



# Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited  
5 November 2002\*

Russian  
Original: English

## Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы)

Вторая сессия

Вена, 17–20 декабря 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 . . . . .	1–75	1
IV. Создание обеспечительных прав . . . . .	1–75	2
A. Общие замечания . . . . .	1–70	2
1. Введение . . . . .	1–3	2
2. Основные элементы обеспечительного права . . . . .	4–47	3
a. Обеспечиваемые обязательства . . . . .	4–15	3
b. Обременяемые активы . . . . .	16–35	6
c. Поступления . . . . .	36–47	11
3. Соглашение об обеспечении . . . . .	48–60	14
a. Определение и функции . . . . .	48–50	14
b. Стороны . . . . .	51	14
c. Минимальное содержание . . . . .	52–53	15
d. Формальные требования . . . . .	54–58	15
e. Вступление в силу . . . . .	59–60	16

\* Настоящий документ представляется на четыре недели позднее, чем требуемые десять недель до начала сессии, в связи с необходимостью завершения консультаций и окончательной подготовки последующих поправок.



4.	Вещно–правовые требования .....	61–70	17
a.	Право собственности или право распоряжения лица, предоставляющего обеспечение .....	61–65	17
b.	Передача владения, контроль, уведомление, публичность .....	66–70	18
V.	Резюме и рекомендации .....	71–75	19

## IV. Создание обеспечительных прав

### A. Общие замечания

#### 1. Введение

1. Настоящее руководство затрагивает вопросы, касающиеся договорной основы создания обеспечительного права (статутные или судебные обеспечительные права упоминаются лишь в контексте коллизии приоритетов; см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, пункты 33–39). Поскольку одного соглашения сторон, как правило, недостаточно для создания обеспечительного права, в настоящей главе также рассматриваются дополнительные, вещно–правовые требования, такие как передача владения, уведомление, публичность или контроль. До рассмотрения вопросов, касающихся 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. Момент заключения соглашения об обеспечении или завершения какого-либо дополнительного акта является весьма важным для ранжирования обеспечительных прав в одном и том же активе (условия и последствия ранжирования см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7). В отличие от права собственности, которое в принципе не допускает ранжирования нескольких собственников, несколько обеспечительных прав могут быть ранжированы и поэтому они могут сосуществовать в одном и том же активе. Допущение сосуществования нескольких обеспечительных прав в одном и том же активе позволяет должнику или другому лицу, передавшему право, в полной мере использовать экономическую стоимость этого актива.

3. Даже если какое-либо обеспечительное право было создано правомерно, оно, тем не менее, может не выполнять свою наиболее важную функцию, т.е. обеспечивать приоритет в случае несостоятельности должника. Это может иметь место, например тогда, когда создание обеспечительного права противоречит запрещениям, установленным в законодательстве о несостоятельности в отношении преференциальной передачи имущества в "подозрительный" период, предшествующий открытию производства по делу о несостоятельности, или противоречит применимым нормам права, касающимся мошеннической передачи имущества (детали см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5).

## **2. Основные элементы обеспечительного права**

### **а. Обеспечиваемые обязательства**

#### **i. Связь между обеспечением и обеспеченным обязательством**

4. Обеспечительные права носят акцессорный характер по сравнению с обеспеченным обязательством или зависят от него. Это означает, что действительность и условия соглашения об обеспечении зависят от действительности и условий соглашения, из которого возникает обеспеченное обязательство. В частности, условия обеспечительного права (например, сумма требования) не могут превосходить условия обеспеченного обязательства (однако их число может быть сокращено по соглашению сторон). Для учета современных видов практики финансирования (например, механизма возобновляемого кредитования) обеспеченное обязательство не должно быть конкретным, но может охватывать будущие обязательства и изменяющиеся обязательства (см. пункты 9–15). В странах, в которых удержание правового титула не приравнивается к обеспечительному праву, принцип акцессорного характера обеспечительного права не регулирует обеспечительные права, основывающиеся на правовом титуле (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, пункты 29–42). В таких случаях положение кредитора является более надежным, поскольку ему не нужно доказывать наличие непогашенной суммы обеспеченного обязательства для принудительного погашения своего требования. Однако должник может потребовать от кредитора возвращения любого полученного излишка по сравнению с объемом задолженности этого должника.

#### **ii. Ограничения**

5. В некоторых странах непосessorное обеспечение может относиться только к конкретным видам обязательств, которые указаны в законодательстве (например, займы для приобретения автотранспортных средств или займы фермерам). В других странах, в которых действует только общий режим посessorного или же и непосessorного обеспечения такого рода ограничения не установлены. Такой всеобъемлющий подход сопряжен с возможностью распространения основных преимуществ обеспеченного финансирования (т.е. более широкого наличия кредитов и по более низкой стоимости) на стороны широкого спектра сделок. В той мере, в какой такие ограничения или отличия в отношении обеспеченных обязательств не установлены, такой подход может также увеличивать определенность.

6. Для обеспечения определенности, соответствия и равного статуса всех должников и обеспеченных кредиторов следует избегать, насколько это возможно, установления режимов, применимых к различным видам обязательств. В ситуациях, когда такие специальные режимы необходимы по социально–экономическим причинам, они должны быть конкретно установлены национальными законодателями и не должны предписываться в отношении широкого спектра обязательств. Такие специальные режимы могут относиться, например, к обязательствам, касающимся выплаты покупной цены, которые обеспечены удержанием правового титула, ибо такому удержанию обычно предоставляется приоритет с учетом важного значения поставщика или другого

лица, кредитуемого по купную цену, для экономики (см. документы A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, пункт 36, и A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, пункт 12).

**iii. Виды обязательств**

**а) Денежные и неденежные обязательства**

7. По примеру законодательства большинства стран режим, предусматриваемый в настоящем руководстве, основывается на предположении о том, что в практике наиболее важным видом обеспеченных обязательств являются денежные обязательства. В то же время руководство учитывает повсеместно признанную необходимость допускать создание обеспечения для исполнения неденежных обязательств (например, обязательств по поставке товаров). Однако для принудительного исполнения неденежных обязательств в отношении обремененного актива они должны поддаваться преобразованию в денежные обязательства к моменту их принудительного исполнения.

**б) Виды денежных обязательств**

8. Нет ни возможности, ни необходимости включать в законодательство перечень потенциальных источников денежных обязательств, которые могут быть обеспечены. Существует целый спектр потенциальных источников, и в любом случае правовой источник не имеет никакого значения, если только не установлен специальный режим обеспечительных прав в конкретных видах обязательств (например, в отношении займов, предоставляемых заимодавцами под залог). Примерный перечень таких денежных обязательств, как правило, включает бы обязательства, возникающие из займов и приобретения товаров, в том числе инвентарных запасов и оборудования, в кредит.

**в) Будущие обязательства**

9. В правовых системах может быть по-разному учтено различие между "текущими" и "будущими" обязательствами. В некоторых системах обязательство является будущим, если срок его исполнения не наступил. В других системах оно является будущим, если договор, из которого оно может возникнуть, не был заключен во время его передачи или обременения (см. статью 5(b) Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле; "Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке"). Первый подход направлен на увеличение определенности и усиление защиты должника, тогда как последний подход нацелен в интересах всей экономики на придание силы сделкам, касающимся будущих обязательств. Такие сделки, обеспечивающие будущие обязательства, имеют большое экономическое значение (например, сделки по возобновляемому кредитованию; см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункты 21–23). Если в каждом случае продление срока кредита или увеличение его суммы будет требовать изменения соответствующего обеспечительного права или даже создания нового обеспечительного права, то это могло бы оказывать неблагоприятное воздействие на наличие и стоимость кредитов.

10. По этой причине в современных правовых системах признается обеспечение в отношении будущих обязательств. Возможное несоответствие принципу акцессорного характера обеспечительных прав (см. пункт 4) является

скорее кажущимся, чем реальным, поскольку, хотя обеспечительное право может быть создано до фактического возникновения обеспеченного обязательства, оно не может быть принудительно реализовано до возникновения такого обязательства. В законодательстве некоторых стран будущие обязательства могут быть обеспечены на сумму максимального размера для защиты должников от чрезмерной задолженности. Возможный недостаток такого подхода заключается в том, что он может исключать вероятность получения должником выгоды от определенных сделок, например сделок, связанных с механизмом возобновляемого кредитования (см. также пункт 13).

11. 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 9–10).

#### **iv. Обозначение**

##### **a) Общее замечание**

12. Хотя конкретное обозначение каждого обеспеченного обязательства обычно не является необходимым, обеспеченное обязательство должно быть определено или должно поддаваться определению на основании соглашения об обеспечении, когда такое определение необходимо. Такое определение необходимо, например, при принудительном исполнении, к которому прибегает обеспеченный кредитор, или же при принудительном исполнении другим кредитором должника.

##### **b) Максимальная сумма**

13. В некоторых правовых системах существует необходимость для сторон конкретно обозначить обеспеченное обязательство в своем соглашении или установить максимальный предел его суммы. В этом случае предположение заключается в том, что такое обозначение или ограничение отвечает интересам должника, поскольку он будет защищен от чрезмерной задолженности и сможет прибегать к получению дополнительного кредита от другой стороны. Однако такие требования могут непреднамеренно привести к ограничению суммы предоставляемого кредита или увеличению стоимости кредита. Это является основной причиной, по которой многие правовые системы не требуют конкретных обозначений и допускают оговорки о "любых суммах" или, по меньшей мере, не устанавливают максимальных пределов суммы обеспеченных обязательств (см. также пункты 10 и 14). Этот подход основывается на том предположении, что обеспеченный кредитор не может требовать большего, чем то, что ему причитается, и что если обязательство обеспечено полностью, то, по всей вероятности, должнику будут предложены более благоприятные условия кредитования (см. также документы A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, пункты 35–37, и A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6, пункты 11–12).

##### **c) Изменение суммы обязательства**

14. Как уже отмечалось (см. пункт 9 и документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункты 21–23), современные сделки по финансированию зачастую более не

сопряжены с одноразовым платежом, но часто предусматривают авансовые платежи, производимые 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 заимодатели будут лишены стимулов к производству последующих авансовых платежей, если только им не будет предоставлено дополнительное обеспечение. В связи с этим законодательство должно признавать действительными права, обеспечивающие последующие авансовые платежи.

**f) Суммы в иностранной валюте**

15. Сумма обеспеченного обязательства может быть выражена в любой валюте. Время от времени могут возникать трудности, связанные с пересчетом в валюту места платежа, принудительного исполнения или несостоятельности. Этот вопрос можно оставить для регулирования на основании соглашения сторон. Однако в интересах обеспечения определенности законодательство об обеспеченных сделках должно предусматривать, что в отсутствие такого соглашения сумма обеспеченного обязательства должна быть конвертирована во внутреннюю валюту.

**в. Обременяемые активы**

**i. Объект обеспечительного права**

16. Объектом обеспечительного права является право собственности (правовой титул) должника или (в случаях, когда обеспечение предоставляется третьей стороной) лица, передавшего право, на обремененный актив (включая будущие активы; см. пункт 61). В случае создания обеспечительного права в дебиторской задолженности обременяется именно правовой титул лица, передавшего право, на данную дебиторскую задолженность. Однако вполне возможно обременить ограниченное вещное право, например, право пользования или аренды. В таких случаях права обеспеченного кредитора являются настолько ограниченными, как и обремененное право пользования или аренды, и обуславливаются любыми превалирующими правами собственника.

**ii. Ограничения**

17. Как и в случае специальных режимов для определенных видов обеспеченных обязательств (см. пункт 5), специальное законодательство, касающееся конкретных видов непосессорных обеспечительных прав, устанавливает ограничения в отношении видов активов, которые могут служить в качестве обеспечения. Активы, которые нельзя обременять вообще или которые могут быть обременены только с учетом ограничений (например, актив минимальной стоимости нельзя обременять), могут включать, например, заработную плату, пенсии и важнейшие предметы домашнего обихода (за исключением случая обеспечения обязательств по уплате их покупной цены).

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

дебиторская задолженность или другие права, включая встречные требования должников в отношении обеспеченных кредиторов.

### **iii. Будущие активы**

19. Вопрос о том, могут ли будущие активы быть обременены, имеет огромное практическое значение. Термин "будущие" 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. В обоих случаях предполагается, что такие активы могут быть обременены.

20. Во многих 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 используется именно этот подход (см. статью 8(2) и статью 2(a)).

21. Допущение использования будущих активов в качестве обеспечения кредита имеет важное значение, в частности, для обеспечения требований, возникающих в связи со сделками по возобновляемому кредитованию (см. пункты 9 и 10), с помощью возобновляемой совокупности активов. Активы, к которым, как правило, применяется этот метод, включают инвентарные запасы, которые в силу своего характера предназначены для продажи и замены, а также дебиторскую задолженность, которая после ее получения заменяется новой дебиторской задолженностью. Основное преимущество этого подхода заключается в том, что одно соглашение об обеспечении может охватывать изменяющуюся совокупность активов, которая соответствует обозначению в соглашении об обеспечении. В противном случае потребуются совершать целый ряд актов создания новых обеспечительных прав, а такой результат мог бы увеличить издержки, связанные со сделкой.

22. В некоторых странах будущие активы не могут использоваться в качестве обеспечения. Этот подход частично основывается на технических понятиях вещного права (то, чего не существует, не может быть передано или обременено). Другая причина сопряжена с озабоченностью по поводу того, что допущение отчуждения будущих активов в значительном объеме может непреднамеренно привести к возникновению чрезмерной задолженности, а также к тому, что должник попадет в чрезмерную зависимость от одного кредитора, что будет препятствовать получению должником дополнительных обеспеченных кредитов из других источников (см. пункт 26). Еще одна причина недопущения создания обеспечительных прав в будущих активах заключается в том, что вероятность получения необеспеченными кредиторами должника удовлетворения их требований может быть существенно уменьшена.

23. Технические понятия вещного права не должны использоваться для создания препятствий удовлетворению практической потребности в использовании будущих активов в качестве обеспечения для получения кредитов. Кроме того, коммерческие должники могут отстаивать свои собственные интересы и не нуждаются в статутных ограничениях,

устанавливаемых в отношении возможности передачи будущих активов. Кроме того, защита необеспеченных кредиторов может быть предусмотрена соответствующими правилами, касающимися приоритета. Такие правила могут предусматривать, например, то, что в случае коллизии приоритетов между обеспеченным кредитором, обладающим обеспечительным правом во всех активах должника, и необеспеченными кредиторами, определенная часть активов должника может быть выделена для удовлетворения требований необеспеченных кредиторов (см. пункты 26 и 32, а также документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, пункты 26–28).

**iv. 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. Однако такая конкретная идентификация не представляется возможной в отношении других видов активов, особенно инвентарных запасов и, до некоторой степени, дебиторской задолженности. Для решения этой проблемы многие страны разработали правила, позволяющие сторонам обозначать лишь в общем плане активы, подлежащие обременению. 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 может быть достаточно идентифицировать ее с помощью ссылки на "всех должников с инициалами от А до G". В случае инвентарных запасов достаточной идентификацией может быть указание на "все активы, хранимые в комнате А служебных помещений должника".

25. В некоторых правовых системах достаточно даже обозначения, касающегося всех существующих и будущих активов (например, указания на "все мои активы, принадлежащие мне в настоящее время и приобретенные впоследствии"). В некоторых из этих правовых систем создание обеспечения во всех активах не допускается в отношении потребителей или даже отдельных мелких торговцев.

26. С созданием обеспечения во всех активах связана, хотя и отграничивается от него, проблема чрезмерного обременения, которая возникает в ситуациях, когда стоимость обеспечения существенно превышает сумму обеспеченного обязательства. Хотя обеспеченный кредитор не может требовать большую сумму, чем сумма его обеспеченного требования, а также проценты и издержки (и, возможно, ущерб), чрезмерное обременение может создавать проблемы. Активы должника могут быть обременены в такой степени, что это затрудняет или даже делает невозможным получение должником обеспечения второй очереди от другого кредитора. Кроме того, принудительное исполнение необеспеченными кредиторами должника может быть исключено или, по крайней мере, в большей степени затруднено. Создание обеспечительных прав, основывающихся на правовом титуле, порождает такую же проблему. Решение, разработанное судами в некоторых странах, заключается в том, чтобы объявить любое чрезмерное обеспечение не имеющим силы или предоставить должнику право требования для высвобождения такого чрезмерного обеспечения (см. пункты 23 и 32, а также документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, пункты 26–28). Это решение может

иметь практическое значение при условии, что обеспеченному кредитору предоставлена надлежащая с коммерческой точки зрения гарантия.

**v. Залог предприятия и "плавающее" обременение**

27. В некоторых странах обеспечение во всех активах принимает форму залога предприятия или "плавающего" обременения. Один из видов такого залога представляет собой залог мелкого предприятия, который ограничивается главным образом такими нематериальными активами, как торговые наименования, круг клиентов или права интеллектуальной собственности (см. статью 69 единообразного закона ОУКПА). Вследствие ограниченного применения такой вид залога имеет небольшое значение.

28. В отличие от этого ипотечный залог крупных предприятий играет существенную роль в качестве обеспечения в некоторых странах. Залог крупного предприятия может охватывать все движимые активы предприятия, будь то материальные или нематериальные, хотя он может ограничиваться и делимыми частями предприятия. Как правило, такой залог не охватывает недвижимое имущество, поскольку оно регулируется в рамках иного режима (в отношении постоянных принадлежностей см. пункты 34–35).

29. Наиболее важным аспектом залога предприятия является то, что предприятие–должник обладает полномочием на отчуждение своих обремененных активов в ходе своих обычных операций и что обеспечение автоматически относится к поступлениям, занимающим место отчужденных активов. Согласно правовым системам большинства стран такое полномочие отчуждать обремененные активы является допустимым и не затрагивает обеспечительное право. Однако в правовых системах некоторых стран отчуждение обремененных активов должником, хотя и санкционировано кредитором, рассматривается как несовместимое с понятием обеспечительного права. В некоторых из этих правовых систем суды разработали понятие "плавающего" обременения, которое представляет собой всего лишь потенциальное вещное право с разрешением предприятию–должнику отчуждать активы в ходе своих обычных операций. Такое отчуждение запрещено с момента неисполнения должником своих обязательств, когда "плавающее" обременение "кристаллизуется" и становится в полной мере действительным "фиксированным" обременением.

30. Весьма интересное преимущество залога крупного предприятия заключается в том, что при принудительном исполнении обеспеченным кредитором и при принудительном исполнении другим кредитором для руководства этим предприятием может быть назначен управляющий. Такое назначение может способствовать избежанию ликвидации и проведению реорганизации данного предприятия, что имело бы благоприятные последствия для кредиторов, работников предприятия и экономики в целом. Однако на практике управляющие, назначенные обеспеченным кредитором, могут действовать в интересах этого обеспеченного кредитора. Остроту данной проблемы можно смягчить до некоторой степени в том случае, если такой управляющий будет назначаться судом или иным органом.

31. Вместе с тем залог крупного предприятия сопряжен на практике с другими недостатками. Один из недостатков заключается в том, что обеспеченный

кредитор, как правило, является или становится крупным или даже единственным поставщиком кредитов для данной компании. Хотя конкуренция со стороны другого поставщика кредитов, предлагающего лучшие условия, необязательно исключена, такая ситуация в принципе не может считаться желательной. Другой недостаток заключается в том, что на практике держатель залога зачастую не осуществляет в достаточной мере контроля над операциями такой компании и не участвует активно в реорганизационном производстве, поскольку он обладает надежным обеспечением.

32. Для того чтобы уравновесить слишком сильные позиции залогодержателя, предприятию–должнику может быть предоставлено право требования в отношении высвобождения значительно чрезмерного обеспечения (см. пункт 26). По примеру некоторых стран можно было бы также рассмотреть возможность уменьшения приоритета залогодержателя в случае несостоятельности такого предприятия (см. пункты 23 и 26, а также документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, пункты 26–28).

33. В рамках современной системы обеспеченных сделок, которая допускает создание обеспечения во всех активах коммерческого должника (будь то юридического или физического лица), нет необходимости сохранять конкретное толкование или термины "залог предприятия" или "плавающее обременение". Важно лишь сохранить функциональные характеристики этих способов обеспечения. Это означает, что непосessorное обеспечительное право во всех активах должника может быть создано и что должнику может быть предоставлено право отчуждения обремененных активов в ходе своей обычной предпринимательской деятельности.

*[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, может ли быть назначен управляющий судом или иным органом в случае принудительной реализации обеспечительного права во всех активах должника.]*

#### **vi. Постоянные принадлежности**

34. Постоянными принадлежностями является движимое имущество, особенно оборудование, которое присоединено или приложено к недвижимому имуществу. Такое присоединение или приложение ставит вопрос о том, продолжают ли постоянные принадлежности регулироваться нормами права, регулиующими движимое имущество (и права в них сохраняются) или же они становятся объектом действия норм права, регулирующих недвижимое имущество (и права в них аннулируются). Во многих странах постоянные принадлежности или принадлежности, которые не могут быть легко отделены, становятся объектом действия норм права, регулирующих недвижимое имущество, и любые ранее возникшие права в таких постоянных принадлежностях или принадлежностях могут быть аннулированы (вопрос о том, имеют ли держатели таких прав право на получение компенсации, является отдельным вопросом). Определение того, может ли какая-либо постоянная принадлежность быть легко отделена, производится на основе таких критериев, как техническая трудность или затраты (в сравнении со стоимостью данной постоянной принадлежности).

35. В этих странах постоянные принадлежности, которые могут быть легко отделены от недвижимого имущества, к которому они были присоединены или

приложены, не становятся объектом действия прав в данном недвижимом имуществе, если собственник этих постоянных принадлежностей и собственник этого недвижимого имущества являются разными лицами. Это правило применяется к поставщику, удерживающему правовой титул на постоянные принадлежности (обычно оборудование), и должно применяться к другим обеспеченным кредиторам, предоставляющим денежные средства для приобретения обремененных активов ("обеспеченные кредиторы, предоставляющие денежные средства на приобретение"). В противном случае права обеспеченных кредиторов, предоставляющих денежные средства на приобретение, будут погашены, а собственник или залогодержатель данного недвижимого имущества получит неосновательное обогащение. Такой подход не приведет к причинению ущерба законным ожиданиям третьих сторон, если соглашения об удержании правового титула в отношении таких постоянных принадлежностей могут быть зарегистрированы в земельном кадастре, что уже является вполне возможным во многих странах.

*[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает предоставить держателям обеспечительных прав, обеспечивающих денежные средства на приобретение постоянных принадлежностей, право зарегистрировать такие права в постоянных принадлежностях в земельном кадастре. Такой подход предотвращал бы и "погашение" обеспечительных прав кредитора в постоянных принадлежностях, и неосновательное обогащение залогодержателя недвижимого имущества.]*

### **с. Поступления**

#### **і. Введение**

36. Когда обремененные активы отчуждаются (или арендуются, или лицензируются) в период времени, в течение которого обеспечиваемая ими задолженность не погашается, должник, как правило, получает в обмен на эти активы наличные средства, материальное имущество (например, товары или оборотные инструменты) или нематериальное имущество (например, дебиторскую задолженность или другие права). Такие наличные средства или другое материальное или нематериальное имущество во многих правовых системах называются "поступлениями" от обремененных активов. В некоторых случаях первоначальные обремененные активы могут генерировать поступления, которые генерируют другие поступления, когда должник продает, обменивает или каким-либо иным образом отчуждает первоначальные поступления в обмен на другое имущество. Такие поступления называются "поступлениями от поступлений".

37. В других ситуациях обремененные активы могут генерировать другое имущество для должника даже без заключения соответствующей сделки. Имущество, генерируемое таким путем обремененными активами, в некоторых правовых системах называется "гражданскими" или "естественными приращениями". Такое имущество может включать, например, проценты или дивиденды от финансовых активов, страховые поступления, детенышей животных и плоды или урожай.

38. В некоторых правовых системах гражданские или естественные приращения и поступления четко отграничиваются друг от друга и

обуславливаются действием разных правил. Для обоснования этого подхода часто упоминаются трудности в идентификации поступлений и необходимость в защите прав третьих сторон в поступлениях. В других правовых системах не проводится различия между гражданскими или естественными приращениями и поступлениями и на них распространяется действие одних и тех же правил. В число причин, упоминаемых для обоснования такого подхода, входят трудности в проведении различия между гражданскими и естественными приращениями и поступлениями, а также то обстоятельство, что и гражданские или естественные приращения и поступления возникают из обремененных активов, занимают их место или могут влиять на их стоимость.

39. Правовая система, регулирующая обеспечительные права, должна решить два разных вопроса в отношении поступлений и гражданских или естественных приращений (в дальнейшем именуемых в совокупности "поступлениями", если только не указано иное). Первый вопрос заключается в том, сохраняет ли обеспеченный кредитор обеспечительное право в том случае, если обремененный актив передается должником другому лицу в рамках сделки, генерирующей поступления (обсуждение этого вопроса см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, пункты 26–32).

40. Второй вопрос касается прав кредитора в отношении поступлений. Правовая система, регулирующая обеспечительные права, должна давать ясные ответы на ряд возникающих в связи с этим вопросов (см. пункты 41–47).

#### **ii. Существование прав в поступлениях**

41. Обоснование права в поступлениях сопряжено с тем обстоятельством, что если обеспеченный кредитор не получает такого права, то его права в обремененных активах могут быть погашены или уменьшены в результате отчуждения таких активов. Если обеспечительное право было аннулировано после передачи обремененных активов другому лицу, то оно не будет надлежащим образом защищать обеспеченного кредитора от неисполнения обязательств и таким образом его ценность как источника кредитования будет уменьшаться. Этот результат, который будет оказывать неблагоприятное воздействие на наличие и стоимость кредитов, будет таким же даже в том случае, если обеспечительное право в первоначальных обремененных активах сохранится после их отчуждения. Причина наступления такого результата сопряжена с возможностью того, что передача обремененных активов может еще больше затруднить определение их местонахождения и вступление во владение ими, увеличить издержки, связанные с принудительной реализацией, и уменьшить их стоимость.

#### **iii. Обстоятельства, при которых могут возникать права в поступлениях**

42. Право в поступлениях обычно возникает тогда, когда обремененные активы отчуждаются (или арендуются, или лицензируются). В тех системах, в которых гражданские или естественные приращения рассматриваются как поступления, право в таких поступлениях может возникать даже в том случае, если не была заключена сделка в отношении данных обремененных активов (например, дивиденды, полученные от акций).

**iv. Личный или вещный характер прав в поступлениях**

43. Если право обеспеченного кредитора в поступлениях является вещным правом, то такой обеспеченный кредитор не понесет убытков по причине заключения сделки или наступления иного события, поскольку вещное право влечет за собой последствия в отношении третьих сторон. С другой стороны, предоставление обеспеченному кредитору вещного права в поступлениях может привести к тому, что не оправдаются законные ожидания сторон, обладающих обеспечительными правами в данных поступлениях как в первоначальных обремененных активах. Однако в тех правовых системах, в которых обеспечительные права обуславливаются регистрацией, этот вопрос можно урегулировать более легко. В таких системах потенциальные поставщики финансовых средств заранее предупреждаются о возможном существовании обеспечительного права в активах их потенциального заемщика (включая поступления от таких активов) и могут предпринять необходимые шаги для идентификации и отслеживания поступлений.

**v. Степень и момент идентификации поступлений**

44. [*Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить степень, в которой – и момент времени, когда – поступления должны поддаваться идентификации как возникающие из обремененных активов.*]

**vi. Отслеживание поступлений, приобщенных к другим активам**

45. [*Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос об отслеживании поступлений, которые были приобщены к другим активам.*]

**vii. Основа прав в поступлениях**

46. В некоторых правовых системах законодательство распространяет действие обеспечительных прав на поступления от обремененных активов и на поступления от поступлений с помощью субсидиарных норм, применимых в отсутствие соглашения об ином. В других правовых системах такого статутного права в поступлениях не существует (по причинам, упомянутым в пункте 43), однако стороны могут создавать обеспечение во всех видах активов. В таких системах стороны могут свободно предусматривать, например, что обеспечение создается в инвентарных запасах, дебиторской задолженности, оборотных инструментах, ценных бумагах и наличных средствах. Таким образом, все активы такого рода становятся первоначальными обремененными активами, а не поступлениями. В некоторых из этих правовых систем стороны могут распространять по соглашению определенные квазиобеспечительные права (например, удержание правового титула) на поступления (см. документы A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, пункты 34–42, и A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, пункты 51–59).

**viii. Поступления от поступлений**

47. Если существует право в поступлениях от обремененных активов, то оно должно распространяться и на поступления от поступлений. Если обеспеченный кредитор утрачивает свое право в поступлениях после того, как они принимают другую форму, то данный обеспеченный кредитор будет подвергаться тем же

кредитным рискам, какие возникли бы в случае отсутствия прав в поступлениях (см. пункт 41).

### **3. Соглашение об обеспечении**

#### **а. Определение и функции**

48. Соглашение об обеспечении между кредитором и должником или, в случае, когда обеспечение предоставляется какой-либо третьей стороной, лицом, передавшим право, является одним из составных элементов обеспечительного права. В большинстве, но не во всех странах требуется совершение дополнительного акта (см. раздел А.4). В некоторых странах соглашение об обеспечении, сопровождающееся дополнительным актом, порождает вещно-правовые последствия в отношении всех сторон (*erga omnes*). В этих странах такие квазиобеспечительные способы, как соглашение об удержании правового титула, порождают вещно-правовые последствия *erga omnes* с момента заключения соответствующего соглашения, которое может быть заключено даже в устной форме. В других странах соглашение об обеспечении имеет вещно-правовые последствия только в отношениях между сторонами (*inter partes*), тогда как последствия для третьих сторон обуславливаются совершением дополнительного акта.

49. Соглашение об обеспечении следует отграничивать от соглашения о создании обеспечения в будущем (например в том случае, если должнику предоставляется кредит). Такое соглашение порождает обязательство создать обеспечительное право, но не имеет вещно-правовых последствий.

50. Соглашение об обеспечении выполняет ряд функций. Во-первых, в странах гражданского права оно представляет собой юридическое обоснование (*causa*) предоставления обеспечительного права кредитором. Во-вторых, соглашение об обеспечении устанавливает связь между обеспечительным правом и обеспеченным требованием. В-третьих, соглашение об обеспечении в целом регулирует взаимоотношения между должником (или третьей стороной) как лицом, передавшим обеспечительное право в обремененных активах, и обеспеченным кредитором (в отношении прав, возникающих до неисполнения обязательств, см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8; в отношении прав, возникающих после неисполнения обязательств, см. документы A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 и A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). Хотя соглашение об обеспечении может быть отдельным соглашением, оно зачастую содержится в исходном финансовом контракте или другом аналогичном договоре (например, договоре купли-продажи товаров в кредит) между должником и кредитором.

#### **б. Стороны**

51. В большинстве случаев соглашение об обеспечении заключается между должником как лицом, передавшим обеспечительное право, и кредитором как обеспеченной стороной. В редких случаях если третье лицо предоставляет обеспечение в интересах должника, то это лицо становится стороной такого соглашения вместо должника. В случае предоставления несколькими кредиторами крупных займов (особенно в случае синдицированных займов) третья сторона, действующая в качестве агента или доверительного собственника от имени этих кредиторов, может удерживать обеспечительные

права. Ни один из этих возможных вариантов не затрагивает существо соглашения об обеспечении.

**c. Минимальное содержание**

52. В соглашении об обеспечении должны быть указаны его стороны и должно содержаться разумное описание обязательства, обеспечиваемого обремененными активами. Независимо от того, перечислены ли в законодательстве эти аспекты в качестве минимального содержания соглашения об обеспечении, их неурегулированность в соглашении об обеспечении может привести к недействительности данного обеспечения, если только отсутствующие элементы не могут быть установлены с помощью других способов.

53. Стороны могут прояснить в соглашении об обеспечении дополнительные вопросы, например, обязанность проявлять предусмотрительность, возлагаемую на сторону, которая владеет обремененным активом. В отсутствие соглашения субсидиарные правила могут применяться для уточнения взаимоотношений между сторонами (вопросы, возникающие до неисполнения обязательств, см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8; вопросы, возникающие после неисполнения обязательств, см. в документах A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 и A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5).

**d. Формальные требования**

**i. Письменная форма и связанные с этим требования**

54. Правовые системы по-разному регулируют требования в отношении формы и их функции. В частности, что касается письменной формы, то некоторые правовые системы вообще не требуют ее наличия, тогда как другие правовые системы требуют простого письменного документа, подписанного письменного документа или даже нотариально заверенного письменного документа, или же эквивалентного судебного или иного документа (например, в случае, когда речь идет о залоге предприятия). Письменная форма обычно выполняет функцию предупреждения, даваемого сторонам относительно правовых последствий их соглашения, удостоверения факта заключения соглашения и защиты третьих сторон от мошеннического датирования соглашения об обеспечении задним числом.

55. Письменная форма может также быть условием действительности соглашения (или действительности в смысле наступления вещно-правовых последствий) в отношениях между сторонами или же условием его принудительной реализации по отношению к третьим сторонам или его приоритета среди конкурирующих заявителей требований. Она может быть также условием получения владения обремененными активами или применения соглашения об обеспечении в случае принудительной реализации, принудительного исполнения или несостоятельности.

56. В некоторых правовых системах удостоверение даты каким-либо публичным органом требуется для посessorных залогов, за исключением займов незначительного размера, в связи с которыми допускается доказывание даже с помощью показаний свидетелей. Хотя такое удостоверение даты может способствовать решению проблемы мошеннического датирования задним

числом, оно может и увеличить время и затраты, необходимые для совершения сделки.

57. В других правовых системах удостоверение даты или засвидетельствование подлинности соглашения об обеспечении требуется в отношении различных видов непосessorного обеспечения (см., например, статьи 65, 70, 94 и 101 Закона ОУКПА). По меньшей мере в одной стране такое удостоверение требуется вместо обеспечения публичности путем регистрации. Вместе с тем если регистрация является необходимой, то дополнительного удостоверения даты соглашения об обеспечении может и не требоваться.

58. В интересах экономии времени и средств число императивных требований в отношении формы следует сохранять на минимальном уровне. Письменная форма не представляется необходимой в качестве условия действительности (или действительности в смысле наступления вещно-правовых последствий) соглашения об обеспечении между сторонами. Однако в отношении третьих сторон письменное соглашение об обеспечении может с пользой для дела служить доказательственным целям и предотвращать мошенническое датирование задним числом по меньшей мере в отношении непосessorных обеспечительных прав. Простого письменного документа (не требуется, чтобы он был подписан обеими сторонами и чтобы он включал использование современных средств связи) должно быть достаточно. В случае залога предприятия или в случаях, когда соглашение об обеспечении может выступать в качестве достаточного правового титула для принудительного исполнения (см. пункт 55), возможно, будет необходим более формальный документ. В качестве иного варианта в таком случае письменный документ может и не требоваться, однако обеспеченный кредитор должен будет нести бремя установления содержания и даты соглашения об обеспечении.

**е. Вступление в силу**

59. В некоторых странах, в которых вещными правами являются только те права, которые могут быть заявлены по отношению ко всем сторонам (*erga omnes*), в полной мере действительное обеспечение возникает только в момент заключения соглашения об обеспечении и совершения дополнительного акта (передача во владение, уведомление, регистрация или контроль; см. пункты 61–70). Существуют два исключения. В некоторых странах положение об удержании правового титула является действительным в отношении третьих сторон при заключении договора купли-продажи, в котором оно содержится. Другое исключение относится к уступке дебиторской задолженности посредством обеспечения, которая в некоторых странах является в полной мере действительной даже без направления уведомления должнику по данной дебиторской задолженности.

60. В других странах проводится различие между вещно-правовыми последствиями в отношениях между сторонами соглашения об обеспечении и вещно-правовыми последствиями в отношении третьих сторон. В этих странах обеспечение возникает уже в момент заключения соглашения об обеспечении (в письменной форме), однако только в отношениях между договаривающимися сторонами (*inter partes*). Дополнительный акт требуется для того, чтобы обеспечение стало действительным в отношении третьих сторон (см. пункты 61–70).

#### 4. Вещно–правовые требования

##### а. Право собственности или право распоряжения лица, предоставляющего обеспечение

61. Во многих правовых системах лицо, предоставляющее обеспечение (которое обычно является должником, но может быть и какой-либо третьей стороной), должно быть собственником обременяемых активов (см. пункт 16). В других правовых системах вполне достаточно, чтобы лицо, предоставляющее обеспечение, имело право распоряжения активами (но не право собственности). В отношении будущих активов вполне достаточно, чтобы лицо, предоставляющее обеспечение, стало собственником или получило право распоряжения в какой-либо момент времени в будущем (см. пункты 19–23).

62. Если лицо, предоставляющее обеспечение, не имеет права собственности или права распоряжения активами, то возникает вопрос о том, может ли обеспеченный кредитор, тем не менее, добросовестно получить обеспечительное право. В некоторых правовых системах кредитор приобретает обеспечительное право в том случае, если субъективное понятие добросовестности подкрепляется объективными элементами права собственности. Такие элементы включают ситуации, когда кредитор предоставил или намерен предоставить кредит должнику или когда лицо, предоставляющее обеспечение, зарегистрировано в качестве собственника обременяемых активов или удерживает их и передает владение ими кредитору.

63. В законодательстве в этой области зачастую затрагивается смежный вопрос о действительности и последствиях договорных ограничений в отношении права распоряжения. В некоторых странах такие ограничения устанавливаются для того, чтобы защитить интересы той или иной стороны соглашения, ограничивающего право распоряжения. В других странах не предусмотрены какие-либо последствия или же предусмотрены лишь ограниченные последствия договорных ограничений права распоряжения, с тем чтобы сохранить свободу лица, передавшего обеспечение, распоряжаться активами, в частности, в том случае, если лицо, приобретающее какой-либо актив, не знает о существовании договорного ограничения.

64. В Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке используется аналогичный подход для поддержки передаваемости права требования, что соответствует интересам экономики в целом. Согласно статье 9 Конвенции уступка дебиторской задолженности имеет силу независимо от какого-либо договорного ограничения на уступку, согласованного между цедентом и должником. Простая осведомленность цедента о существовании такого ограничения не является достаточной для расторжения договора, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность. Последствия этого положения ограничиваются двумя путями. Во-первых, его применение ограничивается торговой дебиторской задолженностью, которая определяется широко, и, во-вторых, такое договорное ограничение имеет силу в отношениях между цедентом и должником, а должник вправе свободно требовать от цедента возмещения ущерба за нарушение договора, если такое требование существует в соответствии с нормами права, действующими за пределами сферы применения Конвенции. Однако это требование не может быть предъявлено цессионарию в порядке зачета (см. пункт 3 статьи 18).

65. Использование этого подхода способствует сделкам по финансированию дебиторской задолженности, поскольку он освобождает цедента (т.е. обеспеченного кредитора) от бремени изучения договора, из которого вытекает уступленное требование, с тем чтобы убедиться в том, была ли запрещена или обусловлена передача этого требования. В противном случае заимодатели должны будут изучать, вероятно, огромное число договоров, что может быть дорогостоящим или даже невозможным (например, в случае будущей дебиторской задолженности).

**b. Передача владения, контроль, уведомление, публичность**

66. Методы обеспечения вещно-правовых последствий в отношении третьих сторон и – в тех системах, которые допускают ранжирование нескольких обеспечительных прав в одних и тех же активах – установления приоритета в отношении конкурирующих заявителей требований являются разными в каждой стране и даже в пределах отдельных стран в зависимости от вида обеспечительного права, о котором идет речь. Существуют четыре основных метода создания обеспечительного права, которое является действительным по отношению ко всем лицам (и имеет приоритет над конкурирующими заявителями требований).

**i. Передача владения**

67. Обеспечительное право в виде посессорного залога создается по соглашению и посредством передачи владения активом кредитору или согласованному третьему лицу, действующему в качестве агента кредитора. В случае передачи права собственности в целях обеспечения владение может быть передано кредитору фиктивно путем заключения дополнительного соглашения о депозите или обеспечении. Такое соглашение дополняет непосредственное владение активом должником косвенным владением кредитором (*constitutum possessorium*). В случае оборотных инструментов владение может также быть передано посредством вручения с индоссаментом, если это необходимо, в соответствии с правилами, регулирующими оборотные инструменты.

**ii. Контроль**

68. Обеспечительные права в определенных видах нематериального имущества (например, банковских счетах) создаются посредством заключения соглашения и передачи контроля. Контроль может принимать форму фиктивного владения (например, в том случае, если банк обладает обеспечительным правом в счете должника в данном банке). Он может также быть отражен в праве распоряжения (например, в том случае, если обеспеченный кредитор может на основании соглашения с должником распоряжаться счетом должника без последующего согласия должника).

**iii. Уведомление**

69. Обеспечительные права в дебиторской задолженности могут быть созданы посредством заключения соглашения и направления соответствующего уведомления должнику по данной дебиторской задолженности. Такое уведомление рассматривается как акт публичности. Однако уведомление может и не быть весьма эффективным способом обнародования уступки, поскольку

направление уведомления может быть невозможным (например, в случае уступки будущей дебиторской задолженности) или весьма дорогостоящим (например, в случае оптовой уступки, затрагивающей нескольких должников), или же должники могут и не предоставить любую или достоверную информацию заинтересованным третьим сторонам.

#### iv. Публичность

70. Некоторая форма публичности может требоваться, в частности, для создания непосessorных обеспечительных прав в материальном и нематериальном имуществе. Такая публичность может принимать форму регистрации соглашения об обеспечении и иметь существенные последствия. Она может также принимать форму регистрации данных ограниченного объема и функционировать в качестве предупреждения третьим сторонам относительно возможного существования обеспечительного права и в качестве основы для установления приоритета между конкурирующими заявителями требований (детали в отношении формы, функций и последствий публичности см. в документах A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5 и 6).

## В. Резюме и рекомендации

71. В современном законодательстве об обеспеченном кредитовании должна предусматриваться возможность обеспечения всех видов обязательств, в том числе будущих обязательств и "плавающей" суммы обязательств. Должна быть также предусмотрена возможность создания обеспечения во всех видах активов, в том числе в активах, которые могут и не находиться в собственности должника или которыми он не имеет права 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 этих правил. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть сравнительные преимущества и недостатки режима, в рамках которого обеспечение может быть создано во всех активах должника.]*

72. 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 (см. пункты 36–47).]*

73. В принципе соглашение об обеспечении, создающее непосessorное обеспечительное право, должно быть заключено в письменной форме. Не следует требовать заключения такого соглашения в письменной форме, если речь идет о посessorных обеспечительных правах. Письменная форма должна включать современные средства связи, и не требуется, чтобы она была подписана обеими сторонами. В ней должны идентифицироваться стороны и содержаться разумные обозначения обремененных активов и обеспеченного обязательства. В ситуациях, когда не требуется соблюдения формальностей, обеспеченный кредитор должен нести бремя доказывания в отношении как условий соглашения об обеспечении, так и даты создания обеспечения.

*[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли предусмотреть какие-либо дополнительные исключения из правила о письменной форме.]*

74. Соглашение между обеспеченным кредитором и должником (или другим лицом, предоставившим обеспечение) и передача владения обремененным активом обеспеченному кредитору или согласованной третьей стороне являются необходимыми для создания посессорного обеспечительного права.

75. Соглашение (в письменной форме: см. пункт 72) и определенный дополнительный акт (контроль, уведомление или публичность) должны быть достаточными для создания непосессорного обеспечительного права.

*[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли предусмотреть какие-либо исключения из этого общего правила. Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли проводить различие между обеспечительным правом, которое является действительным или имеет силу в отношениях между его сторонами, и обеспечительным правом, которое имеет силу по отношению ко всем третьим сторонам.]*