



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
26 February 2002

Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы)

Первая сессия

Нью-Йорк, 20–24 мая 2002 года

Обеспечительные интересы

Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам

Доклад Генерального секретаря

Добавление

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам	1–45	2
III. Основные подходы к обеспечению	1–45	2
A. Общие замечания	1–41	2
1. Введение	1–2	2
2. Способы, традиционно предназначенные для создания обеспечения	3–26	2
a. Обеспечительные права в материальном движимом имуществе	3–22	2
b. Обеспечительные права в нематериальном движимом имуществе	23–26	7
3. Использование правового титула для целей обеспечения	27–39	8
a. Передача правового титула кредитору	28–30	9
b. Удержание правового титула кредитором	31–39	9
4. Единообразное комплексное обеспечение	40–41	11
B. Резюме и рекомендации	42–45	12

III. Основные подходы к обеспечению

A. Общие замечания

1. Введение

1. В течение определенного периода времени в различных странах был разработан широкий спектр видов практики обеспечения требований кредитора (обычно в отношении платежа денежных средств) к его должнику. Настоящее руководство сосредоточивается на основных видах практики, которые во многих странах оказались особенно эффективными (т.е. на договорном создании имущественного права).

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

2. Способы, традиционно предназначенные для создания обеспечения

a. Обеспечительные права в материальном движимом имуществе

3. В большинстве стран традиционно проводится различие между вещными обеспечительными правами в материальном движимом имуществе ("материальное имущество"; см. раздел A.2.a) и такими правами в нематериальном движимом имуществе "нематериальное имущество"; см. раздел A.2.6). Материальный характер какого-либо актива фактически позволяет создавать такие формы обеспечения, которые не могут использоваться в отношении нематериального имущества.

4. В рамках категории обеспечительных прав в материальном имуществе в большинстве стран проводится различие на основании того, может ли должник (или третья сторона), предоставляющий обеспечение, сохранить владение обремененным имуществом. Первый вариант традиционно называется посессорным обеспечением, а второй вариант – непосессорным обеспечением.

i. Посессорное обеспечение

a) Залог

5. До настоящего времени наиболее общей (а также древней) формой посессорного обеспечения в материальном имуществе является залог. Для действительности залога требуется, чтобы должник (или третья сторона, передавшая право) фактически передавал владение обремененным материальным имуществом и чтобы такое имущество было передано либо обеспеченному кредитору, либо третьей стороне по согласованию сторон (например, на склад). Требуемое изъятие имущества из владения должника (или другого лица, передавшего право) должно не только происходить в момент

создания обеспечительного права, но и должно оставаться в силе в течение срока действия залога; возвращение обремененных активов должнику, как правило, аннулирует залог.

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

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

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

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

10. С другой стороны, посессорный залог сопряжен с определенными недостатками. Самым большим недостатком для должника является требуемое изъятие имущества из его владения, что лишает должника возможности пользоваться обремененными активами. Изъятие имущества из владения создает особые трудности в ситуациях, когда владение обремененными активами

является необходимым для того, чтобы должник генерировал доходы, за счет которых он будет возвращать заем (как, например, в случае, когда речь идет о сырьевых материалах, полуфабрикатах, оборудовании и инвентарных запасах).

11. Для обеспеченного кредитора посессорный залог сопряжен с тем недостатком, что обеспеченный кредитор вынужден хранить, сохранять и обслуживать обремененные активы, если только эту задачу не взяла на себя третья сторона. Если сами обеспеченные кредиторы либо не в состоянии, либо не желают брать на себя выполнение этих задач, то их возложение на третьи стороны повлечет за собой дополнительные расходы, которые прямо или косвенно будет нести должник. Другой недостаток сопряжен с потенциальной ответственностью обеспеченного кредитора, во владении которого находятся обремененные активы (например, залогодержателя, держателя складской квитанции или коносамента), которые могли причинить определенный ущерб. Эта проблема приобретает особенно серьезный характер в случае возникновения ответственности за загрязнение окружающей среды, поскольку денежные последствия (очистка, ущерб) значительно превышают стоимость обремененного актива, не говоря уже об ущербе репутации и имиджу заимодавца. Лишь в небольшом числе стран законодательство регулирует экологическую ответственность обеспеченных кредиторов, во владении которых находится такое имущество. Законодательство некоторых стран исключает такую ответственность (см., например, Экологический кодекс Швеции, принятый 11 июня 1998 года, закрепленный в котором основной принцип освобождения от ответственности впоследствии был одобрен Комиссией Европейского союза в своей "белой книге" об экологической ответственности от 9 февраля 2000 года). Законодательство других стран (например, закон Соединенных Штатов Америки о комплексных экологических восстановительных мерах, компенсации и ответственности (CERCLA) с внесенными в него поправками) ограничивает такую ответственность на определенных условиях.

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

в) Право удержания

13. Право удержания является договорным (не имущественным) правом. Оно позволяет стороне, партнер которой по договору нарушил договор, воздержаться от исполнения и, в частности, удерживать актив, который согласно условиям договора удерживающая сторона обязана доставить нарушившей стороне. Например, ремонтная мастерская не должна возвращать отремонтированный предмет клиенту, если клиент вопреки их договору не выплачивает согласованную цену.

14. Однако если договорное право удержания подкрепляется полномочием на продажу удерживаемого предмета, то сторона, правомочная его удерживать, приобретает имущественное право в данном удерживаемом активе. В некоторых правовых системах такое имущественное право считается залогом, хотя метод его создания отличается от метода создания собственно залога (см. пункты 5–8). И напротив, подкрепленное право удержания может рассматриваться как имеющее некоторые последствия залога.

ii. Непосessorное обеспечение

15. Как отмечалось выше (см. пункт 10), посessorный залог материального имущества, которое требуется для производства или продажи (например, оборудование, сырьевые материалы, полуфабрикаты и инвентарные запасы), является непрактичным с экономической точки зрения. Такие товары необходимы для предпринимательской деятельности коммерческих должников. Должник, не обладая доступом к таким активам и правом и правомочием их отчуждения, не будет в состоянии получить доходы, необходимые для возвращения займа. Эта проблема приобретает особенно острый характер для растущего числа коммерческих должников, не имеющих недвижимого имущества, которое может использоваться в качестве обеспечения.

16. Для решения этой проблемы законодательство, особенно в течение последних 50–ти лет, стало предусматривать возможность создания обеспечения в движимых активах вне узких рамок посessorного залога. Хотя некоторые страны предусмотрели новое, функциональное обеспечительное право, большинство стран исторически настаивает на "принципе залога", как на единственном законном методе создания обеспечения в движимых активах. Метод, известный в английском общем праве как "charge" (обременение), являлся в течение некоторого времени единственным подлинным непосessorным обеспечением. В XX веке законодатели и суды осознали экономическую необходимость в создании обеспечения без использования посessorного залога.

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

приобретение автомобилей или оборудования или же производство кинофильмов.

18. В некоторых странах даже проявляется определенное нежелание допускать создание обеспечительных прав в инвентарных запасах. Иногда это обуславливается предполагаемым несоответствием между обеспечительным правом кредитора и правом и правомочием должника осуществлять продажу. Другое возражение заключается в том, что отчуждение инвентарных запасов будет часто приводить к возникновению серьезных конфликтов между множественными цессионариями или множественными обеспеченными кредиторами. Еще одно возможное возражение может обуславливаться политическим выбором в пользу использования инвентарных запасов для удовлетворения требований необеспеченных кредиторов должника.

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

20. Как представляется, существует необходимость устранения разрыва между общим экономическим спросом на создание обеспечения в коммерческих активах, которые удерживаются и должны удерживаться должником, и зачастую ограниченным доступом к такому обеспечению. Основная цель правовой реформы в области непосессорного обеспечения в целом и настоящего руководства в частности заключается в разработке предложений о совершенствовании режима в этой особой области и в смежной области создания обеспечения в нематериальном имуществе (см. раздел A.2.b).

21. Хотя современные режимы доказали возможность преодоления трудностей, законодательство, касающееся непосессорного обеспечения, является более сложным, чем регулирование традиционного посессорного залога. Это обуславливается главным образом следующими четырьмя основными особенностями непосессорных обеспечительных прав. Во-первых, поскольку должник сохраняет владение, он имеет правомочие отчуждать обремененные активы или создавать в них коллидирующее право даже против воли обеспеченного кредитора. Эта ситуация определяет необходимость введения правил, касающихся последствий и приоритета такого отчуждения (см. главу VII, Приоритет). Во-вторых, обеспеченный кредитор должен добиться того, чтобы сохраняющий владение обремененными активами должник надлежащим образом обращался с такими активами и обеспечивал их страхование и защиту для сохранения их коммерческой стоимости. Это влечет за собой необходимость того, чтобы обеспеченный кредитор урегулировал эти вопросы в соглашении об обеспечении, заключенном с должником (см. главу VIII, Права и обязательства сторон до неисполнения обязательств). В-третьих, если принудительная реализация обеспечения становится необходимой, то обеспеченный кредитор зачастую предпочтет получить обремененные активы. Однако, если должник не желает расставаться с такими активами, то, возможно, придется возбудить судебное производство. В связи с

этим, возможно, потребуется предусмотреть надлежащие средства защиты и, вероятно, ускоренное производство (см. главы IX, Неисполнение обязательств и принудительное их исполнение, и X, Несостоятельность). В-четвертых, ложному впечатлению о благосостоянии должника, которое создается вопреки наличию тайных обеспечительных прав в активах, удерживаемых должником, возможно, потребуется противодействовать, если это считается необходимым, с помощью различных форм публичности (см. главы V, Публичность, и VI, Публичность через регистрацию).

22. С учетом предыдущих законодательных моделей (см. пункты 16–19) законодатели могут сталкиваться с тремя вариантами. Один из вариантов может заключаться в принятии единообразного законодательства, касающегося и посессорных, и непосессорных обеспечительных прав (см. раздел A.4). Другой вариант может заключаться в принятии единообразного законодательства, касающегося непосессорных обеспечительных прав, и установлении режима посессорных прав в других положениях внутригосударственного законодательства (см. Типовой закон Организации американских государств; см. также пункт 40). Еще один вариант может заключаться в принятии специального законодательства, разрешающего создание непосессорного обеспечения кредитов должникам, занимающимся конкретными видами предпринимательской деятельности. Превалирующая тенденция в современном законодательстве как на национальном, так и на международном уровне заключается в использовании единообразного подхода по меньшей мере в том, что касается непосессорного обеспечения. Избирательный подход, по всей вероятности, приведет к возникновению пробелов и несоответствия, а также к недовольству в тех секторах промышленности, которые могут быть исключены.

b. Обеспечительные права в нематериальном движимом имуществе

23. Нематериальное имущество состоит из большого разнообразия прав (например, права на платеж денежной суммы или исполнение другого договорного обязательства, такого как поставка нефти согласно контракту на производство). Такое имущество включает некоторые относительно новые виды активов (например, ценные бумаги, сертифицированные или несертифицированные, которые удерживаются непосредственно собственником или через посредника). Права в интеллектуальной собственности (т.е. патенты, товарные знаки и авторские права) образуют другую категорию нематериального имущества. С учетом резкого увеличения экономического значения нематериального имущества в последние годы неизменно растет спрос на использование этих прав в качестве активов, служащих обеспечением. Даже в отношении сделок по финансированию приобретения инвентарных запасов или оборудования обеспечение создается в инвентарных запасах или в форме прав в интеллектуальной собственности, касающихся какого-либо оборудования, причем зачастую основная ценность такого обеспечения обуславливается такими правами.

24. По определению нематериальное имущество не может находиться в (физическом) владении. Тем не менее кодексы большинства так называемых стран "гражданского права" предусматривают возможность создания посессорного залога (см. пункты 5–12), по меньшей мере, в отношении денежных требований. В некоторых кодексах предпринимались попытки создать

видимость изъятия имущества из владения путем установления требования о том, чтобы должник передавал любой письменный или иной документ, касающийся переданного в залог требования (например, договор, из которого вытекает данное требование), кредитору. Однако такая передача не является достаточной для того, чтобы представлять собой залог. Напротив, "изъятие имущества из владения" должника обычно (вполне искусственно) заменяется требованием о том, чтобы уведомление о залоге направлялось должнику по переданному в залог требованию.

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

26. В современной терминологии такие методы получения "владения" нематериальным имуществом правильно называются "контролем". И все же степень контроля может быть разной. В некоторых случаях контроль является абсолютным и любое отчуждение имущества должником исключено. В других случаях должнику разрешается производить отчуждение определенного имущества или отчуждение имущества стоимостью до фиксированной максимальной суммы, если обеспеченный кредитор имеет доступ к счету. Контроль может быть условием действительности обеспечительного права (см. A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, пункт ...) или приоритета (см. A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, пункт ...).

3. Использование правового титула для целей обеспечения

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

а. Передача правового титула кредитору

28. Существуют две особенности, которые обуславливают привлекательность обеспечительной передачи правового титула для кредиторов в определенных странах. Во-первых, требования в отношении передачи правового титула другому лицу зачастую являются менее жесткими, чем требования в отношении создания обеспечительного права. Во-вторых, в случае принудительной реализации и в случае несостоятельности должника кредитор зачастую находится в лучшем положении как собственник, чем как держатель простого обеспечительного права. В других странах не установлено различие между использованием правового титула для целей обеспечения и обеспечительными правами с точки зрения требований в отношении их создания или принудительной реализации.

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

30. Законодатели стоят перед выбором двух основополагающих вариантов. Один из вариантов заключается в признании обеспечительной передачи правового титула с установлением (обычно) пониженных требований и более широких последствий полной передачи, что позволяет избегать установления общего режима обеспечительных прав. Другой вариант заключается в признании обеспечительной передачи правового титула, но ограничении либо требований, либо последствий простого обеспечительного права, либо и того, и другого. Первый вариант может привести к усилению положения обеспеченного кредитора и ослаблению при этом положения должника и других кредиторов этого должника. Такое решение может иметь смысл в том случае, если обычный обеспечительный режим непоссessorного обеспечения недостаточно хорошо разработан. Согласно второму варианту постепенное уменьшение числа преимуществ для обеспеченного кредитора и соответствующих неблагоприятных условий для других сторон является вполне возможным, особенно в том случае, если требования в отношении передачи или ее последствий, или же и того, и другого ограничиваются требованиями, касающимися обеспечительного права. Любой вариант такого решения также может иметь смысл с точки зрения устранения конкретных слабых мест обычного режима непоссessorного обеспечения.

б. Удержание правового титула кредитором

31. Вторым способом использования правового титула в качестве обеспечения является договорное удержание правового титула (резервирование права собственности). Продавец или другой заимодатель, предоставляющий денежные средства, которые необходимы для приобретения материальных или даже нематериальных активов, может удерживать правовой титул до полной выплаты покупной цены. Такого рода сделка часто называется "финансированием

покупной цены" (описание этого понятия и соответствующий пример см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, пункты 3–5).

32. Вариант соглашения об удержании правового титула (или финансирования покупной цены) реализуется путем объединения договора аренды с опционным правом арендатора на приобретение арендованного имущества (за номинальную стоимость), которое может быть осуществлено только после выплаты арендатором большей части "покупной цены" с помощью регулярных арендных платежей (соответствующий пример см. в документе A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, пункт 7). В некоторых случаях, когда срок аренды охватывает ресурсный срок, например, оборудования, это представляет собой соглашение об удержании правового титула даже без опционного права выкупа.

33. С экономической точки зрения соглашение об удержании правового титула создает обеспечительное право, которое особенно хорошо адаптировано к нуждам продавцов для обеспечения кредитования покупной цены и по этой причине широко используется ими. Во многих странах кредитование такого ряда получило широкое распространение в качестве альтернативы банковскому финансированию, которое не является финансированием покупной цены. Банк может предоставлять финансирование покупной цены, например в том случае, когда продавец продает товар банку, а банк продает его покупателю с удержанием правового титула, или когда покупатель производит платеж наличными средствами продавцу за счет займа и предоставляет банку правовой титул в качестве обеспечения этого займа. Для содействия конкуренции данный источник кредитования и присущее ему конкретное обеспечение заслуживают особого внимания.

34. Вследствие его происхождения в качестве одного из условий договора купли–продажи или аренды многие страны рассматривают соглашение об удержании правового титула как простое квази–обеспечение и по этой причине не распространяют на него действие общих правил, касающихся обеспечения, например требований в отношении формы, публичности или последствий (главным образом приоритета). В отличие от передачи правового титула его удержание кредитором имеет во многих странах привилегированный статус. Это может оправдываться желанием содействовать финансированию покупной цены поставщиками в качестве альтернативы банковскому кредитованию, которое не является финансированием покупной цены. Другой аргумент, который часто приводится, но является менее убедительным, заключается в том, что продавец нуждается в защите вследствие того, что передает проданный товар до получения платежа.

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

36. Можно было бы рассмотреть несколько основополагающих вариантов. Один из вариантов заключается в сохранении особого характера соглашения об удержании правового титула в качестве механизма правового титула. Другой

вариант может заключаться в ограничении сферы действия соглашения об удержании правового титула только покупной ценой соответствующего актива при исключении любого другого кредита и/или приобретаемым активом при исключении доходов или продукции. Еще один вариант может предусматривать включение соглашения об удержании правового титула в обычную систему обеспечительных прав. В таком случае продавцу–кредитору следует предоставить определенные преимущества. Еще один из вариантов может заключаться в придании удержанию правового титула в полной мере и на равной основе статуса любого другого непосессорного обеспечения.

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

38. Последние два варианта, упомянутые выше (см. пункт 36), в большей мере соответствуют всеобъемлющей системе обеспечительных прав. Эти варианты признают, что продавец, предоставляющий кредит, заслуживает определенного привилегированного статуса, поскольку он передает проданные в кредит товары и поскольку кредитованию покупной цены следует содействовать по экономическим причинам. С другой стороны, в интересах конкурирующих кредиторов эта привилегия ограничивается покупной ценой конкретного актива и проданными товарами как таковыми. В отличие от этого права в поступлениях или продукции, полученных от приобретенных товаров, не пользуются такой привилегией и на них распространяется действие правил, применимых к обычным обеспечительным правам.

39. Преобразование удержания правового титула в обеспечительное право усилило бы положение покупателя–должника, поскольку оно позволило бы ему создать (непосессорное) обеспечительное право второго ранга для обеспечения кредита, предоставляемого другим кредитором. Оно также улучшило бы положение других кредиторов покупателя–должника в случае принудительной реализации обремененного актива и в случае несостоятельности должника.

4. Единообразное комплексное обеспечение

40. Идея о едином, единообразном, комплексном обеспечительном праве впервые была выдвинута в Соединенных Штатах Америки в середине XX века в контексте Единообразного торгового кодекса (ЕТК). Единообразный торговый кодекс, являющийся типовым законом, который был принят всеми 50 штатами, устанавливает единое, комплексное обеспечительное право. В статье 9 ЕТК унифицируются многочисленные и разнообразные посессорные и непосессорные права в материальном и нематериальном имуществе, включая соглашения о передаче и удержании правового титула, которые были

предусмотрены законодательством штатов и общим правом. Эта идея распространилась на Канаду и Новую Зеландию, а также была воспринята несколькими странами в Европе. Ее реализация рекомендуется в Типовом законе Европейского банка реконструкции и развития. Типовой закон Организации американских государств, который во многих отношениях следует аналогичному подходу, ограничивается непосessorным обеспечением, оставляя посessorное обеспечение на регулирование в законодательстве субъектов с учетом разделения законодательных полномочий в федеративных государствах¹.

41. Основная черта широкого, всеобъемлющего подхода заключается в том, что он позволяет объединить правила, касающиеся традиционного посessorного залога, и правила о непосessorном залоге и передаче или удержании правового титула для целей обеспечения. Использование этого подхода приводит к созданию единой, всеобъемлющей и последовательной системы обеспечительных прав, что позволяет избегать пробелов и несогласованности. Основания, определяющие использование этого основного подхода и содержание отдельных положений о его реализации, могут быть свободно установлены каждым законодательным органом. Например, в рамках этой единой системы особые интересы могут быть учтены с помощью правила приоритета (например, в отношении обеспечения покупной цены).

В. Резюме и рекомендации

42. В практике в определенном, хотя и ограниченном, числе случаев посessorный залог успешно функционирует в качестве надежного обеспечительного права.

43. Договорное право удержания, если оно сопровождается правомочием кредитора на продажу, действует в качестве посessorного залога (см. пункт 14).

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

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

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли такой режим регулировать и посessorные, и непосessorные обеспечительные права или же только непосessorные обеспечительные права (см. пункт 22).]

¹ В таких государствах, как Аргентина, Бразилия и Мексика, только провинции обладают законодательными полномочиями принимать законодательство о посessorных залогах.

45. С учетом возрастающего значения нематериального имущества в качестве обеспечения кредитования и зачастую недостаточных правил, применимых к этому виду обеспечения, было бы целесообразным разработать современный правовой режим в отношении нематериального имущества (см. пункт 23).

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

Рабочая группа может также пожелать обсудить рекомендации, вынесенные в руководстве в отношении нематериального имущества и конкретных видов такого имущества, например ценных бумаг, прав интеллектуальной собственности и возникающей из них дебиторской задолженности. При обсуждении этого вопроса Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание итоги работы других организаций, то обстоятельство, что нематериальное имущество может использоваться в качестве обеспечения в контексте сделок, касающихся обеспечения в материальном имуществе (например, финансирования приобретения инвентарных запасов или оборудования), и сложный характер и практическую возможность установления режима обеспечительных интересов в нематериальном имуществе.

Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли полезной передача правового титула для целей обеспечения и следует ли сохранить возможность такой передачи в действенной и эффективной системе непосессорного обеспечения, создаваемого в материальных и нематериальных активах (см. пункт 30). Рабочая группа может также пожелать рассмотреть вопрос о том, следует ли рассматривать удержание правового титула в качестве одного из механизмов правового титула или способов создания обеспечения (см. пункты 36–37).

Если Рабочая группа решит рассматривать удержание правового титула в качестве одного из способов создания обеспечения, то она, возможно, пожелает наделить продавца–кредитора или другое лицо, кредитующее покупную цену, специальным приоритетом, эквивалентным приоритету держателя правового титула. Такой специальный приоритет может ограничиваться проданными активами и невыплаченным остатком их покупной цены (при исключении поступлений и других кредитов (см. пункт 38)). Рабочая группа может также пожелать рассмотреть вопрос о том, что статус удержания правового титула как эквивалента "обычного" обеспечительного права не должен наносить ущерба его пригодности для использования в других целях (например, налогообложения, бухгалтерского учета и т.д.).

Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть преимущества и недостатки подхода, используемого в современном законодательстве нескольких стран, которое касается обеспечения и которое устанавливает единообразное комплексное обеспечительное право (см. пункты 40–41).]