

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: Limited
15 September 2016
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Сорок девятая сессия
Нью-Йорк, 27 июня – 15 июля 2016 года

**Проект руководства по принятию Типового закона
ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках**

Записка Секретариата

Добавление

Содержание

	<i>Стр.</i>
Глава VIII. Коллизия правовых норм	3
Введение	3
А. Общие правила	4
Статья 84. Взаимные права и обязательства праводателя и обеспеченного кредитора	4
Статья 85. Обеспечительные права в материальных активах	5
Статья 86. Обеспечительные права в нематериальных активах	6
Статья 87. Обеспечительные права в дебиторской задолженности, связанной с недвижимым имуществом	7
Статья 88. Реализация обеспечительных прав	7
Статья 89. Обеспечительные права в поступлениях	8
Статья 90. Значение понятия "местонахождение" праводателя	9
Статья 91. Соответствующий момент для определения местонахождения	9
Статья 92. Исключение обратной отсылки	10



Статья 93.	Императивные нормы, имеющие преимущественную силу, и публичный порядок (<i>ordre public</i>)	11
Статья 94.	Последствия открытия производства по делу о несостоятельности для права, примененного к обеспечительному праву	12
Статья 95.	Неунитарные государства	12
В.	Правила, касающиеся конкретных активов	13
Статья 96.	Права и обязательства в отношениях между третьими сторонами, принявшими на себя обязательства, и обеспеченными кредиторами	13
Статья 97.	Обеспечительные права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет	14
Статья 98.	Придание обеспечительному праву в определенных видах активов силы в отношении третьих сторон посредством регистрации	15
Статья 99.	Обеспечительные права в интеллектуальной собственности	16
Статья 100.	Обеспечительные права в непосредственно удерживаемых ценных бумагах	17
Глава IX.	Переходный период	20
	Введение	20
Статья 101.	Изменение и аннулирование других законов	20
Статья 102.	Общая применимость настоящего Закона	21
Статья 103.	Применимость прежнего законодательства к вопросам, которые являются предметом разбирательства, открытого до вступления настоящего Закона в силу	22
Статья 104.	Применимость прежнего законодательства к созданию прежнего обеспечительного права	23
Статья 105.	Правила для определения силы прежнего обеспечительного права в отношении третьих сторон в переходный период	24
Статья 106.	Применение прежнего законодательства к приоритету прежнего обеспечительного права в отношении прав конкурирующих заявителей требований, возникающих согласно прежнему законодательству	26
Статья 107.	Вступление настоящего Закона в силу	26

Глава VIII. Коллизия правовых норм

Введение

1. Глава VIII Типового закона устанавливает правила для определения материально-правовых норм, применимых к вопросам, которые рассматриваются в других главах. Эти правила обычно именуются нормами коллизионного права. В государстве, которое приняло Типовой закон, суд или иной орган будет использовать нормы коллизионного права, предусмотренные главой VIII, для определения материально-правовых норм государства, которые регулируют такие вопросы, как создание, сила в отношении третьих сторон, приоритет и реализация обеспечительного права, а также взаимные права и обязательства праводателя и обеспеченного кредитора и права и обязательства в отношениях между третьими сторонами, принявшими на себя обязательства, и обеспеченными кредиторами. Материально-правовые нормы, определенные с помощью норм коллизионного права, могут быть нормами принимающего Типовой закон государства или нормами законодательства другого государства. Необходимо отметить, что в случае судебной тяжбы в каком-либо государстве суд или иной орган этого государства будет применять а) материально-правовые нормы своей собственной правовой системы для квалификации того или иного вопроса в целях выбора соответствующей нормы коллизионного права; и б) нормы коллизионного права своей собственной правовой системы для определения права государства, применимого к существу спора (более подробное рассмотрение роли норм коллизионного права см. Руководство по обеспеченным сделкам, глава X, пункты 1-13).

2. Применение норм коллизионного права, касающихся обеспечительных прав, в том или ином конкретном случае не должно обуславливаться принятым ранее определением о том, что конкретное дело сопряжено с каким-либо международным элементом. Когда какая-либо норма коллизионного права содержит отсылку к законодательству того или иного государства, эту отсылку не следует отвергать на основании отсутствия подлинного "международного характера" в данной ситуации. В противном случае суды могут игнорировать норму коллизионного права государства посредством принятия решения о том, что соответствующее дело не имеет в достаточной мере международного характера, на основании дискреционных критериев, которые не являются частью норм коллизионного права этого государства. Другими словами, если в какой-либо конкретной ситуации норма государства А отсылает к законодательству государства В, то следует предположить, что законодатель государства А пришел к мнению о том, что сама по себе ситуация представляет собой международный элемент. В конкретных обстоятельствах, когда наличие дополнительных критериев будет являться предварительным условием применения нормы коллизионного права того или иного государства, эти критерии должны быть изложены в нормах коллизионного права этого государства.

3. Нормы коллизионного права, касающиеся права, применимого к взаимным правам и обязательствам сторон, указывают на законодательство, регулирующее соглашение об обеспечении (см. статью 84). Однако они не являются императивными нормами (так как они не указаны в пункте 1 статьи 3

в качестве императивных норм права). Стороны могут выбирать право, применимое к их договорным правам и обязательствам, и это признается в статье 84. Однако нормы коллизионного права, касающиеся права, применимого к созданию, приданию силы в отношении третьих сторон, приоритету и реализации обеспечительного права, а также к последствиям обеспечительного права для третьих сторон, принявших на себя обязательства, носят императивный характер (см. статью 3, пункт 1). Применительно к этим вопросам, таким образом, сторонам не разрешается ссылаться на оговорку о выборе права и отступать от материально-правовых положений правовой системы, к которой делается отсылка в норме коллизионного права. Дело обстоит таким образом потому, что обеспечительные права являются имущественными (*in rem*) правами и, соответственно, затрагивают третьи стороны. Разрешение сторонам соглашения об обеспечении выбирать применимую норму коллизионного права, когда такой выбор затрагивает третью сторону, также подорвало бы одну из основных целей норм коллизионного права, которая заключается в определении государства, материально-правовые нормы которого будут применяться в случае спора по поводу приоритета между конкурирующими заявителями требований. Например, в случае возникновения спора между обеспеченным кредитором X и обеспеченным кредитором Y в отношении приоритета третьим сторонам будет невозможно установить нормы права, применимые к урегулированию этого спора, если и X, и Y будет разрешено выбирать в своем соглашении об обеспечении разные регулирующие нормы для ранжирования своего соответствующего обеспечительного права.

А. Общие правила

Статья 84. Взаимные права и обязательства праводателя и обеспеченного кредитора

4. Статья 84 основана на рекомендации 216 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункт 61). В этой статье указывается, что стороны соглашения об обеспечении свободны выбирать право, применимое к их договорным взаимоотношениям. Статья 84 следует подходу, который рекомендуется в международных текстах по данному вопросу, включая Гаагские принципы, касающиеся выбора права в международных коммерческих договорах ("Гаагские принципы"). Вопрос о том, следует ли установить какие-либо ограничения автономии сторон в отношении права, применимого к договорным взаимоотношениям, в Типовом законе не рассматривается и оставлен на урегулирование на основании других норм коллизионного права принимающего Типовой закон государства. Такие другие нормы будут также определять право, регулирующее договорные взаимоотношения сторон в отсутствие выбора права в соглашении об обеспечении; эти нормы будут часто указывать на право государства, которое наиболее тесно связано с соответствующим соглашением об обеспечении. Следует отметить, что содержащееся в статье 84 правило ограничивается договорными аспектами соглашения об обеспечении. Как уже упоминалось (см. пункт 3 выше), вопросы, касающиеся имущественных аспектов обеспеченных сделок (например, приоритета обеспечительного права),

выходят за рамки свободы заключения договоров; стороны не могут выбирать иное право, нежели право, указанное в нормах коллизионного права в связи с такими вопросами.

Статья 85. Обеспечительные права в материальных активах

5. Статья 85 основана на рекомендациях 203-207 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 28-38). Она касается права, применимого к созданию, силе в отношении третьих сторон и приоритету обеспечительного права в материальных активах. Термин "материальные активы" определяется таким образом, чтобы охватывать в целом все виды материальных движимых активов, включая денежные средства, оборотные инструменты, оборотные документы и сертифицированные неопосредованно удерживаемые ценные бумаги (см. статью 2, подпункт (II); см. также Руководство по обеспеченным сделкам, глава X, пункт 26).

6. Пункт 1 устанавливает общее правило, согласно которому правом, применимым к этим вопросам, является право государства, в котором находятся обремененные активы (*lex situs* или *lex rei sitae*). Статья 91 касается ситуации, когда активы перемещаются в другое государство после создания обеспечительного права. Правило *lex situs* в отношении материальных активов обуславливается пятью исключениями, которые изложены в пунктах 2-4 статьи 85 и в статьях 98 и 100.

7. Первое исключение предусматривает, что если какие-либо материальные активы, находящиеся в каком-либо государстве, охватываются оборотным документом, которым владеет обеспеченный кредитор в другом государстве, то приоритет обеспечительного права в этих активах будет определяться правом государства, в котором находится документ, а не правом государства, в котором находятся активы, охватываемые этим документом (см. статью 85, пункт 2). В отличие от рекомендации 206, на которой основан пункт 2 и в которой говорится о приоритете по отношению к "конкурирующему обеспечительному праву" в целях охвата всех коллизий применительно к приоритету (например, по отношению к кредитору, действующему на основании судебного решения), в пункте 2 говорится о приоритете "по отношению к праву конкурирующего заявителя требования". Второе исключение указывает на право государства, в котором находится праводатель, применительно к активам такого вида, который может обычно использоваться в ходе его обычного использования более чем в одном государстве, т.е. к "мобильным активам" (см. статью 85, пункт 3; значение понятия "местонахождение" см. статью 90; в отношении соответствующего момента для определения местонахождения см. статью 91). Этот критерий носит объективный характер и не касается фактического использования. Наиболее очевидным примером является воздушное судно, которое может перелетать из одного государства во многие другие государства. Это правило будет применяться даже в том случае, если какое-либо конкретное воздушное судно фактически эксплуатируется только в одном единственном государстве.

8. Третье исключение касается материальных активов (помимо мобильных активов), находящихся в транзите или намеченных к экспорту (см. статью 85, пункт 4). Обеспечительное право в материальных активах, которые расположены в каком-либо государстве, однако находятся в транзите или

намечены к перемещению в другое государство, может быть создано и ему может быть придана сила в отношении третьих сторон согласно законодательству государства конечного назначения, если соответствующие активы достигают этого места назначения в течение срока, который должен быть установлен принимающим Типовой закон государством. Следует отметить, что а) если активы не достигли предполагаемого места назначения своевременно, то содержащееся в пункте 4 правило не будет применяться; и б) согласно правилу, содержащемуся в пункте 1, обеспеченный кредитор также может принять необходимые меры для создания обеспечительного права и придания ему силы в отношении третьих сторон согласно праву государства, в котором фактически находятся соответствующие активы в момент принятия таких мер. Следует также отметить, что пункт 4 представляет собой всего лишь норму коллизионного права принимающего Типовой закон государства, а решение вопроса о том, будет ли обеспечительное право рассматриваться как в действительном порядке созданное и приобретающее силу в отношении третьих сторон в государстве конечного назначения активов, зависит от права, применимого на основании норм коллизионного права этого государства.

9. Четвертое исключение предусмотрено в статье 100, где содержится отсылка к иному праву, чем право государства, в котором находится сертификат обеспечительного права в сертифицированных непосредственно удерживаемых ценных бумагах. Пятое исключение содержится в статье 98, в которой сделана отсылка к праву государства, в котором находится праводатель, применительно к приданию силы в отношении третьих сторон посредством регистрации в случае некоторых видов материальных активов, если в этом праве для данного вида активов регистрация признается в качестве одного из методов придания силы в отношении третьих сторон.

10. Еще одно возможное исключение предусмотрено в Руководстве по обеспеченным сделкам для активов, в отношении которых уведомление об обеспечительном праве может быть зарегистрировано в специальном реестре правовых титулов или может быть внесена пометка в сертификат правового титула. В случае обеспечительного права в таких активах к этому обеспечительному праву было предложено применять законодательство государства, под надзором которого функционирует регистр или в котором находится сертификат (см. Руководство по обеспеченным сделкам, глава X, пункты 37 и 38, а также рекомендация 205; см. также A/CN.9/WG.VI/WP.71/Add.1, пункт 85). Это исключение не было сохранено в главе VIII.

Статья 86. Обеспечительные права в нематериальных активах

11. Статья 86 основана на рекомендации 208 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 39-47). В этой статье устанавливается общая норма коллизионного права, касающаяся создания, силы в отношении третьих сторон и приоритета обеспечительного права в нематериальных активах (включая дебиторскую задолженность). Применимым правом является право государства, в котором находится праводатель (в отношении значения понятия "местонахождение" см. статью 90; в отношении соответствующего момента для определения местонахождения см. статью 91). Это правило оговорено рядом исключений.

12. Первое исключение относится к приоритету обеспечительного права в дебиторской задолженности, возникающей в результате продажи или аренды недвижимого имущества или обеспеченной таким имуществом (см. статью 87). Другие исключения касаются обеспечительного права в правах на выплату средств, зачисленных на банковский счет (см. статью 97), в интеллектуальной собственности (см. статью 99, где говорится как о *lex protectionis*, так и о праве государства местонахождения праводателя) и в неопосредованно удерживаемых ценных бумагах (см. статью 100).

Статья 87. Обеспечительные права в дебиторской задолженности, связанной с недвижимым имуществом

13. Статья 87 основана на рекомендации 209 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункт 54). Эта статья касается приоритета обеспечительного права в дебиторской задолженности, возникающей из продажи или аренды недвижимого имущества или обеспеченной таким имуществом, по отношению к правам конкурирующих заявителей требований. Статья 87 представляет собой исключение из общего правила, закрепленного в статье 86, и предусматривает решение этого вопроса на основании права государства, под надзором которого функционирует регистр недвижимого имущества. Для применения статьи 87 право конкурирующего заявителя требования должно подлежать регистрации (но не обязательно должно быть зарегистрированным) в соответствующем реестре недвижимого имущества. Следует отметить, что для того чтобы обеспеченный кредитор имел возможность определить право, применимое к приоритету его обеспечительного права в такой ситуации, он должен быть в состоянии выяснить, возникла ли дебиторская задолженность в результате продажи или аренды недвижимого имущества или обеспечена ли она таким имуществом.

Статья 88. Реализация обеспечительных прав

14. Статья 88 основана на рекомендации 218 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 64-72). Подпункт (а) касается права, применимого к реализации обеспечительного права в материальных активах, как они определены в подпункте (II) статьи 2. Отсылка делается к праву государства, в котором находятся обремененные активы в момент начала процесса реализации права (*lex fori*). Подпункт (а) оговорен исключением в отношении сертифицированных неопосредованно удерживаемых ценных бумаг (см. статью 100).

15. Следует отметить, что реализация обеспечительного права может быть сопряжена с рядом различных действий (например, уведомление о намерении обеспеченного кредитора вступить во владение обремененными активами без обращения в суд или иной орган, реализация обремененных активов и распределение поступлений от реализации), которые могут совершаться в разных государствах. Например, обеспеченный кредитор может вступить во владение обремененными активами в одном государстве, реализовать их во втором государстве и распределить поступления от реализации в третьем государстве. Аналогичный вопрос возникает и в том случае, когда обеспечительное право создается в нескольких материальных активах, находящихся в разных государствах, или в не столь частых случаях, когда

реализация обеспечительного права осуществляется в разных государствах по той причине, что актив был перемещен в другое государство после начала процесса реализации. В каждом случае применимым правом будет право государства, в котором находится соответствующий актив в момент принятия первых мер по реализации обеспечительного права.

16. Согласно подпункту (b) правом, применимым к реализации обеспечительного права в нематериальных активах (за исключением в случае права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, интеллектуальной собственности и несертифицированных неопосредованно удерживаемых ценных бумаг; см. статьи 97, 99 и 100), является право, регулирующее приоритет. Основное преимущество такого подхода заключается в том, что вопросы создания, силы в отношении третьих сторон, приоритета и реализации обеспечительного права в нематериальных активах (но не вопросы прав и обязательств в отношениях между должником по дебиторской задолженности и обеспеченным кредитором; см. статью 96) передаются на урегулирование на основании одного и того же права (см. Руководство по обеспеченным сделкам, глава X, пункт 69).

Статья 89. Обеспечительные права в поступлениях

17. Статья 89 основана на рекомендации 215 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 55-60). Нижеследующий пример показывает, каким образом функционирует статья 89. Предположим, что первоначально обремененными активами являются инвентарные запасы, которые впоследствии продаются, а покупная цена уплачивается путем перевода средств на банковский счет. Согласно пункту 1 правом, применимым к вопросу о том, приобретает ли обеспеченный кредитор автоматически обеспечительное право в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, в качестве поступлений от первоначально обремененных активов, будет право местонахождения инвентарных запасов в момент предполагаемого создания обеспечительного права (см. пункт 1(a) статьи 91). Согласно пункту 2 правом, применимым к силе в отношении третьих сторон и приоритету обеспечительного права в поступлениях, будет являться право, применимое к обеспечительному праву в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, в качестве первоначально обремененных активов (см. статью 97).

18. Следует отметить, что подобное двойное правило может вызывать трудности в тех случаях, когда право, регулирующее создание, признает широко применяемое правило автоматического возникновения права в поступлениях, в то время как право, регулирующее придание силы в отношении третьих сторон и приоритет, не признает или признает только в весьма ограниченных масштабах автоматическое возникновение права в поступлениях. Следует также отметить, что статья 89 касается только права, применимого к поступлениям, полученным от первоначальных обремененных активов в результате их реализации праводателем или другого события до факта реализации обеспечительного права, в то время как статья 88 касается права, применимого к распределению поступлений, полученных от реализации обремененных активов в рамках процедуры реализации обеспечительного права после факта неисполнения.

Статья 90. Значение понятия "местонахождение" праводателя

19. Статья 90 основана на рекомендации 219 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 73 и 74). Следует отметить, что государство, в котором находится центральное управление праводателя, являющегося юридическим лицом, необязательно является государством, в котором находится его юридический адрес (или зарегистрированная контора). Если праводатель является юридическим лицом, учрежденным согласно праву государства А с юридическим адресом в этом государстве, однако имеет коммерческое предприятие в государстве В, где находится его старшее управленческое звено, то в таком случае праводатель считается находящимся в государстве В. В результате такого подхода, например, вопросы создания, силы в отношении третьих сторон, приоритета и реализации обеспечительного права в дебиторской задолженности передаются на урегулирование на основании единого права, которое обычно легко определить и которое, вероятнее всего, будет правом государства, в котором будет проводиться основное производство по делу о несостоятельности праводателя в случае его несостоятельности (в этой ситуации обеспеченному кредитору, скорее всего, придется реализовать свое обеспечительное право). Таким образом, данный подход сводит к минимуму риски возникновения противоречий между положениями законодательства, регулирующего производство по делу о несостоятельности (*lex fori concursus*), и материально-правовыми нормами, применимыми к обеспечительному праву, поскольку и те, и другие законодательные положения будут относиться к праву одного и того же государства.

Статья 91. Соответствующий момент для определения местонахождения

20. Статья 91 основана на рекомендации 220 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 75-78). Эта статья касается ситуации, когда местонахождение активов или местонахождение праводателя изменяется и переносится из одного государства (государство А) в другое государство (государство В) при обстоятельствах, когда применимое право определяется посредством ссылки на такое местонахождение.

21. В пункте 1 устанавливается, что создание обеспечительного права по-прежнему регулируется законодательством местонахождения активов или праводателя в момент предполагаемого создания обеспечительного права, даже если впоследствии местонахождение изменилось. Государство В будет признавать существование обеспечительного права, если оно было на законных основаниях создано в соответствии с правом государства А в тот момент, когда активы или праводатель находились в государстве А. Однако применительно к вопросам силы обеспечительного права в отношении третьих сторон и его приоритета применимым правом будет право фактического местонахождения активов или праводателя "в момент возникновения соответствующего вопроса". Речь идет о моменте возникновения события, которое привело к выяснению, какое право будет применяться к определению силы в отношении третьих сторон или приоритета. Например, если в отношении лица, предоставившего обеспечительное право в дебиторской задолженности, открывается производство по делу о несостоятельности в государстве В, то правом, применимым к силе обеспечительного права, будет

право государства В, если праводатель в это время находится в государстве В (см. статью 86).

22. В результате, для того чтобы обеспечительное право считалось имеющим силу в отношении управляющего в деле о несостоятельности либо в государстве А, либо в государстве В, до открытия производства по делу о несостоятельности должны быть выполнены требования законодательства государства В, касающиеся силы в отношении третьих сторон. Другим примером может служить ситуация, когда кредитор, действующий на основании судебного решения, налагает арест на материальные активы. Соответствующие приоритеты обеспеченного кредитора и кредитора, действующего на основании судебного решения, будут определяться в соответствии с правом государства местонахождения активов в момент наложения ареста (что и будет "моментом возникновения соответствующего вопроса"). Именно так и обстоит дело в каждом примере, даже если сила в отношении третьих сторон была придана обеспечительному праву согласно законодательству государства А в то время, когда активы или праводатель находились в государстве А.

23. Пункт 2 представляет собой исключение из общих правил, содержащихся в пункте 1. В случае возникновения спора по поводу приоритета между двумя обеспечительными правами, которым сила в отношении третьих сторон была придана в государстве первоначального местонахождения, спор в отношении приоритета будет разрешаться согласно праву этого государства (государства А в приведенном примере).

Статья 92. Исключение обратной отсылки

24. Статья 92 основана на рекомендации 221 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункт 14). Цель этой статьи состоит в том, чтобы отказаться от доктрины обратной отсылки и обеспечить большую определенность в отношении применимого права путем избежания осложнений, вытекающих из этой доктрины. Согласно доктрине обратной отсылки, если нормы коллизионного права государства (государства А) относят решение того или иного вопроса к сфере законодательства другого государства (государства В), это законодательство будет включать нормы коллизионного права государства В. Если бы дело так и обстояло и согласно нормам коллизионного права государства А решение вопроса о приоритете обеспечительного права было бы отнесено к сфере законодательства государства В, то согласно нормам коллизионного права государства В решение этого вопроса могло бы быть передано на рассмотрение еще одного государства (государства С). В этом случае суду в государстве А пришлось бы разрешать спор по поводу приоритета с использованием права государства С (а не права государства В). Однако такой итог может порождать неопределенность в отношении применимого права и идти вразрез с ожиданиями сторон. По этим причинам статья 92 исключает обратную отсылку (в отношении исключения см. статью 95).

**Статья 93. Императивные нормы, имеющие преимущественную силу,
и публичный порядок (*ordre public*)**

25. Статья 93, основанная на рекомендации 222 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункт 79) и статье 11 Гаагских принципов, устанавливает общепризнанные принципы частного международного права.

26. Для иллюстрации того, каким образом будут функционировать правила, содержащиеся в пунктах 1 и 3, предположим, что право государства суда (государства А) запрещает сделки с определенными видами активов (такими как активы, которые представляют собой доходы от преступной деятельности или являются объектом международных санкций) и что законодательство государства, право которого является применимым в соответствии с положениями настоящей главы (государства В), не предусматривает такого запрещения. В таком случае суд в государстве А может отказаться признать обеспечительное право, созданное в этих активах согласно праву государства В, даже если право государства В не предусматривает такого же запрещения. Однако для этого рассматривающий дело суд (в государстве А) должен прийти к выводу о том, что применение иностранного права (государства В) будет явно противоречить публичному порядку государства А.

27. В соответствии с пунктами 2 и 4 рассматривающий дело суд (если разрешено делать это в соответствии со своим законодательством) может отказаться признать обеспечительное право, созданное в действительном порядке согласно применимому праву (даже в том случае, когда применимым правом является право самого рассматривающего это дело суда), если создание обеспечительного права будет явно противоречить публичному порядку другого государства (например, государства, тесно связанного с этой ситуацией). Например, у юридической компании, расположенной в государстве суда (государстве А), может возникнуть желание уступить дебиторскую задолженность, возникшую в результате оказания ею юридических услуг, и законодательство государства А разрешает эту уступку. Однако клиент находится в другом государстве (государстве В) и по соображениям публичного порядка (конфиденциальность отношений между юристом и клиентом) законодательство государства В запрещает перевод юридической компанией ее дебиторской задолженности, возникшей в результате оказания юридических услуг. В этом случае право государства А может разрешить суду в государстве А принять во внимание соображения публичного порядка государства В при установлении, является ли такая уступка действительной.

28. Пункт 5 призван пояснить, что содержащиеся в пунктах 1-4 правила могут также использоваться третейским судом, хотя, в отличие от обычного суда, он не является частью судебной инфраструктуры той или иной конкретной правовой системы. В соответствии с пунктом 5 третейский суд может принять во внимание имеющие преимущественную силу императивные положения и установки, например место арбитража, как бы оно ни было определено, или место, где, скорее всего, будет приводиться в исполнение любое арбитражное решение. Пункт 5 требует от третейского суда определить, должен ли он или имеет ли он право принимать во внимание соображения публичного порядка или имеющие преимущественную силу императивные положения другого права, с учетом (в частности) договоренности сторон, специально указанного или предполагаемого места арбитражного

разбирательства, любых учрежденческих правил, применяемых к арбитражному разбирательству, и потенциально регулирующего воздействия государственных судов, применяющих местное арбитражное законодательство (см. комментарий к статье 11 (5) Гаагских принципов).

29. Согласно пункту 6 государство суда не может заменять положения права, применимого к силе обеспечительного права в отношении третьих сторон и его приоритету, и применять свои собственные положения, касающиеся силы в отношении третьих сторон и приоритета, или аналогичные положения другого государства. Такой подход оправдан необходимостью обеспечения определенности относительно права, применимого к силе обеспечительного права в отношении третьих сторон и его приоритету. Такой же подход используется в пункте 2 статьи 23, в пункте 2 статьи 30 и в статье 31 Конвенции об уступке, а также в пункте 3 статьи 11 Гаагской конвенции о ценных бумагах.

Статья 94. Последствия открытия производства по делу о несостоятельности для права, применимого к обеспечительному праву

30. Статья 94 основана на рекомендации 223 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 80-82). Цель этой статьи заключается в установлении положения о том, что суд по делам о несостоятельности в принимающем Типовой закон государстве в принципе должен соблюдать правовые нормы, применимые к обеспечительным правам согласно положениям его коллизионного права. Вместе с тем ничто в статье 94 не ограничивает применение права государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (*lex fori concursus*), к таким вопросам, как расторжение мошеннических или преференциальных сделок, приостановление действия прав обеспеченных кредиторов на принудительную реализацию, порядок очередности требований и распределение поступлений в случае несостоятельности праводателя.

Статья 95. Неунитарные государства

31. Статья 95 основана на рекомендациях 224-227 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 83-87) и частично на первом предложении статьи 37 Конвенции об уступке. Ее цель заключается в определении права, применимого в том случае, когда государство, право которого является применимым к тому или иному вопросу согласно положениям данной главы, состоит из двух или более территориальных единиц, в каждой из которых имеются свои собственные нормы материального права, а возможно, и свои собственные нормы коллизионного права. В таком случае подпункт (а) предусматривает, что любая ссылка на право неунитарного государства в принципе означает ссылку на право, действующее в соответствующей территориальной единице, которая определяется согласно положениям данной главы. Например, в случае обеспечительного права в дебиторской задолженности, созданного праводателем, который находится (в том смысле, что у него там находится центральное управление) в территориальной единице А, правом, применимым к этому обеспечительному праву, является право территориальной единицы А (см. статьи 86 и 90).

32. Вместе с тем в соответствии с подпунктом (b), если внутренние коллизионные нормы неунитарного государства или – в отсутствие таких норм – внутренние коллизионные нормы территориальной единицы, о которой говорится в подпункте (a), относят решение вопроса об обеспечительных правах к сфере действующего права другой территориальной единицы этого государства, будут применяться материально-правовые нормы этой другой единицы. В вышеприведенном примере, если в территориальной единице А имеется норма коллизионного права, согласно которой применимым правом является право местонахождения праводателя, определяемого как место, в котором находится юридический адрес праводателя, и это место расположено в территориальной единице В, будут применяться материально-правовые нормы территориальной единицы В. Следует отметить, что подпункты (a) и (b) – это положения, касающиеся толкования, и они также применяются в тех случаях, когда государство суда – это государство, право которого применяется в соответствии с положениями данной главы.

33. Таким образом, подпункт (b) является косвенным исключением из принципа отказа от доктрины обратной отсылки (см. статью 92), поскольку он вводит понятие "внутренней обратной отсылки". Цель такого исключения заключается в обеспечении того, чтобы в тех случаях, когда применимым правом является право территориальной единицы неунитарного государства, рассматривающий соответствующее дело суд за пределами этого неунитарного государства применял нормы материального права той же самой территориальной единицы, что и соответствующий суд этого неунитарного государства согласно его внутренним нормам коллизионного права.

34. В результате в тех случаях, например, когда в нормах коллизионного права данной главы есть ссылка на право местонахождения активов праводателя, суд, рассматривающий соответствующее дело, обязан подробно ознакомиться с внутренними нормами коллизионного права, действующими в территориальной единице местонахождения праводателя или обремененных активов (согласно положениям данной главы). В этой связи Конвенция об уступке позволяет государствам делать заявление относительно определения применимого правила о приоритете в отношениях между разными территориальными единицами (см. статью 37 Конвенции об уступке), однако в данной статье такие заявления не предусмотрены и соответствующий суд должен будет решать вопрос о применимом праве согласно нормам коллизионного права, действующим в неунитарном государстве или – в отсутствие таких норм – в территориальной единице, которая будет указана в подпункте (a).

В. Правила, касающиеся конкретных активов

Статья 96. Права и обязательства в отношениях между третьими сторонами, принявшими на себя обязательства, и обеспеченными кредиторами

35. Статья 96 основана на рекомендации 217 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 62 и 63) и статье 29 Конвенция об уступке. Статья 93 преследует две цели. Во-первых, нормы коллизионного права,

касающиеся силы в отношении третьих сторон или реализации обеспечительного права, не применяются к силе или реализации обеспечительного права в отношении должника по дебиторской задолженности, лица, принявшего на себя обязательства по оборотному инструменту, или эмитента оборотного документа; они не считаются "третьими сторонами" для целей правил, касающихся силы в отношении третьих сторон и приоритета обеспечительного права, поскольку они не являются конкурирующими заявителями требований. Во-вторых, правом, применимым к этим вопросам, является право, регулирующее правовые взаимоотношения между праводателем и соответствующим должником по дебиторской задолженности, или соответствующим лицом, принявшим на себя обязательства по инструменту, или эмитентом документа; это же право также применяется к вопросу о том, может ли любое из последних указанных лиц ссылаться на то, что его соглашение с праводателем запрещает или ограничивает право праводателя на создание обеспечительного права в соответствующей дебиторской задолженности, инструменте или документе. Например, в случае дебиторской задолженности, возникшей на основании договора купли-продажи, к вопросам, охватываемым статьей 96, будет применяться право, выбранное продавцом/праводателем и должником по дебиторской задолженности.

**Статья 97. Обеспечительные права в праве на выплату средств,
зачисленных на банковский счет**

36. Статья 97 основана на рекомендации 210 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 49-51). Право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, в общем смысле является дебиторской задолженностью клиента в отношении депозитного учреждения, однако в целях недопущения противоречий с банковским законодательством и практикой статья 97 отходит от общей нормы коллизионного права, касающейся права, применимого к нематериальным активам (см. статью 86). Принимающему Типовой закон государству предлагаются два варианта в том, что касается права, применимого к созданию, силе в отношении третьих сторон, приоритету и реализации обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, а также к правам и обязательствам в отношениях между депозитным учреждением и обеспеченным кредитором.

37. Согласно варианту А применимым правом является право государства местонахождения отделения (или филиала) депозитного учреждения, которое обслуживает данный банковский счет. Следует отметить, что отделение (или филиал) депозитного учреждения можно рассматривать как находящееся в какой-либо конкретной правовой системе независимо от того, предоставляет ли это учреждение свои услуги через физически действующие конторы или только с помощью интерактивного подключения, доступного клиентам в электронном виде. В этой связи следует отметить, что депозитное учреждение, как правило, должно иметь физическое присутствие или юридический адрес в той или иной правовой системе, для того чтобы соответствующие регулирующие органы разрешили ему принимать депозиты и обслуживать банковские счета в этой правовой системе.

38. Согласно варианту В применимым правом является право, которое указано в соглашении о счете как право, регулирующее вопросы, которые являются предметом статьи 97, или – в отсутствие указания на право в связи с этими вопросами – право, указанное сторонами в соглашении о счете как право, регулирующее данное соглашение. Для того чтобы иметь силу для целей коллизионных норм, такое указание должно также содержать ссылку на право государства, в котором депозитное учреждение регулярно осуществляет свою коммерческую деятельность, связанную с принятием депозитов и ведением банковских счетов. Следует отметить, что государство, право которого указано таким образом, может быть иным, нежели государство, в котором ведется банковский счет праводателя.

39. Если применимое право не может быть определено, как указано в предыдущем пункте, то вариант В предусматривает ряд дополнительных правил, которые соответствуют резервным правилам, содержащимся в статье 5 Гагской конвенции о ценных бумагах, и которые принимающее Типовой закон государство, возможно, пожелает включить в эту статью, если оно решит принять вариант В статьи 97.

Статья 98. Придание обеспечительному праву в определенных видах активов силы в отношении третьих сторон посредством регистрации

40. Статья 98 основана на рекомендации 211 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункт 34). Эта статья является исключением из норм коллизионного права, касающихся силы в отношении третьих сторон обеспечительного права в оборотном инструменте, оборотном документе, праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, или сертифицированных непосредственно удерживаемых ценных бумагах. В соответствии со статьями 85, 97 и 100 сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в любых из этих активов регулируется правом государства, которое может быть иным, нежели государство местонахождения праводателя. Однако, согласно статье 98, если государство местонахождения праводателя признает регистрацию уведомления в качестве метода придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в тех видах активов, которые охвачены статьей 98, то правом, применимым к приданию силы в отношении третьих сторон посредством регистрации, является право государства, в котором находится праводатель.

41. Таким образом, в связи с этими видами активов обеспеченный кредитор может полагаться на право местонахождения праводателя для придания своему обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон посредством регистрации, даже если для этих видов активов применимым может быть иное право согласно другим нормам коллизионного права, предусмотренным в данной главе. Однако, если правила определения приоритета в применимом праве основываются на правилах определения приоритета, содержащихся в Типовом законе, придание силы в отношении третьих сторон путем регистрации даст только более низкий приоритет в случае коллизии с приоритетом конкурирующего обеспеченного кредитора, если последний придал праву силу в отношении третьих сторон, например, посредством владения в случае оборотного инструмента (см. пункт 1 статьи 46), если обеспеченный кредитор стал держателем счета в случае права на выплату

средств, зачисленных на банковский счет (см. пункт 1 статьи 47), или если он вступил во владение в случае оборотного документа или сертифицированных неопосредованно удерживаемых ценных бумаг (см. пункт 1 статьи 49 и пункт 1 статьи 51, соответственно). Однако обеспечительное право будет иметь приоритет над правом а) управляющего в деле о несостоятельности праводателя или всей массы кредиторов и б) кредиторов, действующих на основании судебного решения, если регистрация имела место до того, как такой кредитор, например, наложил арест на обремененные активы.

Статья 99. Обеспечительные права в интеллектуальной собственности

42. Статья 99 основана на рекомендации 248 Дополнения об интеллектуальной собственности (см. пункты 284-337). Последствия пункта 1 являются следующими. Если защита интеллектуальной собственности обеспечивается в каком-либо конкретном государстве, то право этого государства будет применяться к требованиям, которые должны быть выполнены для того, чтобы обеспечительное право в этой интеллектуальной собственности считалось созданным, получившим силу в отношении третьих сторон и обладающим приоритетом в этом государстве. Следует отметить, что обеспечительное право в интеллектуальной собственности может быть предоставлено любым лицом, которое имеет право в соответствующей интеллектуальной собственности согласно соответствующему законодательству об интеллектуальной собственности. Поэтому праводателем может быть владелец, лицензиар или лицензиат интеллектуальной собственности, подлежащей обременению.

43. Пункт 2 предусматривает альтернативный способ создания обеспечительного права в интеллектуальной собственности и придания ему силы в отношении определенных третьих сторон. Согласно пункту 2 обеспеченный кредитор может также использовать для этих целей право государства, в котором находится праводатель. Основное преимущество пункта 2 заключается в том, что если обеспечительному праву была придана сила в отношении управляющего в деле о несостоятельности праводателя согласно праву государства, в котором находится праводатель, то суд по делам о несостоятельности в принимающем Типовой закон государстве признает это обеспечительное право даже в том случае, если требования, касающиеся силы в отношении третьих сторон и установленных во всех государствах, в которых обеспечивается защита интеллектуальной собственности, не были выполнены.

44. Пункт 3 относит вопросы реализации прав к компетенции законодательства государства, в котором находится праводатель. Это правило допускает применение одного и того же права ко всем действиям, связанным с реализацией права, даже если они совершаются в разных государствах, поскольку маловероятно, что местонахождение праводателя (в частности местонахождение его центрального управления) изменится в период между любыми из этих действий. В тех редких случаях, когда такое изменение все-таки происходит, предполагается, что суд обратится к законодательству государства, в котором находится праводатель на момент начала процесса реализации права (см. статью 88). Следует отметить, что вопрос о силе обеспечительного права в отношении иных лиц, нежели праводатель

(например, лицензиара интеллектуальной собственности, если праводатель является лицензиатом), выходит за рамки применения настоящей статьи.

Статья 100. Обеспечительные права в непосредственно удерживаемых ценных бумагах

45. Статья 100 устанавливает одно общее правило для инвестиционных ценных бумаг, а другое – для долговых ценных бумаг. Следует отметить, что ни в одном из этих общих правил не проводится различия между сертифицированными и несертифицированными или между продающимися и не продающимися на бирже ценными бумагами. В связи с инвестиционными ценными бумагами пункт 1 определяет право, в соответствии с которым учрежден эмитент, как право, применимое ко всем вопросам (т.е. создание, сила в отношении третьих сторон, приоритет и реализация обеспечительного права и сила этого права в таких ценных бумагах в отношении эмитента). Такой подход обеспечивает более значительную определенность при определении применимого права, поскольку отнесение всех таких вопросов к сфере действия одного права позволяет избежать трудностей, которые могут возникнуть в условиях возможного взаимного наложения некоторых вопросов (например, реализация права и его сила в отношении эмитента), в результате чего они могут быть отнесены к сфере действия различных правовых норм.

46. Термин "инвестиционные" не определен в Типовом законе, но его следует понимать как обозначающий права участия в капитале эмитента. Для корпорации или аналогичного юридического лица инвестиционные ценные бумаги представляют собой акции в собственном капитале. Точно так же в случае структуры, которая не является юридическим лицом в соответствии с ее учредительным документом (например, товарищество с неограниченной или ограниченной ответственностью во многих государствах), инвестиционные ценные бумаги должны обозначать права лиц (например, партнеров), которые имеют право на получение при ликвидации этой структуры остаточной стоимости ее активов после погашения ее обязательств.

47. Критерием при проведении различия между инвестиционными и долговыми ценными бумагами должна быть их квалификация для целей корпоративного права, а не для целей бухгалтерского учета или другого правового регулирования. Так, привилегированные акции следует считать инвестиционными ценными бумагами, даже если согласно нормам бухгалтерского учета или другим нормам они квалифицируются как обязательства. Точно так же субординированные долговые ценные бумаги (например, задолженность, подлежащая погашению в случае несостоятельности только после удовлетворения обязательств перед определенными кредиторами, такими как заимодатели) следует считать долговыми ценными бумагами, даже если субординированная задолженность может рассматриваться как доля в капитале с точки зрения заимодателей, предоставляющих другой кредит эмитенту.

48. Право, регулирующее учреждение эмитента, – это законодательство, в соответствии с которым он был создан. В случае корпорации установить это легко: это законодательный акт, согласно которому она была зарегистрирована в качестве юридического лица. В случае товарищества это должен быть законодательный акт, в соответствии с которым оно было создано. В

федеральных государствах, в которых эмитент может быть учрежден в соответствии либо с федеральным законом, либо с законом одной из его территориальных единиц, Типовой закон не предусматривает конкретных критериев для определения территориальной единицы, право которой будет считаться правом эмитента, если правом эмитента является федеральный закон, а правом территориальной единицы является законодательство по обеспеченным сделкам. Однако в соответствии со статьей 95 внутренние коллизионные нормы федерального государства (или территориальной единицы, которая является местонахождением соответствующего суда) должны определять право территориальной единицы, для того чтобы оно было применимо к вопросам, подпадающим под действие статьи 100, когда все или некоторые из этих вопросов не затрагиваются федеральным законом, регулирующим учреждение эмитента.

49. В отношении непосредственно удерживаемых долговых ценных бумаг пункт 2 предусматривает применение права, регулирующего ценные бумаги, ко всем вопросам (т.е. создание, сила в отношении третьих сторон, приоритет, реализация обеспечительного права и сила этого права в таких ценных бумагах в отношении эмитента). Как уже отмечалось (см. пункт 45 выше), большая определенность достигается путем установления единого применимого права для всех таких вопросов. Законодательство, регулирующее долговые ценные бумаги, является законодательством, выбранным сторонами в качестве права, регулирующего договорные права и обязательства, возникающие в связи с выпуском этих ценных бумаг. В отсутствие такого выбора права (что бывает крайне редко в случае долговых ценных бумаг) соответствующий суд определит применимое право в соответствии с его собственными нормами коллизионного права. В Типовом законе не затрагивается вопрос о том, могут ли стороны выбрать регулирующее право, которое не имеет никакой связи с выпуском ценных бумаг. Этот вопрос оставлен на урегулирование на основании норм коллизионного права государства суда, касающихся договорных обязательств.

50. Термин "долговые ценные бумаги" не определен в Типовом законе. Однако понятие задолженности хорошо известно в большинстве правовых систем, и оно обозначает обязательство произвести платеж. В контексте долговых ценных бумаг это обычно обязательство произвести выплату определенной суммы денег. Долговыми ценными бумагами являются облигации, долговые обязательства и векселя в той мере, в которой они подпадают под определение ценных бумаг, содержащееся в подпункте (hh) статьи 2. Обязательство заемщика перед займодателем по схеме кредитования не будет квалифицироваться в качестве долговой ценной бумаги, поскольку оно не подпадает под это определение. Такое обязательство является скорее дебиторской задолженностью и регулируется нормами коллизионного права, касающимися дебиторской задолженности.

51. В связи с концепцией "долговых ценных бумаг" возникает два следующих вопроса: а) квалификация конвертируемых долговых ценных бумаг; и б) последствия такой квалификации для права, применимого к обеспечительному праву в этом виде ценных бумаг. Конвертируемые долговые ценные бумаги – это долговые ценные бумаги, которые могут быть

конвертированы в инвестиционные ценные бумаги по решению их держателя или эмитента или при наступлении определенного события.

52. Конвертируемые долговые ценные бумаги следует квалифицировать как долговые ценные бумаги, поскольку они представляют собой обязательство произвести платеж до тех пор, пока они не конвертированы в инвестиционные ценные бумаги. Это означает, что с момента их выпуска и до момента конвертации правом, регулирующим эти ценные бумаги, будет право, применимое к созданию, силе в отношении третьих сторон, приоритету и реализации обеспечительного права и силе этого права в таких ценных бумагах в отношении эмитента. Однако квалификация конвертируемых долговых ценных бумаг для целей статьи 100 может измениться, если и когда они конвертируются в инвестиционные ценные бумаги. В этом случае связующим фактором становится право, регулирующее учреждение эмитента. Поэтому после конвертации в инвестиционные ценные бумаги правом, применимым к обеспечительному праву в конвертируемых долговых ценных бумагах, будет право государства, в соответствии с которым был учрежден эмитент.

53. Следствием изменения права, регулирующего ценные бумаги, на право, регулирующее учреждение эмитента, становится то, что обеспечительное право в долговых ценных бумагах, сила которому в отношении третьих сторон была придана в соответствии с законодательством, регулирующим ценные бумаги, после такого изменения может утратить свою силу в отношении третьих сторон. В статье 23 рассматриваются последствия изменения применимого права, а статья 91 затрагивает изменение связующего фактора. Однако, строго говоря, статья 23 не применяется к изменению характера непосредственно удерживаемых ценных бумаг; а статья 91 касается только ситуации, когда связующим фактором является местонахождение актива или праводателя. Поэтому принимающее Типовой закон государство, возможно, пожелает воспользоваться статьями 23 и 91 и принять правила, касающиеся изменения, с учетом принципов, аналогичных тем, которые лежат в основе статей 23 и 91.

54. Статья 98 вводит исключение из общих норм коллизионного права, содержащихся в статье 100. Если право государства, в котором находится праводатель, признает регистрацию уведомления в качестве метода придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в сертифицированных непосредственно удерживаемых ценных бумагах, то право этого государства является также правом, применимым к приданию обеспечительному праву в этих активах силы в отношении третьих сторон посредством регистрации (см. пункты 40 и 41 выше). Следует отметить, что несертифицированные непосредственно удерживаемые ценные бумаги не упоминаются в статье 98 и, соответственно, право, регулирующее учреждение эмитента (а не право государства местонахождения праводателя), является правом, применимым к приданию обеспечительному праву в несертифицированных ценных бумагах силы в отношении третьих сторон путем регистрации (если это допускается законодательством эмитента).

Глава IX. Переходный период

Введение

55. Эта глава выполняет три функции. Во-первых, она предусматривает, что законодательство, которое ранее регулировало обеспечительные права ("прежнее законодательство"), должно быть аннулировано (см. статью 101). Во-вторых, она предусматривает правила, регулирующие режим обеспечительных прав, которые были созданы, когда действовало прежнее законодательство по обеспеченным сделкам, но продолжают существовать – возможно, в течение продолжительного периода времени – после вступления в силу нового законодательства об обеспеченных сделках ("новое законодательство") (см. статьи 102-106). В-третьих, в ней предусматривается установление даты, на которую новое законодательство вступает в силу (см. статью 107). Таким образом, эта глава предусматривает правила, в силу которых право, регулирующее такие обеспечительные права, переносится справедливым и действенным образом из прежнего законодательства в новое законодательство (см. Руководство по обеспеченным сделкам, глава XI, пункты 1-3).

Статья 101. Изменение и аннулирование других законов

56. Типовой закон призван служить полновесной системой законодательства об обеспеченных сделках, полностью заменяющей прежний режим, а не дополняющей действующее законодательство. Поэтому принимающему Типовой закон государству следует перечислить в пункте 1 и, соответственно, аннулировать совокупность норм законодательства, которые образуют его режим обеспеченных сделок. То, каким образом будет осуществляться аннулирование, будет зависеть от формы прежнего законодательства. В тех случаях, когда прежнее законодательство представляет собой самостоятельный кодекс или аналогичный свод норм, этот кодекс может быть полностью аннулирован. Однако если положения прежнего законодательства являются производными от законодательных актов, в которых также рассматриваются и другие вопросы, то принимающее Типовой закон государство должно определить, как выделить положения, регулировавшие ранее обеспечительные права, из норм, которые применимы к другим вопросам. Если часть прежнего законодательства основывается на судебных заключениях или решениях (как может быть, например, в случае некоторых систем общего права), метод отмены прежнего законодательства должен быть определен принимающим Типовой закон государством.

57. Многие другие своды норм взаимосвязаны с законодательством об обеспеченных сделках. В некоторых случаях положения этих других сводов норм могут основываться на том предположении, что прежнее законодательство по обеспеченным сделкам сохраняет свое действие. В пункте 2 для принимающего Типовой закон государства предусмотрена возможность изменить эти положения, с тем чтобы объединить их с новым законодательством. Следует отметить, что, как и применительно к любым другим статьям Типового закона, статья 101 создает последствия только в том случае, когда новое законодательство по принятию Типового закона вступает в

силу согласно статье 107. Таким образом, действующие законы изменяются или аннулируются только с той даты, когда новое законодательство вступает в силу (иными словами, перерыв, когда не действует ни один из сводов норм, регулирующих обеспеченные сделки, не возникает).

Статья 102. Общая применимость настоящего Закона

58. В пункте 1 этой статьи приводятся определения двух терминов, используемых в данной главе. В соответствии с пунктом 1(a) "прежнее законодательство" означает нормы, которые применялись к обеспечительным правам в соответствии с законодательством принимающего Типовой закон государства до вступления в силу нового законодательства. Поскольку, согласно положениям, касающимся коллизии правовых норм принимающего Типовой закон государства (с учетом того, что эти положения существовали до вступления в силу нового законодательства), применимым правом может быть законодательство принимающего Типовой закон государства или другого государства, в статье 102 упомянуто законодательство, которое применялось ранее в соответствии с нормами коллизионного права принимающего Типовой закон государства. Поскольку к различным вопросам, связанным с обеспечительными правами, могут применяться положения и другого законодательства (например, к вопросам договорных прав и обязательств праводателя и обеспеченного кредитора, создания, придания силы в отношении третьих сторон, приоритета и реализации обеспечительного права, а также силы обеспечительного права в отношении третьих сторон, принявших на себя обязательства), прежнее законодательство означает право, которое ранее применялось к соответствующему вопросу.

59. В соответствии с пунктом 1(b) "прежнее обеспечительное право" означает право, которое было создано посредством соглашения, заключенного до вступления в силу нового законодательства, и которое будет считаться обеспечительным правом в рамках нового законодательства. Так же обстоит дело и в том случае, если это соглашение охватывает будущие активы (см. подпункт (n) статьи 2). Переходные положения Типового закона определяют, в какой степени нормы прежнего законодательства продолжают применяться к прежнему обеспечительному праву даже после вступления в силу нового законодательства.

60. В пункте 2, который основан на рекомендации 228 (второе предложение текста) Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу XI, пункты 7-12), устанавливается общее правило применимости нового законодательства. Он предусматривает, что новое законодательство после вступления в силу согласно статье 105 будет применяться ко всем обеспечительным правам, входящим в сферу его действия, включая прежние обеспечительные права, за исключением случаев, предусмотренных в данной главе (например, в статьях 103 и 104). Большая часть остальных положений этой главы посвящена описанию исключений из действия этого общего правила. Если правило в пункте 2 и исключения в остальной части этой главы читать вместе, то станет видно, что будет существовать переходный период, когда новое законодательство будет применяться ко всем новым сделкам, тогда как действие некоторых аспектов прежнего законодательства будет сохраняться в отношении ряда вопросов, связанных с прежними обеспечительными правами.

61. В результате действия пункта 2 прежние обеспечительные права могут регулироваться, по крайней мере частично, новым законодательством. Это имеет определенные преимущества, поскольку, ввиду того что множество обеспеченных сделок осуществлялось в течение нескольких лет, если новое законодательство будет применяться только к обеспечительным правам, созданным в результате соглашений, заключенных после даты вступления в силу нового законодательства, то прежнее законодательство будет сохранять свое действие в течение длительного периода времени, когда займодатели, заемщики, адвокаты и судьи должны будут применять и новое, и прежнее законодательство (в зависимости от конкретной сделки), а также вести поиск конкурирующих заявителей требований согласно правилам обоих законодательств. Таким образом, правило, согласно которому новое законодательство применяется только к сделкам, заключенным после его вступления в силу, повлечет за собой дополнительные расходы, а также приведет к задержке в получении экономической выгоды от нового законодательства.

Статья 103. Применимость прежнего законодательства к вопросам, которые являются предметом разбирательства, открытого до вступления настоящего Закона в силу

62. Статья 103 основана на рекомендации 229 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу XI, пункты 13-16). Эта статья устанавливает исключение из правила, закрепленного в пункте 2 статьи 102 и заключающегося в том, что новое законодательство применяется ко всем обеспечительным правам, входящим в сферу его действия, включая прежние обеспечительные права. В частности, пункт 1 предусматривает, что если вопрос, связанный с прежним обеспечительным правом, является предметом судебной тяжбы или арбитражного разбирательства, возбужденного до вступления в силу нового законодательства, то материальным (но не процессуальным) правом, регулирующим оспариваемый вопрос, будет оставаться прежнее законодательство (соответствующий суд может применять свои собственные действующие процессуальные нормы, если они не противоречат положениям прежнего законодательства). Этот пункт применяется ко всем спорам, возникающим в связи с прежним обеспечительным правом, будь то между обеспеченным кредитором и праводателем, обеспеченным кредитором и конкурирующим заявителем требования или же обеспеченным кредитором и лицом, несущим ответственность, например, по дебиторской задолженности или по оборотному инструменту. Следует отметить, что начало судебной тяжбы в отношении одного вопроса до вступления в силу нового законодательства не исключает применения норм нового законодательства к отдельным вопросам, возникающим в связи с тем же самым соглашением об обеспечении и не являющимся предметом тяжбы.

63. Пункт 2 предусматривает материально-правовую норму в отношении реализации обеспечительных прав, созданных согласно прежнему законодательству. В соответствии с правилом, содержащимся в этом пункте, если реализация права началась в соответствии с прежним законодательством (вопросы о том, что является "реализацией права" и когда "начинается" реализация права, должны регулироваться прежним законодательством), то обеспеченный кредитор может продолжать осуществлять ее в соответствии с

правилами прежнего законодательства даже после вступления в силу нового законодательства или же может предпочесть использовать механизмы реализации, предусмотренные в новом законодательстве (вопрос о том, что является "реализацией права" согласно новому законодательству, регулирующему ввод в действие Типового закона, рассматривается в главе VII). Это правило применяется даже в том случае, когда реализация права согласно прежнему законодательству происходит без обращения к суду или другому органу. Так, например, если до вступления в силу нового законодательства обеспеченный кредитор предпринимает действия, разрешенные согласно прежнему законодательству, для вступления во владение обремененными активами без обращения к суду или другому органу, то обеспеченный кредитор может после вступления в силу нового законодательства принять решение реализовать обремененные активы и распределить поступления от них в соответствии с прежним законодательством или действовать в этой связи согласно новому законодательству.

Статья 104. Применимость прежнего законодательства к созданию прежнего обеспечительного права

64. Статья 104 основана на рекомендации 230 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу XI, пункты 17-19). В этой статье содержатся два правила. Во-первых, в пункте 1 предусматривается, что вопрос о том, было ли действительно создано обеспечительное право, предположительно созданное до вступления в силу нового законодательства, должен регулироваться прежним законодательством. Во-вторых, согласно пункту 2 обеспечительное право, которое было действительно создано в соответствии с прежним законодательством, сохраняет свою силу в отношениях между сторонами согласно новому законодательству даже в том случае, если требования в отношении его создания в соответствии с новым законодательством не были удовлетворены. Это правило позволяет избежать лишения силы прежних обеспечительных прав и возникновения ситуации, когда обеспеченному кредитору потребуются заручиться сотрудничеством со стороны праводателя для принятия дополнительных мер, необходимых для дальнейшего существования обеспечительного права согласно новому законодательству. Праводатель, который уже добился предоставления кредита, обеспеченного обеспечительным правом в обремененных активах, может не пойти на такое сотрудничество.

65. Например, предположим, что до вступления в силу нового законодательства а) прежнее законодательство допускало создание обеспечительного права посредством заключения устного соглашения об обеспечении даже в отсутствие владения обеспеченным кредитором обремененными активами и б) обеспеченный кредитор предоставил кредит праводателю и праводатель обеспечил исполнение своего обязательства по его погашению путем создания обеспечительного права в нематериальных активах в пользу обеспеченного кредитора, заключив устное соглашение об обеспечении. В отсутствие правила, предусмотренного в пункте 2, обеспечительное право не будет иметь силы в отношениях между сторонами согласно новому законодательству и обеспеченному кредитору потребуются заручиться сотрудничеством со стороны праводателя, для того чтобы получить

имеющее силу обеспечительное право, потому что новое законодательство требует наличия письменного соглашения об обеспечении, подписанного праводателем (см. статью 6, пункт 3).

Статья 105. Правила для определения силы прежнего обеспечительного права в отношении третьих сторон в переходный период

66. Статья 105 основана на рекомендации 231 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу XI, пункты 20-22). Согласно этой статье обеспечительное право, созданное и получившее силу в отношении третьих сторон в соответствии с прежним законодательством до даты вступления в силу нового законодательства, сохраняет свою силу в отношении третьих сторон в течение определенного периода времени в соответствии с новым законодательством даже в том случае, если условия придания силы в отношении третьих сторон согласно новому законодательству не были выполнены. Этот период истекает в момент прекращения действия силы обеспечительного права в отношении третьих сторон согласно прежнему законодательству (см. пункт 1(a)) или в момент, указанный в пункте 1(b), в зависимости от того, что наступает раньше.

67. Пример: в соответствии с прежним законодательством об обеспеченных сделках государства X обеспечительному праву в дебиторской задолженности может быть придана сила в отношении третьих сторон путем уведомления должника по дебиторской задолженности, но обеспечительное право в отношении третьих сторон утрачивает свою силу по истечении пяти лет, если только обеспеченный кредитор не направит обновленное уведомление должнику по дебиторской задолженности (которое продлевает действие силы обеспечительного права в отношении третьих сторон еще на пять лет). При принятии государством X Типового закона срок действия этого правила, закрепленного в пункте 1(b), определяется в три года. За год до вступления нового законодательства в силу праводатель создал в пользу обеспеченного кредитора обеспечительное право в дебиторской задолженности, причитающейся с должника праводателю, и обеспеченный кредитор уведомил должника о существовании обеспечительного права. В соответствии с пунктом 1(a) обеспечительное право утрачивает силу в отношении третьих сторон через пять лет после заключения соглашения об обеспечении и уведомления должника по дебиторской задолженности согласно прежнему законодательству (что, с учетом этих фактов, приведет к утрате силы обеспечительного права в отношении третьих сторон через четыре года после вступления в силу нового законодательства). В соответствии с пунктом 1(b) обеспечительное право утрачивает силу в отношении третьих сторон через три года после вступления в силу нового законодательства. Таким образом, поскольку срок, указанный в пункте 1(b), наступит раньше, чем срок, указанный в пункте 1(a), согласно новому законодательству обеспечительное право утратит свою силу в отношении третьих сторон через три года после вступления в силу этого законодательства (с учетом правил, приведенных в пунктах 2 и 3).

68. Обеспечительное право, которое утратит силу в отношении третьих сторон согласно правилу, содержащемуся в пункте 1, может сохранить свою силу в отношении третьих сторон, если обеспеченный кредитор предпримет надлежащие шаги в соответствии с новым законодательством для придания

праву силы в отношении третьих сторон. Наиболее часто этот результат будет достигаться путем регистрации уведомления в Регистре. Возможности обеспеченного кредитора сделать это способствует пункт 4, который предусматривает, что прежнее письменное соглашение о создании обеспечительного права является достаточным разрешением на регистрацию уведомления.

69. Пункты 2 и 3 касаются сохранения силы прежнего обеспечительного права в отношении третьих сторон в ситуациях, когда а) обеспечительное право имело силу в отношении третьих сторон согласно прежнему законодательству и б) были соблюдены требования, касающиеся силы в отношении третьих сторон согласно новому законодательству. Пункт 2 предусматривает, что если требования, касающиеся силы в отношении третьих сторон согласно новому законодательству, соблюдены до истечения срока, указанного в пункте 1, то прежнее обеспечительное право сохраняет свою силу в отношении третьих сторон с момента придания ему силы в отношении третьих сторон; таким образом, приоритет этого обеспечительного права для целей правил, определяющих приоритет путем ссылки на момент придания силы в отношении третьих сторон, отсчитывается с этого момента.

70. Однако если требования нового законодательства, касающиеся силы прежнего обеспечительного права в отношении третьих сторон, были соблюдены только после истечения срока, указанного в пункте 1, то возникнет перерыв между истечением срока действия силы в отношении третьих сторон согласно пункту 1 и приданием силы в отношении третьих сторон согласно новому законодательству. В этом случае пункт 3 предусматривает, что обеспечительное право имеет силу в отношении третьих сторон только с момента придания ему силы в отношении третьих сторон согласно новому законодательству; таким образом, приоритет этого обеспечительного права для целей правил, определяющих приоритет путем ссылки на момент придания силы в отношении третьих сторон, отсчитывается только с этого момента.

71. Правило, содержащееся в пункте 5, четко указывает то, что подразумевается в пункте 2. Пункт 2 предусматривает, что в тех случаях, когда требования, касающиеся придания прежнему обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон согласно новому законодательству, были соблюдены до истечения срока, указанного в пункте 1, прежнее обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон с момента придания ему силы в отношении третьих сторон в соответствии с прежним законодательством. В пункте 5 говорится, что в тех случаях, когда обеспечительному праву была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации согласно прежнему законодательству и обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон в соответствии с пунктом 2, должны применяться правила о приоритете, которые зависят от момента регистрации, с использованием момента регистрации согласно прежнему законодательству.

Статья 106. Применение прежнего законодательства к приоритету прежнего обеспечительного права в отношении прав конкурирующих заявителей требований, возникающих согласно прежнему законодательству

72. Статья 106 предусматривает исключение из общего правила, которое содержится в пункте 2 статьи 102 и согласно которому новое законодательство применяется ко всем обеспечительным правам, включая прежние обеспечительные права. В ситуациях, приведенных в статье 106, приоритет прежнего обеспечительного права по отношению к конкурирующим заявителям требований определяется путем применения прежнего законодательства.

73. В частности, согласно правилу, установленному в пункте 1, прежнее законодательство, а не новое, определяет приоритет прежнего обеспечительного права в отношении конкурирующего заявителя требования, если это обеспечительное право и права всех конкурирующих заявителей требований возникают до вступления в силу нового законодательства и если "приоритетный статус" конкурирующих заявителей требований не изменился.

74. Пункт 2 предусматривает, что приоритетный статус обеспечительного права изменяется, когда происходит одно из двух событий. Во-первых, приоритетный статус изменяется, если а) прежнее обеспечительное право имело силу в отношении третьих сторон согласно новому законодательству только в результате применения правила, установленного в пункте 1 статьи 105, и б) сила в отношении третьих сторон утрачена, поскольку срок, указанный в пункте 1 статьи 105, истек до принятия необходимых мер для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон согласно новому законодательству. Во-вторых, приоритетный статус обеспечительного права изменяется, если оно не имело силы в отношении третьих сторон согласно прежнему законодательству в момент вступления в силу нового законодательства, однако оно приобрело силу в отношении третьих сторон, когда новое законодательство вступило в силу или впоследствии. Цель этого правила – сохранить приоритет между конкурирующими заявителями требований, установленный согласно прежнему законодательству, если не произошло никаких изменений, кроме вступления в силу нового законодательства.

Статья 107. Вступление настоящего Закона в силу

75. В статье 107, которая основана на рекомендации 228 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу XI, пункты 4-6), предусматривается дата или механизм вступления нового законодательства в силу. В Типовом законе нет рекомендации относительно конкретной даты или механизма, и он оставляет решение этого вопроса на усмотрение принимающего Типовой закон государства. Это государство, возможно, пожелает определить, следует ли поместить эту статью в начало или конец нового законодательства.

76. При выборе даты или механизма вступления в силу нового законодательства следует тщательно рассмотреть возможность скорейшего получения экономических преимуществ от нового законодательства и возможность сведения к минимуму диспропорций, которые могут быть вызваны существенными изменениями в практике в области обеспеченных

сделок, являющимися результатом принятия нового законодательства. Поскольку потребуется выбрать новый правовой режим, являющийся улучшением по сравнению с прежним режимом, новое законодательство должно вступить в силу, как только это станет практически возможным. Вместе с тем потребуется некоторое время на подготовку, с тем чтобы, помимо прочего, а) обнародовать факт существования нового законодательства; b) дать возможность создать Регистр (или адаптировать существующий регистр к системе регистрации, предусмотренной новым законодательством); и c) ознакомить участников системы обеспеченных сделок, особенно нынешних и будущих обеспеченных кредиторов, с последствиями принятия нового законодательства и перехода от прежнего законодательства к новому и дать им возможность подготовиться, например, к соблюдению новых правил и использованию новых форм. Например, новое законодательство может вступить в силу в определенную дату или через несколько месяцев после определенной даты или же в момент, который будет определен указом после начала работы Регистра.
