



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
24 November 2005

Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы)
Девятая сессия
Нью-Йорк, 30 января – 3 февраля 2006 года

Обеспечительные интересы

Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам

Обеспечительные права в правах на поступления, полученные по независимому обязательству: определения и рекомендации

Записка Секретариата

Добавление

Содержание

	<i>Стр.</i>
Обеспечительные права в правах на поступления, полученные по независимому обязательству	2
I. Определения	2
II. Рекомендации	3



Обеспечительные права в правах на поступления, полученные по независимому обязательству

I. Определения (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, пункт 21 (y), (z), (aa) и (bb))

y) "Независимое обязательство" означает аккредитив (коммерческий или резервный), подтверждение аккредитива, независимую гарантию (по требованию, по первому требованию, банковскую гарантию или контргарантию) или любое другое обязательство, признаваемое независимым согласно нормам права или правилам практики, например, согласно Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, Унифицированным правилам и обычаям для документарных аккредитивов, Правилам международной практики резервных аккредитивов и Унифицированным правилам для гарантий по требованию.

z) "Право на поступления, полученные по независимому обязательству" означает право на получение причитающегося платежа, акцептованной тратты или отсроченного платежа или иного инструмента, воплощающего стоимость, который в каждом случае должен выдаваться гарантом/эмитентом в обеспечение – или назначенным лицом в оплату – обязательства предоставить средства по независимому обязательству. Этот термин не охватывает [:] i) право на получение средств (т.е. требование платежа) по независимому обязательству или ii) полученное после выполнения обязательства предоставить средства от гаранта/эмитента или назначенного лица или после реализации права на поступления, полученные по независимому обязательству (т.е. собственно поступления).

[Примечание для Рабочей группы: в комментарии будет разъяснено, что это определение охватывает только "право на получение" какой бы то ни было стоимости, которая уплачивается или предоставляется по выполнению обязательства предоставить средства, но не право на предоставление средств, т.е. на истребование платежа по независимому обязательству. Будет также разъяснено, что право на получение поступлений не охватывает сами поступления, т.е. фактически полученное после выполнения обязательства предоставить средства от гаранта/эмитента или назначенного лица (получение бенефициаром какой-либо стоимости от банка, осуществляющего учет, не должно характеризоваться как выполнение обязательства или реализация права) или после реализации права на поступления, полученные по независимому обязательству. В комментарии будет также обращено внимание на различие между правом на поступления, полученные по независимому обязательству (как на первоначально обремененный актив) и "поступлениями" (ключевая концепция настоящего Руководства) от использования этого права. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что ссылка на "бенефициара – лицо, предоставившее право" была исключена как излишняя. Это отвечает использованному в Руководстве подходу применительно к значению термина "дебиторская задолженность" ("дебиторская задолженность" не определяется в Руководстве применительно к лицу, предоставившему право). Более того, в момент предоставления права лицо, его предоставляющее, может и не являться бенефициаром, и в этот момент может даже не существовать независимого обязательства. Вопрос о том, кто

конкретно имеет право на получение платежа, регулируется иными нормами права (например, в контексте дебиторской задолженности, в Руководстве не оговаривается, кто имеет право на получение платежа дебиторской задолженности).]

aa) "Гарант/эмитент" означает банк или иное лицо, которые выдают независимое обязательство. Этот термин охватывает банк или иное лицо, которые выдают подтверждение аккредитива ("подтверждающая сторона") или контргарантию.

bb) "Назначенное лицо" означает банк или иное лицо, которые идентифицированы в независимом обязательстве по названию или категории (например, "любой банк в стране X") как назначенные для оплаты – например, путем покупки предъявленного документа или платежа при его предъявлении – и которые действуют согласно этому назначению. Этот термин охватывает подтверждающую сторону, которая назначена для подтверждения и которая производит подтверждение согласно этому назначению.

hh) "Контроль" применительно к праву на поступления, полученные по независимому обязательству, означает, что гарант/эмитент или назначенное лицо, которые произведут платеж или предоставят стоимость по предоставлению средств по независимому обязательству: i) сами являются обеспеченным кредитором или ii) осуществили признание в пользу обеспеченного кредитора. "Признание" применительно к праву на поступления, полученные по независимому обязательству, означает, что гарант/эмитент или назначенное лицо, которые произведут платеж или иным образом предоставят стоимость по предоставлению средств по независимому обязательству, в одностороннем порядке или на основании соглашения i) признали (независимо от представленных доказательств) создание, в пользу обеспеченного кредитора, обеспечительного права (названного будь то уступкой или иным образом) в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, или согласились с его созданием или ii) обязались произвести платеж или предоставить стоимость обеспеченному кредитору по предоставлению средств по независимому обязательству.

[Примечание для Рабочей группы: это новое определение было подготовлено в ответ на просьбу Рабочей группы (см. A/CN.9/588, пункт 81). В комментарий будет включен текст о том, что определения должны читаться вместе со всеми рекомендациями, касающимися независимых обязательств (3(d), 16, 25, 25 бис, 25 тер, 25 кватер, 49, 62, 106, 138 и 138 бис).]

II. Рекомендации

Охватываемые стороны, обеспеченные обязательства и активы (см. A/CN.9/WG.VI/WP.21, рекомендации 3(d), 16 и 25)

3. В законодательстве, в частности, следует предусмотреть, что оно применяется в отношении:

d) всех видов движимых активов и постоянных принадлежностей, материальных или нематериальных, нынешних или будущих, которые прямо не исключены в законодательстве, включая инвентарные запасы, оборудование и

другие товары, дебиторскую задолженность, оборотные инструменты (например, чеки, переводные векселя и простые векселя), оборотные документы (например, коносаменты), банковские счета, права на поступления, полученные по независимому обязательству, и права интеллектуальной собственности.

Обеспечительные права в праве, которое обеспечивает или подкрепляет уступленную дебиторскую задолженность, оборотный инструмент или другое обязательство

16. В законодательстве следует предусмотреть, что после создания обеспечительного права в дебиторской задолженности, оборотном инструменте или каком-либо другом обязательстве, которое охватывается рассмотрением в настоящем Руководстве в качестве обремененного актива, обеспечительное право создается в автоматическом порядке – без необходимости в каких-либо дальнейших действиях со стороны будь то гаранта, будь то обеспеченного кредитора – в любом личном или имущественном праве, которое обеспечивает или подкрепляет платеж или исполнение обязательств в связи с такой дебиторской задолженностью, оборотным инструментом или другим обязательством. В то же время, если, согласно законодательству, регулирующему право, которое обеспечивает или подкрепляет платеж дебиторской задолженности, оборотный инструмент или другое обязательство, которое охватывается рассмотрением в настоящем Руководстве в качестве обремененного актива, обеспечительное право в этом обеспечивающем или подкрепляющем праве может быть создано только после отдельного акта создания, то лицо, предоставившее право, обязано осуществить такой акт. Если независимое обязательство подкрепляет платеж или исполнение обязательств в связи с дебиторской задолженностью, оборотным инструментом или каким-либо другим обязательством, охватываемым рассмотрением в настоящем Руководстве в качестве обремененного актива, право на поступления, полученные по независимому обязательству, представляет собой подкрепляющее обязательство в понимании настоящей рекомендации и обеспечительное право в нем создается без отдельного акта создания со стороны лица, предоставившего право.

[Примечание для Рабочей группы: в рекомендации 16 вводится концепция подкрепляющих прав (которую было бы полезно включить в определяемые термины, если того пожелает Рабочая группа) и предусматривается автоматическое создание обеспечительного права в личном или имущественном праве, подкрепляющем дебиторскую задолженность, оборотный инструмент или любое другое обязательство, которое охватывается рассмотрением в настоящем Руководстве в качестве обремененного актива, незамедлительно после создания обеспечительного права в обремененных активах, подкрепляемых этим правом. Существенный результат такого подхода состоит в снятии необходимости в отдельном акте создания применительно к подкрепляющему обязательству. Хотя эта концепция не предусматривает ничего иного, чего не могли бы прямо сделать сами стороны, она, тем не менее, выполняет весьма ценную функцию на практике. Огромное число обычных обеспеченных сделок связано с подкрепляющими обязательствами, и положение, касающееся данного механизма, существенно помогает в повышении вероятности достижения цели законодательства об обеспеченных сделках, состоящей в обеспечении максимальной доступности кредита по более низкой цене. В исключительных случаях (если таковые возможны), когда стороны не желают создавать

обеспечительного права в подкрепляющем обязательстве, это может быть сделано путем включения в соглашение об обеспечении формулировки, указывающей, что такое право не создается. Рабочая группа уже использует подход, предусматривающий создание обеспечительного права в поступлениях в автоматическом порядке, без необходимости прямого включения специальных формулировок.

Рабочая группа, возможно, сочтет полезным рассмотреть некоторые примеры ситуаций, связанных с подкрепляющими правами. В качестве примера подкрепляющего личного права можно привести гарантию четвертой стороны, подкрепляющую платеж дебиторской задолженности, представляющей собой обремененный актив лица, предоставившего право (А – лицо, предоставившее право, – предоставляет В – обеспеченному кредитору – обеспечительное право в дебиторской задолженности, причитающейся А от С – должника по счету или должника – третьей стороны; дебиторская задолженность – подкрепляемый обремененный актив – гарантируется D; гарантия D представляет собой подкрепляющее личное право). В качестве примера подкрепляющего имущественного права можно привести обеспечительное право в каком-либо оборудовании, которое обеспечивает платеж по оборотному инструменту, представляющему собой обремененный актив лица, предоставившего право (А – лицо, предоставившее право, – предоставляет В – обеспеченному кредитору – обеспечительный интерес в оборотном инструменте, выданном Х в пользу А; обязательство Х, которое воплощено в инструменте – подкрепляющий обремененный актив, – обеспечивается обеспечительным правом – подкрепляющим имущественным правом – в оборудовании, переданном А владельцем оборудования (который может быть обозначен как лицо Х или Y)).

Цель второго предложения рекомендации 16 – обеспечить, чтобы в случае, когда подкрепляющее право, согласно регулирующему его законодательству, может быть передано только путем отдельного акта передачи, отдельный акт требовался и для создания обеспечительного права в таком подкрепляющем праве. Этот подход отвечает соответствующему законодательному регулированию и практике, а также статье 10(1) Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

Цель третьего предложения – разъяснить, что тот факт, что независимое обязательство представляет собой подкрепляющее право, не означает, что для создания обеспечительного права в праве на поступления, полученные по этому независимому обязательству, требуется отдельный акт создания. Другими словами, применяется общее правило, установленное в первом предложении (а не во втором предложении).

Таким образом, например, стандартный коммерческий аккредитив будет обычно подкреплять обязательство оплатить коммерческий счет–фактуру, а резервный аккредитив или гарантия по требованию будет обычно подкреплять какое-либо другое платежное обязательство или обязательство исполнения со стороны лица, которое приобретает резервный аккредитив или гарантию по требованию в интересах бенефициара. Признание подкрепляющей функции, которую выполняет право на поступления, полученные по независимому обязательству (которое, по определению, не включает право на требование платежа или собственно поступления), никоим образом не наносит ущерба независимости самого обязательства и не создает никаких неблагоприятных

последствий для гаранта/эмитента (полная защита которого обеспечивается согласно правилам, изложенным в других рекомендациях (например, 25 бис, 25 тер и 25 кватер)).]

Создание обеспечительного права в праве на поступления, полученные по независимому обязательству

25. В законодательстве следует предусмотреть, что бенефициар может предоставить обеспечительное право в праве на поступления, полученные по независимому обязательству [, даже если само право на предоставление средств по независимому обязательству не может быть передано согласно закону, регулирующему независимое обязательство]. Предоставление обеспечительного права в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, не представляет собой передачу права на предоставление средств по независимому обязательству.

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что в заключенном в квадратные скобки тексте четко разъясняется важный момент, состоящий в том, что возможность передачи самого обязательства (т.е. права на предоставление средств) не имеет отношения к праву на создание обеспечительного права в праве на поступления, полученные по независимому обязательству. Во втором предложении проводится различие между передачей права на требование платежа по независимому обязательству и передачей права на получение поступлений от платежа по независимому обязательству].

25 бис. В законодательстве следует предусмотреть, что:

а) права обеспеченного кредитора в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, обуславливаются существующими согласно законодательству и практике, регулирующим независимые обязательства, правами гаранта/эмитента или назначенного лица и любого другого бенефициара, который поименован в обязательстве или которому была осуществлена передача прав на предоставление средств;

б) права бенефициара [совместного бенефициара] независимого обязательства/лица, которому было передано независимое обязательство, имеют приоритет перед обеспечительным правом в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, которое было приобретено у передавшего его лица или любого лица, стоявшего ранее в цепочке передач; и

с) независимые права гаранта/эмитента, назначенного лица или бенефициара [или совместного бенефициара] независимого обязательства/лица, которому было передано независимое обязательство, [имеют преимущественную силу в отношении] [не несут ущерба по причине] [отличаются от] любых обеспечительных прав, которые они могут иметь в правах на полученные поступления, включая любое право на полученные поступления, которое может быть включено в передачу прав на предоставление средств бенефициару [или совместному бенефициару]/лицу, которому были переданы такие права.

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что в комментарии будет разъяснено, что цель данной рекомендации состоит в том, чтобы обеспечить такой порядок, при котором

права держателей независимых прав на платеж, в частности назначенных лиц, которые предоставили стоимость, и бенефициаров/лиц, которым была осуществлена передача, имели бы преимущественную силу по отношению к простым получателям прав на поступления, полученные в результате предоставления средств первоначальному бенефициару. В комментарии будет также разъяснено, что их независимые права являются особыми и что им не причиняется ущерба в результате наличия у них каких-либо прав в качестве обеспеченных кредиторов первоначального бенефициара (другими словами, их статус в качестве защищенных держателей независимых прав не должен смешиваться с их побочным статусом в качестве обеспеченных кредиторов). Когда назначенное лицо предоставляет стоимость или получает возмещение от эмитента, оно делает это на основе своих независимых прав на возмещение, а не в качестве приобретателя прав бенефициара.]

25 тер. Ни гарант/эмитент, ни назначенное лицо не обязаны осуществлять платеж любому лицу, иному чем поименованный бенефициар, признанный бенефициар [или совместный бенефициар]/лицо, которому осуществлена передача, назначенное лицо или признанный цессионарий права на поступления, полученные по независимому обязательству.

25 кватер. В законодательстве следует предусмотреть, что, если обеспеченный кредитор получил контроль над правом на поступления, полученные по независимому обязательству, став признанным цессионарием этого права, обеспеченный кредитор имеет право на принудительную реализацию этого признания в отношении гаранта/эмитента или назначенного лица, которые сделали это признание.

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что рекомендации 25 бис, 25 тер и 25 кватер, которые были подготовлены согласно просьбе Рабочей группы (см. A/CN.9/588, пункты 82 и 83) и которые сформулированы на основе текста рекомендации 106 (см. A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2), действительно не касаются вопроса о создании обеспечительных прав (или о силе в отношении третьих сторон, приоритете над конкурирующими требованиями или принудительной реализации). В то же время они включены в настоящий раздел, поскольку рекомендации о правах и обязательствах должника по счету приводятся вслед за рекомендациями, касающимися уступки дебиторской задолженности. Рабочая группа, возможно, пожелает включить эти три положения (и другие аналогичные части текстов, касающиеся прав и обязательств должников по счету, депозитарных банков, лиц, обязавшихся по оборотным инструментам, и эмитентов оборотных документов) в отдельную часть, посвященную правам и обязательствам третьих сторон, несущих обязательства в отношении обремененных активов.]

Сила обеспечительного права в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, в отношении третьих сторон (см. A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, рекомендации 49 и 62)

49. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительному праву в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, придается сила в отношении третьих сторон:

а) если обеспеченный кредитор обладает контролем над правом на поступления, полученные по независимому обязательству; или

б) в автоматическом порядке, без дальнейших действий со стороны будь то лица, предоставившего право, будь то обеспеченного кредитора, если обеспечительное право в дебиторской задолженности, оборотном инструменте или другом обязательстве, подкрепленном независимым обязательством, имеет силу в отношении третьих сторон.

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что рекомендация 49 была пересмотрена на основе той предпосылки, что ни владение независимым обязательством, ни регистрация не должны являться способами придания силы обеспечительному праву в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, в отношении третьих сторон. Владение независимым обязательством (даже если оно воплощено в какой-либо материальной форме) играет лишь весьма ограниченную роль в современной практике использования независимых обязательств. Кроме того, если владение будет включено в настоящее Руководство в качестве одного из способов придания силы в отношении третьих сторон, потребуется включить и сложные правила, касающиеся приоритета и коллизии правовых норм. В то же время следует отметить, что, хотя владение не представляет собой способа придания силы в отношении третьих сторон, на практике владение будет обеспечивать защиту обеспеченному кредитору, когда условия независимого обязательства требуют физического представления независимого обязательства для получения средств по нему. В подобных обстоятельствах бенефициар не сможет на практике получить средства без сотрудничества со стороны обеспеченного кредитора и, таким образом, обеспеченный кредитор сможет принять меры с тем, чтобы гарантировать себе получение платежа (например, обеспеченный кредитор может потребовать от бенефициара получения признания, что обеспечит обеспеченному кредитору контроль до передачи независимого обязательства и разрешения на его представление гаранту/эмитенту или назначенному лицу, осуществившему признание).]

Приоритет обеспечительного права в праве на поступления, полученные по независимому обязательству

62. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля, обладает в отношении конкретного гаранта/эмитента или назначенного лица, согласившихся предоставить стоимость согласно независимому обязательству, приоритетом над правами всех других обеспеченных кредиторов, которые не придали применительно к этому лицу силы своему обеспечительному праву в отношении третьих сторон посредством контроля. Если контроль был получен путем признания и непоследовательные признания были выданы нескольким обеспеченным кредиторам каким-либо лицом, то, что касается этих обеспеченных кредиторов, обеспеченный кредитор, идентифицированный в первом признании, выданном этим лицом, обладает приоритетом.

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что поскольку обычным способом приобретения контроля является

получение признания, то в случае нескольких потенциальных плательщиков (например, эмитента и нескольких назначенных лиц) контроль приобретает только по отношению к конкретному (конкретным) гаранту/эмитенту (гарантам/эмитентам) или назначенному лицу (назначенным лицам), который выдал (которые выдали) признание (признания). Таким образом, в центре внимания правила о приоритете должно стоять конкретное лицо, являющееся плательщиком. Касающиеся владения и регистрации правила о приоритете, которые содержались в предыдущем проекте данной рекомендации (см. A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, рекомендация 49(b) и (c)), были исключены, поскольку согласно пересмотренной рекомендации 49 владение независимым обязательством и регистрация не признаются способами придания силы обеспечительному праву в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, в отношении третьих сторон. Правило о приоритете, касающееся непоследовательных признаний (см. A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, рекомендация 49(a)), было включено во второе предложение пересмотренной рекомендации 62. Базовое правило о приоритете четко устанавливает, что обеспеченный кредитор, обладающий контролем над правом на поступления, полученные по независимому обязательству, имеет приоритет по отношению к обеспеченному кредитору, обеспечительное право которого приобрело силу в отношении третьих сторон в автоматическом порядке.]

Принудительная реализация обеспечительного права в праве на поступления, полученные по независимому обязательству (см. A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, рекомендация 106)

106. В законодательстве следует предусмотреть, что после неисполнения обязательств обеспеченный кредитор, обладающий обеспечительным правом в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, может использовать любое средство защиты, предусмотренное для обеспеченных кредиторов в настоящей главе. Сила обеспечительного права в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, в отношении третьих сторон (приданная будь то в результате контроля, будь то в автоматическом порядке) не является необходимым условием для принудительной реализации этого права. В то же время полномочия на принудительную реализацию в отношении гаранта/эмитента, назначенного лица или бенефициара, иного чем лицо, предоставившее право, обуславливаются рекомендациями 25 бис, 25 тер и 25 кватер.

[Примечание для Рабочей группы: в комментарии будет разъяснено, что обеспеченному кредитору не требуется никакого отдельного акта передачи со стороны лица, предоставившего право, для принудительной реализации обеспечительного права в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, в случае, когда обеспечительное право создается в автоматическом порядке согласно рекомендации 16. В комментарии будет также разъяснено, что любые обязательства гаранта/эмитента или назначенного лица перед обеспеченным кредитором регулируются рекомендациями 25 бис, 25 тер и 25 кватер. Кроме того, в комментарии будет разъяснено, что рекомендация 106 не преследует цели вмешательства в любые договоренности, которые согласованы между лицом, предоставившим право, и обеспеченным кредитором до неисполнения обязательств и в силу которых до неисполнения со стороны лица, предоставившего право, обеспеченный кредитор

получает поступления от взыскания на основании права на поступления, полученные по независимому обязательству.]

Право, применимое к обеспечительным правам в праве на поступления, полученные по независимому обязательству (см. A/CN.9/WG.VI/WP.21/ Add.5, рекомендация 138)

138. В законодательстве следует предусмотреть, что i) права и обязанности гаранта/эмитента или назначенного лица, которые получают просьбу о признании или которые уплатили или могут уплатить или иным образом предоставить стоимость в связи с независимым обязательством, ii) право на принудительную реализацию обеспечительного права в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, в отношении гаранта/эмитента или назначенного лица и iii) [кроме как в той степени, в которой в рекомендации 138 бис предусмотрено иное,] сила в отношении третьих сторон и приоритет по отношению к правам конкурирующих заявителей требований из обеспечительного права в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, регулируются – кроме как в отношении конкретного гаранта/эмитента или назначенного лица – правом государства, определяемым следующим образом:

а) если гарант/эмитент выдал независимое обязательство или назначенное лицо предоставило признание, в котором оговаривается, что оно регулируется правом того или иного государства, то применимым правом является закон оговоренного государства;

б) если применимое право не определено согласно предыдущему пункту, применимым правом является закон государства, в котором расположено отделение или контора гаранта/эмитента или назначенного лица, указанные в независимом обязательстве гаранта/эмитента или назначенного лица. В то же время в случае назначенного лица, которое не выдало независимого обязательства, применимым правом является закон государства, в котором находятся те отделение или контора назначенного лица, которые уплатили или могут уплатить или иным образом предоставить стоимость в связи с независимым обязательством.

[138 бис. В законодательстве следует предусмотреть, что [в той мере, в которой обеспечительное право в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, создано и приобрело силу в отношении третьих сторон в автоматическом порядке согласно рекомендациям 16 и 49,] создание и сила этого обеспечительного права в отношении третьих сторон регулируются правом государства, закон которого регулирует сознание и силу в отношении третьих сторон обеспечительного права в подкрепляемой дебиторской задолженности, оборотном инструменте или ином обязательстве, которое охватывается рассмотрением в настоящем Руководстве в качестве обремененного актива.]

[Примечание для Рабочей группы: в комментарии будет разъяснено, что в рекомендации 138 воспроизводятся коллизионные нормы, применимые в отношении прав и обязательств гарантов/эмитентов и назначенных лиц. Единственным исключением из принципа, закрепляемого в рекомендации 138, является рекомендация 138 бис, которая приводится в квадратных скобках и которая касается ограниченных вопросов создания и силы в отношении

третьих сторон в случаях, когда обеспечительное право возникает, или ему придается сила в отношении третьих сторон, в автоматическом порядке.

Каждый банк (или, иногда, небанковское учреждение), выполняющий одну из этих функций, действует согласно законодательству своего местонахождения, т.е. места, в котором расположено его соответствующее отделение или контора (или согласно избранному им праву, которое, обычно является законом местонахождения его соответствующего отделения или конторы). Соответственно, операции различных соответствующих банков будут регулироваться различными законами и право, избранное в независимом обязательстве, будет регулировать только обязательства конкретного эмитента (см. статью 27 УППГ, 5-116(b) ЕТК и статью 22 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке). В комментарии будет также разъяснено, что цель рекомендации 138 состоит в том, чтобы ясно установить, что просьба о признании или требование платежа (без предварительного признания), представленные заявленным обеспеченным кредитором (или бенефициаром от его имени), должны рассматриваться соответствующим банковским отделением согласно местному праву. В соответствии с рекомендацией 138 все коллизии приоритетов регулируются правом, избранным гарантом/эмитентом или назначенным лицом, или, в отсутствие избранного права, правом местонахождения соответствующего отделения или конторы. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующие вопросы: i) в случае, если банковское отделение производит платеж (или предоставляет стоимость) такому обеспеченному кредитору, то должно ли это же право применяться к спору этого обеспеченного кредитора с третьими сторонами; и ii) в случае, если платеж произведен бенефициару и возникают коллизии в отношениях между третьими сторонами, то следует ли отказаться от применения рекомендации 138 и применять остаточные коллизионные нормы (т.е. рекомендацию 137).

В комментарии будет далее разъяснено, что: i) создание обеспечительного права регулируется общей коллизионной нормой в рекомендации 137 применительно к обеспечительным правам в нематериальном имуществе (за исключением предусматриваемого в рекомендации 138 бис в отношении автоматического создания); и ii) принудительная реализация обеспечительного права регулируется общей коллизионной нормой в рекомендации 148, кроме как в той степени, в которой в рекомендации 138 предусматривается иное.

Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости в рекомендации 138 бис, т.е. вопрос о том, следует ли оставить вопросы создания и силы в отношении третьих сторон обеспечительного права в праве на поступления, полученные по независимому обязательству, на разрешение на основании права, регулирующего обязательство, подкрепленное независимым обязательством (т.е. закона местонахождения лица, предоставившего право, согласно рекомендации 137, за исключением ситуаций, охваченных вторым предложением рекомендаций 137 и 140). В отсутствие рекомендации 138 бис к вопросам создания (в том числе в автоматическом порядке) такого обеспечительного права будет применяться рекомендация 137, тогда как рекомендация 138 (т.е. право, оговоренное в независимом обязательстве или признании, или, в отсутствие такого указания, право местонахождения отделения плательщика) будет применяться к вопросам силы этого права в отношении третьих сторон. Если Рабочая группа примет

решение о необходимости в рекомендации 138 бис, то она, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности сохранения ссылки на автоматическое создание согласно рекомендациям 16 и 49, которая приводится в отдельных квадратных скобках. Сохранение этой ссылки может осложнить применение рекомендации 138 бис в тех случаях, когда государство, закон которого применим согласно этим рекомендациям, не приняло материально-правовых рекомендаций Руководства.]
