



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
16 October 2002*

Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы)

Вторая сессия

Вена, 17–20 декабря 2002 года

Обеспечительные интересы

Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам

Доклад Генерального секретаря

Добавление

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам	1–54	2
III. Основные подходы к обеспечению	1–54	2
A. Общие замечания	1–47	2
1. Введение	1–2	2
2. Способы, традиционно предназначенные для создания обеспечения	3–28	2
a. Обеспечительные права в материальном движимом имуществе	3–23	2
b. Обеспечительные права в нематериальном движимом имуществе	24–28	8
3. Использование правового титула для целей обеспечения	29–42	10
a. Передача правового титула кредитору	30–33	10
b. Удержание правового титула кредитором	34–42	12
4. Единообразное комплексное обеспечение	43–47	14
B. Резюме и рекомендации	48–54	15

* Настоящий документ представляется на две недели позднее, чем требуемые десять недель до начала сессии, в связи с необходимостью учесть итоги проведенных консультаций.



III. Основные подходы к обеспечению

A. Общие замечания

1. Введение

1. В течение определенного периода времени в различных странах был разработан широкий спектр видов практики обеспечения требований кредитора (обычно в отношении денежного платежа) к его должнику. Цель настоящей главы заключается в том, чтобы провести широкий обзор различных основных подходов к предоставлению кредитору действенных способов обеспечения, преимуществ и недостатков каждого подхода для обеих непосредственно затрагиваемых сторон, т.е. для кредитора и должника, а также третьих сторон, и основных принципиальных вариантов для выбора законодателями.

2. В общем смысле вполне возможно провести различие между тремя видами способов, которые используются для целей создания обеспечения. К ним относятся, во-первых, способы, предназначенные для создания обеспечения и прямо называемые обеспечением (см. раздел A.2), во-вторых, использование правового титула (права собственности) для целей обеспечения в сочетании с различными видами договорных механизмов (см. раздел A.3) и, в-третьих, единообразное комплексное обеспечение (см. раздел A.4).

2. Способы, традиционно предназначенные для создания обеспечения

a. Обеспечительные права в материальном движимом имуществе

3. В большинстве стран традиционно проводится различие между вещными обеспечительными правами в материальном движимом имуществе ("материальное имущество"; см. раздел A.2.a) и такими правами в нематериальном движимом имуществе ("нематериальное имущество"; см. раздел A.2.b). Материальный характер какого-либо актива фактически позволяет создавать такие формы обеспечения, которые не могут использоваться в отношении нематериального имущества (см. пункты 8 и 25–26).

4. В рамках категории обеспечительных прав в материальном имуществе в большинстве стран проводится различие на основании того, должны ли обремененные активы быть переданы во владение кредитора (или третьей стороны) и может ли должник (или третья сторона), предоставляющий обеспечение, сохранить владение обремененным имуществом. Первый вариант традиционно называется посессорным обеспечением (см. раздел A.2.a.i), а второй вариант – непосессорным обеспечением (см. раздел A.2.a.ii).

i. Посессорное обеспечение

a) Залог

5. До настоящего времени наиболее общей (а также древней) формой посессорного обеспечения в материальном имуществе является залог. Для действительности залога требуется, чтобы должник (ссылки на "должника" следует понимать как ссылки на "лицо, передавшее право", когда обеспечение

предоставляется третьей стороной в пользу должника) фактически передавал владение обремененным материальным имуществом и чтобы такое имущество было передано либо обеспеченному кредитору, либо третьей стороне по согласованию сторон (например, на склад). Фактический держатель может быть агентом или доверительным собственником, который удерживает обеспечение от имени или, по крайней мере, в интересах кредитора или синдиката кредиторов. Требуемое изъятие имущества из владения должника должно не только происходить в момент создания обеспечительного права, но и должно оставаться в силе в течение срока действия залога; возвращение обремененных активов должнику, как правило, аннулирует залог.

6. Изъятие имущества из владения не всегда требует физического перемещения обремененных активов из помещений должника при условии, что доступ должника к таким активам исключен с помощью других способов. Эта цель может быть достигнута, например, путем передачи ключей от помещений, в которых хранятся обремененные активы, обеспеченному кредитору при условии, что это исключает несанкционированный доступ должника к таким помещениям.

7. Изъятие имущества из владения должника может также быть осуществлено путем доставки обремененных активов третьей стороне или же путем использования активов, которые уже удерживаются такой третьей стороной. Примерами являются товары или сырьевые материалы, хранящиеся на складе или в емкости, принадлежащей третьей стороне. Институциональный (и более дорогостоящий) механизм может предполагать участие независимой компании, занимающейся "складским хранением", которая осуществляет контроль над переданными в залог активами в качестве агента обеспеченного кредитора. Для действенности этого механизма не допускается какой-либо несанкционированный доступ должника к помещениям, в которых хранятся переданные в залог активы. Кроме того, служащие компании, обеспечивающей складское хранение, не должны действовать в интересах должника (если они привлечены из числа служащих должника с учетом их опыта, то они не могут далее работать на должника).

8. В случае активов особого характера, например документов и инструментов (будь то оборотных или нет), которые воплощают права в материальных активах (например, коносаменты или складские квитанции) или в нематериальных активах (например, оборотные документы, облигации или акционерные сертификаты), изъятие из владения осуществляется путем передачи таких документов или инструментов обеспеченному кредитору. Однако в этом контексте не всегда можно с легкостью провести различие между посессорным и непосессорным обеспечением.

9. С учетом изъятия имущества из владения должника посессорный залог сопряжен с тремя важными преимуществами для обеспеченного кредитора. Во-первых, должник не в состоянии отчуждать переданные в залог активы без согласия обеспеченного кредитора. Во-вторых, кредитор не несет риска того, что фактическая стоимость обремененных активов будет уменьшаться вследствие их небрежного хранения и обслуживания должником. В-третьих, если принудительная реализация становится необходимой, то обеспеченный кредитор не вынужден требовать доставки обремененных активов должником и в связи с

этим ему не придется принимать какие-либо меры, тратить свое время, а также нести расходы и соответствующие риски.

10. Посессорное обеспечение также сопряжено с преимуществами для третьих сторон, особенно для других кредиторов должника. Требуемое изъятие активов из владения должника позволяет избежать какого-либо риска создания ложного впечатления о благосостоянии и, кроме того, сводит к минимуму риск мошенничества.

11. С другой стороны, посессорный залог сопряжен с серьезными недостатками. Самым большим недостатком для должника является требуемое изъятие имущества из его владения, что лишает должника возможности пользоваться обремененными активами. Изъятие имущества из владения создает особые трудности в ситуациях, когда владение обремененными активами является необходимым для коммерческих должников, которые нуждаются в этих активах, с тем чтобы генерировать доходы, за счет которых они будут возвращать заем (как, например, в случае, когда речь идет о сырьевых материалах, полуфабрикатах, оборудовании и инвентарных запасах).

12. Для обеспеченного кредитора посессорный залог сопряжен с тем недостатком, что обеспеченный кредитор вынужден хранить, сохранять и обслуживать обремененные активы, если только эту задачу не взяла на себя третья сторона. Если сами обеспеченные кредиторы либо не в состоянии, либо не желают брать на себя выполнение этих задач, то их возложение на третьи стороны повлечет за собой дополнительные расходы, которые прямо или косвенно будет нести должник. Другой недостаток сопряжен с потенциальной ответственностью обеспеченного кредитора, во владении которого находятся обремененные активы (например, залогодержателя, держателя складской квитанции или коносамента), которые могли причинить определенный ущерб. Эта проблема приобретает особенно серьезный характер в случае возникновения ответственности за загрязнение окружающей среды, поскольку зачастую денежные последствия (очистка, ущерб) значительно превышают стоимость обремененного актива, не говоря уже об ущербе репутации и имиджу заимодателя. Лишь в небольшом числе стран законодательство регулирует экологическую ответственность обеспеченных кредиторов, во владении которых находится такое имущество. Законодательство ряда таких стран прямо освобождает обеспеченных кредиторов от ответственности. Законодательство других стран ограничивает такую ответственность на определенных условиях. Когда такое освобождение от ответственности или ее ограничение не предусматривается, то сопряженный с этим риск может быть слишком значительным для заимодателя, когда речь идет о согласии предоставить кредит или, по меньшей мере, потребовать страхования, которое в той степени, в какой оно может быть произведено, существенно увеличит стоимость сделки для должника.

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает определить пределы ответственности обеспеченных кредиторов и создать "безопасные гавани" для кредиторов в связи с их вступлением во владение обремененными активами с целью защиты их обеспечительного права либо в момент принятия посессорного обеспечения, либо в момент принудительной реализации непосессорного обеспечения.]

13. Однако если стороны в состоянии избежать вышеупомянутых недостатков (см. пункты 11–12), то посессорный залог может использоваться успешно. Он может применяться главным образом в двух случаях. Во-первых, когда обремененные активы уже удерживаются третьей стороной, особенно стороной, хранящей активы другого лица на коммерческой основе, или могут быть легко переданы во владение такой третьей стороны. Во-вторых, когда инструменты и документы, воплощающие материальные активы или права в нематериальном имуществе легко могут храниться самим обеспеченным кредитором.

б) Право удержания во владении

14. Статутные права удержания здесь не рассматриваются, поскольку за некоторыми исключениями статутные права не входят в сферу применения настоящего Руководства (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункт 8). Право удержания, созданное по договору, позволяет стороне, партнер которой по договору нарушил договор, воздержаться от исполнения и, в частности, удерживать актив, который согласно условиям договора удерживающая сторона обязана доставить нарушившей стороне. Например, от банка не требуется возвращать ценные бумаги, которые он удерживает для своего клиента, или разрешать снятие средств с банковского счета данного клиента, если этот клиент не исполнил обязательство по возвращению кредита и согласился предоставить банку право удержания. Если такое право удержания подкрепляется действительным полномочием на продажу удерживаемого предмета, то некоторые правовые системы рассматривают такое подкрепленное право удержания в качестве залога, хотя метод его создания отличается от метода создания собственно залога (см. пункты 5–8). И напротив, подкрепленное право удержания может рассматриваться как имеющее некоторые последствия залога. Наиболее важное последствие такого сходства с залогом заключается в том, что кредитор, во владении которого находится имущество, обладает приоритетом в отношении удерживаемых активов, если только на них не распространяется ранее созданное и действительное непосессорное обеспечительное право.

ii. Непосессорное обеспечение

15. Как отмечалось выше (см. пункт 11), посессорный залог материального имущества, которое требуется для производства или продажи (например, оборудование, сырьевые материалы, полуфабрикаты и инвентарные запасы), не является практичным с экономической точки зрения. Такие товары необходимы для предпринимательской деятельности коммерческих должников. Должник, не обладая доступом к таким активам и правом и правомочием на их отчуждение, не будет в состоянии получить доходы, необходимые для возвращения займа. Эта проблема приобретает особенно острый характер для растущего числа коммерческих должников, не имеющих недвижимого имущества, которое может использоваться в качестве обеспечения.

16. Для решения этой проблемы законодательство, особенно в течение последних 50 лет, стало предусматривать возможность создания обеспечения в движимых активах вне узких рамок посессорного залога. Хотя некоторые страны предусмотрели новое обеспечительное право, охватывающее различные механизмы, которые служат целям обеспечения, большинство стран, сохраняя традицию XIX века, но игнорируя более ранний и более либеральный подход,

настаивают на "принципе залога", как на единственном законном методе создания обеспечения в движимых активах. Метод, известный в английском общем праве как "charge" (обременение), являлся в течение некоторого времени единственным подлинным непосессорным обеспечением. В XX веке законодатели и суды осознали настоятельную экономическую необходимость в создании обеспечения без использования посессорного залога и в дополнение к нему.

17. Отдельные страны предпринимали попытки найти соответствующие решения с учетом особых местных нужд и в соответствии с общими основами их правовой системы. В результате были разработаны самые разнообразные решения. Внешним признаком существующего разнообразия является существование разных названий соответствующих институтов, которые иногда разнятся даже в пределах какой-либо одной страны, например: "фиктивное" изъятие имущества из владения должника; непосессорный залог; зарегистрированный залог; *nantissement* (залог без передачи предмета залога кредитору); складское свидетельство; ипотека; "договорная привилегия"; закладная; ипотечный залог движимого имущества и доверительная собственность. Большее значение имеет ограниченная сфера применения используемых подходов. Лишь небольшое число стран приняли общий статут о непосессорном обеспечении (в отношении более комплексного подхода см. раздел А.4). В некоторых странах приняты две совокупности законодательства: одна, касающаяся создания обеспечения для финансирования промышленных предприятий и кустарных мастерских, а другая – создания обеспечения для финансирования сельскохозяйственных предприятий и рыбного промысла. Однако в большинстве стран существует целый ряд статутов, охватывающих только небольшие экономические секторы, такие как приобретение автомобилей или оборудования или же производство кинофильмов.

18. В некоторых странах даже проявляется определенное нежелание допускать создание обеспечительных прав в инвентарных запасах. Иногда это обуславливается предполагаемым несоответствием между обеспечительным правом кредитора и правом и правомочием должника осуществлять продажу, которая необходима для преобразования инвентарных запасов в наличные средства, предназначенные для возвращения обеспеченного займа. Другое возражение заключается в том, что отчуждение инвентарных запасов будет часто приводить к возникновению серьезных конфликтов между множественными цессионариями или множественными обеспеченными кредиторами. Еще одно возможное возражение может обуславливаться политическим выбором в пользу использования инвентарных запасов для удовлетворения требований необеспеченных кредиторов должника (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, пункт 26, примечание).

19. Законодательство, предусматривающее создание непосессорного обеспечения, каким бы разнообразным оно ни было, имеет одну общую особенность, заключающуюся в том, что обычно предусматривается определенная форма публичности обеспечительного права. Цель публичности заключается в устранении ложного впечатления о процветании, которое может возникнуть вследствие того обстоятельства, что обеспечительное право в активах, удерживаемых должником, не носит явного характера

(детальное рассмотрение этого вопроса см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.4, пункты ...). Часто утверждается, что в условиях современной кредитной экономики стороны могут предполагать, что активы могут быть обременены или же на них может распространяться удержание правового титула. Однако такие общие предположения неизбежно увеличат стоимость кредита даже в тех случаях, когда лицо, во владении которого находится имущество, является его собственником и когда данное имущество не обременено (риск, которого можно лишь частично избежать за счет широкого и дорогостоящего поиска соответствующих данных). Кроме того, такие предположения не позволяют в достаточной мере защищать обеспеченного кредитора или других третьих сторон, поскольку они не раскрывают наименование собственника или предыдущего обеспеченного кредитора или же причитающуюся сумму и они не предоставляют информацию об обремененном активе. Кроме того, в условиях такой системы, основывающейся на общих предположениях, не имеется объективной основы для установления в рамках системы приоритетов статуса обеспечительных прав в одних и тех же активах, и таким образом, должники могут и не быть в состоянии использовать полную стоимость своих активов для получения кредита.

20. Как представляется, существует необходимость устранения разрыва между общим экономическим спросом на создание непосессорного обеспечения и зачастую ограниченным доступом к такому обеспечению согласно нынешнему законодательству. Основная цель правовой реформы в области обеспеченных сделок заключается в разработке предложений о совершенствовании режима в области непосессорного обеспечения и в смежной области создания обеспечения в нематериальном имуществе (см. раздел A.2.b).

21. Хотя современные режимы доказали возможность преодоления трудностей, опыт показывает, что законодательство, касающееся непосессорного обеспечения, является более сложным, чем регулирование традиционного посессорного залога. Это обусловливается главным образом следующими четырьмя ключевыми особенностями непосессорных обеспечительных прав. Во-первых, поскольку должник сохраняет владение, он имеет правомочие отчуждать обремененные активы или создавать в них коллидирующее право даже против воли обеспеченного кредитора. Эта ситуация обуславливает необходимость введения правил, касающихся последствий и приоритета такого отчуждения (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7 о приоритете). Во-вторых, обеспеченный кредитор должен добиться того, чтобы сохраняющий владение обремененными активами должник надлежащим образом обращался с такими активами и обеспечивал их страхование и защиту для сохранения их коммерческой стоимости, причем все эти вопросы должны быть урегулированы в соглашении об обеспечении между обеспеченным кредитором и должником (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8 о правах и обязательствах сторон до неисполнения обязательств). В-третьих, если принудительная реализация обеспечения становится необходимой, то обеспеченный кредитор, как правило, предпочтет получить обремененные активы. Однако если должник не желает расставаться с такими активами, то, возможно, придется возбудить судебное производство. В связи с этим, возможно, потребуются предусмотреть надлежащие средства защиты и, вероятно, ускоренное производство (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 о неисполнении обязательств и принудительном их исполнении). В-четвертых, ложному впечатлению о

благополучии должника, которое создается вопреки наличию "тайных" обеспечительных прав в активах, удерживаемых должником, возможно, потребуется противодействовать с помощью различных форм публичности (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.4 о публичности).

22. С учетом общепризнанной экономической необходимости допускать создание непоссessorного обеспечения и основных различий между поссessorным и непоссessorным обеспечением, которые упоминаются выше (см. пункт 21), новое законодательство будет необходимым во многих странах. Для учета этой экономической необходимости и содействия определенности такое законодательство должно быть единообразным, всеобъемлющим и согласованным. Законодательство, которое вводит непоссessorное обеспечение путем установления узких и различающихся исключений из традиционного принципа поссessorного залога, что имеет место в случае некоторых стран, не может достичь такого результата, и его следует пересмотреть.

23. С учетом предыдущих законодательных моделей (см. пункты 16–19) законодатели могут сталкиваться с тремя вариантами. Один из вариантов может заключаться в принятии единообразного законодательства, касающегося и поссessorных, и непоссessorных обеспечительных прав (см. раздел A.4). Это взвешенный подход, использующийся в Межамериканском типовом законе об обеспеченных сделках, принятом в феврале 2002 года. Другой вариант может заключаться в принятии единообразного законодательства, касающегося непоссessorных обеспечительных прав, и установлении режима поссessorных прав в других положениях внутригосударственного законодательства. Еще один вариант может заключаться в принятии специального законодательства, разрешающего создание непоссessorного обеспечения кредитов должникам, занимающимся конкретными видами предпринимательской деятельности. Превалирующая тенденция в современном законодательстве как на национальном, так и на международном уровне заключается в использовании единообразного подхода, по меньшей мере, в том, что касается непоссessorного обеспечения. Избирательный подход, по всей вероятности, приведет к возникновению пробелов, несоответствию и отсутствию открытости, а также к недовольству в тех секторах промышленности, которые могут быть исключены.

в. Обеспечительные права в нематериальном движимом имуществе

24. Нематериальное имущество состоит из большого разнообразия прав (например, право на платеж денежной суммы или исполнение другого договорного обязательства, такого как поставка нефти согласно контракту на производство). Такое имущество включает некоторые относительно новые виды активов (например, несертифицированные ценные бумаги, удерживаемые косвенно через посредника) и права интеллектуальной собственности (т.е. патенты, торговые знаки и авторские права). С учетом резкого увеличения экономического значения нематериального имущества в последние годы неизменно растет спрос на использование этих прав в качестве активов, служащих обеспечением. Нематериальное имущество, такое как дебиторская задолженность и права интеллектуальной собственности, зачастую является частью сделок по финансированию инвентарных запасов или оборудования, и часто основная стоимость обеспечения обуславливается таким нематериальным имуществом. Кроме того, нематериальное имущество может представлять собой

поступления от инвентарных запасов или оборудования. Однако настоящее Руководство не касается ценных бумаг, поскольку они ставят целый спектр вопросов, требующих специального регулирования, и эти вопросы затрагиваются в текстах, которые разрабатывают Международный институт по унификации частного права (МИУЧП) и Гагская конференция по международному частному праву. Аналогичным образом настоящее Руководство не будет касаться вопросов создания обеспечения в правах интеллектуальной собственности вследствие их сложного и специализированного характера. Однако настоящее Руководство затрагивает обеспечение в дебиторской задолженности, т.е. права на истребование денежного платежа и права на истребование исполнения неденежных договорных обязательств, а также обеспечение в других видах нематериального имущества, таких как поступления от материального имущества или дебиторской задолженности.

25. По определению нематериальное имущество не может находиться в (физическом) владении. Тем не менее кодексы большинства так называемых стран "гражданского права" предусматривают возможность создания посессорного залога (см. пункты 5–13), по меньшей мере, в отношении денежных требований. В некоторых кодексах предпринимались попытки создать видимость изъятия имущества из владения путем установления требования о том, чтобы должник передавал любой письменный или иной документ, касающийся переданного в залог требования (например, договор, из которого вытекает данное требование), кредитору. Однако такая передача не является достаточной для того, чтобы представлять собой залог. Напротив, "изъятие имущества из владения" должника обычно (вполне искусственно) во многих странах заменяется требованием о том, чтобы уведомление о залоге направлялось должнику по переданному в залог требованию.

26. В некоторых странах были разработаны методы, позволяющие достигать целей, которые являются сопоставимыми с целями, достигаемыми в результате владения материальным имуществом. Наиболее радикальный метод заключается в полной передаче обремененного права (или обремененной доли такого права) обеспеченному кредитору. Однако это выходит за пределы создания обеспечительного права и равнозначно передаче правового титула (см. раздел A.3.a). В соответствии с более ограниченным подходом правовой титул на обремененные права не затрагивается, однако блокируется право распоряжения должника в тех случаях, когда его реализация не санкционирована обеспеченным кредитором. Этот метод может использоваться тогда, когда какое-либо лицо, иное, чем лицо, обязанное произвести исполнение, при котором создается право обеспеченного кредитора (третья сторона–должник), обладает правомочием распоряжаться обремененным правом. В случае банковского счета, если должник как держатель счета соглашается с блокированием его счета в пользу обеспеченного кредитора, то последний располагает эквивалентом владения материальным движимым имуществом. Это даже в большей степени верно в том случае, если сам банк является обеспеченным кредитором.

27. В современной терминологии такие методы получения "владения" нематериальным имуществом правильно называются "контролем". И все же степень контроля может быть разной. В некоторых случаях контроль является абсолютным и любое отчуждение имущества должником исключено. В других случаях должнику разрешается производить отчуждение определенного

имущества или отчуждение имущества стоимостью до фиксированной максимальной суммы, если обеспеченный кредитор имеет доступ к счету. Контроль может быть условием действительности обеспечительного права (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, пункт ...) или приоритета (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, пункт 12).

28. В контексте усилий по установлению всеобъемлющих режимов в отношении непосessorного обеспечения в материальном имуществе (см. раздел A.2.a) широко распространена интеграция обеспечения в наиболее важных видах нематериального имущества, особенно в дебиторской задолженности, в один и тот же правовой режим. Это обеспечивает согласованность, поскольку продажа инвентарных запасов, как правило, приводит к возникновению дебиторской задолженности и зачастую целесообразно распространить обеспечение, созданное в инвентарных запасах, на полученные поступления. Система публичности, предусматриваемая для обеспечения в материальном имуществе, может также выполнять свои полезные функции (детали см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.4 о публичности) в отношении обеспечения в таком нематериальном имуществе, как дебиторская задолженность. Это может быть сопряжено с дополнительным преимуществом, заключающимся в том, что нет необходимости направлять уведомление должнику о дебиторской задолженности, что в связи с определенными сделками о создании обеспечения, сопряженными с большой совокупностью активов, которые конкретно не идентифицированы, может и не быть практически возможным. Даже в том случае, если направление такого уведомления является практически возможным, в некоторых правовых системах это может и не быть целесообразным (например, с учетом издержек или по причине обеспечения конфиденциальности).

3. Использование правового титула для целей обеспечения

29. В дополнение к способам создания собственно обеспечения (см. раздел A.2) в практике и иногда законодательстве многих стран разработан альтернативный подход к созданию непосessorных обеспечительных прав как в материальных, так и в нематериальных активах, а именно использование правового титула (или права собственности) в качестве обеспечения (*propriété sûreté*). Обеспечение с использованием правового титула может быть создано либо путем передачи правового титула кредитору (см. раздел A.3.a), либо путем удержания кредитором правового титула (см. раздел A.3.b). И передача, и удержание правового титула позволяют кредитору получить непосessorное обеспечение (в отношении экономической необходимости в непосessorном обеспечении и его обоснования см. пункт 15).

а. Передача правового титула кредитору

30. В отсутствие режима непосessorных обеспечительных прав или же в целях заполнения пробелов или устранения препятствий суды и законодатели в некоторых странах прибегают к передаче правового титула на активы обеспеченному кредитору.

31. Существуют две особенности, которые обуславливают привлекательность обеспечительной передачи правового титула для кредиторов в определенных правовых системах. Во-первых, формальные и материально-правовые

требования в отношении передачи правового титула на материальное или нематериальное имущество другому лицу зачастую являются менее жесткими, чем требования в отношении создания обеспечительного права. Во-вторых, в случае принудительной реализации и в случае несостоятельности должника кредитор зачастую находится в лучшем положении как собственник, чем как держатель простого обеспечительного права, особенно в том случае, когда активы собственника, хотя и находятся во владении должника, не входят в состав имущественной массы в деле о несостоятельности, тогда как активы должника, пусть даже обремененные обеспечительным правом кредитора, входят в состав имущественной массы. При этом в других правовых системах не установлено различие между использованием правового титула для целей обеспечения и обеспечительными правами с точки зрения требований в отношении их создания или принудительной реализации.

32. Обеспечительная передача правового титула допускается законодательством в некоторых странах и судебной практикой в других странах. Во многих же других странах, особенно в странах гражданского права, такая передача правового титула рассматривается как нарушение их обычного режима собственно обеспечительных инструментов и по этой причине считается ничтожной. В некоторых странах, хотя и допускается обеспечительная передача правового титула, придерживаются компромиссного подхода путем снижения статуса обеспечительной передачи правового титула до статуса обычного обеспечения, особенно тогда, когда обладающий им кредитор конкурирует с другими кредиторами должника.

33. Законодатели стоят перед выбором двух основополагающих вариантов. Один из вариантов заключается в признании обеспечительной передачи правового титула с установлением (обычно) пониженных требований и с более широкими последствиями полной передачи, что позволяет избежать установления общего режима обеспечительных прав. Другой вариант заключается в признании обеспечительной передачи правового титула, но ограничении либо требований, либо последствий простого обеспечительного права, либо и того, и другого. Первый вариант приводит к усилению положения обеспеченного кредитора (хотя за счет риска увеличения ответственности этого кредитора, см. пункт 12) и ослаблению при этом положения должника и других кредиторов этого должника. Такое решение может иметь смысл в том случае, если обычный обеспечительный режим удерживаемого должником обеспечения недостаточно хорошо разработан. Согласно второму варианту постепенное уменьшение числа преимуществ для обеспеченного кредитора и соответствующих неблагоприятных условий для других сторон является вполне возможным, особенно в том случае, если требования в отношении передачи или ее последствий, или же и того, и другого ограничиваются требованиями, касающимися обеспечительного права. Любой вариант такого решения также может иметь смысл с точки зрения устранения конкретных слабых мест обычного режима непоссessorного обеспечения. Однако, в целом в странах с современным, всеобъемлющим и функционирующим режимом непоссessorного обеспечения нет необходимости разрешать передачу правового титула в качестве способа обеспечения. Кроме того, система единообразного комплексного обеспечения (см. раздел G) включает передачу правового титула, рассматривая такую передачу в качестве обеспечительного права.

b. Удержание правового титула кредитором

34. Вторым способом использования правового титула в качестве обеспечения является договорное удержание правового титула (резервирование права собственности). Продавец или другой заимодатель, предоставляющий денежные средства, которые необходимы для приобретения материальных или даже нематериальных активов, может удерживать правовой титул до полной выплаты покупной цены (простое удержание правового титула или соглашение об УПТ). Такого рода сделка часто называется "финансированием покупной цены" (описание этого понятия и соответствующий пример см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункты 16–19).

35. Существует несколько вариантов соглашений об УПТ, включая положения о "всех денежных средствах" или "текущем счете", согласно которым продавец сохраняет правовой титул до выплаты покупателем всех долгов, а не только долгов, возникающих из конкретного договора купли–продажи, и положения о поступлениях и приращениях, согласно которым правовой титул распространяется на поступления и приращения от активов, в отношении которых продавец сохранил правовой титул. Альтернатива соглашению об удержании правового титула с такими же экономическими результатами обеспечивается путем объединения договора аренды с опционным правом арендатора на приобретение арендованного имущества (за номинальную стоимость), которое может быть реализовано только после выплаты арендатором большей части "покупной цены" с помощью регулярных арендных платежей (соответствующий пример см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункт 20). В некоторых случаях, когда срок аренды охватывает ресурсный срок оборудования, это эквивалентно соглашению об удержании правового титула даже без опционного права выкупа.

36. С экономической точки зрения соглашение об удержании правового титула создает обеспечительное право, которое особенно хорошо адаптировано к нуждам продавцов для обеспечения кредитования покупной цены и по этой причине широко используется ими. Во многих странах кредитование такого ряда получило широкое распространение в качестве альтернативы банковскому финансированию, которое не является финансированием покупной цены и которое получает преференциальный статус с учетом его значения для небольших и средних поставщиков на рынок. В других странах банки также предоставляют на более регулярной основе финансирование покупной цены, например в том случае, когда продавец продает товар банку, а банк продает его покупателю с удержанием правового титула, или когда покупатель производит платеж наличными средствами продавцу за счет займа и передает банку правовой титул в качестве обеспечения этого займа. В таких странах данный источник кредитования и присущее ему конкретное обеспечение пользуются особым вниманием.

37. Вследствие его происхождения в качестве одного из условий договора купли–продажи или аренды многие страны рассматривают соглашение об удержании правового титула как простое квазиобеспечение и по этой причине не распространяют на него действие общих правил, касающихся обеспечения, например требований в отношении формы, публичности или последствий (главным образом приоритета). В отличие от передачи правового титула его удержание кредитором имеет во многих странах привилегированный статус. Это

может оправдываться желанием поддерживать, как правило, небольших и средних поставщиков и содействовать финансированию покупной цены поставщиками в качестве альтернативы банковскому кредитованию, которое не является финансированием покупной цены. Такой привилегированный статус может также оправдываться тем обстоятельством, что продавец, передавая проданный товар без получения платежа, увеличивает совокупность активов должника и нуждается в защите.

38. В отличие от этого ряд стран не признают или даже запрещают положения об удержании правового титула. Другие страны ограничивают сферу применения таких положений, лишая их действительности в отношении определенных активов, особенно инвентарных запасов, исходя из того, что удержание продавцом правового титула является несовместимым с предоставлением продавцом покупателю права и правомочия распоряжаться инвентарными запасами.

39. Можно было бы рассмотреть несколько основополагающих вариантов. Один из вариантов заключается в сохранении особого характера соглашения об удержании правового титула в качестве способа создания обеспечения на основе правового титула. Другой вариант может заключаться в ограничении сферы действия соглашения об удержании правового титула только покупной ценой соответствующего актива при исключении любого другого кредита и/или приобретаемым активом при исключении доходов или приращений. Еще один вариант может предусматривать включение соглашения об удержании правового титула в обычную систему обеспечительных прав. В таком случае можно рассмотреть возможность предоставления продавцу-кредитору определенных преимуществ по основным причинам, которые упоминаются выше (см. пункт 36). Еще один из вариантов может заключаться в придании удержанию правового титула в полной мере и на равной основе статуса любого другого непоссessorного обеспечения.

40. Первые два варианта сохраняют или даже устанавливают специальный режим за пределами всеобъемлющей системы непоссessorных обеспечительных прав. В частности, первый вариант предоставляет продавцу-кредитору широкие привилегии, в результате чего создаются неблагоприятные условия для конкурирующих кредиторов покупателя, особенно в случае принудительной реализации и несостоятельности. Один из технических недостатков подхода, основывающегося на правовом титуле, заключается в том, что он препятствует покупателю использовать приобретенные активы для предоставления другому кредитору обеспечения второго ранга. Еще один недостаток данного подхода заключается в том, что меры по принудительной реализации не могут быть приняты другими кредиторами покупателя без согласия продавца или же их принятие сопряжено со значительными трудностями.

41. Последние два варианта, упомянутые выше (см. пункт 39), в большей мере соответствуют всеобъемлющей системе обеспечительных прав. Эти варианты признают, что продавец, предоставляющий кредит, заслуживает определенного привилегированного статуса, поскольку он передает проданные в кредит товары и поскольку кредитованию покупной цены следует содействовать по экономическим причинам. С другой стороны, в интересах конкурирующих кредиторов эта привилегия ограничивается покупной ценой конкретного актива и проданными товарами как таковыми. В отличие от этого права в поступлениях

или приращениях от приобретенных товаров или суммы, причитающиеся от покупателя–должника, иные, чем суммы, обусловленные конкретным договором купли–продажи с положением об УПТ, не пользуются такой привилегией и на них распространяется действие правил, применимых к обычным обеспечительным правам (например, обладание приоритетом с момента регистрации соответствующей сделки).

42. Преобразование удержания правового титула в обеспечительное право усилило бы положение покупателя–должника, поскольку оно позволило бы ему создать (непосессорное) обеспечительное право второго ранга для обеспечения кредита, предоставляемого другим кредитором. Оно могло бы также улучшить положение других кредиторов покупателя–должника в случае принудительной реализации обремененного актива и в случае несостоятельности должника. Положение поставщика не будет неизбежно ослаблено, поскольку с некоторыми исключениями в принципе только положения о простом УПТ имеют привилегированный статус, и независимо от того, сходно ли удержание правового титула с обеспечительным правом, активы, являющиеся предметом такого удержания, необязательно составляют часть имущества должника (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, пункт 12). Однако поставщику потребуются зарегистрировать свои права (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, пункт 23), а положения о "всех суммах", поступления и приращения будут пользоваться приоритетом только с момента регистрации.

4. Единообразное комплексное обеспечение

43. Идея о едином, единообразном, комплексном обеспечительном праве впервые была выдвинута в Соединенных Штатах Америки в середине XX века в контексте Единообразного торгового кодекса (ЕТК). Единообразный торговый кодекс, являющийся типовым законом, который был принят всеми 50 штатами, устанавливает единое, комплексное обеспечительное право в движимом имуществе. В статье 9 ЕТК унифицируются многочисленные и разнообразные посессорные и непосессорные права в материальном и нематериальном имуществе, включая соглашения о передаче и удержании правового титула, которые были предусмотрены законодательством штатов и общим правом. Эта идея распространилась на Канаду, Новую Зеландию и ряд других стран. Ее реализация рекомендуется в Типовом законе Европейского банка реконструкции и развития. Межамериканский типовой закон об обеспеченных сделках во многих отношениях придерживается аналогичного подхода.

44. С технической точки зрения для создания единообразного и комплексного обеспечительного права могут использоваться два подхода. Согласно одному из подходов названия ранее существовавших способов обеспечения сохраняются и могут использоваться, например (посессорный) залог и передача правового титула. Однако их создание и последствия обуславливаются одним, единым сводом правил. Согласно несколько иному подходу создается новое комплексное обеспечительное право. И все же в конечном счете между данными двумя подходами нет существенного различия.

45. Основная черта широкого подхода заключается в том, что он позволяет объединить правила, касающиеся традиционного посессорного залога, и правила о непосессорном залоге и передаче или удержании правового титула для целей обеспечения. Использование этого подхода приводит к созданию единой и

всеобъемлющей системы обеспечительных прав, гарантирующей согласованный режим различных видов обеспечительных прав. Это сопряжено с преимуществами для должников, обеспеченных кредиторов и третьих сторон, включая управляющего в деле о несостоятельности должника (или несостоятельности лица, передавшего право, если должник и такое лицо являются разными лицами). Кредитор, который рассматривает возможность предоставления обеспеченного займа, не вынужден изучать различные альтернативные способы обеспечения и оценивать их соответствующие предварительные условия и пределы, а также преимущества и недостатки. Соответственно, бремя, которое несут кредиторы должника или управляющий в деле о несостоятельности данного должника, который должен учитывать свои права (и обязанности) в отношении обеспеченного кредитора, уменьшается в том случае, если необходимо изучить только один режим, характеризующийся наличием комплексного обеспечительного права, а не ряд различных режимов. Кроме того, это уменьшит издержки, связанные с созданием обеспечения, и одновременно стоимость обеспеченного кредита.

46. В трансграничных ситуациях признанию обеспечительных прав, созданных в другой правовой системе, также будет оказываться содействие, если правовая система нового местонахождения обремененных активов предусматривает комплексное обеспечительное право. Такая система может с намного большей легкостью признавать широкое разнообразие иностранных обеспечительных прав, будь то узкого или в равной мере всеобъемлющего характера.

47. Данный основополагающий подход не препятствует законодательному органу приспосабливать содержание отдельных положений, с тем чтобы они отражали его конкретную политику. Например, в рамках такой унитарной системы особые интересы (например, обеспечение покупной цены) могут быть учтены с помощью правил приоритета (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, пункты 19–24).

В. Резюме и рекомендации

48. В практике в определенном, хотя и ограниченном, числе случаев посессорный залог успешно функционирует в качестве надежного обеспечительного права (см. пункт 13).

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, чтобы рекомендовать государствам включать в их законодательство об обеспеченных сделках или в их экологическое законодательство правило, освобождающее обеспеченного кредитора от ответственности (или ограничивающее такую ответственность на определенных условиях), которая может возникать из факта получения обеспеченным кредитором владения обремененными активами в случае посессорных залогов. Такое же освобождение от ответственности (или ограничение ответственности) может также применяться к кредиторам, обладающим непосессорным обеспечительным правом, которые стремятся принудительно реализовать свое обеспечительное право в случае неисполнения обязательств, включая случай, когда они участвуют до принудительной реализации в деятельности по проверке, касающейся обремененных активов или

помещения, в котором хранятся обремененные активы. Такое освобождение от ответственности или ее ограничение может относиться только к обеспеченным кредиторам, которые не осуществляли функционального, управленческого или директивного контроля в отношении помещения, в котором находятся обремененные активы.]

49. Право удержания во владении, созданное по соглашению, если оно сопровождается правомочием кредитора на продажу, действует в качестве посессорного залога (см. пункт 14).

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о распространении на такое право удержания действия тех же правил, которые регулируют посессорные залоги, возможно, за исключением, по меньшей мере в некоторых случаях, правил, регулирующих создание таких прав удержания.]

50. Непосессорные обеспечительные права имеют огромное значение для функционирования современного и эффективного режима, регулирующего обеспеченные сделки. Должникам необходимо сохранить владение обремененными активами, а обеспеченным кредиторам необходима защита от коллидирующих требований в случае неисполнения обязательств должником и, в частности, в случае его несостоятельности (см. пункт 15).

51. С учетом возрастающего значения нематериального имущества в качестве обеспечения кредитования и зачастую недостаточных правил, применимых к этому виду обеспечения, было бы целесообразным разработать современный правовой режим в отношении нематериального имущества, особенно дебиторской задолженности (см. пункт 28).

[Примечание для Рабочей группы: для обеспечения согласованности Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, что режим обеспечительных прав в определенных видах нематериального имущества должен быть настолько близким, насколько это возможно, к режиму непосессорного обеспечения в материальном имуществе.]

Рабочая группа может также пожелать обсудить рекомендации, вынесенные в Руководстве в отношении конкретных видов нематериального имущества, например дебиторской задолженности. При обсуждении этого вопроса Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание итоги другой работы ЮНСИТРАЛ и работы других организаций, то обстоятельство, что нематериальное имущество может использоваться в качестве обеспечения в контексте сделок, касающихся обеспечения в материальном имуществе (например, финансирования приобретения инвентарных запасов или оборудования), или может представлять собой поступления от материального имущества, и сложный характер и практическую возможность установления режима обеспечительных интересов в нематериальном имуществе.]

52. Передача правового титула для целей обеспечения не представляется полезной в том случае, если существует действенный и эффективный режим непосессорного обеспечения в материальных и нематериальных активах (см. пункт 33).

53. Если удержание правового титула (или резервирование права собственности) рассматривается как простой способ обеспечения, то продавцу—

кредитору или другому лицу, обеспечивающему выплату покупной цены, следует предоставить специальный приоритет, эквивалентный приоритету держателя правового титула.

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли ограничивать такой специальный приоритет проданным активом и/или невыплаченным остатком его покупной цены (за исключением поступлений и приращений, а также других сумм, причитающихся к получению от должника, см. пункт 40). Рабочая группа может также пожелать рассмотреть вопрос о том, что статус удержания правового титула как эквивалента "обычного" обеспечительного права не должен наносить ущерба его пригодности для использования в других целях (например, налогообложения, бухгалтерского учета и т.д.).]

54. Существуют веские основания для замены режима обеспечительных прав, состоящего из целого ряда конкретных способов обеспечения, общим, комплексным обеспечительным правом (см. пункты 45–47).

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть преимущества и недостатки подхода, используемого в современном законодательстве нескольких стран, которое касается обеспечения и которое устанавливает единообразное комплексное обеспечительное право (см. пункты 43–47).]