



Генеральная Ассамблея

Distr.
LIMITED

A/CN.9/WG.II/WP.106
16 September 1999

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ
Рабочая группа по международной
договорной практике
Тридцатая первая сессия
Вена, 11-22 октября 1999 года

ФИНАНСИРОВАНИЕ ПОД ДЕБИТОРСКУЮ ЗАДОЛЖЕННОСТЬ

Комментарий к проекту конвенции об уступке при финансировании
под дебиторскую задолженность (часть II)

Записка Секретариата

СОДЕРЖАНИЕ

Страница

ВВЕДЕНИЕ	2
ГЛАВА IV. ПРАВА, ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ВОЗРАЖЕНИЯ	2
Раздел I. Цедент и цессионарий	2
Статья 13. Права и обязательства цедента и цессионария	2
Статья 14. Гарантии со стороны цедента	4
Статья 15. Право на уведомление должника	6
Статья 16. Право на платеж	8
Раздел II. Должник	9
Статья 17. Принцип защиты должника	9
Статья 18. Уведомление должника	10
Статья 19. Освобождение должника от ответственности в результате платежа	12
Статья 20. Возражения и права на зачет со стороны должника	15
Статья 21. Договоренность не ссылаться на возражения и права на зачет	17
Статья 22. Изменение первоначального договора	18
Статья 23. Истребование уплаченных сумм	20

Страница

Раздел III. Другие стороны	21
Статья 24. Коллизия прав нескольких цессионариев	21
Статья 25. Коллизия прав цессионария и кредиторов cedenta или управляющего, назначенного для проведения процедур банкротства	25
Статья 26. Коллизия прав в отношении платежей	28
ГЛАВА V. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА	29
Статья 27. Право, применимое к договору уступки	30
Статья 28. Право, применимое к правам и обязательствам цессионария и должника	30
Статья 29. Право, применимое к коллизии приоритетов	31
Статья 30. Императивные нормы	32
Статья 31. Публичный порядок	33

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.II/WP.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.II/WP.105). Комментарий к заключительным положениям и приложению, если оно будет сохранено (см. документ A/CN.9/WG.II/WP.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. Полезность 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 cedenta 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 международные обычаи 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 платеж 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 положениям 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 неспособен или 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 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 цены, 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 cedenta, будь то при неисполнении или исполнении обязательств. В целом было сочтено, что в принципе цессионарий, как новый кредитор, должен обладать по отношению к cedentu 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 cedent 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, cedent, выступающий в сговоре 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 cedenta. Рабочая группа подтвердила, что cedent может всегда уведомлять должника - независимо от любого цессионария - даже в том случае, если такое уведомление представляет собой нарушение договоренности между cedentом и цессионарием. Было высказано общее мнение о том, что должник должен быть способным исполнить свое обязательство в соответствии с указаниями cedenta, содержащимися в уведомлении, и его не должны касаться частные договоренности, существующие между cedentом 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 cedent 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 cedent и цессионарий договариваются о мерах контроля за счетом или почтовым адресом (например, абонементным 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 cedentu (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 cedenta и цессионария вести переговоры и согласовывать вопрос об уведомлении должника с учетом своих конкретных потребностей. Например, cedent 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 cedent 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 cedentом 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 cedentом 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 cedент, 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 - cedент или цессионарий.

23. В пункте 2 рассматривается вопрос о действительности уведомления, направленного в нарушение договоренности между cedентом 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 cedентом 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 cedентом 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 cedентом 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 cedентом 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 cedентом 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 удержать поступления от платежа; а если платеж произведен cedенту 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 cedент или должник становятся несостоятельными. Если платеж произведен cedенту после уведомления, то, в принципе, цессионарий может требовать платежа от cedента 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 cedenta (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 cedentu после уведомления, принимает риск осуществления двойного платежа.

26. В проекте статьи 16 рассматриваются ситуации, когда платеж производится цессионарию, cedentu 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 cedентом 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 cedenta на проценты, возможно, потребуются 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 cedentu 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 cedentu, в то время как цессионарий будет иметь право требовать от cedenta 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, относящийся 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 ссылаться 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 цедента 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 цедента 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 цедентом). 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 цедентом. 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 цедента 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 цедент 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 цедента 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 cedent 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 облегчено 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 cedentом 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 cedentu (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 cedentом 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 cedentом ("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 в проекте 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 cedentu, 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 cedentом, 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 cedentом 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 cedentом или цессионарием независимо от cedента. В этой связи должник, получив уведомление об уступке от, возможно, неизвестного лица, может испытывать сомнение 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 cedента 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 cedенту, 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 cedенту (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, упадет необходимость в пункте 8, поскольку если должник, получив уведомление от цессионария, сомневается в действительности уступки, то он может погасить свой долг посредством платежа суду.

* * *

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 осмотрительного 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 ссылаться 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)(a). 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 ссылаться 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 ссылаться 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 цедентом 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 уповомочивать 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 акцептует 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 сговоре 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 требоваться 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, произведя 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 производить 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 подкрепленной 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 единообразного 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 плательщика или вернет какой-либо остаток цеденту 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 плательщика, 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 цедентом 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 цедента 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 цедента 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 цедента 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 цедента (который должен находиться в договаривающемся 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 цедента 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 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 (например, при факторинге, учете счета-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, цедентом и цессионарием, может позволить цеденту, действующему в сговоре 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 одними 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 цедента 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 цедента будет более всего согласовываться с правом государств, предусматривающим публичную регистрацию, в которых третьи стороны обычно сверяются с правовыми нормами места нахождения цедента с целью определения способа установления приоритета.

81. Рабочая группа рассмотрела вопрос о моменте времени, который следует учитывать при определении места нахождения цедента. Если цедент 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 цедента, 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 цедента 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 cedenta, регулируются правом места нахождения cedenta, 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 cedенту 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 cedenta 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 cedenta 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 оптовой 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 относятся, 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 cedenta 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 позволено 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 cedentu).

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

¹С учетом предварительного характера проекта статьи 26 комментарий к данному положению является кратким. Полный комментарий будет подготовлен после окончательного согласования этого положения Рабочей группой.

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 удержать 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 cedent 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 cedent, 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 cedent. Главная 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 определимого государства, а именно права места нахождения cedent (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 цедент и цессионарий могут договариваться относительно права, применимого к договору уступки. Предполагается, что заключение, действительность и права и обязательства цедента 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 cedentом 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 навеян 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 cedent, и должник сохраняет свои права в отношении cedента. 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 сослаться 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 cedента (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 cedента, 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 запретов, нацеленных на защиту cedента, 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 cedента, 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.

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

²В 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.

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.

* * *