



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited

1 March 2002

Russian

Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы)

Первая сессия

Нью-Йорк, 20–24 мая 2002 года

Обеспечительные интересы

Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам

Доклад Генерального секретаря

Добавление

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам	1–57	1
IV. Создание обеспечительных прав	1–57	2
A. Общие замечания	1–57	2
1. Введение	1–3	2
2. Основные элементы обеспечительного права	4–34	2
a. Обеспечиваемые обязательства	5–16	3
b. Обременяемые активы	17–29	5
c. Поступления	30–34	8
3. Соглашение об обеспечении	35–46	10
a. Определение	35	10
b. Минимальное содержание	36–38	10
c. Формальные требования	39–43	10
d. Вступление в силу	44–46	11
4. Дополнительные требования	47–54	12
a. Введение	47	12
b. Право распоряжения лица, предоставляющего обеспечение	48–51	12
c. Передача владения, публичность и контроль	52–54	13
B. Резюме и рекомендации	55–57	14



IV. Создание обеспечительных прав

A. Общие замечания

1. Введение

1. Поскольку руководство затрагивает почти исключительно образом договорные обеспечительные права (статутные или судебные обеспечительные права упоминаются лишь в отдельных случаях, например, в контексте коллизии приоритетов; см. главу XI), в настоящей главе излагается договорная основа создания обеспечительного права. Поскольку одного договора, как правило, недостаточно для создания действительного обеспечительного права, в настоящей главе также рассматриваются дополнительные требования (т.е. передача владения, публичность или контроль). До рассмотрения соглашения об обеспечении (см. раздел A.3) и дополнительных требований в отношении создания действительного обеспечительного права (см. раздел A.4) настоящее руководство указывает на два основных элемента обоих вышеупомянутых понятий, а именно на обеспечиваемые обязательства (см. раздел A.2.a) и обременяемые активы (см. раздел A.2.b).

2. В отличие от права собственности, которое в принципе не допускает ранжирования нескольких собственников, такой монополии не существует в отношении обеспечительных прав. Несколько обеспечительных прав в одном и том же активе могут быть ранжированы и поэтому они могут сосуществовать. Допущение сосуществования нескольких обеспечительных прав в одном и том же активе позволяет лицу, передавшему право, в полной мере использовать экономическую стоимость этого актива. Такое сосуществование становится возможным в результате ранжирования обеспечительных прав в соответствии с моментом завершения какого-либо акта (например, создание, публичность или контроль; условия и последствия ранжирования см. в главе VII).

3. Даже если какое-либо обеспечительное право было создано правомерно, оно, тем не менее, может не выполнять свою наиболее важную функцию, т.е. обеспечивать реализацию преимущественного права обеспеченного кредитора в случае несостоятельности должника. Это может иметь место, например тогда, когда создание обеспечительного права противоречит положениям законодательства о несостоятельности, касающимся недействительности отчуждения имущества должником в период неопределенности, предшествующий открытию производства по делу о несостоятельности (детали см. в главе X).

2. Основные элементы обеспечительного права

4. Обеспечение обычно носит акцессорный характер по сравнению с обеспеченным обязательством. Это означает, что действительность и условия обеспечения зависят от действительности и условий обеспеченного обязательства. В частности, условия обеспечения не могут превосходить условия обеспеченного обязательства (однако их число может быть сокращено по соглашению сторон). Этот принцип был несколько ограничен, с тем чтобы учесть современные виды практики финансирования, которые требуют, чтобы

обеспечение было в определенной степени независимым от обеспеченного обязательства (например, сделки по возобновляемому кредитованию). Однако этот принцип все еще является одним из основных принципов законодательства об обеспеченном кредитовании.

а. Обеспечиваемые обязательства

i. Ограничения

5. В странах, законодательство которых регулирует только конкретные виды непосессорного обеспечения, обеспеченные обязательства ограничиваются теми обязательствами, которые указаны в таком законодательстве (например, займы для приобретения автотранспортных средств или займы фермерам).

6. Такого рода ограничения не установлены в странах, в которых действует только общий режим посессорных обеспечительных прав или же и непосессорных обеспечительных прав. Однако даже в рамках режима, основывающегося на унифицированных правилах, некоторые функциональные различия могут быть необходимыми по практическим причинам (например, для предоставления приоритета требованиям в отношении покупной цены).

7. В интересах достижения соответствия и равного статуса всех должников и обеспеченных кредиторов следует, по возможности, избегать возникновения функциональных различий между обеспеченными обязательствами. Такие специальные режимы необходимо устанавливать или сохранять только в том случае, если по особым причинам (особенно с учетом соображений социальной защиты или необходимости ликвидации экономического дисбаланса) защитительный режим считается необходимым. В любом случае, когда это необходимо, специальные режимы должны быть конкретно установлены национальными законодателями и не должны предписываться в отношении широкого спектра обязательств.

ii. Виды обязательств

а) Денежные и неденежные обязательства

8. Как и законодательство большинства стран, руководство исходит из предположения о том, что в практике наиболее важными видами обеспеченных обязательств являются денежные обязательства. Однако существуют также случаи, в которых проявляется спрос на обеспечение исполнения неденежных обязательств (например, обязательств по доставке товара). Во многих странах эта возможность признается при условии, что обеспеченные неденежные обязательства могут быть преобразованы ко времени их принудительного исполнения в денежные обязательства.

б) Виды денежных обязательств

9. С законодательной точки зрения исчерпывающий перечень потенциальных источников денежных обязательств, которые могут быть обеспечены, не представляется возможным. Кроме того, в нем нет необходимости, поскольку правовой источник не имеет никакого значения с точки зрения целей обеспечения, если только не установлен специальный режим (например, в отношении займов, предоставляемых заимодавцами под залог). Примерный

перечень таких денежных обязательств, как правило, включал бы обязательства, вытекающие из займов и приобретения товаров в кредит.

с) Будущие обязательства

10. Обеспечение текущих обязательств, т.е. обязательств, которые возникли до или же в момент создания обеспечительного права, не порождает особых проблем. Обеспечение будущих обязательств, т.е. обязательств, возникающих после создания обеспечительного права, хотя и сопряжено с возможностью возникновения определенных вопросов, имеет большое экономическое значение (например, в отношении сделок по возобновляемому кредитованию; см. A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, пункты 8–10). Если в каждом случае продление срока кредита или увеличение его суммы будет требовать изменения соответствующего обеспечения или даже создания нового обеспечения, то это означало бы возложение значительного бремени на субъектов деловой практики.

11. По этой причине законодательство многих стран признает обеспечение будущих обязательств. Возможное несоответствие принципу акцессорного характера обеспечительного права (согласно которому действительность и условия обеспечительного права зависят от действительности и условий обеспеченного обязательства) является скорее кажущимся чем реальным, поскольку в случае, когда обеспечение создано до возникновения обязательства, оно не имеет никаких последствий до фактического возникновения обеспеченного обязательства. В законодательстве некоторых стран ограничения в отношении будущих обязательств устанавливаются в интересах защиты должника. В результате этого может исключаться возможность получения должником выгод от сделок, например сделок, связанных с механизмом возобновляемого кредитования.

12. Обязательства, в отношении которых какое-либо условие устанавливается впоследствии, являются текущими обязательствами и по этой причине не порождают каких-либо особых проблем. Обязательства, в отношении которых условие установлено ранее, обычно рассматриваются в качестве будущих обязательств (см. пункты 10–11).

d) Одно, несколько или все обязательства/максимальная сумма

13. В некоторых правовых системах существует необходимость обозначить или установить максимальный предел суммы обеспеченного обязательства. В этом случае предположение заключается в том, что такое обозначение или ограничение отвечает интересам должника. Однако такие требования могут непреднамеренно привести к ограничению суммы предоставляемого кредита или увеличению стоимости кредита. Это является основной причиной, по которой современные правовые системы не требуют конкретных обозначений и допускают "любые суммы" обязательств или, по меньшей мере, не устанавливают максимальных пределов суммы обеспеченных обязательств (см. пункты 14 и 16). Обеспеченный кредитор не может требовать большего, чем то, что ему причитается, и если обязательство обеспечено полностью, то, по всей вероятности, должнику будут предложены более благоприятные условия кредитования.

е) Изменение суммы обязательства

14. Как отмечалось выше (см. пункт 10), современные сделки по финансированию более не сопряжены с одноразовым платежом, но зачастую предусматривают выплату авансовых платежей в различные моменты времени в зависимости от нужд должника. Такое финансирование может осуществляться с помощью текущего счета, остаток на котором ежедневно изменяется. Если сумму обеспеченного обязательства необходимо уменьшать после каждого произведенного платежа (в соответствии с принципом акцессорного характера обеспечения), то займодатели будут лишены стимулов к производству последующих авансовых платежей, если только им не будет предоставлено дополнительное обеспечение. Такого результата можно избежать посредством разумного толкования намерения сторон, которое будет заключаться в определении суммы обеспеченного обязательства с помощью (изменяющейся) суммы остатка на текущем счете без учета любой промежуточной максимальной суммы меньшего размера.

ф) Иностранная валюта

15. Сумма обеспеченного обязательства может быть выражена в любой валюте. Время от времени могут возникать трудности в конверсии в валюту места платежа, принудительного исполнения или несостоятельности. Этот вопрос можно оставить для урегулирования на основании соглашения сторон, которое не должно противоречить соответствующему законодательству.

iii. Обозначение

16. Конкретное обозначение каждого обеспеченного обязательства обычно не является необходимым (см. пункт 13). Однако обеспеченные обязательства и их суммы должны быть определены или должны поддаваться определению всегда, когда такое определение необходимо (например, при принудительном исполнении, к которому прибегает обеспеченный кредитор, или же при исполнении другим кредитором должника) на основании соглашения об обеспечении.

в. Обременяемые активы**i. Ограничения**

17. Как и в случае специальных режимов для определенных видов обеспеченных обязательств (см. пункт 5), специальное законодательство, касающееся конкретных видов непоссessorных обеспечительных прав, может устанавливать ограничения в отношении видов активов, которые могут служить в качестве обеспечения. Активами, которые не могут быть обременены, являются, например, заработная плата, пенсии и важнейшие предметы домашнего обихода (за исключением случая обеспечения обязательств по уплате их покупной цены).

18. В отсутствие соображений публичного порядка, касающихся таких режимов, вполне возможно создать обеспечительное право в любом виде активов, будь то материальных или нематериальных, включая права на платеж

или иное исполнение. Даже денежные требования должника в отношении обеспеченного кредитора могут и должны служить в качестве обеспечения.

ii. Будущие активы (включая активы, приобретенные впоследствии)

19. Вопрос о том, могут ли будущие активы быть обременены, имеет огромное практическое значение. Термину "будущие" придается широкий смысл. Он охватывает активы, которые уже существуют в момент заключения соглашения об обеспечении, но не принадлежат должнику (или же должник не может их отчуждать). Он также охватывает даже не существующие в такой момент времени активы.

20. В некоторых странах стороны могут достичь согласия в отношении создания обеспечительного права в каком-либо будущем активе должника. Распоряжение таким активом осуществляется в настоящее время, но становится действительным только тогда, когда должник становится собственником данного актива или же каким-либо иным образом приобретает право распоряжения этим активом. В Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, принятой Генеральной Ассамблеей 12 декабря 2001 года ("Конвенция об уступке"), используется именно этот подход (см. статью 8(2) и статью 2(a)).

21. Это имеет важное значение, в частности, для сделок по возобновляемому кредитованию (см. пункт 10). Активами, к которым, как правило, применяется этот метод, являются инвентарные запасы, которые в силу своего характера предназначены для продажи и замены, а также дебиторская задолженность, которая после ее получения заменяется новой дебиторской задолженностью. Основное преимущество этого подхода заключается в том, что одного соглашения об обеспечении достаточно для создания обеспечения в какой-либо последовательной совокупности активов, которая соответствует обозначению в соглашении об обеспечении. В противном случае потребуются совершать целый ряд актов создания новых обеспечительных прав, а такой результат увеличил бы издержки, связанные со сделкой. Такой же метод может, кроме того, применяться в том случае, если обеспечение должно быть зафиксировано в каком-либо отдельном активе, который должен быть произведен должником или приобретен должником у другого лица.

22. И напротив, законодательство многих других стран не допускает создания обеспечения в будущих активах. Это отчасти объясняется техническими понятиями вещного права. Другая причина сопряжена с озабоченностью по поводу того, что допущение отчуждения будущих активов в значительном объеме может чрезмерно обременять имущество должника и препятствовать должнику в получении дополнительных обеспеченных кредитов из других источников (см. пункт 26). Кроме того, вероятность получения необеспеченными кредиторами должника удовлетворения их требований может быть существенно уменьшена.

23. Надлежащего согласования различных интересов, возможно, будет трудно достичь, в частности в том случае, если правовой режим охватывает также некоммерческие сделки. В контексте деловой деятельности, возможно, было бы чрезмерным полностью запрещать обременение будущих активов должника из-за возможных, но неопределенных негативных последствий в будущем.

Возможно, было бы предпочтительным устанавливать ограничения только в том случае, если и когда существует вероятность наступления крайне неблагоприятных последствий (например, в случае коллизии с необеспеченными кредиторами). Любая дилемма такого рода может быть наилучшим образом разрешена, в случае ее возникновения, в качестве вопроса приоритета (см. главу VII).

iii. Активы, не идентифицируемые конкретно

24. Некоторые виды активов, особенно оборудование, являются стабильными и не подлежат частому отчуждению и замене. По этой причине они могут быть индивидуально обозначены и идентифицированы. Это не представляется возможным в отношении других видов активов, особенно инвентарных запасов и, до некоторой степени, дебиторской задолженности. Для этих (и других сопоставимых) ситуаций многие страны разработали правила, позволяющие сторонам в договорном порядке идентифицировать активы, подлежащие обременению, в качестве предварительного условия действительного отчуждения, даже хотя отдельные элементы могут изменяться (они отчуждаются и регулярно заменяются). Конкретная идентификация, которая требуется в целом, транспонируется от отдельных предметов к единому целому, которое в свою очередь должно быть конкретно идентифицировано. Например, в случае дебиторской задолженности достаточно ее идентифицировать с помощью ссылки на "всех должников с инициалами от А до G". В случае инвентарных запасов достаточная идентификация может обозначаться "всеми активами, хранимыми в комнате А служебных помещений должника".

25. В некоторых правовых системах может быть достаточным даже обозначение, касающееся всех нынешних и будущих активов. В некоторых других правовых системах создание обеспечения во всех активах не допускается в отношении потребителей или даже отдельных мелких торговцев.

26. С обеспечением во всех активах связана, хотя и отграничивается от него, проблема чрезмерного обременения, возникающая тогда, когда стоимость обеспечения существенно превышает сумму обеспеченного обязательства. В соответствии с принципом акцессорного характера обеспечительных прав в таком случае должнику не причиняется вред, поскольку обеспеченный кредитор не может реализовать или требовать большую сумму, чем сумма его обеспеченного требования, а также проценты и издержки (и, возможно, ущерб). Вопрос, однако, заключается в том, связывает ли чрезмерное обеспечение активы должника. В правовых системах, которые допускают передачу одного и того же актива в качестве обеспечения нескольким кредиторам разной очереди, эта проблема может и не возникать. В правовых системах, в которых это, возможно, не допускается, чрезмерное обременение может регулироваться сторонами, устанавливающими максимальные пределы суммы обеспеченного обязательства и, если это необходимо, уменьшающими сумму предоставляемого обеспечения, с тем чтобы она соответствовала сумме обеспеченного требования.

27. Ряд стран предусматривают институционализированную форму обеспечения во всех активах, которая называется "залогом предприятия". Один из видов такого залога представляет собой залог мелкого предприятия, который ограничивается главным образом такими нематериальными активами, как

торговые наименования, круг клиентов или права в интеллектуальной собственности (см. статью 69 единообразного закона ОУКПА). Вследствие ограниченного применения такой вид залога имеет небольшое значение.

28. И напротив, ипотечный залог крупных предприятий играет существенную роль в качестве обеспечения в тех странах, которые его признают. Залог крупного предприятия может охватывать все движимые активы предприятия, будь то материальные или нематериальные, хотя он может ограничиваться и делимыми частями предприятия. Такой залог не охватывает недвижимое имущество, поскольку оно регулируется в рамках иного режима. Поскольку залог предприятия отличается от залога недвижимого имущества, необходимо прояснить статус постоянных принадлежностей, которые могут быть объектом такого залога.

29. Залог крупного предприятия сопоставим с режимом, в рамках которого обеспечение может быть создано во всех активах должника. Интересный аспект этого вида обеспечения заключается в том, что не только в случае несостоятельности должника, но и, в некоторых странах, даже в случае принудительного исполнения обеспеченным кредитором и исполнения другим кредитором может быть назначен управляющий такого предприятия. Назначение управляющего может способствовать недопущению ликвидации и облегчать реорганизацию предприятия, имеющую благоприятные последствия для кредиторов, работников предприятия и экономики в целом. Эта особенность не является характерной исключительно для залога предприятия, но может учитываться в целом в отношении обеспечительных прав и исполнения. Однако на настоящий момент институциональный залог предприятия может являться наилучшим средством реализации этой идеи.

с. Поступления

і. Определение

30. Когда обремененные активы отчуждаются (или арендуются, или лицензируются) в период времени, в течение которого обеспечиваемая ими задолженность не погашается, должник может получить в обмен на эти активы наличные средства или другое материальное или нематериальное имущество. Такой платеж во многих правовых системах называется "поступлениями" от имущества, служащего обеспечением. В некоторых случаях первоначальные обремененные активы могут генерировать поступления, которые должник затем продает, обменивает или каким-либо иным образом отчуждает в обмен на другое имущество. Такие поступления называются "поступлениями от поступлений".

31. В других ситуациях обремененные активы могут генерировать другое имущество для должника даже без заключения соответствующей сделки. Такие активы, которые в некоторых правовых системах называются "гражданскими" или "естественными поступлениями", включают, например, проценты или дивиденды от финансовых активов, служащих обеспечением, страховые поступления, детенышей животных и плоды урожая. В других правовых системах не проводится различие между такими видами поступлений и поступлениями, которые получены от сделок, заключенных должником.

ii. Характер и объем права кредитора

32. Когда посредством сделки или каким-либо иным образом должник получает права в поступлениях от первоначальных обремененных активов, возникают две проблемы, которые должны быть решены в правовой системе, регулирующей обеспечительные права. Первая проблема заключается в том, сохраняет ли кредитор какие-либо обеспечительные права в обремененных активах, которые передаются от должника по сделке, генерирующей поступления (рассмотрение этого вопроса см. в пунктах ...).

33. Вторая проблема касается прав кредитора в отношении поступлений. Правовая система, регулирующая обеспечительные права, должна давать ясные ответы на эти вопросы:

- i) обладает ли кредитор правом требования в отношении поступлений;
- ii) каковы обстоятельства, при которых возникает такое право требования;
- iii) каковы (вещно-правовой или личный) характер и объем такого права требования;
- iv) какова степень, в которой имущество должно поддаваться "идентификации" в качестве поступлений, с тем чтобы в нем возникло право;
- v) каким образом должны быть урегулированы ситуации, в которых первоначальные обремененные активы становятся приобщенными к другому имуществу или включаются в такое другое имущество, в частности в том, что касается относительного приоритета права обеспеченного кредитора по сравнению с другими сторонами, которые могут обладать интересом в таком другом имуществе;
- vi) возникает ли такое право требования даже в том случае, если оно не предусмотрено в соглашении сторон; и
- vii) следует ли "поступления от поступлений" рассматривать таким же образом, что и первоначальные поступления от обремененных активов.

34. Обоснование права в поступлениях сопряжено с тем обстоятельством, что если кредитор не получает прав в поступлениях от первоначальных обремененных активов, то ценность обеспечительных прав как источника кредитования будет уменьшаться. С другой стороны, предоставление обеспеченному кредитору вещного права в поступлениях от обремененных активов может привести к тому, что не оправдаются законные ожидания сторон, обладающих обеспечительным правом в поступлениях от первоначальных обремененных активов, по меньшей мере, в тех правовых системах, в которых не существует системы обеспечения публичности таких прав. В тех правовых системах, в которых такая публичность предусматривается и которые создают основу для использования всеобъемлющего подхода к любой коллизии приоритетов, этот вопрос не порождает серьезных трудностей, по меньшей мере, в той степени, в какой установлены ясные правила в отношении отслеживания поступлений.

3. Соглашение об обеспечении

а. Определение

35. Соглашение об обеспечении представляет собой соглашение между кредитором и должником или третьей стороной, предоставляющей обеспечение, которое образует обеспечительное право (или является одним из составных элементов такого права). Соглашение об обеспечении следует отличать от соглашения о создании обеспечения в будущем (например, в том случае, если должнику предоставляется кредит). Только соглашение об обеспечении может иметь вещно-правовые последствия (дополнительные вещно-правовые требования см. в разделе A.4).

б. Минимальное содержание

36. Законодательство зачастую предусматривает минимальное содержание соглашения об обеспечении в целях защиты сторон. Если требуемое минимальное содержание не отражено, то это, как правило, приводит к недействительности обеспечения. Минимальное содержание может включать:

- i) идентификационные данные сторон;
- ii) описание обеспечиваемого обязательства;
- iii) описание обременяемых активов;
- iv) подпись лица, передающего обеспечение, проставленная собственноручно или в электронной форме; и
- v) дату заключения соглашения, если только эта дата не определяется регистрацией.

37. Даже в тех странах, в которых законодательство конкретно не предписывает такое минимальное содержание, соглашение об обеспечении, в котором отсутствует один из вышеупомянутых элементов, может быть признано недействительным.

38. Стороны обычно согласовывают дополнительные положения, с тем чтобы уточнить свои взаимоотношения. С законодательной точки зрения целесообразно установить правила на случай неисполнения обязательств в отсутствие конкретного соглашения сторон (последствия, наступающие до неисполнения обязательств, см. в главе VIII; последствия, наступающие после неисполнения обязательств, см. в главах IX и X).

с. Формальные требования

i. Письменная форма

39. Для содействия определенности в отношении прав сторон соглашения об обеспечении и третьих сторон многие правовые системы требуют наличия письменного документа для того, чтобы соглашение об обеспечении было действительным. В частности, если допускается использование современных средств связи, то требование в отношении письменной формы не должно порождать проблем, связанных со сроками и издержками. От такого требования можно отказаться в связи с определенными сделками, особенно посессорными

залогами, поскольку третьи стороны уже до некоторой степени защищены изъятием имущества из владения должника.

ii. Дополнительные формальные требования

40. В некоторых правовых системах удостоверение даты каким-либо публичным органом может требоваться для посессорных залогов, за исключением займов незначительного размера, в связи с которыми допускается доказывание даже с помощью показаний свидетелей. Преимущество такого удостоверения заключается в том, что оно способствует недопущению фиктивного датирования, хотя и может быть сопряжено с дорогостоящим и длительным процессом.

41. В других правовых системах удостоверенная дата или засвидетельствование подлинности соглашения об обеспечении требуется в отношении различных видов непосессорного обеспечения (см., например, статьи 65, 70, 94 и 101 закона ОУКПА). Хотя удостоверение даты является более важным для непосессорного обеспечения, с тем чтобы избежать ложного датирования, оно не является необходимым в том случае, если публичность представляет собой условие действительности в отношении третьих сторон (или приоритета по сравнению с ними) (см. главы V и VI).

42. В правовых системах, которые допускают залог предприятия (см. пункты 27–29), может требоваться письменный документ или даже документ, заверенный в нотариальном или в равной степени судебном либо в ином порядке. Хотя такое требование представляется чрезмерным, оно может быть оправданным в силу того обстоятельства, что оно может способствовать принудительному исполнению.

43. В интересах экономии времени и средств число формальных требований следует сохранять на минимальном уровне. В отношении непосессорных обеспечительных прав должно быть достаточным простое письменное сообщение (в том числе с помощью современных средств связи). Если речь идет о залоге предприятия или случаях, когда соглашение об обеспечении является достаточным правовым основанием для принудительного исполнения, то можно рассмотреть вопрос о допущении более формального документа.

d. Вступление в силу

44. По его заключении соглашение об обеспечении незамедлительно вступает в силу между сторонами, если не согласовано иное. Вопрос о том, являются ли необходимыми какие-либо дополнительные шаги, решается в каждой стране по-разному. Даже в пределах одной и той же страны ответ на него может быть разным применительно к разным видам обеспечительных прав. Кроме того, нельзя говорить о единообразном урегулировании вопроса о том, какие возникают вещно-правовые последствия.

45. Во многих правовых системах, в которых вещными правами являются только те права, которые могут быть реализованы по отношению ко всем лицам, одного соглашения об обеспечении недостаточно для создания обеспечительного права. В других правовых системах, в которых проводится различие между вещно-правовыми последствиями *inter partes* и в отношении третьих лиц, соглашение об обеспечении является достаточным для создания

обеспечительного права, однако в случае коллизии требований заявитель требования, который первым выполнил дополнительное требование, обладает приоритетом. В обеих категориях правовых систем, в дополнение к соглашению об обеспечении, требуется совершение такого акта, как передача владения, а также осуществление публичности или контроля. В некоторых странах установлены определенные исключения из этого правила, касающиеся договоренностей об удержании и передаче правового титула.

46. Если требуется передача владения, то может быть достаточно фиктивной передача владения на основании дополнительного соглашения (о депонировании или обеспечении), которое накладывает на прямое владение должника косвенное владение кредитора (*constitutum possessorium*). То же самое относится к ситуациям, в которых, в случае продажи или аренды в кредит, правовой титул удерживается продавцом или арендодателем до полной уплаты цены или стоимости аренды. Удержание правового титула продавцом или арендодателем обычно означает, что при уплате покупной цены и исполнении любого дополнительного обеспеченного обязательства правовой титул переходит к покупателю. В тех странах, в которых удержание правового титула поглощается единообразным комплексным обеспечительным правом, используется другой подход. Правовой титул передается покупателю согласно обычным правилам, но продавец сохраняет обеспечительное право для обеспечения уплаты покупной цены (или исполнения дополнительных обязательств).

4. Дополнительные требования

а. Введение

47. Как упоминалось выше (см. пункт 45), во многих правовых системах заключение действительного соглашения об обеспечении само по себе не является достаточным для создания действительного и действенного обеспечительного права. Обычно должны быть выполнены дополнительные требования для того, чтобы обеспечительное право стало действительным по отношению к третьим лицам (или обладало приоритетом по сравнению с конкурирующими заявителями требований). В тех странах, которые не признают вещно-правовые последствия только в отношениях между сторонами соглашения об обеспечении, никакие вещно-правовые последствия не могут наступить до выполнения этих дополнительных требований.

б. Право распоряжения лица, предоставляющего обеспечение

48. Лицо, предоставляющее обеспечение (обычно должник и в исключительных случаях какое-либо третье лицо), должно иметь право на создание обеспечения. В некоторых правовых системах таким лицом должен быть собственник активов, подлежащих обременению. В других правовых системах вполне достаточно, чтобы лицо, предоставляющее обеспечение, имело право распоряжения активами даже в том случае, если такое лицо не является собственником. В отношении будущих активов вполне достаточно, чтобы лицо, предоставляющее обеспечение, стало собственником или получило право распоряжения в какой-либо момент времени в будущем (см. пункты 20–21).

49. Если лицо, предоставляющее обеспечение, не имеет права или правомочия распоряжаться активами, то возникает вопрос о том, может ли обеспеченный кредитор, тем не менее, добросовестно получить обеспечение. В некоторых правовых системах кредитор приобретает обеспечительное право в том случае, если субъективное понятие добросовестности подкрепляется объективными элементами. Такие элементы предусматривают, что кредитор предоставил или намерен предоставить кредит должнику и что лицо, предоставляющее обеспечение, зарегистрировано в качестве собственника или удерживает владение и передает его кредитору.

50. В законодательстве в этой области зачастую затрагивается смежный вопрос о действительности и последствиях договорных ограничений в отношении права распоряжения. В некоторых странах необходимость сохранять свободу должника распоряжаться имуществом превалирует, в частности, в том случае, если кредитор, в пользу которого было создано обеспечение, не знает о существовании ограничительного положения. В Конвенции об уступке используется аналогичный подход для поддержки передаваемости права требования в интересах торговли. Согласно статье 9 Конвенции уступка является действительной независимо от какого-либо договорного ограничения права уступки, а простое знание о существовании такого ограничения не является достаточным для расторжения договора, из которого возникает уступленное требование. Сторона, в пользу которой был согласован негативный залог или оговорка о недопустимости уступки, может сохранять свободу требовать возмещения убытков у своего партнера по договору в связи с нарушением ограничительного договорного положения, если такое требование признается нормами права, действующими за пределами сферы применения Конвенции. Однако это требование не может быть предъявлено цессионарию в порядке зачета (см. пункт 3 статьи 18).

51. Использование этого подхода способствует предоставлению обеспеченных кредитов, поскольку он освобождает кредитора от задачи изучения договора, из которого вытекает уступленное требование, с тем чтобы убедиться в том, была ли запрещена или обусловлена передача этого требования. В противном случае займодатели должны будут изучать, вероятно, огромное число договоров, что может быть дорогостоящим или даже невозможным (например, в случае будущих требований).

с. Передача владения, публичность и контроль

52. Методы обеспечения вещно-правовых последствий (или установления приоритета в отношении конкурирующих заявителей требований) являются разными в каждой стране и даже в пределах отдельных стран в зависимости от вида обеспечения, о котором идет речь. Существуют три основных метода создания обеспечительного права, которое является действительным по отношению ко всем лицам (хотя, как упоминалось выше, в некоторых странах проводится различие между вещно-правовыми последствиями в отношениях между сторонами и вещно-правовыми последствиями по отношению к третьим сторонам).

i. Передача владения

53. Поссessorный залог создается по соглашению и посредством передачи владения активом кредитору. Владение должно быть передано и должно сохраняться у обеспеченного кредитора или согласованной третьей стороны, которая обычно действует в качестве агента кредитора. Фиктивная передача владения также предусматривается (см. пункт 46), но не является необходимой в тех правовых системах, которые признают непоссessorный залог. Владение может быть также передано посредством доставки оборотных инструментов или документов с индоссаментом, если он является необходимым согласно правилам, регулирующим оборотные инструменты.

ii. Публичность или контроль

54. За исключением случаев, когда соглашение об обеспечении является достаточным для создания обеспечительного права, некоторая форма публичности или контроля требуется для создания непоссessorных обеспечительных прав и для их действительности по отношению к третьим сторонам (или приоритета над конкурирующими заявителями требований). Публичность или контроль может также быть условием действительности по отношению к третьим сторонам или приоритета (детали, касающиеся форм, функций и последствий публичности, см. в главах V и VI).

B. Резюме и рекомендации

55. В современном законодательстве об обеспеченном кредитовании должна предусматриваться возможность обеспечения всех видов обязательств, в том числе будущих обязательств, и создания обеспечения во всех видах активов, в том числе в активах, которыми должник не может распоряжаться или которые не существуют во время создания обеспечительного права.

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли предусмотреть какие-либо исключения из этого правила. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть сравнительные преимущества и недостатки режима, в рамках которого обеспечение может быть создано во всех активах любых должников, коммерческих должников или просто предприятий.]

56. Обеспеченному кредитору должно быть также предоставлено право в поступлениях, которые могут быть легко идентифицированы.

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть характер и объем права в поступлениях. Конкретные вопросы, которые должны быть урегулированы, включают следующее: является ли право в поступлениях личным или вещным правом; обладает ли оно таким же приоритетом по сравнению с правами конкурирующих заявителей требований, а также обеспечительным правом в обремененных активах; и охватывает ли оно поступления от поступлений.]

57. Соглашение об обеспечении должно быть заключено в письменной форме, которая должна включать современные средства связи. В нем должны

идентифицироваться стороны и содержаться разумное описание обремененных активов и обеспеченного обязательства.

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли предусмотреть какие-либо исключения из правила о письменной форме. Она может также пожелать рассмотреть дополнительные элементы минимального содержания соглашения об обеспечении, а также последствия соглашения об обеспечении и любых дополнительных требований для создания обеспечительного права.]
