



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
11 February 2004*

Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы)
Пятая сессия
Нью-Йорк, 22–26 марта 2004 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	1–69	1
IV. Создание обеспечительных прав	1–69	2
A. Общие замечания	1–66	2
1. Введение	1–2	2
2. Основные элементы обеспечительного права	3–41	2
a) Обеспечиваемые обязательства	3–13	2
b) Обременяемые активы	14–29	5
c) Поступления	30–41	11
3. Соглашение об обеспечении	42–51	14
a) Функции	42	14
b) Стороны	43	14
c) Минимальное содержание	44–45	15
d) Формальные требования	46–49	15
e) Вступление в силу	50–51	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.



	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
4. Вещно-правовые требования	52–57	17
a) Право собственности, ограниченное право собственности, право распоряжения	52–53	17
b) Договорные ограничения права распоряжения	54–56	17
c) Передача владения, контроль, уведомление, регистрация	57	18
5. Обеспечительные инструменты, основанные на правовом титуле ..	58–66	18
a) Сохранение правового титула	61–62	19
b) Передача правового титула и уступка дебиторской задолженности для целей обеспечения	63–64	20
c) Договорные механизмы с обеспечительной функцией	65	21
B. Резюме и рекомендации	66–69	21

IV. Создание обеспечительных прав

A. Общие замечания

1. Введение

1. В настоящей главе рассматриваются вопросы, касающиеся создания консенсуальных обеспечительных прав (статутные или судебные права упоминаются в настоящем Руководстве лишь в контексте коллизии приоритетов; см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 44–53). До рассмотрения вопросов, касающихся соглашения об обеспечении (см. раздел A.3) и других вещно-правовых требований в отношении создания действительного обеспечительного права (см. раздел A.4), в настоящей главе указывается 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. Дополнительные требования, касающиеся действительности обеспечительного права в отношении третьих сторон, рассматриваются в главе VI о приоритете, поскольку они касаются ранжирования кредиторов, обладающих обеспечительными правами в одном и том же активе. Вопросы, касающиеся действительности обеспечительных прав в случае несостоятельности, рассматриваются в главе IX о несостоятельности.

2. Основные элементы обеспечительного права

a) Обеспечиваемые обязательства

i. Связь между обеспечением и обеспеченным обязательством

3. Обеспечительные права носят акцессорный характер по сравнению с обеспечиваемым обязательством и 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, в отношении сделок по возобновляемому кредитованию обеспечительное право носит акцессорный характер, в том смысле, что, хотя оно может обеспечивать будущие авансовые платежи и изменяющиеся обязательства (см. пункт 12), оно не может быть исполнено в

принудительном порядке в отсутствие авансовых платежей по кредиту и не может превышать суммы обязательства, причитающегося в момент принудительного исполнения.

ii. Ограничения

4. В некоторых странах непосессорные обеспечительные права могут относиться только к конкретным видам обязательств, которые указаны в законодательстве (например, ссуды для приобретения автотранспортных средств или ссуды фермерам). В других странах, в которых действует общий режим только посессорных обеспечительных прав или же и посессорных, и непосессорных обеспечительных прав, такого рода ограничения не установлены. Такой всеобъемлющий подход сопряжен с возможностью распространения основных преимуществ обеспеченного финансирования для участвующих сторон (т.е. более широкого доступа к кредиту и по более низкой стоимости) на широкий спектр сделок. Кроме того, подобный подход способствует обеспечению определенности, соответствия и равного статуса всех должников и обеспеченных кредиторов. Если же необходимы специальные режимы по конкретным социально-экономическим причинам, то отрицательные последствия могут быть сведены к минимуму за счет установления таких режимов на четкой и транспарентной основе и ограничения сферы их действия узким кругом сделок.

iii. Виды обязательств

а. Денежные и неденежные обязательства

5. Обеспечение может быть создано в отношении как денежных обязательств, так и неденежных обязательств, которые могут быть преобразованы в денежные обязательства.

б. Виды обязательств

6. Если не установлен специальный режим обеспечительных прав в конкретных видах обязательств (например, в отношении ссуд, предоставляемых под залог), нет необходимости включать в законодательство перечень всех видов обязательств, которые могут быть обеспечены. Исчерпывающий перечень подготовить невозможно. Тем не менее примерный перечень, как правило, может включать обязательства, возникающие из займов и приобретения товаров, в том числе инвентарных запасов и оборудования, в кредит.

с. Будущие и условные обязательства

7. Будущие обязательства могут по-разному определяться в правовых системах. В некоторых системах будущими обязательствами являются обязательства, в отношении которых не было заключено договора (такой подход применяется в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке; см. статью 5 (b)). В других системах даже те обязательства, в отношении которых заключен договор, но срок исполнения которых не наступил в момент заключения соглашения об обеспечении (поскольку ссуда еще не была выплачена или же ссуда предоставляется в рамках механизма возобновляемого

кредитования; см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 24), рассматриваются в качестве будущих обязательств.

8. Различие между текущим и будущим обязательством имеет существенное значение в тех правовых системах, в которых, по причинам обеспечения определенности и защиты должника, в отношении будущих обязательств не может быть предоставлено обеспечение или же такое обеспечение может быть предоставлено только в пределах определенной максимальной суммы. В результате этого в таких правовых системах должники не в состоянии воспользоваться преимуществами определенных сделок, например механизмами возобновляемого кредитования. В других правовых системах будущие обязательства могут быть обеспечены без каких-либо ограничений. В таких системах для охвата как текущих, так и будущих обязательств достаточно одного соглашения об обеспечении. Поэтому в случае каждого нового продления или увеличения суммы кредита не требуется, чтобы соответствующее обеспечительное право изменялось или даже вновь создавалось, и это оказывает позитивное воздействие на наличие и стоимость кредита. Хотя обеспечительное право может быть создано в будущем обязательстве, оно не может быть принудительно реализовано до возникновения такого обязательства и наступления срока его погашения.

9. Обязательства, в отношении которых какое-либо условие устанавливается впоследствии, рассматриваются в качестве текущих обязательств, а обязательства, в отношении которых условия установлены ранее, обычно рассматриваются в качестве будущих обязательств.

iv. Обозначение

а. Конкретное обозначение и максимальная сумма

10. В некоторых правовых системах существует необходимость для сторон конкретно обозначать обеспеченное обязательство в своем соглашении или установить максимальный предел в отношении суммы обеспеченных обязательств. В этом случае предположение заключается в том, что такое обозначение или ограничение отвечает интересам должника, поскольку должник будет защищен от чрезмерной задолженности и сможет прибегать к привлечению дополнительного кредита от другой стороны. Тем не менее такие ограничения могут привести к ограничению суммы предоставляемого кредита и повышению стоимости кредита. В частности, пределы в отношении обеспечиваемой суммы, налагаемые законодательством, неизбежно будут носить произвольный характер, не позволят учесть потребностей каждого отдельного должника и периодически будут нуждаться в корректировке, поскольку со временем они будут устаревать.

11. По всем этим причинам многие правовые системы не содержат требований о конкретных обозначениях обеспечиваемых обязательств и разрешают сторонам устанавливать по собственному усмотрению обеспечиваемую сумму, включая все суммы, причитающиеся с должника обеспеченному кредитору ("оговорки о любых суммах"). В таких правовых системах обеспеченное обязательство должно быть определено или поддаваться определению на основе соглашения об обеспечении в тех случаях, когда требуется определение (например, в том случае, если обеспеченный кредитор стремится обеспечить

принудительное исполнение своих обеспечительных прав). Оговорки о любых суммах основаны на предположении о том, что обеспеченный кредитор не может требовать в отношении обремененных активов большего, чем то, что ему причитается, и что если обязательство обеспечено полностью, то, по всей вероятности, обеспеченный кредитор предложит должнику более благоприятные условия кредитования (см. также A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункт 53).

b. Изменение суммы обязательства

12. Современные финансовые сделки, как правило, уже более не связаны с единовременными платежами и вместо этого часто предусматривают авансовые платежи, которые производятся в различные моменты времени в зависимости от потребностей должника (например, механизмы возобновляемого кредитования должника для приобретения инвентарных запасов; см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 24). Такое финансирование может осуществляться на основе текущего счета, сальдо которого ежедневно изменяется. Если сумма обеспеченного обязательства снижалась бы на сумму каждого произведенного платежа, то кредиторы были бы не заинтересованы в выплате новых авансовых платежей до получения дополнительного обеспечения. Такая практика оказалась бы весьма неэффективной, поскольку она привела бы к увеличению расходов и затрат времени должника на приобретение новых товаров, необходимых для ведения коммерческих операций.

c. Суммы в иностранной валюте

13. Сумма обеспеченного обязательства может быть выражена в любой валюте. В случае отказа от платежа (или несостоятельности) должника и отчуждения обремененных активов, возможно необходимо будет конвертировать поступления от такого отчуждения обремененных активов, с тем чтобы обеспеченные обязательства и обремененные активы были выражены в одной валюте. Тем не менее этот вопрос обычно регулируется в соответствии с договором, из которого возникает обеспеченное обязательство, и в соответствии с применимым правом (например, в отсутствие соглашения преобладающую силу имеет обменный курс, действующий в месте принудительного исполнения или проведения разбирательства по делу о несостоятельности).

b) Обременяемые активы

i. Объект обеспечительного права

14. Объектом обеспечительного права может быть право собственности должника или другого лица, передавшего обеспечительное право, или другое ограниченное право (например, право пользования или аренды) на обремененные активы (включая будущие активы; см. пункты 16–18). Принцип, который признается в большинстве правовых систем, заключается в том, что должник не может передавать обеспеченному кредитору больше прав, чем те права, которыми обладает должник или который он может приобрести в будущем. Все большее значение в качестве объектов обеспечительных прав помимо материальных активов (т.е. товаров) приобретают нематериальные активы (т.е. дебиторская задолженность и другие права).

ii. Ограничения

15. В некоторых правовых системах специальное законодательство, касающееся конкретных видов непосессорных обеспечительных прав, устанавливает ограничения в отношении видов активов, которые могут служить в качестве обеспечения или являться элементом стоимости активов, которые могут быть обременены. Такие ограничения, которые, как правило, предназначены для защиты должников, не позволяют должникам использовать всю стоимость своих активов для получения кредита. Поэтому преимущества и недостатки таких ограничений необходимо тщательно взвешивать. Ограничения, обусловленные соображениями публичной политики, могут распространяться, например, на заработную плату и пенсионные выплаты, не превышающие определенной минимальной суммы, а также на предметы домашнего обихода (за исключением их использования в качестве обеспечения обязательств по уплате их собственной покупной цены).

iii. Будущие активы

16. Термин "будущие" охватывает как активы, которые уже существуют в момент заключения соглашения об обеспечении, но не принадлежат должнику или другому лицу, передающему право (или же должник или другое лицо, передающее право, не могут их отчуждать), так и активы, не существующие в данный момент времени.

17. В некоторых странах будущие активы не могут использоваться в качестве обеспечения. Такой подход частично основывается на технических понятиях вещного права (например, то, чего не существует, не может быть передано или обременено). Он основан также на озабоченности по поводу того, что допущение беспрепятственного отчуждения будущих активов может непреднамеренно привести к возникновению чрезмерной задолженности и чрезмерной зависимости должника от одного кредитора, что будет препятствовать получению должником дополнительных обеспеченных кредитов из других источников (см. пункт 24). 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. Тем не менее технические понятия вещного права не должны использоваться для создания препятствий удовлетворению практической потребности в использовании будущих активов в качестве обеспечения для получения кредита. Кроме того, коммерческие должники могут сами защитить свои интересы и не нуждаются в статутных ограничениях, устанавливаемых в отношении возможности передачи будущих активов. Более того, возможность обременять будущие активы позволяет должникам, которые не обладают достаточными текущими активами, получить в кредит, что может способствовать развитию их коммерческих операций и отвечать интересам всех кредиторов, включая необеспеченных кредиторов.

18. В других странах стороны могут договариваться о создании обеспечительного права в будущих активах. Распоряжение такими активами осуществляется в настоящее время, но становится действительным только тогда, когда должник или другое лицо, передающее право, становится собственником таких активов или такие активы образуются. Именно такой подход используется в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке (см. статью 8(2) и

статью 2(a)). 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. пункт 12), с помощью возобновляемой совокупности активов. Активы, к которым, как правило, применяется такой 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 необходимо периодически изменять соглашение об обеспечении или заключать новые соглашения, что может увеличить издержки, связанные со сделкой, а также уменьшить сумму доступного кредита, в частности, в рамках механизмов возобновляемого кредитования.

iv. Активы, не идентифицируемые конкретно

19. В некоторых правовых системах обременяемые активы должны быть конкретно идентифицированы. Хотя такое требование призвано защитить должника от чрезмерных ограничений, оно ограничивает также доступ к кредиту, поскольку конкретная идентификация не представляется возможной в отношении таких активов, как инвентарные запасы и, до некоторой степени, дебиторская задолженность. Для решения этой проблемы многие страны разработали правила, позволяющие сторонам обозначать подлежащие обременению активы лишь в общем плане. Конкретная идентификация, которая требуется в целом, транспланируется от отдельных предметов к единому целому, которое в свою очередь должно быть идентифицировано в общем плане. В некоторых правовых системах достаточно даже обозначения, касающегося всех существующих и будущих активов (например, указание на "все мои активы, принадлежащие мне в настоящее время и приобретенные впоследствии"). В некоторых из таких правовых систем подобное общее обозначение обременяемых активов не допускается в отношении активов потребителей или даже отдельных мелких торговцев.

v. Обеспечение во всех активах

20. В некоторых правовых системах по тем же причинам, по которым будущие активы или не идентифицируемые конкретно активы не могут быть обременены (см. пункты 16–18), должнику не разрешается предоставлять обеспечение во всех своих активах. В других правовых системах должникам разрешается предоставлять обеспечительное право во всех своих активах до определенной доли их общей стоимости. Такие ограничения, которые призваны обеспечить определенную защиту необеспеченных кредиторов, могут привести к ограничению наличия кредита и повышению стоимости кредита.

21. Для содействия наличию обеспеченного кредита в некоторых правовых системах разрешается создавать непоссessorное обеспечительное право во всех активах должника, включая материальные и нематериальные, движимые и недвижимые активы (хотя в отношении обеспечения в недвижимых активах могут применяться иные правила), а также в текущих и будущих активах.

Наиболее важным аспектом такого обеспечения во всех активах является то, что оно охватывает все активы должника и должник имеет право отчуждать определенную часть своих обремененных активов (например, инвентарные запасы) в ходе своих обычных операций (в то время как обеспечение автоматически переносится на поступления от отчужденных активов). В правовых системах большинства стран признается такое право отчуждать обремененные активы, не затрагивая обеспечительное право. Тем не менее в правовых системах некоторых стран отчуждение обремененных активов должником, хотя и санкционированных кредитором, рассматривается как несовместимое с понятием обеспечительного права.

22. С созданием обеспечения во всех активах связана, хотя и отличается от него, проблема чрезмерного обременения, которая возникает в ситуациях, когда стоимость обремененных активов существенно превышает сумму обеспеченного обязательства. Хотя обеспеченный кредитор не может требовать большую сумму, чем сумма обеспеченного обязательства, а также проценты и издержки (и, возможно, ущерб), чрезмерное обременение может создавать проблемы. Активы должника могут быть обременены в такой степени, что это затрудняет и даже делает невозможным (по меньшей мере в отсутствие соглашения о субординации между кредиторами) 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 (если не имеется избыточной стоимости). Решение, разработанное судами в некоторых странах, заключается в том, чтобы объявить любое обеспечительное право, существенно превышающее сумму обеспечиваемого обязательства, а также процентов, издержек и ущерба, не имеющим силы или предоставить должнику право требования для высвобождения такого чрезмерного обеспечения. Это решение может иметь практическое значение, если надлежащая с коммерческой точки зрения гарантия может быть определена и предоставлена кредитору, что может оказаться весьма сложной задачей в некоторых случаях.

23. В некоторых странах обеспечение во всех активах принимает форму так называемого "залога предприятия". Залог предприятия может охватывать все активы предприятия (включая, в некоторых странах, даже недвижимое имущество). Он может охватывать, например, поступления наличности, новые инвентарные запасы и оборудование, а также будущие активы предприятия, при этом текущие активы, которые отчуждаются в ходе обычных операций, освобождаются от залога. Основные преимущества залога предприятия заключаются в том, что он позволяет предприятию, которое имеет большую стоимость в целом, получить более значительные кредиты по более низким ставкам. Весьма интересной особенностью некоторых форм залога предприятия является то, 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 имеет благоприятные последствия для кредиторов, работников предприятия и экономики в целом. Тем не менее на практике управляющие, назначенные обеспеченным кредитором, могут действовать в интересах этого обеспеченного кредитора. Данная проблема может быть в определенной степени решена, если управляющий назначается и действует под контролем суда или

иного органа. Этот аспект залога предприятия вполне можно было бы распространить на обеспечение во всех активах в том смысле, что управляющий может назначаться на основе соглашения между должником и обеспеченным кредитором или по решению суда и на него может быть возложена ответственность за принудительное исполнение в рамках дела о несостоятельности и за его пределами. [*Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли такой управляющий действовать в интересах обеспеченного кредитора или же в интересах всех кредиторов (см. A/CN.9/543, пункт 19).*]

24. Залог предприятия может быть сопряжен на практике с определенными недостатками. Один из недостатков заключается в том, что обеспеченный кредитор, как правило, является или становится основным или даже единственным источником кредита и это может повлиять на конкуренцию между кредиторами и таким образом оказать отрицательное воздействие на наличие и стоимость кредита, поскольку другие кредиторы оказываются незащищенными (хотя конкуренция не обязательно исключается, поскольку единственный крупный кредитор может предложить особенно выгодные условия кредита). Для решения этой проблемы некоторые страны установили ограничения в отношении охвата залога предприятий, зарезервировав определенную долю стоимости предприятия для необеспеченных кредиторов в случае несостоятельности. Тем не менее такие ограничения могут иметь отрицательные последствия для наличия кредита, поскольку они фактически сокращают сумму активов, которые можно использовать в качестве обеспечения (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, пункт 34). Другой возможный недостаток залога предприятия заключается в том, что на практике держатель залога может не осуществлять достаточного контроля над коммерческими операциями данного предприятия и не принимать активного участия в реорганизационном производстве, поскольку он обладает надежным обеспечением. Для того чтобы уравновесить слишком сильные позиции залогодержателя, предприятию—должнику может быть предоставлено право требования в отношении высвобождения значительно чрезмерного обеспечения (см. пункт 22).

25. В других странах обеспечение во всех активах принимает форму так называемого "плавающего обременения", которое представляет собой всего лишь потенциальное обеспечительное право, при котором должник имеет право отчуждать определенную часть обремененных активов (например, инвентарные запасы) 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. Если правовая система допускает создание непосессорных обеспечительных прав во всех активах должника и при этом должнику разрешается отчуждать определенную часть активов в ходе его обычных операций, нет необходимости сохранять конкретные толкования или термины "залог предприятий" или "плавающее обременение".

vi. Постоянные принадлежности, приращенные активы и смешанные товары

26. Движимое имущество может быть присоединено либо к недвижимому имуществу (и тогда оно становится постоянной принадлежностью), либо к другому движимому имуществу таким образом, что оно не утрачивает своей

идентичности (и тогда оно становится приращенным активом), или же таким образом, что оно утрачивает свою идентичность (и становится смешанным товаром). Во всех таких случаях возникает вопрос о том, сохраняется ли обеспечительное право, объектом которого являлось первоначальное движимое имущество до присоединения или смешивания.

27. В некоторых странах обеспечительное право может быть создано в движимом имуществе, которое представляет собой постоянные принадлежности (что не препятствует созданию обеспечительного права в соответствии с правом, регулирующим недвижимое имущество) или приращенные активы, или же может сохраняться в движимом имуществе, которое превратилось в постоянные принадлежности или приращенные активы независимо от стоимости или сложности отсоединения постоянных принадлежностей или приращенных активов от имущества, к которому они были присоединены, и независимо от того, превратилась ли постоянная принадлежность или приращенный актив в неотъемлемый элемент такого имущества. В таких странах вопрос о том, можно ли идентифицировать и беспрепятственно отсоединить постоянную принадлежность или приращенный актив от имущества, к которому они присоединены, без нанесения ущерба, имеет непосредственное отношение к определению приоритета между конкурирующими заявителями требований (см. главу VI о приоритете). В других странах, в которых не проводится различий между созданием права и приоритетом, этот вопрос является вопросом создания права.

28. Что касается смешанных товаров, то в некоторых странах, если обремененные активы смешиваются с другими активами таким образом, что обремененные активы уже более нельзя идентифицировать, обеспечительное право может быть конвертировано в обеспечительное право в продукте или массе (в отношении приоритета конкурирующих требований в смешанных товарах см. главу VI о приоритете).

vii. Ответственность за ущерб, причиняемый обремененными активами

29. Хотя ответственность за ущерб, причиняемый обремененными активами (в результате нарушений договора или гражданского правонарушения), не относится к категории вопросов, связанных с обеспеченными сделками, этот вопрос важно рассмотреть, поскольку он может повлиять на наличие и стоимость кредита. Особенно важным является вопрос об ответственности за экологический ущерб, причиняемый активами, которые являются объектом посессорных или непосессорных обеспечительных прав, поскольку денежные последствия и ущерб репутации кредитора могут существенно превышать стоимость обремененных активов. Законодательство некоторых стран прямо освобождает обеспеченных кредиторов от ответственности, в то время как в законодательстве других стран такая ответственность ограничивается при определенных условиях (например, если обеспеченный кредитор не владел или не контролировал обремененные активы). В тех случаях, когда такого освобождения от ответственности или ограничения ответственности не предусмотрено, риск может оказаться чрезмерно большим и кредитор не предоставит кредит. Если может быть обеспечено страхование, такое страхование может существенно увеличить стоимость кредита для должника.

с) Поступления

i. Введение

30. Когда обремененные активы продаются, арендуются, лицензируются, обмениваются или иным образом отчуждаются в период времени, в течение которого обеспечиваемое ими обязательство не погашается, должник, как правило, получает в обмен за такие активы наличные средства, материальное имущество (например, товары или оборотные документы) 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 поступления от первоначальных обремененных активов могут генерировать другие поступления, когда должник отчуждает первоначальные поступления в обмен на другое имущество. Такие поступления в некоторых случаях именуются "поступлениями от поступлений".

31. В других ситуациях обремененные активы могут генерировать другое имущество для должника даже без отчуждения этих активов. Такое имущество может включать, например, проценты или дивиденды по финансовым активам, детенышей животных и плоды или урожай. Имущество, генерируемое таким образом обремененными активами, в некоторых правовых системах называется "гражданскими приращениями" или "естественными приращениями".

32. В некоторых правовых системах гражданские или естественные приращения четко отграничиваются от поступлений, получаемых в результате отчуждения обремененных активов, и обусловливаются действием иных 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 различие между гражданскими и естественными приращениями и поступлениями от отчуждения, и на них распространяется действие одних и тех же правил. В число причин, упоминаемых для обоснования такого подхода, входят трудности в проведении разграничения между гражданскими и естественными приращениями и поступлениями, а также то обстоятельство, что и гражданские, и естественные приращения и поступления возникают из обремененных активов, занимают их место или могут повлиять на их стоимость.

33. Правовая система, регулирующая обеспечительные права, должна решить два разных вопроса в отношении поступлений от отчуждения и гражданских или естественных приращений (в дальнейшем именуемых в совокупности "поступлениями", если 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.9/Add.3, пункт 67).

34. Второй вопрос касается прав обеспеченного кредитора в отношении поступлений. Правовая система, регулирующая обеспечительные права, должна давать ясные ответы на некоторые ключевые вопросы, касающиеся прав обеспеченного кредитора в поступлениях (см. пункты 35–41).

ii. Существование обеспечительных прав в поступлениях

35. 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, и его ожидания получить любой доход, генерируемый такими активами, не оправдаются. Если правовая система не допускает создания обеспечительного права в поступлениях после отчуждения обремененных активов, то она не будет надлежащим образом защищать обеспеченного кредитора от неисполнения обязательств, и таким образом ценность обремененных активов в качестве источника кредитования будет уменьшаться. Этот результат, который будет оказывать неблагоприятное воздействие на наличие и стоимость кредита, будет таким же даже в том случае, если обеспечительные права в первоначальных обремененных активах сохранятся после их отчуждения какой-либо третьей стороне. Причина наступления такого результата сопряжена с возможностью того, что передача обремененных активов может еще больше затруднить определение местоположения активов и вступления во владение ими, увеличить издержки, связанные с принудительной реализацией, и уменьшить стоимость таких активов.

iii. Обстоятельства, при которых могут возникать права в поступлениях

36. Право в поступлениях обычно возникает тогда, когда обремененные активы отчуждаются, поскольку поступления заменяют первоначальные обремененные активы в качестве активов должника. 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), поскольку это соответствует ожиданиям сторон.

iv. Личный и вещный характер прав в поступлениях

37. 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. Тем не менее в правовых системах, в которых проводится разграничение между созданием прав и приоритетом прав, это будет происходить только в том случае, если кредитор, обладающий вещным правом в поступлениях, имеет приоритет по сравнению с кредиторами, которые обладают правом в поступлениях как в первоначальных обремененных активах, и такой приоритет определяется на основе момента регистрации уведомления о сделке в публичном реестре. Таким образом, 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 и для заключения при необходимости субординационных соглашений между кредиторами.

v. Идентификация поступлений

38. Если имущество, представляющее собой поступления от обремененных активов, не содержится отдельно от других активов должника, то возникает вопрос о том, сохраняется ли обеспечительное право в таких поступлениях. Ответ на этот вопрос обычно зависит от того, можно ли идентифицировать имущество, представляющее собой поступления. Поступления в форме товаров, которые содержатся с другими активами должника, могут быть идентифицированы в качестве поступлений любым методом, который является достаточным для установления того, что товары представляют собой поступления. Когда товары, представляющие собой поступления, смешиваются с другими товарами таким образом, что их самостоятельная идентичность утрачивается в определенном продукте или массе (например, в результате переработки или производства, когда мука превращается в элемент хлебопекарных изделий), правовая система может предусматривать предоставление обеспечительного права в таком продукте или массе в качестве заместителя обеспечительного права в поступлениях.

39. Если имущество, представляющее собой поступления, является нематериальным (и не представляет собой товара), как, например, дебиторская задолженность или остатки средств на депозитных счетах, и не держится отдельно от других активов должника аналогичного характера, такое нематериальное имущество может быть идентифицировано в качестве поступлений, если его можно отследить до первоначальных обремененных активов на основе правил отслеживания. Примерами правил отслеживания являются: i) "первые поступления – первые изъятия" ("FIFO"), когда предполагается, что первое имущество, которое стало элементом смешанной массы, является первым имуществом, изымаемым из такой массы; ii) "последнее поступление – первое изъятие" ("LIFO"), когда предполагается, что последнее имущество, которое стало элементом смешанной массы, является первым имуществом, изымаемым из такой массы; а также iii) "правила наименьшего промежуточного остатка" ("LIBR"), когда предполагается, в максимально возможной степени, что изъятия из смешанной массы не являются поступлениями от обремененных активов (в отношении приоритета в поступлениях см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункты 65–73).

vi. Основа прав в поступлениях

40. В некоторых правовых системах законодательство распространяет действие обеспечительных прав в обремененных активах на поступления и на поступления от поступлений с помощью субсидиарных норм, применимых в отсутствие соглашения об обратном. В других правовых системах такого статутного права в поступлениях не существует, однако стороны могут создавать обеспечение во всех видах активов. В таких системах стороны могут свободно предусматривать, например, что обеспечительное право создается практически во всех активах должника (наличные средства, инвентарные запасы, дебиторская задолженность, оборотные инструменты, ценные бумаги и права интеллектуальной собственности). Таким образом, сами поступления становятся первоначальными обремененными активами и на них распространяется обеспечительное право кредитора даже в отсутствие правовой нормы, автоматически предусматривающей право в поступлениях. В некоторых из этих

правовых систем стороны могут по соглашению распространить определенные основанные на правовом титуле обеспечительные права (например, удержание правового титула) на поступления (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункт 36; см. также пункт 61 ниже).

vii. Поступления от поступлений

41. 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 35).

3. Соглашение об обеспечении

a) Функции

42. Соглашение об обеспечении может выполнять ряд функций, и, в частности, оно может i) обеспечивать юридическое обоснование предоставления обеспечительного права; ii) устанавливать связь между обеспечительным правом и обеспеченным требованием; iii) в целом регулировать взаимоотношения между должником или другим лицом, передающим право, и обеспеченным кредитором (в отношении прав, возникающих до неисполнения обязательств, см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4; в отношении прав, возникающих после неисполнения обязательств, см. документы A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5; A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6); а также iv) сводить к минимуму риск возникновения споров о его содержании и различных манипуляций после неисполнения обязательств. 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.

b) Стороны

43. 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 или вместе с должником. В случае предоставления несколькими кредиторами на коллективной основе крупных займов (особенно в случае синдицированных займов) третья сторона, действующая в качестве агента или доверительного собственника от имени таких кредиторов, может являться держателем обеспечительных прав от имени всех кредиторов. Соглашения об обеспечении могут быть разработаны таким образом, чтобы охватывать каждую из таких ситуаций. Хотя в некоторых системах устанавливаются ограничения (например, залог предприятия могут предоставлять только предприятия), в других системах сторонами соглашения об обеспечении могут выступать как физические, так и юридические лица.

с) Минимальное содержание

44. Правовые системы по-разному регулируют вопрос о требованиях в отношении действительности соглашения об обеспечении. Тем не менее в соглашении об обеспечении обычно должны быть указаны его стороны и должно содержаться разумное описание обеспечиваемого обязательства и обременяемых активов. 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 возникновению споров относительно сферы охвата обремененных активов и обеспечиваемого обязательства, если только отсутствующие элементы не могут быть установлены с помощью других способов.

45. Стороны могут пояснить в соглашении об обеспечении дополнительные вопросы, например обязанность проявлять осмотрительность, возлагаемую на сторону, которая владеет обремененным активом, а также юридическое представительство в отношении обремененных активов. В отсутствие соглашения для уточнения взаимоотношений между сторонами могут применяться субсидиарные правила (вопросы, возникающие до неисполнения обязательств, см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4; вопросы, возникающие после неисполнения обязательств, см. в документах A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 и A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6).

d) Формальные требования

46. Правовые системы по-разному регулируют вопрос о требованиях в отношении формы соглашений об обеспечении и их функции. В частности, некоторые правовые системы не требуют наличия письменного соглашения об обеспечении, тогда как другие правовые системы требуют простого письменного документа, подписанного письменного документа, 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, удостоверение факта заключения соглашения и, в случае аутентифицированных документов, защиты третьих сторон от мошеннического датирования соглашения об обеспечении задним числом. Письменная форма может также быть условием действительности в отношениях между сторонами или по отношению к третьим сторонам или же 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.

47. В некоторых правовых системах требуется удостоверение даты определенным публичным органом для посessorных обеспечительных прав, за исключением ссуд 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 порождать определенную проблему в отношении времени и затрат, необходимых для совершения сделки. 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). В некоторых из таких систем подобное удостоверение требуется вместо обеспечения публичности путем регистрации. Вместе с тем если регистрация является необходимой, то дополнительного удостоверения даты соглашения об обеспечении не требуется.

48. В интересах экономии времени и средств число императивных требований в отношении формы следует сохранить на минимальном уровне. Просто письменного документа (включая, например, общие условия или любой документ, воплощающий соответствующее обязательство) может быть вполне достаточно, если в нем четко указано намерение лица, передающего право, передать обеспечительное право. Соглашение может быть составлено в форме электронного сообщения данных (например, содержать "информацию, подготовленную, хранимую или передаваемую с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими", см. статью 2(а) Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле), которое включает созданную и хранимую, но не переданную запись (см. пункт 30 Руководства по принятию типового закона). В противном случае этот вопрос может быть урегулирован в соответствии с общими нормами права об обязательствах, а также сторонами соглашения об обеспечении.

49. В отношении обеспечения во всех активах должника или в тех случаях, когда соглашение об обеспечении может служить достаточным правовым титулом для принудительного исполнения (см. пункт 46), может потребоваться более формальный документ. Альтернативным решением в подобных случаях может быть отсутствие требования письменной формы, однако на обеспеченного кредитора будет возлагаться бремя установления содержания и даты соглашения об обеспечении.

е) Вступление в силу

50. В некоторых странах, в которых вещными правами являются только те права, которые могут быть заявлены по отношению ко всем лицам, в полной мере действительные обеспечительные права возникают только в момент заключения соглашения об обеспечении и совершения определенного дополнительного акта (передача во владение, уведомление, регистрация или контроль; см. пункт 57).

51. В других странах проводится разграничение между последствиями в отношениях между сторонами соглашения об обеспечении и последствиями в отношении третьих сторон. В этих странах обеспечение возникает в момент заключения соглашения об обеспечении, однако только в отношениях между договаривающимися сторонами. Для того чтобы обеспечение стало действительным в отношении третьих сторон, требуется дополнительный акт, который служит основой для определения приоритета. Основное преимущество такого подхода заключается в том, что введение понятия приоритета позволяет должнику предоставлять одни и те же активы в качестве обеспечения более чем одному кредитору (в пределах общей стоимости активов), а также позволяет осуществить ранжирование нескольких кредиторов (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 8, и A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункты 7–14).

4. Вещно–правовые требования

а) Право собственности, ограниченное право собственности, право распоряжения

52. В большинстве правовых систем предоставляющее обеспечение лицо (которым обычно является должник, но может быть также любое третье лицо), должно быть собственником обременяемых активов или иметь определенное ограниченное вещное право в активах (см. пункт 14). 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 в будущем (см. пункты 16–18).

53. Если лицо, предоставляющее обеспечение, не обладает правом собственности или правом 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 его уверенность в том, что лицо, предоставляющее обеспечение, обладает правом собственности, ограниченным правом собственности или правом распоряжения активами, подкрепляется объективными критериями (например, лицо, предоставляющее обеспечение, зарегистрировано в качестве собственника обременяемых активов или удерживает их и передает владение ими кредитору). В других странах дополнительным элементом является предоставление кредитором или намерение кредитора предоставить кредит должнику.

б) Договорные ограничения права распоряжения

54. В некоторых странах устанавливаются ограничения в отношении права распоряжения для того, чтобы защитить интересы той стороны, в пользу которой согласовывается такое ограничение. 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 какое-либо право в активе, не знает о существовании договорного ограничения.

55. В Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке используется аналогичный подход для обеспечения возможности передачи дебиторской задолженности, что соответствует интересам экономики в целом. В соответствии с пунктом 1 статьи 9 Конвенции уступка имеет силу, независимо от какого-либо договорного ограничения на уступку, согласованного между цедентом ("должник" по терминологии Руководства) и должником ("должник по счетам" по терминологии Руководства). Тем не менее последствия этого положения ограничиваются в двух отношениях. Во-первых, его применение ограничивается торговой дебиторской задолженностью, которая определяется широко (см. пункт 3 статьи 9); а, во-вторых, если такое договорное ограничение является действительным в соответствии с нормами права, действующими за пределами сферы применения Конвенции, статья 9 не отменяет такое ограничение в отношениях между цедентом и должником (пункт 2 статьи 9). Должник вправе

свободно требовать от cedentа возмещения ущерба за нарушение договора, если такое требование существует в соответствии с нормами права, действующими за пределами сферы применения Конвенции, однако не может предъявлять это требование цессионарию в порядке зачета (пункт 3 статьи 18). Кроме того, простая осведомленность cedentа ("обеспеченный кредитор" по терминологии Руководства) о существовании такого ограничения не является достаточным основанием для расторжения договора, из которого возникает уступленная дебиторская задолженность (см. пункт 2 статьи 9).

56. Использование этого подхода способствует сделкам по финансированию дебиторской задолженности, поскольку он освобождает cedentа (т.е. обеспеченного кредитора) от бремени изучения договоров, из которых вытекает дебиторская задолженность, с тем чтобы убедиться в том, была ли запрещена или обусловлена передача дебиторской задолженности. В противном случае заимодатели должны будут изучать, вероятно, огромное количество договоров, что может быть дорогостоящим или даже невозможным (например, в случае будущей дебиторской задолженности).

с) Передача владения, контроль, уведомление, регистрация

57. В некоторых странах помимо соглашения об обеспечении для создания обеспечительного права требуются определенные другие акты (передача во владение, контроль, уведомление и регистрация). В других странах соглашение об обеспечении является достаточным для создания обеспечительного права в отношениях между лицом, предоставляющим обеспечение, и обеспеченным кредитором, в то время как для действительности обеспечительного права по отношению к третьим сторонам требуется определенный дополнительный акт. Требования в отношении конкретных актов являются разными в каждой стране и даже в пределах отдельных стран в зависимости от вида обеспечительного права, о котором идет речь (см. документы A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 и 3).

5. Обеспечительные инструменты, основанные на правовом титуле

58. Для целей обеспечения могут быть использованы определенные соглашения, касающиеся правового титула. К таким инструментам относятся сохранение правового титула, передача правового титула для целей обеспечения, уступка для целей обеспечения, а также продажа и перепродажа, продажа и обратная аренда, аренда с последующим выкупом и финансовые лизинговые сделки.

59. В странах, в которых имеется всеобъемлющее законодательство по вопросам обеспечительных сделок, основанные на правовом титуле инструменты, которые используются для целей обеспечения, как правило, создаются таким же образом, как и любое другое обеспечительное право (они либо заменяются унифицированным понятием обеспечительного права, либо, в случае сохранения различных условий таких инструментов, их создание и последствия регулируются в соответствии с правовыми нормами, применимыми в отношении обеспечительных прав). В некоторых таких правовых системах, исходя из важности поставщиков товаров и материалов для экономики, принято политическое решение предоставить им особый приоритетный статус (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункт 22). Такое право может быть предоставлено любому лицу, финансирующему приобретение товара,

независимо от того, является ли он поставщиком или финансовым учреждением. Подобный подход основан на необходимости содействовать конкуренции между поставщиками товаров в кредит и финансовыми учреждениями с учетом благоприятного воздействия такой конкуренции на наличие и стоимость кредита (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, пункт 29).

60. В других правовых системах инструменты, основанные на правовом титуле, по существу являются единственными или основными непоссessorными обеспечительными правами и подпадают под действие различных норм статутного и прецедентного права. Между такими правовыми системами существуют значительные различия по целому ряду аспектов. В некоторых системах особый режим распространяется только на удержание правового титула, в то время как передача правового титула в товарах и уступка дебиторской задолженности для целей обеспечения регулируются теми же нормами, которые применяются в отношении создания обеспечительных прав.

а) Сохранение правового титула

61. Правовые системы, в которых инструменты, основанные на правовом титуле, рассматриваются в качестве необеспечительных инструментов, придерживаются разнообразных подходов по вопросам, касающимся требований в отношении создания обеспечения и экономического значения, которое придается удержанию правового титула. В некоторых системах удержание правового титула широко используется и является действительным в отношении всех сторон, в то время как в других системах оно не имеет существенного значения и является недействительным в целом или по меньшей мере в отношении управляющего в деле о несостоятельности покупателя. Одним из вопросов, по которому многие правовые системы придерживаются одинакового подхода, является то, что преимущественно простое удержание правового титула рассматривается в качестве инструмента, основанного непосредственно на правовом титуле, в то время как все положения о суммах, положения об удержании правового титула в поступлениях и продуктах рассматриваются в качестве подлинно обеспечительных инструментов (о различных видах положений об удержании правового титула см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункты 36 и 37). Другим вопросом, по которому многие правовые системы, в которых удержание правового титула рассматривается в качестве инструмента, основанного непосредственно на правовом титуле, придерживаются одинакового подхода, является то, что только продавец может удерживать правовой титул, в то время как другой кредитор может получить удержанный правовой титул только в том случае, если ему будет уступлен невыплаченный остаток покупной цены. Страны, которые придерживаются такого подхода, стремятся защитить поставщиков товаров в кредит от конкуренции со стороны учреждений, финансирующих приобретение товаров, исходя из важности поставщиков товаров (изготовителей и оптовых торговцев) для экономики, а также господствующего положения финансовых учреждений на рынках кредита.

62. В некоторых правовых системах удержание правового титула вытекает из положения соглашения купли–продажи, которое может быть заключено даже устно или путем ссылки на печатные общие условия. В других системах может требоваться письменная форма, определенная дата или даже регистрация. В некоторых системах, если товары, являющиеся предметом удержания правового

титула, смешиваются с другими товарами, такое удержание правового титула прекращается, в то время как в ряде других систем удержание правового титула сохраняется до тех пор, пока во владении покупателя находятся аналогичные или эквивалентные товары. В некоторых системах удержание правового титула сохраняется, даже если товары перерабатываются в новый продукт или же поступления смешиваются с другими активами, в то время как в других системах удержание правового титула не может быть перенесено на новые продукты или смешанные поступления. В ряде систем новый покупатель может приобрести право собственности на товар, если первоначальный покупатель имеет право перепродавать товар, в то время как в других системах новый покупатель может приобрести право собственности, даже если первоначальный покупатель не обладает правом перепродажи товара, однако это происходит только в том случае, если новому покупателю фактически неизвестно об удержании правового титула первоначальным продавцом. В отдельных системах суды признают, что покупатель получает надежду на приобретение права собственности, что рассматривается в качестве эквивалента права собственности. Таким образом, покупатель имеет право перепродавать товар или предоставлять обеспечительное право в товаре (надежда покупателя на приобретение права собственности является элементом конкурсной массы в деле о несостоятельности покупателя).

b) Передача правового титула и уступка дебиторской задолженности для целей обеспечения

63. В правовых системах используется различная терминология и предусмотрены различные требования в отношении создания и последствий фидуциарной передачи правового титула для целей обеспечения. В некоторых правовых системах обеспечительная передача правового титула является недействительной в отношении третьих сторон и даже в отношениях между цедентом и цессионарием. В других правовых системах, хотя обеспечительная передача правового титула является действительной, она широко не используется, поскольку существуют другие непосессорные обеспечительные права. Во многих правовых системах, в которых признается обеспечительная передача правового титула, создание и последствия соответствующих прав или по меньшей мере их основные последствия регулируются теми же правовыми нормами, которые применяются в отношении обеспечительных сделок в целом или по меньшей мере в случае несостоятельности цедента. В некоторых таких системах требуется регистрация, для того чтобы обеспечительная передача правового титула являлась действительной в целом или по меньшей мере в отношении третьих сторон.

64. В отношении уступки дебиторской задолженности, которая получила широкое распространение, отмечается тенденция к регулированию такой уступки в соответствии с аналогичными положениями, независимо от того, предусматривает ли она прямую передачу, прямую передачу для целей обеспечения или обеспечительную передачу. Эта тенденция отражена в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке (см. статью 2). Тем не менее правовые системы предусматривают различные требования в отношении действительности уступки. Некоторые правовые системы содержат требование о наличии письменной формы или уведомлении должника по счетам. Другие правовые системы содержат требование о наличии письменной формы для

обеспечения действительности в отношениях между цедентом и цессионарием и требование о регистрации для обеспечения действительности в отношении третьих сторон. Правовые системы придерживаются также различного подхода по вопросу о действительности уступки будущей дебиторской задолженности и конкретно необозначенной дебиторской задолженности, а также по вопросу о действительности уступки, совершенной несмотря на запрещающие уступку положения в договорах, из которых вытекает уступаемая дебиторская задолженность. Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке признает действительность всех таких видов уступок (см. статьи 8–10).

с) Договорные механизмы с обеспечительной функцией

65. Сделки по продаже и перепродаже, продаже и обратной аренде, аренде–покупке и финансовому лизингу довольно часто выполняют обеспечительные функции. В некоторых правовых системах они рассматриваются в качестве обеспечительных инструментов, в то время как в других правовых системах их рассматривают в качестве договорных механизмов, создающих личные права. В тех правовых системах, которые рассматривают такие сделки в качестве необеспечительных инструментов, требования в отношении их создания и действительности существенно различаются.

В. Резюме и рекомендации

66. Следует предусмотреть возможность обеспечения всех видов обязательств, в том числе будущих обязательств и обязательств с изменяющейся суммой. Следует также предусмотреть возможность создания обеспечения во всех видах активов, в том числе в постоянных принадлежностях и приращенных активах, а также в активах, которые могут не находиться в собственности должника или которыми он не имеет права распоряжаться, или же которые не существуют в момент создания обеспечительного права, а также в поступлениях от обремененных активов. Любые исключения из таких правил должны быть ограниченными и должны быть четко изложены в законодательстве об обеспечительных сделках.

67. Соглашение об обеспечении, создающее непоссessorное обеспечительное право, должно быть заключено в письменной форме. Письменная форма должна включать сообщение данных и содержать четкое указание на намерение лица, передающего право, предоставить обеспечительное право. В ней должны идентифицироваться стороны и содержаться разумные обозначения обеспеченного обязательства и обремененных активов (однако она не должна содержать требование о конкретном обозначении каждого обременяемого актива). Не следует требовать наличия письменной формы, если речь идет о поссessorных обеспечительных правах. Когда не требуется соблюдения формальностей, обеспеченный кредитор должен нести бремя доказывания в отношении как условий соглашения об обеспечении, так и даты создания обеспечения.

68. Соглашение между обеспеченным кредитором и лицом, передающим право, и передача владения обремененным активом обеспеченному кредитору

или согласованной третьей стороне являются обязательными условиями создания посессорного обеспечительного права.

69. Соглашение должно быть достаточным для создания непосессорного обеспечительного права в отношениях между лицом, передающим право, и обеспеченным кредитором. Для обеспечения действительности обеспечительного права в отношении третьих сторон может потребоваться дополнительный акт.

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть рекомендации в отношении обеспечения, основанного на правовом титуле.]