



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
20 June 2017
Russian
Original: English/French/Spanish

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Пятидесятая сессия
Вена, 3-21 июля 2017 года

**Возможная будущая работа в области обеспечительных
интересов: предложение относительно разработки
практического руководства по Типовому закону
ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках**

**Предложение правительств Австралии, Канады,
Соединенного Королевства Великобритании и Северной
Ирландии и Японии**

Записка Секретариата

В приложении к настоящей записке изложено предложение правительств Австралии, Канады, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Японии относительно подготовки Комиссией практического руководства по Типовому закону ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках, полученное на английском, французском и испанском языках.



Приложение

1. Введение

В ходе четвертого Международного colloквиума ЮНСИТРАЛ по обеспеченным сделкам (15-17 марта 2017 года) три дискуссионные группы обсудили вопрос о том, в каких областях можно было бы разработать более подробные руководящие указания и рекомендации для лиц, которые будут использовать Типовой закон ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках на практике после его принятия государством. К числу потенциальных пользователей относятся, в частности, обеспеченные кредиторы и праводатели (в том числе микропредприятия), их юристы и консультанты, другие кредиторы праводателя и управляющий в деле о несостоятельности, получатели обремененных активов праводателя, регулирующие органы, судьи, арбитры и лица, занимающиеся обучением по вопросам применения нового режима.

Идея подготовки практического руководства, в котором были бы обобщены и уточнены предложения, обсуждавшиеся в рамках этих трех дискуссионных групп, получила широкую поддержку среди участников Коллоквиума. Было выражено опасение, что в отсутствие такого руководства, даже в случае принятия Типового закона государством в рекомендуемой форме, не удастся достичь той экономической выгоды, которую призван обеспечить Закон (расширение доступности кредита по более низким ставкам за счет использования движимого имущества в качестве обеспечения соответствующих обязательств). Участники отметили, что Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках является важным подспорьем для законодателей, вводящих в действие Типовой закон в том или ином государстве. Однако при этом они отметили, что в нем содержатся недостаточно конкретные практические руководящие указания для лиц, которые непосредственно участвуют в предоставлении и получении кредита в соответствии с Типовым законом или интересы которых при этом затрагиваются. В нем также не приводятся никакие рекомендации относительно правовой среды и условий совершения операций, необходимых для встраивания нового режима обеспеченных сделок в более широкие экономические и политические цели принимающего Типовой закон государства.

В этой связи Рабочей группе VI предлагается подготовить практическое руководство на основе подхода, сформулированного участниками Коллоквиума. Таким образом в предлагаемом руководстве удалось бы охватить все или большинство вопросов, которые были рассмотрены первыми тремя дискуссионными группами в рамках Коллоквиума и представлены в качестве трех отдельных тем для возможной будущей работы в пунктах 8-44 документа [A/CN.9/913](#). Как разъясняется подробнее ниже, в предлагаемое руководство тем самым могли бы быть включены руководящие указания, касающиеся составления договоров, уведомлений, контрольных перечней и других документов, необходимых для заключения и осуществления обеспеченных сделок в соответствии с Типовым законом. В нем также можно было бы разъяснить необходимость освоения пользователями практического инструментария для успешного осуществления сделок, в частности методов оценки рисков, оценки стоимости обеспечения и реализации обеспечительного права во внесудебном порядке. Дополнительно в нем можно было бы рассмотреть вопрос о способах успешного включения нового режима обеспеченных сделок в более широкие правовые и финансовые нормативно-правовые режимы и цели принимающего Типовой закон государства. И хотя в предлагаемом руководстве рассматривалось бы финансирование предприятий любого размера, особое внимание в нем было бы уделено проблемам, возникающим в связи с финансированием микропредприятий, указанным в пунктах 31-44 документа [A/CN.9/913](#).

2. Целесообразность

Участники Коллоквиума в целом согласились с мнением о том, что важную роль в определении того, располагает ли то или иное государство активным и отлаженным рынком обеспеченных кредитов, способствующими достижению общей цели расширения доступности кредита по более низким ставкам, играют вопросы, не связанные с формальной реформой и модернизацией законов об обеспеченных сделках этого государства. Эти вопросы включают «формирование потенциала», в частности, в кругах кредиторов и их консультантов, но также и заемщиков, других кредиторов, судей, арбитров и ученых, а также разработку соответствующих приемлемых стандартов регулирования.

Формирование потенциала означает освоение практических навыков использования предоставляемых Типовым законом инструментов, с тем чтобы эффективно и с прибылью осуществлять сделки по кредитованию с пониженным риском убытков в случае неисполнения. В целом, однако, признается, что наделение государств современными правовыми средствами в сфере обеспеченных сделок, такими как Типовой закон, автоматически не означает, что кредиторы будут вооружены практическими инструментами для проведения действительных операций по выдаче кредита. Напротив, кредиторы часто не идут на такие сделки, которые могут теперь заключаться на выгодной основе благодаря реформе законодательства по обеспеченным сделкам, до тех пор, пока они не научатся эффективно использовать новые законодательные нормы на практике. Кроме того, до тех пор, пока другие лица, участвующие в применении новой системы, в частности управляющие, юристы и судьи, не научатся пользоваться этой системой эффективно и со знанием дела, система не будет функционировать надлежащим образом и кредиторы будут вряд ли ею пользоваться. Поэтому правовая реформа без параллельного формирования потенциала вряд ли будет эффективной в достижении поставленной цели.

Так, имеющийся практический опыт показывает, что даже в государствах, принявших современное законодательство по обеспеченным сделкам, кредиторы, не знакомые с предусмотренной новым законом финансовой практикой, связанной с использованием движимого имущества, в частности финансированием под инвентарные запасы и дебиторскую задолженность, по-прежнему требуют предоставлять в качестве залога под кредит главным образом недвижимую собственность. Поскольку недвижимая собственность преимущественно находится зачастую во владении небольшого процента населения государства, это означает, что, даже несмотря на принятие современных законов об обеспеченных сделках, кредит может оставаться недоступным для того сектора экономики, который нуждается в нем в наибольшей степени, а именно для микро-, малых, средних предприятий (ММСП).

Особая обеспокоенность связана с финансированием микропредприятий, которые являются неотъемлемой частью мировой экономики (т.е. на них приходится более 90 процентов общего числа предприятий) и которые играют исключительно важную роль в странах с развивающейся экономикой. Размер обеспечения обычно весьма ограничен, а его вид отличается от вида обеспечения, предоставляемого зачастую более крупными предприятиями, и в качестве обеспечения нередко используются личные гарантии. Соответствующие предприятия и их праводатели, как правило, представлены физическими лицами. Суммы займа зачастую весьма небольшие, что также может повлиять на стоимость сделки и поведение кредиторов, причем как во время заключения сделки, так и в течение всего периода ее действия. Поэтому необходимо рассмотреть и разъяснить вопрос о том, каким образом обеспеченные сделки (на основе Типового закона) в целом будут осуществляться в случае микропредприятий, и, в более общем плане, как они связаны с личными гарантиями. Небольшой размер микропредприятия также ставит предпринимателя в весьма неравное переговорное положение по отношению к финансистам. Такая ситуация часто вызывает проблемы с чрезмерным обеспечением. Наряду с этим может

также возникнуть проблема запретительных процентных ставок, особенно в случае процентных ставок при неисполнении.

Также необходимо обеспечить согласованность между кредитованием под движимые активы и национальными нормативно-правовыми требованиями, в частности требованиями принимающего Типовой закон государства в отношении капитала. В отсутствие согласованности регулируемые финансовые учреждения вынуждены проводить в отношении сделок, обеспеченных движимым имуществом и дебиторской задолженностью, такие же процедуры оценки риска, как и в отношении необеспеченного кредита, что сводит на нет цель Типового закона, заключающуюся в расширении доступа к кредитованию.

Разработка практического руководства по Типовому закону позволила бы существенным образом улучшить положение в отношении всех этих аспектов, вызывающих беспокойство. В нем можно было бы разъяснить виды сделок и финансовой практики, которые можно использовать на основе Типового закона. В нем можно было бы изложить для пользователей руководящие указания в отношении договорных и других документальных форм и структур, необходимых для достижения экономической выгоды от этих сделок. В нем также можно было бы предложить руководящие указания относительно необходимой правовой и практической инфраструктуры, обеспечивающей возможность такого финансирования, например, в отношении оценки рисков, включающей оценку обеспечения, и способов реализации обеспечительного права во внесудебном порядке. Благодаря этому пользователи могли бы освоить вышеупомянутые навыки и практические инструменты. Руководство могло бы также быть полезным для лиц, занимающихся вопросами наращивания потенциала (будь то внешних агентств или консультантов или местных преподавателей или инструкторов) в государствах, вводящих в действие Типовой закон. В руководстве могли бы также содержаться указания для судей и регулирующих органов в отношении правовой и нормативно-правовой базы, необходимой для успешного применения современного режима обеспеченных сделок, и, в частности, могли бы рассматриваться конкретные проблемы, возникающие в важнейших областях финансирования микропредприятий и обеспечения согласованности с требованиями в отношении капитала, применимыми к регулируемой деятельности кредиторов.

3. Практическая осуществимость

Для того чтобы наглядно доказать практическую осуществимость разработки предлагаемого практического руководства, в настоящем разделе изложено предлагаемое содержание руководства. В отличие от Руководства по принятию, структура которого представляет собой постатейный комментарий к Типовому закону, в предлагаемом руководстве используется более тематический подход, поскольку он в большей степени отвечает потребностям пользователей, никогда не использовавших современное законодательство по обеспеченным сделкам или имеющих незначительный опыт его применения. В основу предлагаемого содержания положено резюме трех проведенных в ходе Коллоквиума тематических дискуссий, содержащееся в документе [A/CN.9/913](#), в котором более подробно изложен ход обсуждений.

а) Передовые виды практики составления договоров и документов

і) *Виды обеспеченных сделок, допускаемых Типовым законом*

В руководстве можно было бы разъяснить характеристики и преимущества разных видов финансирования под обеспечение, допускаемых Типовым законом, с указанием перекрестных ссылок на соответствующие положения Типового закона (например, финансирование под инвентарные запасы и приобретение оборудования, финансирование по возобновляемым кредитам, факторинг и форфейтинг, секьюритизацию, финансирование срочных кредитов).

В нем можно было бы также разъяснить, каким образом в Типовом законе рассматривается вопрос о предоставлении кредита не только кредиторами, но и продавцами и финансовыми арендодателями, также с указанием перекрестных ссылок на положения Типового закона, касающиеся этих видов финансирования.

ii) Основные вопросы, на которые должны обращать внимание стороны на протяжении периода действия обеспеченной сделки

В руководстве можно было бы рассмотреть проблемы, возникающие на каждом этапе действия обеспеченной сделки (например, изначальные цели обеспеченного кредитора или праводателя, документы, необходимые для заключения договора, вопросы, связанные с заключением сделки, и наблюдение за действиями праводателя и предмет обеспечения).

iii) Надлежащая осмотрительность

В руководстве можно было бы рассмотреть вопросы надлежащей осмотрительности, которые должны быть учтены будущими обеспеченными кредиторами (например, необходимость получения важной информации о праводателе и предлагаемом предмете обременения по установленному образцу; необходимость проведения поиска по регистру обеспеченных сделок и другим специальным регистрам, в частности регистрам прав интеллектуальной собственности; и необходимость получения информации о судебных решениях и удержаниях за долги по налогам или аналогичных законных удержаниях).

iv) Использование четких и простых формулировок

В руководстве можно было бы разъяснить преимущества использования ясных и простых формулировок при составлении соглашений об обеспечении, уведомлений и других документов, касающихся обеспеченной сделки (например, во избежание споров следует обеспечить понимание содержания сторонами или получателями и учет их опыта и знаний). В нем можно было бы подчеркнуть важность использования простого стиля изложения и привести конкретные примеры малоэффективных формулировок (например, упомянуть об отказе от юридического жаргона и обеспечении при этом употреблении терминов, совместимых с положениями Типового закона, отказе от использования длинных предложений и длинных абзацев, об использовании легких для чтения шрифтов).

v) Автономия сторон и императивные положения

В руководстве можно было бы наглядно разъяснить, каким образом предусмотренный в статье 3(1) Типового закона принцип автономии сторон позволяет договаривающимся сторонам адаптировать свои соглашения к их потребностям, путем приведения примеров конкретных положений, от которых стороны могут отойти или которые они могут изменить на основании договоренности, и пояснить, каким образом и по каким причинам они, возможно, пожелают воспользоваться преимуществами такой гибкости.

vi) Образцы документов

В руководство можно было бы включить образцы соглашений об обеспечении для разных видов сделок финансирования под обеспечение, исходя из широко принятой передовой международной практики. В нем можно было бы дать разъяснения относительно ключевых положений этих образцов и их связи с положениями Типового закона. В нем можно было бы привести образцы документов, позволяющих придать обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон иными методами, нежели регистрация (например, образец «соглашения о контроле»). В нем можно было бы привести руководящие указания относительно подготовки и направления соответствующих бланков уведомле-

ния в регистр (например, образцы описания предмета обременения), и уведомлений, направляемых праводателю и третьим сторонам в контексте внесудебной реализации обеспечительного права. Одной из конкретных проблем, которые могут возникнуть в контексте финансирования микропредприятий, являются сложности, связанные с доставкой уведомлений физическим лицам, и в руководстве можно было бы рассмотреть возможные способы решения этой проблемы.

b) Оценка рисков, оценка предмета обеспечения и возможности эффективной реализации обеспечительного права

i) Оценка предмета обременения

Сумма, выплачиваемая в качестве возмещения ущерба по обеспеченной сделке, определяется в конечном итоге стоимостью обремененного актива в контексте того, как этим активом смогут распорядиться. Поэтому в руководстве можно было бы разъяснить, что важнейшее значение для пользователей имеет накопление специальных знаний и умений в области оценки суммы, которая может быть получена в случае реализации обремененных активов, или получение таких знаний и умений (например, за счет найма профессиональных оценщиков).

ii) Управление обеспеченными займами

Обеспеченным кредиторам необходимо установить доверительные отношения со своими должниками, однако принцип проявления должной осмотрительности обязывает их также иметь необходимые навыки для того, чтобы всегда проверять факты, на основании которых принимается решение о предоставлении кредита. Соответственно, им необходимо накопить специальный опыт и знания в области ведения отчетности и контроля за рисками, сопряженными с конкретным должником, и за сохранением предмета обременения и его стоимости. В руководстве можно было бы разъяснить эти вопросы и привести рекомендации относительно формирования таких знаний и опыта.

iii) Внесудебное изъятие, отчуждение и распределение средств, полученных от реализации предмета обременения

Практика внесудебного изъятия и отчуждения обремененных активов в случае неисполнения обязательств может быть неизвестной в государстве, принимающем Типовой закон. Поэтому в руководстве можно было бы дать разъяснения относительно внесудебного осуществления прав реализации в случае неисполнения и, в частности, относительно защиты прав праводателей и третьих сторон и обстоятельств, в которых можно было бы использовать методы альтернативного урегулирования споров. Также здесь можно было бы рассмотреть возможные аспекты, вызывающие обеспокоенность в связи с микропредприятиями. В руководстве можно было бы также рассмотреть вторичные рынки для продажи обремененных активов, в том числе электронные платформы, и их преимущества и недостатки.

iv) Инкассация дебиторской задолженности

Финансирование под обеспечение обремененного актива в виде дебиторской задолженности или иных прав на выплату денежных средств (например, долговых ценных бумаг), возможно, не использовалось часто или на деле не допускалось законодательством того или иного государства до принятия Типового закона. Для взыскания с должника или иного лица, имеющего обязательства, средств по денежному требованию необходимы другие навыки и умения и применение других правовых норм, чем в случае восстановления владения или отчуждения материальных активов, и в руководстве можно было бы дать руководящие указания относительно формирования таких навыков и умений.

v) *Инвестирование в правоспособность*

Современное законодательство в сфере обеспеченных сделок является сложным, и осуществление прав регулируется целым комплексом соответствующих мер. Типовой закон после его принятия тем или иным государством не будет применяться изолированно от других законов принимающего Типовой закон государства. Соответственно, пользователям будут необходимы специальные знания и опыт в соответствующих областях права, таких как законодательство по вопросам о несостоятельности, и право, касающееся личных гарантий, и его взаимосвязь с Типовым законом, поскольку гарантия зачастую предоставляется в поддержку займа в дополнение к предоставлению обеспечения (такая практика наиболее широко используется в контексте финансирования микропредприятий).

c) **Вопросы, связанные с возможностью регулирования**

i) *Обеспеченные сделки и требования к капиталу*

В руководстве можно было бы указать способы обеспечения согласованности национальной нормативно-правовой базы и положений Типового закона. В общих словах Базельские соглашения – принятые Базельским комитетом по банковскому контролю – благоприятствуют предоставлению кредита под обеспечение, и обеспечение может способствовать уменьшению требований к капиталу (на основе оценки рисков). Тем не менее, как правило, признается, что нормативные требования отражают чрезмерно осторожный, если не скептический, подход к использованию движимого имущества и дебиторской задолженности в качестве обеспечения. По сути считается, что движимые активы не могут быть быстро ликвидированы – исходя из мнения об ограниченности вторичных рынков – и что стоимость дебиторских задолженностей может снижаться. Требования к капиталу позволяют рассматривать движимое имущество и дебиторскую задолженность в качестве эффективной защиты кредита только при выполнении определенных условий (например, стоимость обремененных активов может быть определена на основе надежных данных, наличие гарантированной возможности быстрой реализации обеспечительного права и наличие достаточно ликвидного вторичного рынка). Без понимания и урегулирования на национальном уровне этих важных аспектов кредиторы могут оказаться не готовыми кредитовать или будут предоставлять кредит заемщикам только под высокий процент.

Для национальных регуляторов в руководстве можно было бы привести примеры способов выполнения этих условий. Особое внимание можно было бы уделить критериям приемлемых видов предметов обременения и просроченных займов. Таким образом, поощряются разумные процедуры управления рисками при расширении доступа к обеспеченному кредитованию по более низким ставкам.

ii) *Финансирование микропредприятий*

Некоторые конкретные аспекты финансирования микропредприятий в рамках современного режима обеспеченных сделок, возможно, потребуют особого нормативного регулирования. Неравенство сторон на переговорах часто порождает несправедливость условий, на которых предоставляется кредит и заключаются соглашения об обеспечении (например, высокие процентные ставки в случае неисполнения, несправедливые положения в отношении прекращения действия и определения событий неисполнения). В руководстве можно было бы рассмотреть возможные способы устранения такой потенциальной несправедливости.

Также необходимо будет рассмотреть вопрос о регулировании поведения обеспеченного кредитора в отношении предоставления займов микропредприятиям. К имеющимся здесь проблемам относится и тот факт, что размер займа весьма невелик, кредиторы не склонны проводить надлежащую оценку риска и

осуществлять контроль, требуя чрезмерного обеспечения для предоставляемого кредита, чему способствует разительное неравенство переговорных позиций сторон. Недостаточный контроль и неэффективность реагирования в случае финансовых трудностей создает проблемы как для заемщиков, так и для кредиторов. В руководстве можно было бы рассмотреть возможные способы решения этих проблем, в частности предоставление более достоверной информации, на основании которой кредит может быть оценен надлежащим образом (посредством использования эффективных систем кредитной информации), улучшение практики контроля и более эффективное распределение задач в рамках финансовых учреждений, адекватное применение нормативной базы в отношении просроченных кредитов, и, возможно, даже перестройку механизмов принудительного исполнения с целью сделать их более дешевыми, оперативными и простыми в использовании.

4. Выводы

На основе вышесказанного можно сделать вывод о том, что практическое руководство по Типовому закону имеет важнейшее значение, если цель введения в действие Типового закона заключается в ощутимом расширении доступности (и/или уменьшении стоимости) кредита для предприятий в принимающем Типовой закон государстве. Рабочая группа VI обладает необходимыми экспертными знаниями и опытом для разработки такого руководства исходя из своего опыта, накопленного в ходе подготовки Конвенции об уступке, Руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам, Руководства по регистру и Типового закона. Было бы нежелательным, если бы государство провело реформу своего внутреннего законодательства в соответствии с Типовым законом лишь для того, чтобы затем узнать, что его кредиторы, предприятия и суды не могут эффективно применять Закон из-за отсутствия практического понимания того, каким образом включенный в законодательство закон должен функционировать на деле. Потенциал инициатив ЮНСИТРАЛ и других международных учреждений в области технической помощи имеет свои границы. Поэтому практическое руководство позволило бы таким учреждениям гораздо эффективнее выполнять свою работу при более низких расходах.

Кроме того, как следует из вышесказанного, уже проделанную в ходе подготовки к Коллоквиуму работу и резюме, изложенные в пунктах 8-44 документа [A/CN.9/913](#), можно было бы адаптировать для того, чтобы использовать в качестве основы для разработки содержания предлагаемого практического руководства. На своей первой сессии Рабочая группа VI смогла бы обсудить и уточнить темы и структуру, что позволило бы приступить к разработке более подробных положений. По предварительным оценкам, при условии приверженности делегатов этой работе и активного участия в ней в период между сессиями, проект практического руководства можно было бы подготовить в течение трех сессий.