный орган опубликовал сертификат или иным образом предоставил его в распоряжение такого разумно полагающегося лица, что абонент, указанный в сертификате, акцептовал его;

2) абонент, идентифицированный в сертификате, обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в сертификате;

3) [...]

4) публичный ключ и частный ключ абонента представляют собой функционирующую пару ключей; и

5) вся информация в сертификате является точной, если только сертификационный орган не заявил в сертификате, что точность конкретно оговоренной информации не подтверждается, или не указал на это с помощью включений в сертификат соответствующей ссылки.

Кроме того, сертификационный орган заверяет, что в сертификате не опущены никакие известные существенные факты, которые в случае, если бы они были известны, оказали бы неблагоприятное воздействие на надежность его заверений согласно настоящему руководящему принципу.

3.9 Приостановление действия сертификата по просьбе абонента

Если иное не предусмотрено договором между сертификационным органом и абонентом, сертификационный орган должен приостановить действие сертификата в кратчайший возможный срок после получения просьбы от лица, которое, как это может разумно полагать сертификационный орган, является:

1) абонентом, указанным в сертификате;

2) лицом, должным образом уполномоченным действовать от имени этого абонента; или

- 3) лицом, действующим от имени этого абонента, который не может выйти на связь.

3.10 Аннулирование сертификата по просьбе абонента

Сертификационный орган, который выдал сертификат, должен аннулировать его по просьбе указанного в нем абонента, если сертификационный орган подтвердил

- 1) что лицо, обращающееся с просьбой об аннулировании, является абонентом, указанным в сертификате, подлежащем аннулированию; или
- 2) если проситель действует в качестве агента, что этот проситель имеет достаточные полномочия на осуществление аннулирования.

3.11 Аннулирование или приостановление действия без согласия абонента

Сертификационный орган должен приостановить действие сертификата или аннулировать его независимо от согласия на это абонента, указанного в сертификате, если сертификационный орган подтверждает, что

- 1) какой-либо существенный факт, записанный в сертификате, является ложным;
- 2) какое-либо существенное предварительное условие для выдачи сертификата не было выполнено, или
- 3) частный ключ или надежная система сертификационного органа были скомпрометированы таким образом, который существенно затрагивает надежность сертификата.

По осуществлении такого приостановления действия или аннулирования сертификационный орган должен незамедлительно уведомить об этом абонента, указанного в сертификате, который был аннулирован или действие которого было приостановлено.

3.12 Уведомление о приостановлении действия или аннулировании

Незамедлительно по приостановлении действия или аннулировании сертификата сертификационный орган должен опубликовать уведомление о приостановлении действия или аннулировании, если сертификат был опубликован, и должен по запросу полагающейся стороны иным образом раскрыть информацию о факте приостановления действия или аннулирования.

Директива ЕС

Приложение II. Требования к поставщикам сертификационных услуг, выдающим сертификаты, отвечающие установленным требованиям

Поставщики сертификационных услуг должны:

- a) продемонстрировать надежность, необходимую для предоставления сертификационных услуг;
- b) обеспечить функционирование оперативной и надежной дирекции и надежной и безотлагательной службы аннулирования;
- c) обеспечить возможность установления даты и времени выдачи или аннулирования сертификата;
- d) проверять с помощью надлежащих средств в соответствии с национальным правом личность и, если это применимо, любые конкретные характеристики лица, которому выдается отвечающий установленным требованиям сертификат;
- e) нанимать на службу сотрудников, обладающих специальными знаниями, опытом и квалификацией, необходимыми для предоставления предлагаемых услуг, в частности, компетенцией на управленческом уровне, опытом в применении технологии электронных подписей и знакомством с надлежащими процедурами защиты; они также должны применять административные и управленческие процедуры и процессы, которые являются достаточными и которые отвечают признанным стандартам;
- f) использовать надежные системы и продукты, которые защищены от модификации и которые должны обеспечивать техническую и криптографическую безопасность поддерживаемых ими процессов;
- g) принимать меры против подделки сертификатов и в тех случаях, когда поставщик сертификационных услуг готовит данные для создания подписи, гарантировать конфиденциальность в ходе процесса подготовки таких данных;
- h) поддерживать финансовые ресурсы на достаточном уровне для обеспечения функционирования в соответствии с требованиями, установленными в настоящей Директиве, в частности, покрывать риск финансовой ответственности за убытки, например, посредством заключения соответствующего страхования;
- i) регистрировать всю соответствующую информацию, касающуюся сертификата, отвечающего установленным требованиям, в течение надлежащего срока, в частности, для представления доказательств сертификации для целей юридических процедур. Такую регистрацию можно вести электронным способом;
- j) не хранить или не копировать данных для создания подписи лица, которому поставщик сертификационных услуг предлагает услуги по управлению использованием ключа;
- k) до заключения договорных отношений с лицом, обращающимся за выдачей сертификата для подтверждения его электронной подписи, проинформировать это лицо с помощью средств связи, обеспечивающих возможность длительного хранения информации, о конкретных условиях использования сертификата, включая любые ограничения на использование сертификата, о наличии добровольной аккредитации и о процедурах для подачи жалоб и урегулирования споров. Такая информация должна представляться в письменной форме и может передаваться электронным способом на доступном языке. По просьбе третьих сторон, полагающихся на сертификат, также должен предоставляться доступ к соответствующим частям такой информации;

- п) использовать надежные системы для хранения сертификатов в поддающейся проверке форме с тем, чтобы:
 - вносить записи и изменения могли только уполномоченные лица;
 - информация могла быть проверена на аутентичность;
 - публичный доступ к поиску сертификатов был открыт только в тех случаях, когда получено согласие обладателя сертификата; и
 - любые технические изменения, компрометирующие эти требования безопасности, были очевидны для оператора.

ГАЙДЕК

VIII. Сертификация

2. Точность завершений в сертификате

Сертификатор должен подтвердить точность всех фактов, указанных в действующем сертификате, только если из самого сертификата очевидно не следует, что некоторая информация не была проверена.

3. Надежность сертификатора

Сертификатор должен:

- a) использовать только технологически надежные информационные системы и процессы и надежный персонал при выдаче сертификата и при приостановлении действия или аннулировании сертификата публичного ключа и при охране своего частного ключа, если таковой имеется;
- b) избегать коллизий интересов, которые обуславливают ненадежность сертификатора применительно к выдаче, приостановлению действия и аннулированию сертификата;
- c) воздерживаться от участия в нарушении обязанностей абонента;
- d) воздерживаться от действий или бездействия, которые могут нанести существенный ущерб разумному и предсказуемому доверию к действующему сертификату;
- e) действовать надежным образом в отношении абонента и лиц, подающих на действующий сертификат.

4. Уведомления о практике и проблемах

Сертификатор должен предпринимать разумные усилия для уведомления предсказуемо затронутых лиц о:

- a) любом существенном заявлении о практике сертификации, и
- b) любом факте, имеющем существенное значение либо для надежности сертификата, который был им выдан, или для его способности предоставлять свои услуги.

8. Приостановление действия сертификата публичного ключа по просьбе

Сертификатор, который выдал сертификат, должен незамедлительно приостановить его действие по просьбе лица, идентифицировавшего себя в качестве абонента, поименованного в сертификате публичного ключа, или в качестве лица, положение которого, по всей видимости, даст ему возможность узнать о компрометации защиты частного ключа абонента, например, его агента, служащего, компаньона или члена непосредственной семьи абонента.

9. Аннулирование сертификата публичного ключа по просьбе

Сертификат, который выдал сертификат публичного ключа, должен незамедлительно аннулировать его после:

- a) получения просьбы об аннулировании от абонента, поименованного в сертификате, или уполномоченного агента этого абонента, и
- b) подтверждения того, что лицо, обратившееся с просьбой об аннулировании, является таким абонентом или является агентом этого абонента, уполномоченным просить об аннулировании.

10. Приостановление действия или аннулирование сертификата публичного ключа без согласия

Сертификатор, который выдал сертификат публичного ключа, должен аннулировать его, если:

- a) сертификат подтверждает, что существенный факт, заверенный в сертификате, является ложным;
- b) сертификат подтверждает, что надежность информационной системы сертификатора была скомпрометирована таким образом, который может существенно затронуть надежность сертификатов.

Сертификатор может приостановить действие разумно сомнительного сертификата на срок, необходимый для проведения расследования, в достаточной степени подтверждающего основания для аннулирования согласно настоящей статье.

11. Уведомление об аннулировании или приостановлении действия сертификата публичного ключа

Незамедлительно по приостановлении действия или аннулировании сертификата публичного ключа сертификатом сертификатодержатель должен сделать надлежащее уведомление об аннулировании или приостановлении действия.

Германия

§ 5 Выдача сертификатов

1) Сертификатор надежно идентифицирует лиц, обращающихся за выдачей сертификата. Он подтверждает атрибуцию публичного подписывающего ключа идентифицированному лицу посредством сертификата подписывающего ключа

и обеспечивает доступ к таковому, а также к атрибутивным сертификатам, в любой момент и для любых лиц по публично доступным телекоммуникационным каналам поддающимся проверке образом и с согласия владельца подписывающего ключа.

2) По просьбе заявителя сертифициатор регистрирует информацию, касающуюся полномочий заявителя на представление третьей стороны или касающуюся его профессиональной или другой лицензии, в сертификате подписывающего ключа или в атрибутивном сертификате в той мере, в которой такая лицензия или согласие третьей стороны на регистрацию полномочий на представительство будут достоверно продемонстрированы.

3) По просьбе заявителя сертифициатор регистрирует в сертификате вместо имени заявителя его псевдоним.

4) Сертифициатор принимает меры с тем, чтобы данные для сертификатов не могли быть подделаны или фальсифицированы каким-либо незаметным образом. Кроме того, он предпринимает шаги для гарантирования конфиденциальности частных подписывающих ключей. Хранение частных подписывающих ключей сертифициатором не допускается.

5) Для сертификационной деятельности он использует надежный персонал и в соответствии с § 14 использует технические компоненты для обеспечения доступа к подписывающим ключам и создания сертификатов. Это также применяется к техническим компонентам, позволяющим осуществить проверку сертификатов согласно второму предложению пункта 1.

§ 6 Обязанности инструктировать

Сертифициатор инструктирует заявителя согласно пункту 1 § 5 относительно мер, необходимых для содействия защите цифровых подписей и их достоверной проверки. Он инструктирует заявителя относительно технических компонентов, которые необходимы для выполнения требований пунктов 1 и 2 § 14, а также относительно атрибуции цифровых подписей, созданных с помощью частного подписывающего ключа. Он информирует заявителя о том, что данные относительно цифровых подписей, возможно, потребуются вновь подписать до того, как степень защиты имеющейся подписи с течением времени ослабится.

§ 8 Блокирование сертификатов

1) Сертифициатор блокирует сертификат, если с просьбой об этом обращается владелец подписывающего ключа или его представитель, если сертификат был выдан на основе ложной информации согласно § 7, если сертифициатор прекращает свои операции и их осуществление не продолжается каким-либо другим сертифициатором, или если Орган отдает приказ о блокировании согласно второму предложению пункта 5 § 13. При блокировании указывается время, с которого начинается его действие. Ретроактивное блокирование не допускается.

ИЛИНВОЙС

Статья 15. Последствия цифровой подписи

Раздел 15-301. Надежные услуги

За исключением ясно указанного в заявлении о практике сертификации сертификационный орган и лицо, обеспечивающее функционирование хранилища информации, должны поддерживать функционирование и предоставлять свои услуги надежным образом.

Раздел 15-305. Раскрытие информации

- a) Применительно к каждому сертификату, выдаваемому сертификационным органом с той целью, что на него будут полагаться третьи стороны для проверки цифровых подписей, созданных абонентами, сертификационный орган должен публиковать или иным образом предоставлять в распоряжение абонента и всех таких полагающихся сторон:
 - 1) свое заявление о практике сертификации, если таковое имеется, применимое к такому сертификату; и
 - 2) свой сертификат, в котором указывается сертификационный орган в качестве абонента и в котором содержится публичный ключ, соответствующий частному ключу, используемому сертификационным органом для цифрового подписания сертификата (свой "сертификат сертификационного органа").
- b) В случае события, которое существенным образом и негативно затрагивает операции или систему сертификационного органа, его сертификат сертификационного органа или какой-либо иной аспект его способности функционировать надежным образом, сертификационный орган должен действовать в соответствии с указанными в его заявлении о практике сертификации процедурами, регулирующими действия в случае таких событий, или, в отсутствие таких процедур, должен предпринять разумные усилия для уведомления любых лиц, которые, как это известно сертификационному органу, могут предсказуемо понести ущерб в результате такого события.

Раздел 15-310. Выдача сертификата

Сертификационный орган может выдать сертификат будущему абоненту для целей создания возможности для третьих сторон проверять цифровые подписи, созданные абонентом, только после того как:

- 1) сертификационный орган получит просьбу о выдаче от будущего абонента; и
- 2) сертификационный орган:

- А) выполнит требования всех соответствующих видов практики и процедур, установленные в применимом заявлении о практике сертификации, если таковое имеется; или
- В) в отсутствие заявления о практике сертификации, регулирующей такие вопросы, подтвердит надежным образом, что:
 - i) будущий абонент является лицом, которое будет указано в сертификате, который будет выдан;
 - ii) информация в сертификате, который будет выдан, является точной; и
 - iii) будущий абонент правомерно обладает частным ключом, способным создавать цифровую подпись, и что публичный ключ, который будет указан в сертификате, может быть использован для проверки цифровой подписи, приложенной с помощью такого частного ключа.

Раздел 15-315. Заверения по выдаче сертификата

- а) Выдавая сертификат с той целью, что на него будут полагаться третьи стороны для проверки цифровых подписей, созданных абонентом, сертификационный орган добросовестно и в течение срока действия сертификата заверяет абонента и любое лицо, которое разумно полагается на информацию, содержащуюся в сертификате, что:
 - 1) сертификационный орган обработал, одобрил и выдал - и будет заниматься поддержкой и, в случае необходимости, аннулирует сертификат в соответствии с применимым заявлением о практике сертификации, которое указано в сертификате или включено в него с помощью ссылки или о котором было уведомлено такое лицо, или, вместо такого заявления, в соответствии с настоящим Законом или законодательством правовой системы, регулирующей вопросы выдачи сертификата;
 - 2) сертификационный орган проверил личность абонента в той степени, в которой это указано в сертификате или в применимом заявлении о практике сертификации, или, вместо этого, что сертификационный орган проверил личность абонента надежным образом;
 - 3) сертификационный орган проверил, что лицо, обратившееся с просьбой о выдаче сертификата, обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в сертификате; и
 - 4) за исключением ясно указанного в сертификате или в применимом заявлении о практике сертификации, насколько это известно сертификационному органу на дату выдачи сертификата, вся другая информация о сертификате является точной и не вводящей по существу в заблуждение.
- б) Если сертификационный орган выдал сертификат в соответствии с законодательством другой правовой системы, сертификационный орган также, если это уместно, дает все гарантии и заверения, которые иным образом применимы в соответствии с правом, регулирующим вопросы выдачи.

Раздел 15-320. Аннулирование сертификата

- а) В течение срока действия сертификата сертификационный орган, выдавший сертификат, должен аннулировать сертификат в соответствии с принципами и процедурами, регулирующими аннулирование и указанными в применимом заявлении о практике сертификации, или, в отсутствие таких принципов и процедур, в кратчайшие возможные сроки после:
 - 1) получения просьбы об аннулировании от абонента, помеченного в сертификате, и подтверждении того, что лицо, обратившееся с просьбой об аннулировании, является абонентом или агентом абонента, уполномоченным просить об аннулировании;
 - 2) получения заверенной копии свидетельства о смерти абонента-физического лица или по подтверждении смерти абонента на основании других надежных доказательств;
 - 3) представления в его распоряжение документов, на основании которых осуществляется расформирование абонента-юридического лица, или подтверждения на основании других доказательств того, что абонент был расформирован или прекратил существование;
 - 4) вручения требующего аннулирования приказа, выданного судом компетентной правовой системы; или
 - 5) подтверждения сертификационным органом того, что:
 - А) существенно важный факт, заверенный в сертификате, является ложным;
 - В) существенное предварительное условие для выдачи сертификата не было выполнено;
 - С) частный ключ или операционная система сертификационного органа были скомпрометированы таким образом, который существенно затрагивает надежность сертификата, или
 - Д) частный ключ абонента был скомпрометирован.
- б) По осуществлении такого аннулирования сертификационный орган должен уведомить абонента и полагающиеся стороны в соответствии с принципами и процедурами, регулирующими уведомление об аннулировании и указанными в применимом заявлении о практике сертификации, или, в отсутствие таких принципов и процедур, незамедлительно уведомить абонента, незамедлительно опубликовать уведомление об аннулировании во всех местах, в которых сертификационный орган ранее обеспечил опубликование сертификата, или иным образом раскрыть информацию о факте аннулирования по запросу полагающейся стороны.

Сингапур

Часть VIII

Обязанности сертификационных органов

Надежная система

- 27. Сертификационный орган должен использовать надежные системы при предоставлении своих услуг.

Раскрытие информации

28. 1) Сертификационный орган раскрывает следующую информацию:

- a) свой сертификат, в котором указывается публичный ключ, соответствующий частному ключу, используемому этим сертификационным органом для цифрового подписания других сертификатов (в настоящем разделе - "сертификат сертификационного органа");
- b) любое соответствующее заявление о практике сертификации;
- c) уведомление об аннулировании или приостановлении действия сертификата сертификационного органа; и
- d) любой другой факт, который существенным образом и негативно затрагивает либо надежность сертификата, выданного этим органом, либо способность этого органа предоставлять свои услуги.

2) В случае события, которое существенным образом и негативно затрагивает надежную систему сертификационного органа или сертификат сертификационного органа, сертификационный орган:

- a) предпринимает разумные усилия для уведомления любых лиц, которые, как это известно, затронуты или предсказуемо будут затронуты этим событием; или
- b) действует в соответствии с указанными в его заявлении о практике сертификации процедурами, регулирующими действия в случае таких событий.

Выдача сертификата

29. 1) Сертификационный орган может выдать сертификат будущему абоненту только после того, как сертификационный орган:

- a) получит просьбу о выдаче от будущего абонента; и
- b) выполнит
 - i) если имеется заявление о практике сертификации - все виды практики и процедуры, изложенные в таком заявлении о практике сертификации, включая процедуры, касающиеся идентификации будущего абонента; или
 - ii) в отсутствие заявления о практике сертификации - условия, указанные в подразделе 2.

2) В отсутствие заявления о практике сертификации сертификационный орган подтверждает самостоятельно или через уполномоченного агента, что:

- a) будущий абонент является лицом, которое будет указано в сертификате, который будет выдан;
- b) если будущий абонент действует через одного или нескольких агентов - абонент уполномочил агента хранить частный ключ абонента и обращаться с просьбой о выдаче сертификата, в котором указывается соответствующий публичный ключ;
- c) информация в сертификате, который будет выдан, является точной;
- d) будущий абонент правомерно обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, который будет указан в сертификате;
- e) будущий абонент обладает частным ключом, способным создавать цифровую подпись; и
- f) публичный ключ, который будет указан в сертификате, может быть использован для проверки цифровой подписи, приложенной с помощью частного ключа, которым обладает будущий абонент.

Заверения по выдаче сертификата

30. 1) Выдавая сертификат, сертификационный орган заверяет любое лицо, которое разумно полагается на сертификат или цифровую подпись, которую можно проверить с помощью публичного ключа, указанного в сертификате, что сертификационный орган выдал сертификат в соответствии с любым применимым заявлением о практике сертификации, которое включено с помощью ссылки в сертификат или о котором было уведомлено полагающееся лицо.

2) В отсутствие такого заявления о практике сертификации сертификационный орган заверяет, что он подтвердил, что:

- a) сертификационный орган выполнил все применимые требования настоящего Закона при выдаче сертификата и, если сертификационный орган опубликовал сертификат или иным образом предоставил его в распоряжение такого доверяющего лица, что абонент, указанный в сертификате, акцептовал его;
- b) абонент, идентифицированный в сертификате, обладает частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в сертификате;
- c) публичный ключ и частный ключ абонента представляют собой функционирующую пару ключей;
- d) вся информация в сертификате является точной, если только сертификационный орган не заявил в сертификате, что точность конкретно оговоренной информации не подтверждается, или не указал на это с помощью включения в сертификат соответствующей ссылки; и
- e) сертификационному органу неизвестно ни о каком имеющем существенное значение факте, который, если бы он был включен в сертификат, оказал бы неблагоприятное воздействие на надежность заверений согласно пунктам (a)-(d).

3) В тех случаях, когда имеется применимое заявление о практике сертификации, которое было включено посредством ссылки в сертификат или о котором было уведомлено полагающееся лицо, подраздел 2 применяется в той мере, в которой заверения не противоречат заявлению о практике сертификации.

Приостановление действия сертификата

31. Если сертификационный орган и абонент не договорились об ином, сертификационный орган, выдавший сертификат, приостанавливает действие сертификата в кратчайший возможный срок после получения просьбы от лица, которое, как это может разумно полагать сертификационный орган, является

- a) абонентом, указанным в сертификате;
- b) лицом, должным образом уполномоченным действовать от имени этого абонента; или
- c) лицом, действующим от имени этого абонента, который не может выйти на связь.

Аннулирование сертификата

32. Сертификационный орган аннулирует выданный им сертификат

- a) после получения просьбы об аннулировании от абонента, упомянутого в сертификате, и подтверждения того, что лицо, обращающееся с просьбой об аннулировании, является абонентом или агентом абонента, уполномоченным обращаться с просьбой об аннулировании;
- b) после получения заверенной копии свидетельства о смерти абонента или по подтверждению на основании других доказательств факта смерти абонента; или
- c) по представлении документов, на основании которых осуществляется расформирование абонента, или по подтверждению на основании других доказательств, что абонент был расформирован или прекратил существование

Аннулирование без согласия абонента

33. 1) Сертификационный орган аннулирует сертификат, независимо от согласия на это абонента, указанного в сертификате, если сертификационный орган подтверждает, что:

- a) какой-либо существенный факт, заверенный в сертификате, является ложным;
- b) какое-либо требование для выдачи сертификата не было выполнено;
- c) частный ключ или надежная система сертификационного органа были скомпрометированы таким образом, который существенно затрагивает надежность сертификата;
- d) абонент, являющийся физическим лицом, умер; или
- e) абонент, являющийся юридическим лицом, был расформирован, ликвидирован или иным образом прекратил существование.

2) По осуществлении такого аннулирования на иных основаниях, чем указанные в подразделе 1(d) или (e), сертификационный орган незамедлительно уведомляет об этом абонента, указанного в аннулированном сертификате.

Уведомление о приостановлении действия

34. 1) Незамедлительно по приостановлении действия сертификата сертификационным органом сертификационный орган публикует подписанное уведомление о приостановлении в месте для опубликования уведомлений о приостановлении действия, указанном в сертификате.

2) В тех случаях, когда указаны одно или более таких мест, сертификационный орган публикует подписанные уведомления о приостановлении во всех таких местах.

Уведомление об аннулировании

35. 1) Незамедлительно по аннулировании сертификата сертификационным органом сертификационный орган публикует подписанное уведомление об аннулировании в месте для опубликования уведомлений об аннулировании, указанном в сертификате.

2) В тех случаях, когда указаны одно или более таких мест, сертификационный орган публикует подписанные уведомления об аннулировании во всех таких местах.

Пункты 4 и 5 - финансовая ответственность

Руководящие принципы ААА

3.14 Финансовая ответственность сертификационного органа, выполняющего установленные требования

Сертификационный орган, выполняющий настоящие Руководящие принципы и любые другие применимые законодательные или договорные нормы, не несет финансовой ответственности за любые убытки, которые

- 1) понесены абонентом сертификата, выданного этим сертификационным органом, или любым другим лицом или
- 2) причинены в результате доверия к сертификату, выданному сертификационным органом, к цифровой подписи, которую можно проверить с помощью публичного ключа, указанного в сертификате, или к информации, заверенной в таком сертификате или хранилище информации.

Проект директивы ЕС

Статья 6. Финансовая ответственность

1. Государства-члены, как минимум, обеспечивают, что в результате публичной выдачи сертификата в качестве сертификата, отвечающего установленным требованиям, или в результате публичного гарантирования сертификата поставщик сертификационных услуг несет финансовую ответственность за ущерб, причиненный любому лицу, которое разумно полагается на сертификат, в связи с:

- a) точностью всей информации в сертификате, отвечающей установленным требованиям, в момент его выдачи;
- b) [...];
- c) гарантией того, что в момент выдачи сертификата лицо, идентифицированное в сертификате, отвечающее установленным требованиям, обладало данными для создания подписи, соответствующими данным для проверки подписи, приведенным или указанным в сертификате;
- d) гарантией того, что данные для создания подписи и данные для проверки подписи могут использоваться взаимодополняющим образом в случаях, когда поставщик сертификационных услуг готовит оба вида таких данных;

если только поставщик сертификационных услуг не докажет, что он не проявил небрежности.

1a. Государства-члены, как минимум, обеспечивают, что поставщик сертификационных услуг, публично выдавший сертификат в качестве сертификата, отвечающего установленным требованиям, несет финансовую ответственность за ущерб, причиненный любому лицу, которое разумно полагается на сертификат, в связи с версией аннулирования сертификата, если только поставщик сертификационных услуг не докажет, что он не проявил небрежности.

3. Государства-члены обеспечивают, что поставщик сертификационных услуг может указать в сертификате, отвечающем установленным требованиям, ограничения на использование определенных сертификатов; эти ограничения должны быть понятными для третьих сторон. Поставщик сертификационных услуг не несет финансовой ответственности за ущерб, возникающий из неправомерного использования отвечающего установленным требованиям сертификата, который включает ограничения на его использование.

4. Государства-члены обеспечивают, что поставщик сертификационных услуг может указать в сертификате, отвечающем установленным требованиям, ограничение на стоимостной объем сделок, для которых может быть использован этот сертификат, при условии, что это ограничение признают третьи стороны. Поставщик сертификационных услуг не несет финансовой ответственности за ущерб, причиненный в результате превышения этого максимального предела.

5. Положения пунктов 1-4 не противоречат положениям Директивы Совета 93/13/ЕЕС от 5 апреля 1993 года о недобросовестных условиях, содержащихся в договорах с потребителями.

Миссури

Раздел 17.1

В результате указания в сертификате рекомендованного предела доверия выдающий сертификационный орган и акцептующий абонент рекомендует соответствующим лицам полагаться на сертификат только в том объеме, при котором общая сумма риска не превышает рекомендуемый предел доверия.

Раздел 17.2

Если обладающий лицензией сертификационный орган не отказывается от применения настоящего подраздела, обладающий лицензией сертификационный орган:

- 1) не несет финансовой ответственности за любые убытки, причиненные доверием к ложной или подделанной цифровой подписи абонента, если в отношении такой ложной или подделанной цифровой подписи сертификационный орган выполнил все материальные требования разделов 1-27 настоящего закона;
- 2) не несет финансовой ответственности в превышающие суммы, указанной в сертификате в качестве рекомендованного предела доверия, в связи либо с:
 - a) убытками, причиненными доверием к неверному указанию в сертификате какого-либо факта, подтвердить который требуется обладающему лицензией сертификационному органу; либо
 - b) несоблюдением раздела 10 настоящего закона при выдаче сертификата;
- 3) несет финансовую ответственность только за прямые фактические убытки по любому иску о возмещении ущерба, причиненного доверием к сертификату, причем такие убытки не включают:
 - a) штрафы или заранее оцененные убытки;
 - b) убытки в связи с утраченными выгодами, экономией или возможностями; или
 - c) убытки в связи с причиненной болью или страданиями.

Сангапур

Пределы финансовой ответственности для обладающих лицензией сертификационных органов

45. Если обладающий лицензией сертификационный орган не отказывается от применения настоящего раздела, обладающий лицензией сертификационный орган:

- а) не несет финансовой ответственности за любые убытки, причиненные доверием к ложной или подделанной цифровой подписи абонента, если в отношении такой ложной или подделанной цифровой подписи обладающий лицензией сертификационный орган выполнил требования настоящего Закона;
- б) не несет финансовой ответственности в превышение суммы, указанной в сертификате в качестве рекомендованного предела доверия, в связи либо с:
 - i) убытками, причиненными доверием к неверному указанию в сертификате какого-либо факта, подтвердить который требуется обладающему лицензией сертификационному органу, или
 - ii) несоблюдением разделов 29 и 30 при выдаче сертификата.

Статья 11. Доверие к электронным подписям

1) Лицо не имеет права полагаться на электронную подпись в той мере, в которой такое поведение не является разумным.

2) [При определении того, является ли доверие разумным,] [При определении того, являлось ли поведение лица, полагавшегося на электронную подпись, разумным,] учитывается, если это уместно, следующее:

- а) характер основной сделки, подтвердить которую предполагалось с помощью электронной подписи;
- б) предприняла ли полагающаяся сторона надлежащие шаги для определения надежности электронной подписи;
- в) предприняла ли полагающаяся сторона шаги для выяснения того, была ли электронная подпись подкреплена сертификатом;
- г) было ли полагающейся стороне известно или должно было быть известно, что электронное подписывающее устройство было скомпрометировано или аннулировано;
- д) любое соглашение или практика в отношениях между полагающейся стороной и абонентом или любой другой торговый обычай, который может быть применим;
- е) любой другой соответствующий фактор.

Статья 12. Доверие к сертификатам

1) Лицо не имеет права полагаться на информацию в сертификате в той мере, в которой такое поведение не является разумным.

2) [При определении того, является ли доверие разумным,] [При определении того, являлось ли поведение лица, полагавшегося на информацию в сертификате, разумным,] учитывается, если это уместно, следующее:

- а) любые ограничения, установленные для сертификата;
- б) предприняла ли полагающаяся сторона надлежащие шаги для определения надежности сертификата, включая ознакомление с перечнем аннулированных или приостановленных сертификатов, когда это уместно;
- в) любое соглашение или практика, существующие или существовавшие в соответствующий момент времени в отношениях между полагающейся стороной и поставщиком сертификационных услуг или абонентом, или любой торговый обычай, который может быть применим;
- г) любые другие соответствующие факторы.

Вариант А

3) Если доверие к электронной подписи является неразумным в обстоятельствах, учитывающих факторы в пункте 1, полагающаяся сторона принимает на себя риск того, что подпись является недействительной.

Вариант В

3) Если доверие к подписи является неразумным в обстоятельствах, учитывающих факторы в пункте 1, полагающаяся сторона не имеет никаких претензий к обладателю подписывающего устройства или поставщику сертификационных услуг.

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

A/CN.9/465, пункты 109-122 (проекты статей 10 и 11);
A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункты 56-58 (проекты статей 10 и 11);
A/CN.9/457, пункты 99-107;
A/CN.9/WG.IV/WR.80, пункты 20 и 21.

Примечания

61. Проекты статей 11 и 12, в которых соответственно рассматриваются вопросы разумного доверия к электронным подписям и сертификатам, подверглись небольшим редакционным изменениям с учетом их обсуждений Рабочей группой на ее тридцать пятой сессии. Хотя на тридцать четвертой сессии Рабочей группы преобладало мнение, что в единообразные правила должны быть включены положения, касающиеся обязательств стороны, которая намеревается полагаться на сертификат, на тридцать пятой сессии были высказаны сомнения относительно практической пользы от использования понятия "доверие", которое касается как сообщения, так и подписи и в связи с которым могут возникнуть трудные вопросы при соприкосновении с обязательственным правом и необходимостью распределять риски (см. A/CN.9/465, пункт 111). Рабочая группа, возможно, пожелает принять решение по принципиальному вопросу в отношении того, следует ли в единообразных правилах специально устанавливать обязательства для полагающихся сторон. Если статьи 11 и 12 понимать как устанавливающие обязательства для полагающихся сторон, то последствия невыполнения этих обязательств, возможно, потребуются обсудить дополнительно. Если статьи 11 и 12 понимаются как устанавливающие лишь "кодекс поведения" без уточнения последствий несоблюдения указанного поведения (см. A/CN.9/465, пункт 113), то такие предложения об установлении кодекса поведения для полагающейся стороны, возможно, целесообразнее включить в пояснительный документ, например, в руководство по применению единообразных правил.

62. Варианты А и В, которые оба строятся на предположении о том, что единообразные правила должны касаться правовых последствий, которые могут вытекать из непроявления полагающейся стороной должной заботливости при оценке надежности электронной подписи (независимо от того, подкрепляется ли такая электронная подпись сертификатом или не подкрепляется), призваны отразить два предложения, выдвинутые в этой связи на тридцать пятой сессии Рабочей группы (A/CN.9/465, пункт 117).

63. Рабочая группа, возможно, пожелает подробнее рассмотреть связь между проектами статей 11 и 12, с одной стороны, и проектом статьи 6, с другой стороны.

Справочные национальные законодательные и другие тексты**Руководящие принципы ААА****5.3 Ненадежные цифровые подписи**

1) [...]

2) Если иное не предусмотрено законом или договором, полагающаяся сторона принимает на себя риск того, что цифровая подпись является недействительной в качестве подписи или аутентификации подписанного сообщения, если доверие к этой цифровой подписи является неразумным в данных обстоятельствах в соответствии с факторами, перечисленными в Руководящем принципе 5.4 (разумность доверия).

5.4 Разумность доверия

Ниженеречисленные факторы, в том числе, имеют существенное значение при оценке разумности доверия получателя к сертификату и к цифровым подписям, которые могут быть проверены при использовании публичного ключа, указанного в сертификате:

- 1) факты, которые полагающейся стороне известны или о которых полагающаяся сторона была уведомлена, включая все факты, указанные в сертификате или включенные в него посредством ссылки;
- 2) ценность или важность подписанного в цифровой форме сообщения, если она известна;
- 3) практика в отношениях между полагающимся лицом и абонентом, а также имеющиеся признаки надежности или ненадежности, помимо цифровой подписи;
- 4) торговый обычай, особенно в том, что касается сделок, заключаемых с помощью надежных систем или других компьютерных средств.

2.3 Предсказуемость доверия к сертификатам

Поведение, при котором лица, полагающиеся на цифровую подпись, будут также полагаться на действующий сертификат, содержащий публичный ключ, с помощью которого может быть проверена цифровая подпись, является предсказуемым.

ГАЙДЕК

VIII. Сертификация

1. Последствия действительного сертификата

Лицо может положиться на действующий сертификат как на точно заверяющий факт или факты, указанные в нем, если это лицо не получало уведомления о том, что сертифициатор не выполнил какого-либо материального требования к практике заверенных сообщений.

Сингапур

Часть VI. Последствия цифровых подписей

Ненадежные цифровые подписи

22. Если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, полагающееся на электронную запись, подписанную в цифровой форме, принимает на себя риск того, что эта цифровая подпись является недействительной в качестве подписи или удостоверения подлинности подписанного электронного сообщения, если доверие к этой цифровой подписи является неразумным в данных обстоятельствах с учетом следующих факторов:

- a) факты, которые известны лицу, полагающемуся на электронное сообщение, подписанное в цифровой форме, или о которых оно было уведомлено, включая все факты, указанные в сертификате или включенные в него посредством ссылки;
- b) ценность или важность электронной записи, подписанной в цифровой форме, если она известна;
- c) практика в отношениях между лицом, полагающимся на электронную запись, подписанную в цифровой форме, и абонентом и имеющиеся признаки надежности или ненадежности, помимо цифровой подписи; и
- d) любой торговый обычай, особенно в том, что касается сделок, совершаемых с помощью надежных систем или других электронных средств.

Статья 13. Признание иностранных сертификатов и электронных подписей

[1] При определении того, обладает ли - и в какой мере обладает - сертификат [или электронная подпись] юридической силой, не учитываются ни место выдачи сертификата [или электронной подписи], ни государство, в котором находится коммерческое предприятие эмитента.]

2) Сертификаты, выданные иностранным поставщиком сертификационных услуг, признаются юридически эквивалентными сертификатам, выданным поставщиками сертификационных услуг, функционирующим на основании ... [законодательство принимающего государства], если практика иностранных поставщиков сертификационных услуг обеспечивает уровень надежности, по меньшей мере эквивалентный тому, который требуется от поставщиков сертификационных услуг на основании ... [законодательство принимающего государства]. [Такое признание может быть осуществлено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения между заинтересованными государствами.]

3) Подписи, отвечающие законодательству другого государства, касающемуся электронных подписей, признаются юридически эквивалентными подписям на основании ... [законодательство принимающего государства], если законодательство другого государства требует уровень надежности, по меньшей мере эквивалентный тому, который требуется для таких подписей на основании ... [законодательство принимающего государства]. [Такое признание может быть осуществлено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения с другими государствами.]

4) При определении эквивалентности учитываются, если это уместно, [факторы в пункте 2 статьи 10] [следующие факторы:

- a) финансовые и людские ресурсы, включая наличие активов в пределах юрисдикции;
- b) надежность систем аппаратного и программного обеспечения;

- c) процедуры оформления сертификатов и рассмотрения заявлений на сертификаты и хранение записей;
- d) наличие информации для [подписавшихся] [субъектов], идентифицированных в сертификатах, и для потенциальных полагающихся сторон;
- e) регулярность и масштабы аудита, проводимого каким-либо независимым органом;
- f) наличие заявления государства, аккредитационного органа или сертификационного ведомства относительно соблюдения или наличия вышеизложенного;
- g) подсудность судам принимающего государства; и
- h) степень расхождения между законодательством, применимым к действиям сертификационного органа, и законодательством принимающего государства.

5) Независимо от положений пунктов 2 и 3 стороны коммерческих и других сделок могут оговорить, что в связи с представляемыми им сообщениями или подписями должен использоваться тот или иной конкретный поставщик сертификационных услуг, класс поставщиков сертификационных услуг и класс сертификатов.

6) В тех случаях, когда, независимо от положений пунктов 2 и 3, стороны соглашаются между собой в отношении использования электронных подписей и сертификатов, [такое соглашение признается достаточным для цели трансграничного признания]. [При определении того, обладает ли - и в какой мере обладает - электронная подпись или сертификат юридической силой, учитывается любое соглашение между сторонами сделки, в которой используется эта подпись или этот сертификат.]

Справочные документы ЮНСИТРАЛ

- A/CN.9/465, пункты 21-35;
- A/CN.9/WG.IV/WR.82, пункты 69-71;
- A/CN.9/454, пункт 173;
- A/CN.9/446, пункты 196-207 (проект статьи 19);
- A/CN.9/WG.IV/WR.73, пункт 75;
- A/CN.9/437, пункты 74-89 (проект статьи I); и
- A/CN.9/WG.IV/WR.71, пункты 73-75.

Примечания

64. Хотя на тридцать пятой сессии Рабочей группы в целом поддержку получил изложенный в пункте 1 принцип недискриминационного подхода, были высказаны сомнения в отношении целесообразности ссылки на страну происхождения. Было выражено мнение, что ссылка на страну происхождения приводит к излишнему сужению положения о недискриминации и оставляет открытой возможность для дискриминации по ряду других оснований, что было бы нежелательным. Было также высказано мнение, что на самом деле могут быть случаи, когда страна происхождения, подпись или сертификата имеет важное значение для вопроса признания. Однако никакой поддержки не получило предложение заменить нынешнюю формулировку, в соответствии с которой "не учитывается" страна происхождения, на формулировку, в соответствии с которой определение юридической силы электронной подписи не должно основываться "только" на стране происхождения (см. A/CN.9/465, пункты 23-24). Рабочая группа, возможно, пожелает принять принципиальное решение по вопросу о том, следует ли уточненное положение, в котором сформулирован принцип недискриминации, включить в проект статьи 13 или разъяснение этого принципа следует поместить в качестве ссылки более общего характера в преамбулу или в руководство по применению единообразных правил.

65. Пункты 2, 3, 4 и 5 были в целом согласованы Рабочей группой на ее предыдущей сессии как положения, устанавливающие надлежащее правило признания иностранных сертификатов и подписей (там же, пункт 34). Что касается факторов, перечисленных в пункте 4, то перекрестная ссылка на проект статьи 10, возможно, является достаточной, если эти же самые факторы используются для определения надежности систем, используемых внутренними поставщиками сертификационных услуг. Пункт 5 отражает общую точку зрения Рабочей группы на то, что сторонам коммерческих и других сделок следует предоставить право выбора конкретного поставщика сертификационных услуг, класса поставщиков сертификационных услуг или класса сертификатов, которыми они желают воспользоваться в связи с сообщениями или подписями, которые они получают. Ссылка на стороны коммерческих и других сделок предполагает охват государственных учреждений, выступающих в качестве коммерческих сторон.

66. Пункт 6 содержит предложения, выражающие принятое Рабочей группой на ее тридцать пятой сессии решение о том, что проект статьи 13 должен предусматривать признание договоренностей между заинтересованными сторонами в отношении использования определенных типов электронных подписей или сертификатов в качестве достаточных оснований для трансграничного признания (в отношениях между сторонами) таких согласованных подписей или сертификатов (A/CN.9/465, пункт 34).

67. Рабочая группа, возможно, пожелает принять принципиальное решение о том, следует ли в проекте статьи 13 охватить как сертификаты, так и подписи.

Справочные национальные законодательные и другие тексты

Проект директивы ЕС

Статья 7. Международные аспекты

1. Государства-члены обеспечивают, чтобы сертификаты, которые публично выданы в качестве сертификатов, отвечающих установленным требованиям, поставщиком сертификационных услуг, предприятие которого расположено в третьей стране, признавались юридически эквивалентными сертификатам, выданным поставщиком сертификационных услуг, предприятие которого расположено в пределах Европейского сообщества;

- a) если поставщик сертификационных услуг удовлетворяет требованиям, установленным в настоящей Директиве, и был аккредитован в контексте системы добровольной аккредитации, созданной в государстве - члене Европейского сообщества, или
- b) если поставщик сертификационных услуг, предприятие которого расположено в рамках Сообщества и который отвечает требованиям, установленным в настоящей Директиве, гарантирует сертификат; или
- c) если сертификат или поставщик сертификационных услуг признаются согласно режиму двустороннего или многостороннего соглашения между Сообществом и третьими странами или международными организациями.

2. В целях содействия трансграничным сертификационным услугам с третьими странами и юридическому признанию продвинутой электронной подписей, подготовленных в третьих странах, Комиссия, если это уместно, будет вносить предложения, направленные на достижение эффективного осуществления стандартов и международных соглашений, применимых к сертификационным услугам. В частности, и если это необходимо, она будет представлять предложения в Совет относительно надлежащих мандатов на проведение переговоров по двусторонним и многосторонним соглашениям с третьими странами и международными организациями. Совет принимает решения квалифицированным большинством голосов.

Германия

§ 15 Иностраные сертификаты

1) Цифровые подписи, которые могут быть проверены с помощью публичного подписывающего ключа, на который имеется иностранный сертификат другого государства - члена Европейского союза или другого договаривающегося государства Договора о Европейском экономическом пространстве, эквивалентны цифровым подписям на основании настоящего закона в той мере, в которой они демонстрируют эквивалентный уровень защиты.

2) Пункт 1 также применяется к другим государствам в той мере, в которой заключены подгосударственные или международные соглашения относительно признания сертификатов.

Исландия

Статья 25. Использование электронных подписей и записей Агентством штата

Раздел 25-115. Взаимоприменимость

В той мере, в которой это разумно с учетом обстоятельств, правила, принимаемые Департаментом центральных управленческих услуг или Агентством штата в отношении использования электронных записей или электронных подписей, составлены таким образом, который направлен на поощрение и содействие сочетаемости и взаимоприменимости с аналогичными требованиями, принятыми правительственными агентствами других штатов и федеральным правительством.

Сингапур

Часть X. Регулирование деятельности сертификационных органов

Признание иностранных сертификационных органов

43. Министр может посредством принимаемых в порядке регулирования актов предусмотреть, что Ревизор может осуществлять признание сертификационных органов за пределами Сингапура, которые отвечают установленным требованиям, для любых из нижеследующих целей:

- a) рекомендованный предел доверия, если таковой имеется, указанный в сертификате, выданном сертификационным органом;
- b) презумпция, упомянутая в разделах 20(b)(ii) [цифровые подписи при определенных обстоятельствах должны рассматриваться в качестве защищенных электронных подписей] и 21 [презумпция правильности сертификата, если он акцептуется абонентом].

Справочные национальные законодательные и другие тексты

Руководящие принципы ААА

5.3 Ненадежные цифровые подписи

- 1) [...]
 - 2) Если иное не предусмотрено законом или договором, полагающаяся сторона принимает на себя риск того, что цифровая подпись является недействительной в качестве подписи или аутентификации подписанного сообщения, если доверие к этой цифровой подписи является неразумным в данных обстоятельствах в соответствии с факторами, перечисленными в Руководящем принципе 5.4 (разумность доверия).

5.4 Разумность доверия

Нижеперечисленные факторы, в том числе, имеют существенное значение при оценке разумности доверия получателя к сертификату и к цифровым подписям, которые могут быть проверены при использовании публичного ключа, указанного в сертификате:

- 1) факты, которые полагающейся стороне известны или о которых полагающаяся сторона была уведомлена, включая все факты, указанные в сертификате или включенные в него посредством ссылки;
- 2) ценность или важность подписанного в цифровой форме сообщения, если она известна;
- 3) практика в отношениях между полагающимся лицом и абонентом, а также имеющиеся признаки надежности или ненадежности, помимо цифровой подписи;
- 4) торговый обычай, особенно в том, что касается сделок, заключаемых с помощью надежных систем или других компьютерных средств.

2.3 Предсказуемость доверия к сертификатам

Поведение, при котором лица, полагающиеся на цифровую подпись, будут также полагаться на действующий сертификат, содержащий публичный ключ, с помощью которого может быть проверена цифровая подпись, является предсказуемым.

ГАЙДЕК

VIII. Сертификация

1. Последствия действительного сертификата

Лицо может положиться на действующий сертификат как на точно заверяющий факт или факты, указанные в нем, если это лицо не получало уведомления о том, что сертифициатор не выполнил какого-либо материального требования к практике заверенных сообщений.

Сингапур

Часть VI. Последствия цифровых подписей

Ненадежные цифровые подписи

22. Если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, полагающееся на электронную запись, подписанную в цифровой форме, принимает на себя риск того, что эта цифровая подпись является недействительной в качестве подписи или удостоверения подлинности подписанного электронного сообщения, если доверие к этой цифровой подписи является неразумным в данных обстоятельствах с учетом следующих факторов:

- a) факты, которые известны лицу, полагающемуся на электронное сообщение, подписанное в цифровой форме, или о которых оно было уведомлено, включая все факты, указанные в сертификате или включенные в него посредством ссылки;
- b) ценность или важность электронной записи, подписанной в цифровой форме, если она известна;
- c) практика в отношениях между лицом, полагающимся на электронную запись, подписанную в цифровой форме, и абонентом и имеющиеся признаки надежности или ненадежности, помимо цифровой подписи; и
- d) любой торговый обычай, особенно в том, что касается сделок, совершаемых с помощью надежных систем или других электронных средств.

ПРИЛОЖЕНИЕ

ПРОЕКТ ЕДИНООБРАЗНЫХ ПРАВИЛ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ

(Сводный текст проектов статей 1-13 в том виде, в котором они были рассмотрены в части II настоящей записки)

Статья 1. Сфера применения

Настоящие Правила применяются в тех случаях, когда электронные подписи используются в контексте* торговой** деятельности. Они не имеют преимущественной силы по отношению к любой правовой норме, предназначенной для защиты потребителей.

* Комиссия предлагает следующий текст для государств, которые, возможно, пожелают расширить сферу применения настоящих Правил:

"Настоящие Правила применяются в тех случаях, когда используются электронные подписи, за исключением следующих ситуаций: [...]".

** Термин "торговая" следует толковать широко, с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, как договорных, так и недоговорных. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки о поставке товаров или услуг или обмене товарами или услугами; дистрибуторские соглашения; торговое представительство и агентские отношения; факторинг; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; инжиниринг; купля/продажа лицензий; инвестирование; финансирование; банковские услуги; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозка товаров и пассажиров по воздуху, морем, по железным и автомобильным дорогам.

Статья 2. Определения

Для целей настоящих Правил:

- a) "электронная подпись" означает [данные в электронной форме, которые содержатся в сообщении данных, приложены к нему или логически ассоциируются с ним и которые могут быть использованы] [любой метод, который может быть использован в отношении сообщения данных] для идентификации обладателя подписи в связи с сообщением данных и указания на то, что обладатель подписи согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных;
- b) "электронная подпись с высокой степенью защиты" означает электронную подпись, в отношении которой может быть продемонстрировано с помощью использования [какой-либо процедуры защиты] [какого-либо метода защиты], что эта подпись:
 - i) присуща исключительно обладателю подписи [для цели, с которой] [в контексте, в котором] она используется;
 - ii) была создана и приложена к сообщению данных обладателем подписи или с использованием средства, находящегося под исключительным контролем обладателя подписи [а не каким-либо другим лицом];
 - iii) была создана и связана с сообщением данных, к которому она относится, таким образом, который обеспечивает надежные доказательства целостности сообщения";]
- c) "сертификат" означает сообщение данных или иную запись, которая выдается сертифицированным источником информации и которые предназначены для удостоверения личности лица или организации, являющихся обладателями [определенной пары ключей] [определенного подписывающего устройства];
- d) "сообщение данных" означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими;
- e) "обладатель подписи" [обладатель устройства] [обладатель ключа] [абонент] [обладатель подписывающего устройства] [подписавшийся] [подписавший] означает лицо, которым или от имени которого электронная подпись с высокой степенью защиты может быть создана и приложена к сообщению данных;
- f) "сертификатор информации" означает лицо или организацию, которые в рамках своей деятельности занимаются [предоставлением идентификационных услуг, которые используются] [сертификацией информации, которая используется] для поддержки использования электронных подписей [с высокой степенью защиты].

Статья 3. Технологическая нейтральность [Равный режим для электронных подписей]

Ни одно из положений настоящих Правил не применяется таким образом, чтобы исключить, ограничивать или лишать юридической силы любой метод [электронной подписи], [который удовлетворяет требованиям, указанным в статье 6(1) настоящих Правил] [который является как надежным, так и соответствующим цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности] [или иным образом отвечает требованиям применимого права].

Статья 4. Толкование

1) При толковании настоящих Единых правил следует учитывать их международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в их применении и соблюдению добросовестности.

2) Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящих Единых правил и которые прямо в них не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основаны настоящие Единые правила.

Статья 5. [Изменение по договоренности] [Автономия сторон]
[Свобода договора]

Позволяется отход от настоящих Правил или [изменение их действия] по договоренности за исключением тех случаев, когда настоящие Правила предусматривают иное или законодательство принимающего государства предусматривает иное.

Статья 6. [Соблюдение требований к подписи] [Презумпция подписания]

1) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использован [использована] [метод] [электронная подпись], который [которая] является как надежным [надежной], так и соответствующим [соответствующей] цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

2) Пункт 1 применяется как в тех случаях, когда упомянутое в нем требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

Вариант А

3) Считается, что [метод] [электронная подпись] является надежным для цели удовлетворения требования, упомянутого в пункте 1, если этот метод обеспечивает, что:

- a) данные, используемые для создания электронной подписи, являются уникальными для обладателя подписывающего [создающего подпись] устройства в том контексте, в котором они используются;
- b) обладатель подписывающего [создающего подпись] устройства [имеет] [имел в соответствующий момент времени] исключительный контроль над этим устройством;
- c) электронная подпись связана с [информацией] [сообщением данных или с частью этого сообщения], к которому она относится [таким образом, который гарантирует целостность этой информации];
- d) обладатель подписывающего [создающего подпись] устройства объективно идентифицируется в контексте [, в котором используется это устройство] [сообщение данных].

Вариант В

3) В отсутствие доказательств противного использование электронной подписи считается способным удостоверить:

- a) что электронная подпись удовлетворяет стандарту надежности, изложенному в пункте 1;
- b) личность предполагаемого обладателя подписи; и
- c) что предполагаемый обладатель подписи согласился с информацией, к которой относится электронная подпись.
- 4) Презумпция в пункте 3 применяется только в тех случаях, если:
 - a) лицо, которое предполагает полагаться на электронную подпись, уведомляет предполагаемого обладателя подписи, что данное лицо будет полагаться на электронную подпись [в качестве эквивалента собственноручной]

подписи предполагаемого обладателя подписи] [в качестве доказательства элементов, перечисленных в пункте 3]; и

- b) предполагаемый обладатель подписи не уведомляет в оперативном порядке лицо, которое отправляет уведомление в соответствии с подпунктом (а), о причинах, по которым нельзя полагаться на электронную подпись [в качестве эквивалента собственноручной подписи предполагаемого обладателя подписи] [в качестве доказательства элементов, перечисленных в пункте 3].

Вариант С

- 3) В отсутствие доказательств противного использование электронной подписи считается способным удостоверить:

- a) что электронная подпись удовлетворяет стандарту надежности, изложенному в пункте 1;
b) личность предполагаемого обладателя подписи; и
c) что предполагаемый обладатель подписи согласился с информацией, к которой относится электронная подпись.

[4][5] Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

[Статья 7. Презумпция наличия подлинника]

1) Сообщение данных считается имеющим свою подлинную форму в тех случаях, когда в отношении этого сообщения данных использован [использована] [метод] [электронная подпись] [в соответствии со статьей 6], который [которая]:

- a) представляет надежные доказательства целостности информации с момента, когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме в виде сообщения данных или в каком-либо ином виде; и
b) при необходимости представления информации эта информация может быть продемонстрирована лицу, которому она должна быть представлена;

- 2) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Статья 8. Удовлетворение требований статей 6 и 7

Вариант А

1) [Орган или ведомство, назначенный (-ое) принимающим государством в качестве компетентного органа или ведомства] может определять, какие способы удовлетворяют требованиям статей 6 и 7.

2) Любое определение, вынесенное в соответствии с пунктом 1, должно соответствовать признанным международным стандартам.

Вариант В

1) Один или несколько методов электронной подписи могут быть определены в качестве методов, удовлетворяющих требованиям статей 6 и 7.

2) Любое определение, вынесенное в соответствии с пунктом 1, должно соответствовать признанным международным стандартам.

Статья 9. Ответственность обладателя подписывающего устройства

- 1) Каждый обладатель подписывающего устройства:

a) проявляет разумную заботливость для недопущения несанкционированного использования его подписывающего устройства;

b) уведомляет соответствующих лиц без ненадлежащих задержек, если:

- i) обладателю подписывающего устройства известно, что подписывающее устройство было скомпрометировано; или

- ii) обстоятельства, известные обладателю подписывающего устройства, обуславливают существенный риск того, что подписывающее устройство могло быть скомпрометировано;
- c) [В тех случаях, когда для подтверждения подписывающего устройства используется сертификат.] [В тех случаях, когда подписывающее устройство требует использования сертификата,] проявляется разумная заботливость для обеспечения точности и полноты всех существенных заверений, сделанных обладателем подписывающего устройства, которые имеют отношение к [жизненному циклу] сертификата или которые должны быть включены в сертификат.
- 2) Обладатель подписывающего устройства несет ответственность за невыполнение требований пункта 1.

Статья 10. Ответственность поставщика сертификационных услуг

- 1) Поставщик сертификационных услуг:
 - a) действует в соответствии с заверениями, которые он делает в отношении своей практики;
 - b) проявляет должную осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех существенных заверений, сделанных поставщиком сертификационных услуг, которые относятся к жизненному циклу сертификата или которые включены в сертификат;
 - c) обеспечивает разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить:
 - i) идентификационные данные поставщика сертификационных услуг;
 - ii) что лицо, которое идентифицировано в сертификате, обладает в соответствующий момент времени подписывающим устройством, указанным в сертификате;
 - iii) метод, использованный для идентификации обладателя подписывающего устройства;
 - iv) любые ограничения в отношении целей или стоимостного объема, в связи с которыми может использоваться подписывающее устройство; и
 - v) является ли подписывающее устройство действительным и не было ли оно скомпрометировано;
 - d) обеспечивает обладателей подписывающего устройства средством для направления уведомлений о том, что подписывающее устройство было скомпрометировано, и обеспечивает своевременное функционирование службы аннулирования;
 - e) использует надежные системы, процедуры и людские ресурсы при предоставлении своих услуг.
- 2) При вынесении определения в отношении надежности и степени надежности любых систем, процедур и людских ресурсов для целей подпункта (e) пункта 1 учитываются следующие факторы:
 - a) финансовые и людские ресурсы, в том числе наличие активов в пределах юрисдикции;
 - b) надежность систем аппаратного и программного обеспечения;
 - c) процедуры для обработки сертификатов и заявок на сертификаты и хранение записей;
 - d) наличие информации для [подписывающих] [субъектов], идентифицированных в сертификатах, и для потенциальных полагающихся сторон;
 - e) регулярность и пределы аудита, проводимого независимым органом;
 - f) наличие заявления, сделанного государством, аккредитующим органом или поставщиком сертификационных услуг в отношении соблюдения или наличия вышеуказанных положений;
 - g) подсудность судам принимающего государства; и
 - h) степень расхождения между правом, применимым к поведению поставщика сертификационных услуг, и правом принимающего государства.
- 3) Сертификат устанавливает:
 - a) идентификационные данные поставщика сертификационных услуг;

- b) что лицо, которое идентифицируется в сертификате, обладает в соответствующий момент времени подписывающим устройством, указанным в сертификате;
- c) что подписывающее устройство было действительным на дату или до даты выдачи сертификата;
- d) любые ограничения целей или стоимостного объема, в связи с которыми может использоваться сертификат; и
- e) любое ограничение масштаба или объема финансовой ответственности, с которым соглашается поставщик сертификационных услуг в отношении любого лица.

Вариант X

- 4) Поставщик сертификационных услуг несет финансовую ответственность за невыполнение требований пункта 1.

5) Финансовая ответственность поставщика сертификационных услуг не может превышать ущерба, который поставщик сертификационных услуг предвидел или должен был предвидеть на момент неисполнения с учетом фактов или обстоятельств, которые поставщику сертификационных услуг были известны или должны были быть известны в качестве возможных последствий несоблюдения [невыполнения обязательств [обязанностей] в отношении] [требований] пункта 1.

Вариант Y

- 4) Поставщик сертификационных услуг несет финансовую ответственность за невыполнение требований пункта 1.

- 5) При оценке ущерба во внимание принимаются следующие факторы:

- a) затраты на получение сертификата;
- b) характер сертифицируемой информации;
- c) наличие и степень любого ограничения цели, для которой может использоваться сертификат;
- d) наличие любого заявления, ограничивающего масштаб или степень финансовой ответственности поставщика сертификационных услуг; и
- e) любое действие полагающейся стороны, способствовавшее убыткам.

Вариант Z

4) Если ущерб был причинен в результате неверного или порочного сертификата, поставщик сертификационных услуг несет финансовую ответственность за убытки, понесенные либо:

- a) стороной, вступившей в договорные отношения с поставщиком сертификационных услуг с целью получения сертификата; или
- b) любым лицом, которое разумно полагается на сертификат, выданный поставщиком сертификационных услуг.

- 5) Поставщик сертификационных услуг не несет финансовой ответственности согласно пункту 2:

- a) если - и в той мере, в которой - он включил в сертификат заявление, ограничивающее объем или степень своей финансовой ответственности перед любым соответствующим лицом; или
- b) если он докажет, что он [не проявил небрежности] [принял все разумные меры для недопущения ущерба].

Статья 11. Доверие к электронным подписям

1) Лицо не имеет права полагаться на электронную подпись в той мере, в которой такое поведение не является разумным.

2) [При определении того, является ли доверие разумным,] [При определении того, являлось ли поведение лица, положившегося на электронную подпись, разумным,] учитывается, если это уместно, следующее:

- a) характер основной сделки, подтвердить которую предполагалось с помощью электронной подписи;
- b) предприняла ли полагающаяся сторона надлежащие шаги для определения надежности электронной подписи;

- c) предприняла ли полагающаяся сторона шаги для выяснения того, была ли электронная подпись подкреплена сертификатом;
- d) было ли полагающейся стороне известно или должно было быть известно, что электронное подписывающее устройство было скомпрометировано или аннулировано;
- e) любое соглашение или практика в отношениях между полагающейся стороной и абонентом или любой другой торговый обычай, который может быть применим;
- f) любой другой соответствующий фактор.

Статья 12. Доверие к сертификатам

- 1) Лицо не имеет права полагаться на информацию в сертификате в той мере, в которой такое поведение не является разумным.
- 2) [При определении того, является ли доверие разумным,] [При определении того, являлось ли поведение лица, полагающегося на информацию в сертификате разумным,] учитывается, если это уместно, следующее:
 - a) любые ограничения, установленные для сертификата;
 - b) предприняла ли полагающаяся сторона надлежащие шаги для определения надежности сертификата, включая ознакомление с перечнем аннулированных или приостановленных сертификатов, когда это уместно;
 - c) любое соглашение или практика, существующие или существовавшие в соответствующий момент времени в отношениях между полагающейся стороной и поставщиком сертификационных услуг или абонентом, или любой торговый обычай, который может быть применим;
 - d) любые другие соответствующие факторы.

Вариант А

- 3) Если доверие к электронной подписи является неразумным в обстоятельствах, учитывающих факторы в пункте 1, полагающаяся сторона принимает на себя риск того, что подпись является недействительной.

Вариант В

- 3) Если доверие к подписи является неразумным в обстоятельствах, учитывающих факторы в пункте 1, полагающаяся сторона не имеет никаких претензий к обладателю подписывающего устройства или поставщику сертификационных услуг.

Статья 13. Признание иностранных сертификатов и электронных подписей

- 1) При определении того, обладает ли - и в какой мере обладает - сертификат [или электронная подпись] юридической силой, не учитываются ни место выдачи сертификата [или электронной подписи], ни государство, в котором находится коммерческое предприятие эмитента.]

2) Сертификаты, выданные иностранным поставщиком сертификационных услуг, признаются юридически эквивалентными сертификатам, выданным поставщиками сертификационных услуг, функционирующим на основании ... [законодательство принимающего государства], если практика иностранных поставщиков сертификационных услуг обеспечивает уровень надежности, по меньшей мере эквивалентный тому, который требуется от поставщиков сертификационных услуг на основании ... [законодательство принимающего государства]. [Такое признание может быть осуществлено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения между заинтересованными государствами.]

3) Подписи, отвечающие законодательству другого государства, касающемуся электронных подписей, признаются юридически эквивалентными подписям на основании ... [законодательство принимающего государства], если законодательство другого государства требует уровень надежности, по меньшей мере эквивалентный тому, который требуется для таких подписей на основании ... [законодательство принимающего государства]. [Такое признание может быть осуществлено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения с другими государствами.]

- 4) При определении эквивалентности учитываются, если это уместно, [факторы в пункте 2 статьи 10] следующие факторы:

- a) финансовые и людские ресурсы, включая наличие активов в пределах юрисдикции;

- b) надежность систем аппаратного и программного обеспечения;
- c) процедуры оформления сертификатов и рассмотрения заявлений на сертификаты и хранение записей;
- d) наличие информации для [подписавшихся] [субъектов], идентифицированных в сертификатах, и для потенциальных полагающихся сторон;
- e) регулярность и масштабы аудита, проводимого каким-либо независимым органом;
- f) наличие заявления государства, аккредитационного органа или сертификационного ведомства относительно соблюдения или наличия вышеизложенного;
- g) подсудность судам принимающего государства; и
- h) степень расхождения между законодательством, применимым к действиям сертификационного органа, и законодательством принимающего государства.

5) Независимо от положений пунктов 2 и 3 стороны коммерческих и других сделок могут оговорить, что в связи с представляемыми им сообщениями или подписями должен использоваться тот или иной конкретный поставщик сертификационных услуг, класс поставщиков сертификационных услуг и класс сертификатов.

6) В тех случаях, когда, независимо от положений пунктов 2 и 3, стороны соглашаются между собой в отношении использования электронных подписей и сертификатов, [такое соглашение признается достаточным для цели трансграничного признания]. [При определении того, обладает ли - и в какой мере обладает - электронная подпись или сертификат юридической силой, учитывается любое соглашение между сторонами сделки, в которой используется эта подпись или этот сертификат.]

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.

如何取得联合国出版物

联合国出版物在世界各地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处。

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.