



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
31 March 2017
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Пятидесятая сессия
Вена, 3-21 июля 2017 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	4
Статья 86. Обеспечительные права в нематериальных активах	6
Статья 87. Обеспечительные права в дебиторской задолженности, связанной с недвижимым имуществом.	6
Статья 88. Реализация обеспечительных прав	6
Статья 89. Обеспечительные права в поступлениях	7
Статья 90. Значение понятия «местонахождение» праводателя	8
Статья 91. Соответствующий момент для определения местонахождения.	8
Статья 92. Исключение обратной отсылки.	9
Статья 93. Императивные нормы, имеющие преимущественную силу, и публичный порядок (ordre public)	10
Статья 94. Последствия открытия производства по делу о несостоятельности для права, применимого к обеспечительному праву	11
Статья 95. Неунитарные государства.	11



В.	Правила, касающиеся конкретных активов	12
	Статья 96. Права и обязательства в отношениях между третьими сторонами, принявшими на себя обязательства, и обеспеченными кредиторами. . .	12
	Статья 97. Обеспечительные права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет	13
	Статья 98. Придание обеспечительному праву в определенных видах активов силы в отношении третьих сторон посредством регистрации	14
	Статья 99. Обеспечительные права в интеллектуальной собственности	15
	Статья 100. Обеспечительные права в неопосредованно удерживаемых ценных бумагах	16
Глава IX.	Переходный период	18
	Введение	18
	Статья 101. Изменение и аннулирование других законов	18
	Статья 102. Общая применимость настоящего Закона.	19
	Статья 103. Применимость прежнего законодательства к вопросам, которые являются предметом разбирательства, открытого до вступления настоящего Закона в силу	20
	Статья 104. Применимость прежнего законодательства к созданию прежнего обеспечительного права.	21
	Статья 105. Правила для определения силы прежнего обеспечительного права в отношении третьих сторон в переходный период	21
	Статья 106. Применение прежнего законодательства к приоритету прежнего обеспечительного права в отношении прав конкурирующих заявителей требований, возникающих согласно прежнему законодательству	23
	Статья 107. Вступление настоящего Закона в силу	24

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 именуется 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.

2. Необходимо отметить, что в случае судебного разбирательства в каком-либо государстве суд или иной орган этого государства обычно будет применять: а) материально-правовые нормы своей собственной правовой системы для квалификации сделки (например, является ли это обеспеченной сделкой в строгом смысле или же иной сделкой, такой как продажа с удержанием правового титула) в целях выбора соответствующей нормы коллизионного права; б) нормы коллизионного права своей собственной правовой системы для определения права государства, применимого к существу спора; и с) материально-правовые нормы государства, законодательство которого является применимым в соответствии с нормами коллизионного права государства суда (в отношении более подробного обсуждения роли норм коллизионного права см. Руководство по обеспеченным сделкам, глава X, пункты 1-13). Например, если государство принимает Типовой закон, и суд этого государства квалифицирует ту или иную сделку как обеспеченную в соответствии с Типовым законом, то он будет применять правила, содержащиеся в главе VIII, для определения того, материально-правовые нормы какого государства должны применяться, а затем будет применять эти нормы.

3. Применение норм коллизионного права, изложенных в главе VIII, в том или ином конкретном случае не должно обуславливаться принятым ранее определением о том, что конкретное дело сопряжено с каким-либо международным элементом. Так, если 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, приведенную в данной главе, 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.

4. За исключением статьи 84, нормы коллизионного права, приведенные в данной главе, являются императивными (см. статью 3, пункт 1). Так, право, применимое к созданию, силе в отношении третьих сторон, приоритету и реализации обеспечительного права, а также к силе обеспечительного права в отношении третьей стороны, принявшей на себя обязательства, не может выбираться сторонами на основании оговорки о выборе права. Дело обстоит таким образом потому, что обеспечительные права являются имущественными (*in rem*) правами и, соответственно, затрагивают третьи стороны (см. статью 3, пункт 2). 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 своих соответствующих обеспечительных прав. Статья 84, наоборот, прямо предусматривает возможность выбора сторонами применимого права. Это объясняется тем, что статья 84 затрагивает только взаимные права и обязательства праводателя и обеспеченного кредитора, вытекающие из их соглашения об обеспечении, и, соответственно, не влияет на права третьих сторон.

А. Общие правила

Статья 84. Взаимные права и обязательства праводателя и обеспеченного кредитора

5. Статья 84 основана на рекомендации 216 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункт 61). В соответствии с подходом, принятым в таких международных текстах, как Гаагские принципы, касающиеся выбора права в международных коммерческих договорах («Гаагские принципы»), в статье 84 говорится, что правом, применимым к взаимным правам и обязательствам праводателя и обеспеченного кредитора, вытекающим из их соглашения об обеспечении, является право, определенное по их выбору (с учетом только ограничений, изложенных в статье 93). Как уже упоминалось (см. пункт 4 выше), вопросы, касающиеся имущественных аспектов обеспеченных сделок, выходят за рамки статьи 84. Стороны не могут выбирать право, которое должно регулировать эти вопросы. Другие вопросы, такие как способность сторон выбирать различные правовые нормы для регулирования различных аспектов их договорных отношений или изменять свой выбор права, оставлены для урегулирования на основании других норм коллизионного права принимающего Типовой закон государства (см., например, статью 2 (2) и (3) Гаагских принципов).

6. В случае отсутствия права, выбранного сторонами, статья 84 отсылает к праву, регулирующему соглашение об обеспечении, как это определяется нормами коллизионного права, применимыми в целом к договорным обязательствам. Этим правом, например, может быть законодательство государства: а) которое наиболее тесно связано с соглашением об обеспечении (например, государство, в котором заключено и исполняется соглашение об обеспечении и в котором находятся обе стороны); б) в котором должно осуществляться характерное исполнение договора (например, поставка товара в рамках договора купли-продажи или предоставление кредита в рамках кредитного соглашения); или с) в котором заключено соглашение об обеспечении.

Статья 85. Обеспечительные права в материальных активах

7. Статья 85 основана на рекомендациях 203-207 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 28-38). Эта статья касается права, применимого к созданию, силе в отношении третьих сторон и приоритету обеспечительного права в материальных активах (в отношении права, применимого к реализации такого обеспечительного права, см. статью 88, подпункт (а)). Термин «материальные активы» определяется таким образом, чтобы охватывать в целом все виды материальных движимых активов и включать 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).

8. 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*»; в отношении значения термина «местонахождение» см. статью 90; в отношении соответствующего момента для определения местонахождения см. статью 91). Правило *lex situs* в отношении материальных активов обуславливается пятью исключениями, которые изложены в пунктах 2-4 статьи 85 и в статьях 98 и 100.

9. 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 активах, охватываемых этим документом, будет определяться правом государства, в котором находится документ, а не правом государства, в котором находятся активы, охватываемые этим документом (см. пункт 2 статьи 85). 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».

10. 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). Это исключение относится к обычному использованию активов этого типа и не касается их фактического использования. Например, когда автотранспортное средство в ходе его обычного использования пересекает национальные границы, это правило будет применяться к конкретному автотранспортному средству, даже если оно фактически эксплуатируется только в одном единственном государстве.

11. 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 (например, в течение 45-60 дней после предполагаемого создания обеспечительного права, для того чтобы предусмотреть достаточный срок для достижения активом места своего назначения). Следует отметить, что а) если активы не достигли предполагаемого места назначения в указанный срок, 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 наделенное силой в отношении третьих сторон в государстве конечного назначения активов, зависит от права, применимого на основании норм коллизионного права этого государства.

12. Четвертое исключение предусмотрено в статье 98 и является исключением лишь частично. Оно относится только к приданию обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон путем регистрации в определенных видах материальных и нематериальных активов. Однако это не меняет право, применимое к другим вопросам в соответствии с основным правилом, сформулированным в статье 85; например, вопросы приоритета по отношению к конкури-

рующим заявителям требований будут по-прежнему решаться на основании законодательства государства, в котором находятся активы (см. пункты 44 и 45 ниже).

13. Пятое исключение содержится в статье 100. Оно предусматривает решение вопросов, связанных с обеспечительным правом в сертифицированных ценных бумагах, на основании иного права, нежели законодательство государства, в котором находится сертификат (см. пункты 49-58 ниже).

Статья 86. Обеспечительные права в нематериальных активах

14. 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. 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.

15. 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) и в несертифицированных неопосредованно удерживаемых ценных бумагах (см. статью 100).

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

16. 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. Вместе с тем статья 87 применяется только в том случае, если право конкурирующего заявителя требования должно подлежать регистрации (но не обязательно должно быть зарегистрированным) в соответствующем реестре недвижимого имущества. Это означает, что, для того чтобы то или иное лицо могло определить право, применимое к приоритету его обеспечительного права в такой ситуации, ему необходимо выяснить, возникла ли дебиторская задолженность в результате продажи или аренды недвижимого имущества или обеспечена ли она таким имуществом. Даже если это лицо не выяснит этого, применимым правом все равно будет право, предусмотренное в статье 87.

Статья 88. Реализация обеспечительных прав

17. 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 активы в момент начала процесса реализации права. Правило, изложенное в подпункте (а), оговорено одним исключением. Вопрос реализации обеспечительного права в сертифицированных неопосредованно удерживаемых ценных бумагах регулируется правом, указанным в статье 100 (которая применяется как к сертифицированным, так и несертифицированным ценным бумагам).

18. 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 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 находятся соответствующие активы в момент принятия первых мер по реализации обеспечительного права.

19. Согласно подпункту (b) правом, применимым к реализации обеспечительного права в нематериальных активах (за исключением права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, права в интеллектуальной собственности и несертифицированных неопосредованно удерживаемых ценных бумагах; см. статьи 97, 99 и 100), является право государства, законодательство которого регулирует приоритет обеспечительного права (см. статью 86). Основное преимущество такого подхода заключается в том, что вопросы создания, силы в отношении третьих сторон, приоритета и реализации обеспечительного права в нематериальных активах 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

20. Статья 89 основана на рекомендации 215 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 55-60). Эта статья предусматривает решение вопросов создания обеспечительного права в поступлениях на основании права того государства, законодательство которого регулирует создание обеспечительного права в первоначально обремененных активах, а вопросов силы в отношении третьих сторон и приоритета обеспечительного права в поступлениях – на основании права того государства, законодательство которого регулирует эти вопросы в случае обеспечительного права в первоначально обремененных активах того же вида, что и поступления. Нижеследующий пример показывает, каким образом функционирует статья 89. Первоначально обремененными активами являются инвентарные запасы, находящиеся в государстве А. Впоследствии инвентарные запасы продаются, а покупная цена выплачивается путем перевода средств на банковский счет в депозитном учреждении в государстве В. 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 инвентарных запасов, будет право местонахождения инвентарных запасов в момент создания обеспечительного права в инвентарных запасах (см. статью 91, пункт 1(a)). Согласно пункту 2 правом, применимым к силе в отношении третьих сторон и приоритету обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, в качестве поступлений, будет являться право, применимое к обеспечительному праву в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, в качестве первоначально обремененных активов (см. статью 97).

21. Следует отметить, что подобное двойное правило может вызывать трудности в тех случаях, когда право, регулирующее создание, признает широкое право в поступлениях (включая, например, гражданские и естественные плоды; см. статью 2, подпункт (bb)), в то время как право, регулирующее придание силы в отношении третьих сторон и приоритет, признает более узкое право в поступлениях. Следует также отметить, что статья 89 касается только права,

применимого к поступлениям, полученным от первоначально обремененных активов в результате их реализации праводателем или другого события до факта реализации обеспечительного права. Что касается статьи 88, то в ней рассматривается право, применимое к распределению поступлений, полученных от реализации обремененных активов в рамках процедуры реализации обеспечительного права после факта неисполнения.

Статья 90. Значение понятия «местонахождение» праводателя

22. Статья 90 основана на рекомендации 219 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 73 и 74). В этой статье предусматривается, что: а) если у праводателя есть коммерческое предприятие, то он находится в том государстве, в котором расположено его коммерческое предприятие; б) если коммерческие предприятия праводателя находятся более чем в одном государстве, то он находится в том государстве, в котором осуществляется центральное управление праводателя; и с) если у праводателя нет коммерческого предприятия, то он находится в том государстве, в котором расположено его обычное местожительство. Под термином «коммерческое предприятие» понимается место, в котором праводатель осуществляет деятельность (и не обязательно коммерческую деятельность). Так, юридическое лицо, которое не осуществляет какой-либо коммерческой деятельности (например, фонд), находится в государстве, в котором оно осуществляет свою деятельность. Следует отметить, что если обычное местожительство физического лица находится в одном государстве, а коммерческое предприятие – в другом государстве, то это физическое лицо находится в этом последнем государстве, даже если сделка, в связи с которой создается обеспечительное право, совершается в личных, семейных или домашних целях, не связанных с коммерческой деятельностью этого лица.

23. Следует также 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 законодательству 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, собственно говоря, довольно легко определить и которое, вероятнее всего, будет правом государства, в котором будет проводиться основное производство по делу о несостоятельности праводателя (поскольку производство по делу о несостоятельности, как правило, ведется согласно праву государства, в котором находится центр основных интересов несостоятельного лица, и это государство обычно считается государством, в котором находится центральное управление этого лица). 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

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

25. В пункте 1 устанавливается, что создание обеспечительного права по-прежнему регулируется законодательством местонахождения активов или праводателя в момент создания обеспечительного права, даже если впоследствии местонахождение изменилось. Это означает, что если обеспечительное право было в действительном порядке создано в соответствии с законодательством государства А, когда там находились активы или праводатель, то право государства А будет по-прежнему применяться и в результате обеспечительное право будет по-прежнему считаться реально созданным даже после перемещения активов или праводателя в государство В, независимо от того, были ли выполнены требования законодательства государства В в отношении создания права или нет. Однако применительно к вопросам силы в отношении третьих сторон и приоритета в пункте 1 (b) предусматривается, что применимым правом будет право местонахождения активов или праводателя «в момент возникновения соответствующего вопроса». Речь идет о моменте возникновения события, которое привело к необходимости выяснения, какое право будет применяться к определению силы в отношении третьих сторон или приоритета.

26. Например, если в государстве В открывается производство по делу о несостоятельности в отношении праводателя, который в момент создания обеспечительного права в дебиторской задолженности находится в государстве А, то правом, применимым к силе обеспечительного права, будет право государства В, если в момент открытия производства по делу о несостоятельности праводатель находится в государстве В (см. статью 86). 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. Вопрос о соответствующем приоритете обеспеченного кредитора и кредитора, действующего на основании судебного решения, возникает в момент наложения ареста (который 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.

27. Пункт 2 представляет собой исключение из общих правил, содержащихся в пункте 1. В случае возникновения спора в отношении приоритета между обеспечительным правом, которое было создано и которому была придана сила в отношении третьих сторон, и правами всех конкурирующих заявителей требований, которые были созданы и которым была придана сила в отношении третьих сторон в государстве первоначального местонахождения, спор в отношении приоритета будет разрешаться согласно праву этого государства (государство А в приведенном примере).

Статья 92. Исключение обратной отсылки

28. Статья 92 основана на рекомендации 221 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункт 14). Цель этой статьи состоит в том, чтобы исключить применение 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), то это законодательство будет включать нормы международного частного права государства В. В то же время согласно нормам коллизионного права государства В решение этого вопроса может 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 государ-

ства С (а не права государства В). Однако это может создать замкнутый круг, породить 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*)

29. 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. В соответствии с пунктами 1 и 3 рассматриваемому делу суду не запрещено применять имеющие преимущественную силу императивные нормы законодательства государства суда, и он может исключить применение положений права, применимого согласно положениям данной главы, если они явно противоречат основополагающим принципам публичного порядка государства суда.

30. 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 данной главы (государства В), не предусматривает такого имеющего обязательную юридическую силу запрета. В этом 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 запрета. Точно так же, даже если в государстве В в момент создания обеспечительного права в «культурных ценностях» не существует установленного законом запрета, рассматривающий дело суд (государства А) может не принимать в расчет положение законодательства государства В, разрешающее создание обеспечительного права в культурных ценностях, как явно противоречащее публичному порядку государства А.

31. В соответствии с пунктами 2 и 4 рассматривающий дело суд (если разрешено делать это в соответствии с его законодательством) может отказаться признать и реализовать обеспечительное право, созданное в действительном порядке и получившее силу в отношении третьих сторон 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, юридическая компания, расположенная в государстве суда (государстве А), возможно, пожелает 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.

32. 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 от третейского суда может потребоваться принять во внимание соображения публичного порядка и имеющие преимущественную силу императивные положения иного государства, чем государство, право которого является применимым (например, государства, в котором осуществляется арбитражное разбирательство, или государства, в ко-

тором, скорее всего, будет приводиться в исполнение любое арбитражное решение). Пункт 5 также 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).

33. 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

34. Статья 94 основана на рекомендации 223 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 80-82). Эта статья предусматривает, 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, режим обеспеченных кредиторов, порядок очередности требований и распределение поступлений (см. рекомендацию 31 Руководства по вопросам несостоятельности).

Статья 95. Неунитарные государства

35. 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 другим 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 в принципе право территориальной единицы А (см. статьи 86 и 90).

36. 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, бу-

дуг 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 (а) и (b) также применяются в тех случаях, когда государство суда – это государство, право которого применяется в соответствии с положениями данной главы.

37. Таким образом, подпункт (b) представляет собой отход от общего правила, касающегося исключения обратной отсылки (см. статью 92). Цель такого отступления 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. В результате отход от правила, касающегося исключения применения обратной отсылки, ограничивается внутренней обратной отсылкой, а это не должно существенно влиять на определенность относительно применимого права (см. Руководство по обеспеченным сделкам, глава X, пункт 85).

38. В результате в тех случаях, например, когда в нормах коллизионного права данной главы есть ссылка на право местонахождения активов или праводателя, суд, рассматривающий соответствующее дело, обязан согласно положениям данной главы ознакомиться с внутренними нормами коллизионного права, действующими в территориальной единице местонахождения праводателя или обремененных активов. 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 (а).

В. Правила, касающиеся конкретных активов

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

39. Статья 96 основана на рекомендации 217 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу X, пункты 62 и 63) и статье 29 Конвенция об уступке. Статья 96 преследует две цели. Во-первых, нормы коллизионного права, касающиеся права, применимого к силе 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 оборотному инструменту, или эмитентом документа; это же право также применяется к решению вопроса о том, может ли любое из последних указанных лиц утверждать, что его соглашение с праводателем запрещает или ограничивает право праводателя на со-

здание 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 покупателем/должником по дебиторской задолженности для регулирования договора купли-продажи.

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

40. 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 статья 97 представляет собой отход 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.

41. Согласно варианту А применимым правом является право государства местонахождения отделения (или филиала) депозитного учреждения, которое обслуживает соответствующий банковский счет. Следует отметить, что отделение (или филиал) депозитного учреждения можно рассматривать как находящееся в какой-либо конкретной юрисдикционной 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 юрисдикционной системе, для того чтобы соответствующие регулирующие органы разрешили ему обслуживать банковские счета в этой юрисдикционной системе. При таком подходе уровень определенности и прозрачности в отношении применимого права будет более высоким, поскольку местонахождение соответствующего отделения можно легко определить по двусторонним отношениям между депозитным учреждением и его клиентом. Кроме того, такой подход будет отражать нормальные ожидания сторон в отношении текущих банковских операций. В то же время такой подход приведет к тому, что на обеспечительные права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, будет распространяться тот же режим, что и на вопросы регулирования (см. Руководство по обеспеченным сделкам, глава X, пункт 49).

42. 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. В соответствии с этим подходом применимое право будет отвечать ожиданиям сторон соглашения о счете. У потенциального ссудодателя появится возможность определить право, предусмотренное в соглашении о счете, поскольку праводатель (держатель счета) обычно предоставляет информацию относительно соглашения о счете для получения кредита у ссудодателя исходя из наличия средств на счете (см. Руководство по обеспеченным сделкам, глава X, пункт 50). Для того чтобы иметь силу для целей коллизионного права, такое указание должно также содержать ссылку на право государства, в котором депозитное учреждение регулярно осуществляет свою коммерческую деятельность, связанную с ведением банковских счетов. Следует отметить, что государство, право которого указано таким образом, может быть иным, нежели государство, в котором ведется банковский счет праводателя.

43. 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 Гаагской конвенции о ценных бумагах, и которые принимающее Типовой закон государство, возможно, пожелает включить в эту статью, если оно решит принять вариант В статьи 97. Например, принимающее Типовой закон государство, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении следующего текста в качестве пункта 3 варианта В: «Если применимое право не определено в соответствии с пунктом 1 или 2, то применимое право определяется в соответствии со следующими правилами: а) если это прямо и однозначно указано в письменном соглашении о банковском счете, которое соответствующее депозитное учреждение заключило через конкретное отделение, то применимым правом является право государства, в котором находится это отделение; б) если применимое право не определено в соответствии с подпунктом (а), то применимым правом является право государства, в соответствии с законодательством которого было зарегистрировано в качестве юридического лица или иным образом организовано соответствующее депозитное учреждение в момент заключения письменного соглашения о банковском счете или – если такое соглашение отсутствует – в момент открытия банковского счета; в) если применимое право не определено ни в соответствии с подпунктом (а), ни в соответствии с подпунктом (б), то применимым правом является право государства, в котором соответствующее депозитное учреждение осуществляет свои коммерческие операции или – если соответствующее депозитное учреждение осуществляет свои коммерческие операции более чем в одном месте – в котором оно осуществляет свои основные коммерческие операции в момент заключения письменного соглашения о банковском счете или – если такое соглашение отсутствует – в момент открытия банковского счета».

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

44. 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 неопосредованно удерживаемых ценных бумагах (однако статья 98 не применяется к несертифицированным неопосредованно удерживаемым ценным бумагам). 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.

45. 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 ин-

струмента (см. статью 46, пункт 1), если обеспеченный кредитор стал держателем счета в случае права на выплату средств, зачисленных на банковский счет (см. статью 47, пункт 1), или если он вступил во владение в случае оборотного документа или сертифицированных неопосредованно удерживаемых ценных бумаг (см. статью 49, пункт 1, и статью 51, пункт 1, соответственно). В то же время обеспечительное право будет иметь приоритет над правом: а) управляющего в деле о несостоятельности праводателя или общей массы кредиторов (с учетом требований действующего законодательства о несостоятельности, см. статьи 35 и 36); и b) кредиторов, действующих на основании судебного решения, если регистрация имела место до того, как такой кредитор принял необходимые меры для приобретения права в обремененных активах (см. статью 37, пункт 1).

Статья 99. Обеспечительные права в интеллектуальной собственности

46. 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 и получившим силу в отношении третьих сторон, а также обладающим приоритетом по отношению к правам конкурирующих заявителей требований. Следует отметить, что даже в отношении интеллектуальной собственности, защита которой обеспечивается на основании международной конвенции, *lex protectionis* – это законодательство государства – участника конвенции, на основании которой обеспечивается защита интеллектуальной собственности. Например, для тех видов интеллектуальной собственности, которые подлежат регистрации в национальных, региональных или международных реестрах интеллектуальной собственности (например, патенты и товарные знаки), *lex protectionis* – это законодательство (включая нормы, принятые региональными или международными организациями) того государства, под надзором которого ведется соответствующий реестр (см. Дополнение об интеллектуальной собственности, пункт 297). Следует также отметить, что обеспечительное право может быть создано в интеллектуальной собственности или правах по лицензионному соглашению (например, право лицензиара на лицензионные платежи или право лицензиата на использование лицензионной продукции; см. Дополнение об интеллектуальной собственности, пункты 89-112).

47. 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 обеспечительное право в портфеле прав интеллектуальной собственности, защита которых обеспечивается на основании законодательства различных государств, может быть создано и приобрести силу в отношении третьих сторон в рамках одного права. Не менее важное преимущество пункта 2 заключается и 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 установленные во всех государствах, в которых обеспечивается защита интеллектуальной собственности, не были выполнены.

48. Пункт 3 относит вопросы реализации обеспечительных 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 в момент начала процесса реализации права (см. статью 88). Следует отметить, что вопрос реализации обеспечительного права в отношении иных лиц, нежели праводатель (например, лицензиара интеллектуальной собственности, если праводатель является лицензиатом), выходит за рамки применения данной статьи.

Статья 100. Обеспечительные права в неопосредованно удерживаемых ценных бумагах

49. Статья 100 устанавливает одну общую коллизионную норму для обеспечительных прав в инвестиционных ценных бумагах, а другую – для обеспечительных прав в долговых ценных бумагах без проведения различия между сертифицированными и несертифицированными или между продающимися и не продающимися на бирже ценными бумагами. Обе эти нормы относят решение всех вопросов (т.е. создание, сила в отношении третьих сторон, приоритет, реализация обеспечительного права и сила этого права в отношении эмитента) к сфере одного права. Такой подход обеспечивает большую определенность при определении применимого права.

50. В отношении неопосредованно удерживаемых инвестиционных ценных бумаг в пункте 1 указывается в качестве права, применимого ко всем вопросам, на право, в соответствии с которым учрежден эмитент. 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 ответственностью во многих государствах), инвестиционные ценные бумаги означают права лиц (например, партнеров), которые имеют право на получение при ликвидации этой структуры остаточной стоимости ее активов после погашения ее обязательств.

51. Право, регулирующее учреждение эмитента, – это законодательство, в соответствии с которым оно было создано. В случае корпорации установить это сравнительно легко: это законодательный акт, согласно которому она была зарегистрирована в качестве юридического лица. В случае товарищества – это 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, регулирующим обеспеченные сделки, – закон территориальной единицы. Однако при применении по аналогии 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.

52. В отношении неопосредованно удерживаемых долговых ценных бумаг пункт 2 предусматривает применение права, регулирующего ценные бумаги, ко всем вопросам. Законодательство, регулирующее долговые ценные бумаги, является правом, выбранным сторонами в качестве права, регулирующего их договорные права и обязательства, возникающие в связи с этими ценными бумагами. В отсутствие такого выбора права (что бывает крайне редко в случае долговых ценных бумаг) соответствующий суд определит применимое право в со-

ответствии 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 для урегулирования на основании норм коллизионного права государства суда, касающихся договорных обязательств.

53. 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 и долговые обязательства в той мере, в которой они подпадают под определение ценных бумаг, содержащееся в подпункте (hh) статьи 2.

54. При проведении различия между инвестиционными и долговыми ценными бумагами следует исходить из их квалификации на основании корпоративного или предпринимательского законодательства, а не на основании норм бухгалтерского учета или других норм. Так, привилегированные акции (т.е. акции, которые дают их держателю право на получение фиксированных дивидендов, выплата которых имеет приоритет перед выплатой дивидендов по обыкновенным акциям) следует считать инвестиционными ценными бумагами, если они так рассматриваются в соответствии с корпоративным или предпринимательским законодательством государства эмитента, даже если согласно нормам бухгалтерского учета или другим нормам они квалифицируются как обязательства. Точно так же субординированные долговые ценные бумаги (например, задолженность, подлежащая погашению только после удовлетворения обязательств перед определенными кредиторами) считаются долговыми ценными бумагами, если они так рассматриваются в соответствии с корпоративным или предпринимательским законодательством государства эмитента, даже если согласно нормам бухгалтерского учета либо регулирующим или иным нормам они считаются инвестиционными ценными бумагами.

55. В связи с концепцией «долговых ценных бумаг» возникает два следующих вопроса: а) квалификация конвертируемых долговых ценных бумаг; и б) последствия такой квалификации для права, примененного 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.

56. 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.

57. Следствием изменения права, регуливающего 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 неопосредованно удерживаемых ценных бумаг, а статья 91 касается только ситуации, когда связующим фактором является местонахождение активов 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.

58. Что касается сертифицированных инвестиционных или долговых неопосредованно удерживаемых ценных бумаг, то 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 неопосредованно 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 44 и 45 выше).

Глава IX. Переходный период

Введение

59. При принятии любого нового законодательства необходимы справедливые и действенные переходные правила (см. Руководство по обеспеченным сделкам, глава XI, пункты 1-3). Именно в этом и состоит цель данной главы. Во-первых, в ней предусматривается, что законодательство, которое ранее регулировало права, подпадающие под действие нового законодательства («прежнее законодательство»; см. статью 102, пункт 1 (а)), должно быть аннулировано (см. статью 101). Во-вторых, в ней предусматривается общее применение нового законодательства ко всем обеспечительным правам (см. статью 102, пункт 2), включая существующие обеспечительные права, которые были созданы на основании соглашения об обеспечении, заключенного в то время, когда прежнее законодательство еще оставалось в силе («прежние обеспечительные права»; см. статью 102, пункт 1 (b)), но продолжают существовать – возможно, в течение длительного периода времени – после вступления в силу нового законодательства об обеспеченных сделках («новое законодательство»). В-третьих, в ней предусматривается возможность дальнейшего применения прежнего законодательства в исключительных обстоятельствах, когда это не затрагивает права новых третьих сторон (см. статьи 103-105). В-четвертых, в ней предусматривается переходный период для держателей прежних обеспечительных прав для соблюдения требований нового законодательства, касающихся силы в отношении третьих сторон (см. статью 106). Наконец, в ней устанавливается дата вступления в силу нового законодательства (см. статью 107).

Статья 101. Изменение и аннулирование других законов

60. Типовой закон служит всеобъемлющей правовой основой для регулирования обеспечительных прав в тех видах активов, которые подпадают под действие статьи 1, заменяя, а не просто дополняя прежнее законодательство. Соответственно, пункт 1 требует от принимающего Типовой закон государства указать законы, которые будут аннулированы после вступления в силу нового законодательства согласно статье 107. То, каким образом будет осуществляться аннулирование, будет зависеть от формы прежнего законодательства. В тех случаях, когда прежнее законодательство представляет собой самостоятельный законодательный акт или сочетание таких актов, они могут быть полностью аннулированы. Если прежнее законодательство является частью законодательных актов, которые затрагивают и другие вопросы, то принимающее Типовой закон государство должно указать, какие положения следует сохранить или из-

менить. Если все прежнее законодательство или какая-либо его часть основывается на судебных заключениях или решениях (как может быть, например, в случае некоторых систем общего права), то результатом принятия нового законодательства об обеспеченных сделках обычно будет лишение прежнего прецедентного права преимущественной силы и при этом принимающему Типовой закон государству не нужно будет принимать какие-либо прямые меры по аннулированию других законов.

61. Законодательство об обеспеченных сделках взаимосвязано со многими другими областями права, такими как, например, гражданско-процессуальное законодательство, законодательство о приведении в исполнение судебных решений, законодательство о несостоятельности, имущественное и налоговое законодательство. В этих других законодательных актах могут быть положения, которые содержат ссылки на прежнее законодательство принимающего Типовой закон государства или которые основаны на нем. Соответственно, пункт 2 требует от принимающего Типовой закон государства внести изменения в эти положения в той мере, насколько это необходимо для приведения их в соответствие с терминологией и положениями его нового законодательства.

62. Следует отметить, что, как и другие статьи Типового закона, статья 101 приобретает силу только после вступления в силу нового законодательного акта о принятии Типового закона в соответствии со статьей 107. Соответственно, до этой даты указанные в данной статье положения, которые подлежат аннулированию или изменению, остаются в силе.

Статья 102. Общая применимость настоящего Закона

63. В пункте 1 этой статьи приводятся определения двух терминов, используемых в данной главе. В соответствии с пунктом 1 (а) «прежнее законодательство» означает правовые нормы, которые применялись к «прежним обеспечительным правам» (см. пункт 64) до вступления в силу нового законодательства. Это определение ясно показывает, что применимое прежнее законодательство — это право, указанное в коллизионных нормах принимающего Типовой закон государства, поскольку эти нормы существовали до вступления в силу нового законодательства. Из этого следует, что применимым правом может быть: а) законодательство принимающего Типовой закон государства или другого государства; и б) иное законодательство, нежели то, что будет применяться в соответствии с коллизионными нормами Типового закона, если в прежнем режиме коллизионного права принимающего Типовой закон государства использовался другой связующий фактор. Следует отметить, что термин «прежнее законодательство», хотя эта формулировка и используется в единственном числе, означает все соответствующие источники применимого прежнего материального права, где бы они ни были отражены (например, в гражданском или коммерческом кодексе, специальном законодательном акте, прецедентном праве или сочетании любых из этих правовых источников).

64. В пункте 1 (b) «прежнее обеспечительное право» (термин, упоминаемый в определении термина «прежнее законодательство»; см. пункт 63 выше) определяется как право, которое было создано посредством соглашения, заключенного до вступления в силу нового законодательства, и которое будет считаться обеспечительным правом в рамках нового законодательства. Например, право продавца или арендодателя на удержание правового титула будет прежним обеспечительным правом, поскольку оно квалифицируется как таковое в соответствии с функциональной концепцией обеспечительного права, принятой в Типовом законе (см. статью 2, подпункт (kk)), даже если в прежнем законодательстве оно считалось правом собственности. Следует отметить, что обеспечительное право в будущих активах, приобретенных правоителем после вступления в силу нового законодательства, будет прежним обеспечительным правом, если оно было предусмотрено в соглашении, заключенном до вступления в силу нового законодательства, даже если не выполнены требования нового законодательства в отношении создания права (см. статью 104, пункт 2). Это

предполагает, что прежнее законодательство допускало создание обеспечительного права в будущих активах; в противном случае никакого прежнего обеспечительного права существовать не может.

65. Пункт 2 основан на рекомендации 228 (второе предложение) текста Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу XI, пункты 7-12). В нем говорится, что новое законодательство после его вступления в силу согласно статье 107, как правило, применяется ко всем обеспечительным правам, входящим в сферу его действия, включая прежние обеспечительные права. Это общее правило обеспечивает принимающему Типовой закон государству возможность сразу пользоваться экономическими выгодами нового законодательства и избегать осложнений и коллизий, которые могут возникнуть в результате попытки применять отдельные правовые нормы к прежним и новым обеспечительным правам.

66. Переход к любому новому правовому режиму требует уделения внимания обеспечению надлежащего учета существующих прав. С этой целью в пункте 2 также предусматривается, что общая применимость нового законодательства к прежним обеспечительным правам регулируется и другими положениями данной главы. Эти другие положения обеспечивают дальнейшее применение в исключительных случаях прежнего законодательства к прежним обеспечительным правам, если это не затрагивает права третьих сторон (см. статью 104) или если права держателя прежнего обеспечительного права и конкурирующих заявителей требований уже были закреплены (см. статьи 103 и 106); они также предусматривают переходный период, для того чтобы держатели прежних обеспечительных прав могли выполнить требования нового законодательства, касающиеся силы в отношении третьих сторон (см. статью 105).

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

67. Статья 103 основана на рекомендации 229 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу XI, пункты 13-16). Эта статья устанавливает два исключения из общего 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 пункте 1 предусматривается, что к тому или иному вопросу, связанному с прежним обеспечительным правом и являющемуся предметом разбирательства в суде или третейском суде, которое было открыто до вступления в силу нового законодательства, продолжает применяться прежнее законодательство (за исключением процедуры реализации обеспечительного права, которая отдельно затрагивается в пункте 2).

68. В пункте 2 предусматривается, что если реализация прежнего обеспечительного права началась до вступления в силу нового законодательства, то обеспеченный кредитор может продолжать осуществлять ее в соответствии с прежним законодательством (вопрос о том, что является «реализацией права» в соответствии с прежним законодательством, необходимо будет решать путем ссылки на прежнее законодательство) или же может предпочесть реализовать свое обеспечительное право в соответствии с новым законодательством (вопрос о том, что является «реализацией права» в соответствии с новым законодательством, рассматривается в главе VII Типового закона). Пункт 2 применяется, если были приняты «какие-либо действия» по реализации прежнего обеспечительного права до вступления в силу нового законодательства. Так, например, если обеспеченный кредитор уже вступил во владение обремененными активами в соответствии с прежним законодательством, то, когда вступает в силу новое законодательство, он может принять решение реализовать обремененные активы и распределить поступления от них в соответствии с прежним законодательством или действовать в этой связи согласно новому законодательству независимо от положений пункта 1.

69. Пункт 2 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 прежние законодательства применяются только к вопросу, являющемуся предметом разбирательства в суде или третейском суде, которое было открыто до вступления в силу нового законодательства; в соответствии с общим правилом, содержащимся в пункте 2 статьи 102, новое законодательство применяется к отдельному вопросу, являющемуся предметом разбирательства, которое было открыто после вступления в силу нового законодательства, даже если он связан с одним и тем же соглашением об обеспечении.

Статья 104. Применимость прежнего законодательства к созданию прежнего обеспечительного права

70. Статья 104 основана на рекомендации 230 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу XI, пункты 17-19). В этой статье приводится исключение из общего принципа применимости нового законодательства к прежним обеспечительным правам согласно пункту 2 статьи 102. В пункте 1 предусматривается, что вопрос о том, было ли действительно создано право, которое было создано в соответствии с соглашением, заключенным до вступления нового законодательства в силу, и которое будет обеспечительным правом согласно новому законодательству, решается на основании прежнего законодательства. В пункте 2 подтверждается, что прежние обеспечительные права, которые были в действительном порядке созданы в соответствии с прежним законодательством, сохраняют свою силу в отношениях между сторонами после вступления нового законодательства в силу даже в том случае, если требования в отношении его создания в соответствии с новым законодательством не были выполнены. Такой подход позволяет избежать ретроактивного лишения силы прежних обеспечительных прав, созданных в соответствии с законодательством, которое применялось к ним в момент их создания. Он также устраняет необходимость для обеспеченного кредитора заручаться сотрудничеством со стороны праводателя при принятии любых дополнительных мер, которые могут потребоваться для обеспечения соответствия требованиям нового законодательства в отношении создания права. Праводатель, уже получивший весь кредит, который должен был быть обеспечен прежним обеспечительным правом, может не пойти на такое сотрудничество.

71. Требования нового законодательства в отношении создания права являются сравнительно минимальными (см. статью 6). Соответственно и ситуация, когда обеспечительное право, созданное в соответствии с прежним законодательством, в любом случае не будет соответствовать требованиям нового законодательства в отношении создания права, будет возникать редко. Примером возможного исключения может быть прежние обеспечительное право, созданное в соответствии с нормой прежнего законодательства, допускавшей создание обеспечительного права посредством устного соглашения даже без вступления во владение обремененным активом со стороны обеспеченного кредитора. В этом примере пункт 2 будет сохранять силу прежнего обеспечительного права в отношениях между сторонами, даже если новое законодательство требует наличия письменного соглашения об обеспечении, подписанного праводателем (см. пункт 3 статьи 6).

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

72. Статья 105 основана на рекомендации 231 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу XI, пункты 20-22). Эта статья вводит квалифицированное исключение из принципа общей применимости требований нового законодательства, касающихся силы в отношении третьих сторон, к прежним обеспечи-

тельными правам согласно пункту 2 статьи 102. В соответствии с пунктом 1 обеспечительное право, которое имело силу в отношении третьих сторон согласно прежнему законодательству, сохраняет силу в отношении третьих сторон в течение переходного периода, указанного принимающим Типовой закон государством, после вступления в силу нового законодательства, даже если не были выполнены условия, касающиеся придания силы в отношении третьих сторон в соответствии с новым законодательством. Переходный период истекает в момент прекращения действия силы обеспечительного права в отношении третьих сторон согласно прежнему законодательству (см. пункт 1 (a)) или в момент, когда должен истечь переходный период (см. пункт 1 (b)), в зависимости от того, что наступает раньше. Следует отметить, что срок переходного периода мог бы, например, составлять от одного до двух лет, для того чтобы у обеспеченных кредиторов была возможность ознакомиться с новым законодательством и принять меры, предусмотренные в новом законодательстве, для придания своим обеспечительным правам силы в отношении третьих сторон (в отношении времени, необходимого для вступления нового законодательства в силу, и соответствующих соображений, которые необходимо учитывать при определении этого времени, см. пункт 83 ниже).

73. Нижеследующий пример показывает, каким образом функционирует пункт 1. Прежнее обеспечительное право приобрело силу в отношении третьих сторон в соответствии с прежним законодательством при заключении соглашения об обеспечении, причем кредитору не нужно было производить регистрацию или предпринимать какие-либо другие дополнительные шаги, как, например, вступление во владение. Воздействие пункта 1 заключается в сохранении силы прежнего обеспечительного права в отношении третьих сторон для целей нового законодательства после его вступления в силу до истечения срока, указанного в пункте 1 (b) (например, один-два года). Если же применявшееся прежнее законодательство, наоборот, требовало публичной регистрации для придания силы в отношении третьих сторон и держатель прежнего обеспечительного права произвел регистрацию должным образом, но срок регистрации согласно прежнему законодательству должен был истечь через шесть месяцев после вступления нового законодательства в силу, то будет применяться пункт 1 (a) и в результате сила прежнего обеспечительного права в отношении третьих сторон будет сохраняться только в течение шести месяцев после вступления нового законодательства в силу.

74. 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 своему 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 прежнего обеспечительного права является достаточным разрешением на регистрацию уведомления.

75. Согласно пункту 2 сила прежнего обеспечительного права в отношении третьих сторон, которая в противном случае была бы утрачена в отношении этих сторон в соответствии с пунктом 1, сохраняется, если обеспеченный кредитор предпримет надлежащие шаги в соответствии с новым законодательством для придания праву силы в отношении третьих сторон до истечения соответствующего переходного периода, предусмотренного в пункте 1. В этом случае прежнее обеспечительное право рассматривается как все еще имеющее силу в отношении третьих сторон с того момента, когда ему впервые была придана сила в отношении третьих сторон в соответствии с прежним законодательством. Из этого следует, что время действия силы в отношении третьих сторон в соответствии с прежним законодательством будет рассматриваться как соответствующее время для определения приоритета обеспечительного права в отношении конкурирующих заявителей требований для целей правил

нового законодательства, которые определяют приоритет путем ссылки на момент придания силы в отношении третьих сторон.

76. В пункте 3 рассматривается ситуация, когда требования нового законодательства, касающиеся силы в отношении третьих сторон, не были соблюдены до истечения переходного периода, предусмотренного в пункте 1, в результате чего возникает 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 прежнего обеспечительного права для целей правил нового законодательства, определяющих приоритет путем ссылки на момент придания силы в отношении третьих сторон, отсчитывается только с этого момента.

77. Прежнему обеспечительному праву сила в отношении третьих сторон в соответствии с новым законодательством обычно придается путем регистрации уведомления в Регистре (см. статью 18). Типовой закон требует разрешения праводателя на регистрацию, но предусматривает, что заключение письменного соглашения об обеспечении является достаточным разрешением без необходимости четко сформулированного положения о разрешении (см. статью 2 Типовых положений о Регистре). В соответствии с этим правилом в пункте 4 подтверждается, что письменное соглашение между праводателем и обеспеченным кредитором, создающее прежнее обеспечительное право, является достаточным разрешением, даже если соглашение было заключено до вступления в силу нового законодательства.

78. В пункте 5 четко разъясняется то, что в пункте 2 только подразумевается. В нем предусматривается, что в тех случаях, когда прежнее обеспечительное право, сила которому в отношении третьих сторон была придана посредством регистрации согласно прежнему законодательству, сохраняет свою силу в отношении третьих сторон в соответствии с пунктом 2, должны применяться правила о приоритете нового законодательства, которые зависят от момента регистрации, с использованием момента регистрации согласно прежнему законодательству. Цель этого уточнения – помочь охватить случаи, когда место регистрации, указанное в прежнем законодательстве, отличается от Регистра, созданного в соответствии с новым законодательством (см. статью 28 Типового закона).

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

79. 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.

80. Применение правил о приоритете прежнего законодательства надлежащим образом учитывает сформировавшиеся ожидания обеспеченных кредиторов и конкурирующих заявителей требований, когда не произошло никаких изменений, кроме вступления в силу нового законодательства, и когда коллизия приоритетов не затрагивает права новых конкурирующих заявителей требований, возникшие после вступления в силу нового законодательства. Поэтому согласно пункту 1 применение прежнего законодательства оговорено тем условием, что приоритетный статус прежнего обеспечительного права и прав конкурирующих заявителей требований не должен меняться после вступления в силу нового законодательства.

81. Пункт 2 служит руководством для тех случаев, когда приоритетный статус прежнего обеспечительного права изменился по смыслу пункта 1, и, соответственно, необходимо применить правила о приоритете, предусмотренные в новом законодательстве, в соответствии с общим правилом, изложенным в пункте 2 статьи 102. Воздействие пункта 2 заключается в том, чтобы сделать применимыми правила о приоритете, предусмотренные в новом законодательстве, если а) прежнее обеспечительное право было создано в соответствии с прежним законодательством, но сила в отношении третьих сторон ему была придана не в соответствии с прежним законодательством, а только согласно новому законодательству (см. пункт 2 (b)); или б) прежнему обеспечительному праву была придана сила в отношении третьих сторон в соответствии с прежним законодательством, однако непрерывное действие силы в отношении третьих сторон не было сохранено до истечения переходного периода, указанного в пункте 1 статьи 105 (см. пункт 2 (a)).

Статья 107. Вступление настоящего Закона в силу

82. Статья 107 основана на рекомендации 228 Руководства по обеспеченным сделкам (см. главу XI, пункты 4-6). Эта статья требует от принимающего Типовой закон государства указать дату 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. Расположение этой статьи и ее точная формулировка будут также зависеть от того, примет ли новый закон форму нового самостоятельного законодательного акта или же будет включен в общий гражданский или коммерческий кодекс.

83. При определении даты вступления в силу нового законодательства следует тщательно рассмотреть возможность скорейшего получения экономических преимуществ от нового законодательства и необходимость сведения до минимума диспропорций, которые могут быть вызваны существенными изменениями в практике в области обеспеченных сделок, являющимися результатом принятия нового законодательства. Поскольку выбранный новый правовой режим будет улучшением по сравнению с прежним режимом, новое законодательство должно вступить в силу, как только это станет практически возможным. Вместе с тем потребуются некоторое время на подготовку, с тем чтобы, в частности: а) обнародовать факт существования нового законодательства; б) дать возможность создать Регистр (или адаптировать существующий регистр к системе регистрации, предусмотренной новым законодательством) и обеспечить его полный ввод в действие; с) ознакомить участников системы обеспеченных сделок 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 регистрации и соглашений об обеспечении; и d) просветить других затрагиваемых участников, например покупателей, арендаторов, кредиторов, действующих на основании судебного решения, и управляющих в делах о несостоятельности, о воздействии нового законодательства на их права. Например, новое законодательство может вступить в силу в определенную дату или через несколько месяцев (например, от 6 до 12 месяцев) после конкретной даты, или в дату, которая будет указана в специальном постановлении после начала работы Регистра.