



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
12 March 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	1–72	
V. Публичность	1–72	2
A. Общие замечания	1–68	2
1. Введение	1–8	2
2. Публичная регистрация непосредственного обеспечения в движимых активах	9–46	4
a. Сделки с правовым титулом или обеспечительные сделки	9–14	4
b. Консенсуальные или неконсенсуальные обеспечительные права	15–17	6
c. Единый регистр обременения или несколько реестров обременения	18–21	7
d. Уведомление или регистрация документов	22–23	8
e. Сроки регистрации	24–28	8
f. Требуемое содержание зарегистрированного уведомления	29–37	9
g. Необходимость защиты отделанных цессионариев обремененных активов	38–40	12
h. Связи с реестрами недвижимости	41–42	13



i.	Связи между общим реестром обременения и реестрами правовых титулов на конкретные активы	43	14
j.	Частная регистрация или публикация	44	15
k.	Регистрация и принудительное исполнение	45–46	15
3.	Изъятие имущества из владения должника и эквивалентные механизмы контроля	47–58	16
a.	Изъятие имущества из владения должника вместо регистрации	47–50	16
b.	Качество владения	51–52	17
c.	Символическое владение	53	17
d.	Уведомление третьих сторон или контролирование третьими сторонами	54–58	18
4.	Последствия обеспечительных прав, не имеющих публичного характера, для третьих стран	59–64	19
5.	Последствия обеспечительных прав, не имеющих публичного характера, для третьих сторон	65–68	21
В.	Резюме и рекомендации	69–72	22

V. Публичность

A. Общие замечания

1. Введение

1. Как разъяснялось выше (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3, пункты 10 и 15–20), необходимо содействовать предоставлению непосessorных обеспечительных прав. Непосessorное обеспечение, хотя оно и было известно в прошлом, стало вновь использоваться только в XIX веке, и в некоторых государствах его использование по-прежнему ограничено или даже полностью запрещено. Такой подход традиционно объясняется предполагаемой необходимостью защитить других кредиторов, у которых может сложиться ошибочное представление о процветании вследствие сохранения должником владения имуществом. Между тем беспокойство в отношении такого псевдопроцветания само по себе является несколько устаревшим и недостаточным обоснованием. В условиях современных коммерческих операций, которые в значительной степени основаны на кредитовании, у третьих лиц не должно вызывать удивления то, что активы должника обременены обеспечением или что поставщик или арендодатель обладает приоритетным правом распоряжаться такими активами. Тем не менее из этого не следует, что режим обеспеченных сделок может полностью обойтись без какого-либо требования в отношении публичности непосessorного обеспечения. Надежная и эффективная система публичности обеспечивает значительные преимущества с точки зрения эффективности операций и избежания споров.

2. Во-первых, публичность позволяет потенциальным обеспеченным кредиторам установить, обременены ли соответствующие активы обеспечительными правами в пользу какого-либо предыдущего кредитора, с тем чтобы иметь возможность оценить свои приоритетные права по отношению к коллидирующим обеспечительным правам. В отсутствие публичности обеспеченные кредиторы вынуждены полагаться на заверения должника или же проводить обширные фактические расследования. Это, как правило, затрудняет

дебиторам, не имеющим стабильного кредитного рейтинга, доступ к кредиту и ограничивает конкуренцию на рынке кредита в результате привязки должников к кредиторам, с которыми они наладили стабильные основанные на доверии отношения.

3. Во-вторых, публичность необходима для надлежащего урегулирования последствий несанкционированной реализации обремененных активов должником. В рамках правовых систем, в которых не обеспечивается публичности, приходится выбирать между защитой обеспеченных кредиторов от последствий неправомерного поведения должников и защитой добросовестных цессионариев от риска тайного права удержания, о котором им не известно или не могло быть известно. Публичность устраняет необходимость в балансировании между этими двумя крайними вариантами и позволяет правовым системам обеспечить безопасность всех консенсуальных сделок с движимыми активами.

4. В-третьих, публичность сокращает необходимость в судебном процессе для устранения подозрений в отношении мошеннической датировки обеспечительных документов задним числом благодаря созданию объективного механизма для подтверждения фактической даты обеспечения. Следует признать, что риск мошеннической датировки задним числом является менее существенным на рынке кредита, на котором в основном действуют специализированные финансовые учреждения, уделяющие особое внимание репутации клиента. Кроме того, эта проблема может быть решена, если будет предусмотрено, что соглашение об обеспечении должно соответствовать определенным формальным требованиям, но при этом не будет требоваться какого-либо публичного уведомления в отношении обеспечительного права. Тем не менее дополнительный элемент публичности позволяет необеспеченным кредиторам более эффективно оценить, существуют ли какие-либо необремененные активы, остающиеся в распоряжении дебитора, для удовлетворения их собственных требований. В отсутствие публичности единственным источником информации является сам должник, который может не проявить готовности к сотрудничеству или оказаться недостаточно надежным источником информации, вынуждая кредиторов прибегать к процедурам принудительного исполнения, которые могут оказаться бесполезными.

5. В контексте недвижимого имущества потребность в публичности в значительной степени удовлетворяется благодаря созданию публичного реестра. Земельный кадастр предназначен для обеспечения третьим сторонам всеобъемлющей информации о текущем состоянии правового титула на конкретную недвижимую собственность, включая любое обременение такого титула, предоставляемое зарегистрированным владельцем. Многие государства создали аналогичные реестры для некоторых категорий дорогостоящего имущества (например, судов, летательных аппаратов, жилых автофургонов и в некоторых случаях для других видов автотранспортных средств). Тем не менее большинство видов движимого имущества не поддаются описанию на основе достаточных особых характеристик или же являются слишком динамичными или неустойчивыми для применения в качестве модели земельного кадастра. Это прежде всего относится к нематериальным правам и таким средствам или универсальным формам оборотных активов, как инвентарные запасы и финансовые требования.

6. Для решения таких практических проблем была разработана концепция реестра, предназначенного исключительно для обремененных активов. Вместо классификации по правовому титулу на обремененные активы в качестве основного признака при внесении и поиске информации используется ссылка на наименование лица, передающего право. Вопрос о правовом титуле лица, передающего право, и о фактическом существовании обремененных активов решается на основании событий и фактов, не включаемых в реестр.

7. Идея реестра обремененных активов для регистрации переданного в обеспечение движимого имущества возникла в начале XIX века и исторически ассоциируется с государствами системы общего права. Тем не менее в настоящее время эта концепция уже не рассматривается исключительно в качестве атрибута системы общего права. Подобные реестры все чаще создаются в качестве необходимого элемента инфраструктуры всеобъемлющей современной системы непосессорного обеспечения в различных странах. Подтверждением этого является типовое законодательство в отношении обеспеченных сделок Европейского банка реконструкции развития и Организации американских государств, а также принятая недавно Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования.

8. В настоящей главе прежде всего рассматриваются основные предварительные условия эффективного и действенного реестра обремененных активов. После этого рассматривается вопрос о необходимости публичной регистрации даже в отношении посессорных обеспечительных прав и о допустимости альтернативных методов обеспечения публичности. В заключение в настоящей главе рассматривается вопрос о том, должна ли публичность быть обязательным условием действительности обеспечения в отношениях между сторонами или только в отношении третьих сторон. Поскольку в связи с этим необходимо провести определенный более общий анализ последствий обеспечения для третьих сторон, вопрос о взаимосвязи между публичностью и приоритетом в полном объеме рассматривается в отдельной главе, посвященной приоритету (глава VII).

2. Публичная регистрация непосессорного обеспечения в движимых активах

а. Сделки с правовым титулом или обеспечительные сделки

9. Хотя реестр для регистрации только обремененных активов создается не для того, чтобы обеспечить подтверждение правового титула лица, передающего право, в отношении обремененных активов, из этого отнюдь не следует, что все сделки с правовыми титулами подлежат исключению. Первые реестры обремененных активов были прежде всего предназначены для предоставления обеспеченным кредиторам средства публичного подтверждения обеспечения, с тем чтобы они могли защититься от обвинений со стороны других кредиторов в мошеннических действиях, связанных с датированием задним числом. Именно этому аспекту уделялось основное внимание в ряде правовых систем в результате чего публичная регистрация требовалась только в отношении обеспечительных прав, касающихся активов, которые уже принадлежат должникам (например, обремененные корпоративные активы). Поскольку обеспечение, создаваемое в результате сохранения правового титула в рамках купли–продажи или аренды, не представляет собой по определению попытки

отчуждения стоимости существующего имущества лица, передающего права, регистрации не требуется.

10. Между тем в рамках новых режимов регистрации защита от мошеннических действий, связанных с датированием задним числом, является лишь одним из побочных аспектов регистрационной функции. Основное внимание уделяется обеспечению подлинной публичности. Цель состоит в том, чтобы предоставить третьим лицам максимальные возможности для определения того, принадлежат ли должнику активы, находящиеся в его владении и под его контролем, или же они являются предметом имущественных прав в пользу какого-либо третьего лица. Для обеспечения максимальной публичности все договоренности об обеспечении, независимо от того, основаны они на предоставлении обеспечения в строгом смысле слова или же на передаче или сохранении правового титула, подлежат регистрации в целях обеспечения их действительности для третьих сторон.

11. Аналогичная проблема публичности фактически возникает также, если какому-либо лицу разрешается оставлять в своем владении или под своим контролем активы, принадлежащие другому лицу, даже если право собственности не используется для целей обеспечения долга. Это побуждает включать в реестр все непосessorные сделки, которые достаточно широко применяются в коммерческой практике и поэтому могут породить сомнения у третьих сторон, даже в тех случаях, когда они не направлены на обеспечение долга. Подтверждением такой тенденции является распространение сферы действия Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования не только на соглашения об обременении и сохранении правового титула в пользу продавцов, но также на соглашения об аренде воздушных судов, независимо от того, используется ли аренда в качестве обеспечения или же представляет собой подлинную аренду в том смысле, что арендные платежи точно отражают потребительную стоимость воздушного судна в течение соответствующего срока. Такой подход позволяет также снизить вероятность разногласий в связи с надлежащей характеристикой экономически "пограничных" сделок для разграничения сделок, связанных с обеспечительными и имущественными правами, в частности в связи с соглашениями купли-продажи при сохранении правового титула и арендными сделками, в связи с которыми возникают основные проблемы. Данную проблему невозможно полностью устранить, поскольку она возникает также на уровне принудительного исполнения. Вместе с тем установление общего требования в отношении публичности позволяет снизить вероятность возникновения споров.

12. Для избежания чрезмерно жесткого регулирования необходимо обеспечить соответствующие средства для определения круга сделок, подлежащих регистрации. Если сделка, связанная с передачей правового титула, совершается в целях обеспечения долга, это может быть достигнуто благодаря использованию функционального определения обеспечения, с тем чтобы охватить любую сделку, независимо от того, принадлежит ли правовой титул кредитору или должнику, которая совершается для обеспечения исполнения обязательства.

13. В тех случаях, когда сделка по существу не является обеспеченной, даже с функциональной точки зрения, законодательство, как правило, отдает предпочтение использованию более формального подхода. Те сделки, которые,

как считается, наиболее часто оказываются потенциальным источником проблем в какой-либо конкретной стране, определяются путем ссылки на их формальные параметры. В отношении режимов, в которых применяется подобный подход, можно привести следующий иллюстративный перечень (хотя не все режимы обязательно охватывают все четыре вида сделок):

- i) долгосрочная (т.е. более одного года) аренда, даже если она не предусматривает обеспечение эквивалента закупочной стоимости арендуемого товара;
- ii) коммерческая консигнация, в рамках которой инвентарные запасы поставляются агенту для перепродажи населению, за исключением тех случаев, когда агент хорошо известен кредиторам в качестве коммерсанта, занимающегося исключительно инвентарными запасами, например, аукциона и агента по продаже произведений искусства;
- iii) полная уступка (т.е. купля–продажа) дебиторской задолженности или требований; и
- iv) полная купля–продажа товаров, если они остаются во владении продавца сверх разумного срока.

14. Проблема данного подхода состоит в том, что он имеет историческую ориентацию. Виды сделок, в связи с которыми в прошлом возникали проблемы публичности, определяются исходя из их номинальных параметров. В будущем могут появиться новые параметры сделок, в связи с которыми будет возникать аналогичное беспокойство. Поэтому вместо этого предпочтительно, возможно, использовать концепцию проблемной ориентации, с тем чтобы требовать регистрацию в любой ситуации, когда во владении или под контролем какого-либо лица остаются движимые активы, принадлежащие другому лицу, в течение срока, превышающего предписанный в законодательном порядке разумный срок.

в. Консенсуальные или неконсенсуальные обеспечительные права

15. В принципе истинно публичная система регистрации переданного в обеспечение движимого имущества должна охватывать все обеспечительные права, возникающие как в силу закона, так и на основании соглашения. Несмотря на различие в методах создания таких прав, в связи с ними возникают идентичные проблемы публичности.

16. В то же время многое зависит от последствий конкретного неконсенсуального обеспечительного права для третьих сторон. Если основанное на соображениях публичного порядка основание неконсенсуального обеспечительного права является достаточно весомым для признания абсолютного приоритета данного кредитора по сравнению со всеми другими обеспеченными или необеспеченными, предыдущими или последующими кредиторами, публичность имеет ограниченное практическое значение. Тем не менее, если порядок очередности определяется на основании правила "первый по времени" или если субъект неконсенсуального обеспечительного права имеет общее право на получение обремененных активов, даже если они находятся у добросовестных покупателей (*droit de suite*), появляется масса доводов в пользу распространения на неконсенсуальных обеспеченных кредиторов такого же

всеобъемлющего режима публичности и приоритета, который применяется в отношении консенсуальных обеспеченных кредиторов.

17. Все более значительное число режимов регистрации предусматривает возможность регистрации кредиторами по суду (т.е. кредиторами, требования которых были признаны в судебном решении) уведомления о судебном решении в реестре переданного в обеспечение движимого имущества, причем в результате регистрации возникает эквивалент общего обеспечительного права в отношении активов должника по решению суда. Такой подход косвенно содействует повышению оперативности погашения задолженности по решению суда, позволяя избегать дополнительных расходов и необходимости принятия активных мер по принудительному исполнению судебного решения. Как только обеспечивается публичность судебного решения, должник по решению суда оказывается на практике вынужден погашать долг и прекращать регистрацию, с тем чтобы получить возможность реализовать свои активы или использовать их в качестве обеспечения по другому долгу.

с. Единый реестр обременения или несколько реестров обременения

18. Вследствие произвольного характера процесса эволюции непосессорного обеспечения нереформированные режимы регистрации, как правило, предусматривают отдельные реестры в зависимости от характера активов (например, долги по расчетным книгам) или статуса лица, передающего право (например, корпорации), или формального характера обеспечения (например, ипотечный залог, обременение, уступка) или даже статуса обеспеченного кредитора (например банки).

19. До тех пор, пока основная цель регистрации заключалась в защите от мошеннического датирования задним числом, децентрализованный и зачастую дублирующий характер реестров обременения не имел особого значения. Тем не менее, поскольку в последнее время основное внимание стало уделяться обеспечению максимальной публичности, наличие нескольких дублирующих реестров ослабляет функцию публичности и создает неопределенность при установлении приоритета или последствий для третьих сторон коллидирующих обеспечительных прав, предоставленных одним и тем же должником в одних и тех же активах, однако зарегистрированных в различных реестрах.

20. Поэтому в рамках более современных режимов создаются централизованные реестры для всех обеспечительных прав и аналогичных сделок. Это, в свою очередь, позволяет обеспечить в результате регистрации единую презюмируемую формулу для определения очередности интересов в соответствии с простым правилом первой регистрации (хотя в отношении соглашений о сохранении правового титула и функционально аналогичных соглашений, как правило, предусматривается специальная защита от последствий применения такого правила).

21. Процессу централизации в значительной степени содействовало развитие компьютерной техники. Благодаря компьютеризации все регистрационные данные, независимо от характера активов и статуса сторон, можно внести в единую базу данных, однако при этом сохраняются множественные пункты доступа в систему как для желающих зарегистрироваться, так и для тех, кто осуществляет поиск информации.

d. Уведомление или регистрация документов

22. Поскольку основная цель первых режимов заключалась в обеспечении объективных доказательств отсутствия мошеннического датирования задним числом, такие режимы, как правило, предусматривали весьма обременительные требования в связи с регистрацией. Необходимо было представлять фактический экземпляр соглашения об обеспечении, иногда сопровождаемый аффидевитом о добросовестности (в отношении прав других кредиторов) и исполнении. Такой подход был сопряжен с непродуктивным уровнем операционных издержек и риска для обеспеченных кредиторов и создавал неопределенность относительно того, предусматривает ли регистрация обеспечение публичности для третьих сторон в отношении всего содержания зарегистрированной документации или только в отношении определенных основных условий.

23. Современные режимы регистрации предусматривают существенно упрощенный порядок регистрации. Вместо представления фактической документации об обеспечении необходимо только дать уведомление, содержащее основную информацию, которая требуется для того, чтобы обратить внимание третьих сторон на характер и сферу действия обеспечения. По сравнению с регистрацией документов регистрация уведомлений имеет следующие преимущества:

- i) сокращение административного и архивного бремени для реестра;
- ii) снижение операционных расходов для обеспеченных кредиторов и соответствующее снижение риска ошибки;
- iii) обеспечение большей конфиденциальности в отношении операций должника;
- iv) расширение возможностей для разработки и согласования условий соглашения об обеспечении; а также
- v) повышение определенности и усиление публичности для третьих сторон, осуществляющих поиск информации в реестре.

e. Сроки регистрации

24. В рамках системы регистрации и уведомления для осуществления регистрации с практической точки зрения необходимо, чтобы соглашение об обеспечении было заключено. Более противоречивым является вопрос о том, следует ли в принципе разрешать заблаговременную регистрацию. В некоторых режимах это разрешается. Согласно другим режимам должно прежде всего существовать формальное соглашение об обеспечении, хотя реальные средства могут быть еще не выплачены. Оба подхода имеют свои преимущества и недостатки.

25. Если приоритетность требований обеспеченных кредитов определяется исходя из времени регистрации, то заблаговременная регистрация позволяет обеспеченному кредитору установить приоритет своего требования и избежать необходимости дальнейших регистраций перед фактической выплатой средств. Это позволяет также избежать риска аннулирования обеспечения или утраты приоритета в тех случаях, когда основное соглашение об обеспечении имело

технические недостатки в момент регистрации, однако впоследствии было исправлено без какого-либо ущерба для третьих лиц.

26. С другой стороны, заблаговременная регистрация усложняет функцию регистрации, связанную с определением приоритетности по отношению к некоторым категориям прав третьих сторон, которые возникают после осуществления регистрации, но до фактического исполнения соглашения об обеспечении, в результате которого создается обеспечение. В отношении других регистрируемых прав проблем не возникает, поскольку приоритетность может быть определена на основании очередности регистрации, и каждое обеспечительное право будет датироваться моментом регистрации для этой цели. Тем не менее в тех случаях, когда активы реализуются покупателю или когда назначается управляющий в деле о несостоятельности, для определения того, возникли такие права до или после фактического создания обеспечения, потребуются незарегистрированные фактические доказательства. В то же время аналогичное бремя доказывания существует даже в рамках системы, которая не допускает заблаговременной регистрации. Поскольку источником обеспечения является соглашение, а не регистрация как таковая, в любом случае необходимо предоставить независимое доказательство наличия соглашения об обеспечении. Хотя это снижает ценность регистрации как механизма предупреждения мошеннического датирования задним числом, это является неотъемлемым элементом концепции регистрации уведомления.

27. В связи с заблаговременной регистрацией повышается также риск ложной регистрации в тех случаях, когда переговоры прерываются и никакого обеспечения не предоставляется. Такой риск можно снизить, предусмотрев упрощенную процедуру бесспорного освобождения от обязательств, т. е. процедуру, которая необходима в любом случае, если обеспеченное обязательство было исполнено. В некоторых системах предпринимается попытка найти компромиссное решение. Заблаговременная регистрация может быть произведена, если она осуществляется в течение указанного срока (например, 30 дней) до исполнения соглашения. Такого рода льготный период требует более углубленного изучения незарегистрированных доказательств, хотя он может оказаться приемлемым для потребительских сделок, когда лицо, передающее право, может не обладать соответствующей информацией или опытом, для того чтобы воспользоваться предусмотренной в законодательстве процедурой освобождения от обязательств.

28. Вопрос о заблаговременной регистрации частично связан с вопросом о том, какая информация должна содержаться в зарегистрированном уведомлении об обеспечении. Чем выше требование к детализации информации, тем больше оснований требовать, чтобы предварительно было заключено соглашение об обеспечении, и тем меньше практическая ценность заблаговременной регистрации.

f. Требуемое содержание зарегистрированного уведомления

29. Для того чтобы уведомление об обеспечении имело минимальную ценность с точки зрения публичности, в нем должны быть указаны лицо, передающее право, и обеспеченный кредитор, а также должно содержаться описание обременяемых активов. Поскольку наименование лица, передающего право, является основным критерием поиска информации, обычно предписываются

правила для определения правильного юридического наименования для целей регистрации и поиска информации. Для физических лиц, передающих права, иногда требуется дополнительная информация, например дата рождения, с тем чтобы обеспечить разумные пределы результатов поиска. Для предприятий, передающих право, база данных реестра иногда связана с реестром наименований коммерческих предприятий, который ведется в данном государстве, с тем чтобы обеспечить точность вносимых данных.

30. В реестрах правовых титулов, как правило, требуется конкретно идентифицировать обремененные активы, а регистрация и поиск обеспечения осуществляются путем ссылки на конкретные активы. В реестре обремененных активов регистрация наименования лица, передающего право, устраняет необходимость в подробном описании элементов активов, что снимает ограничения в отношении категорий обеспечения, для которых проблема публичности может быть эффективно решена. Единый реестр позволяет регистрировать обеспечение как в текущих активах, так и в активах, приобретенных впоследствии, а также в оборотных средствах или универсальных формах активов (например, "все требования" или "все инвентарные запасы"). В таких случаях последствия для третьих сторон возникают скорее в момент регистрации, чем в тот момент, когда должник фактически приобретает права в каких-либо конкретных активах. Такая система позволяет обеспечить публичность в отношении всей совокупности активов должника (например, "все текущие и впоследствии приобретенные движимые активы").

31. Такого рода широкие обеспечительные права оказываются весьма противоречивыми. Частично это обусловлено беспокойством в связи с тем, что первый зарегистрировавшийся кредитор приобретает ситуативно-монопольное право контролировать доступ должника к источникам обеспеченного финансирования. Частично это обусловлено тем, что при обеспечении всеми активами может сократиться или даже полностью исчезает масса необремененных активов, которые могут быть распределены по судебному приказу или в интересах кредиторов в случае несостоятельности. В рамках любого режима обеспеченных сделок необходимо учитывать эти принципиальные основания для беспокойства. В то же время их не следует использовать в качестве оправдания для установления произвольных ограничений в отношении категорий активов, по которым может быть обеспечена публичность в результате указания в регистрируемом уведомлении об обеспечении родового или общего родового описания. Такие проблемы можно более эффективно решать на основе формулирования четких материально-правовых правил в отношении исключительного приоритета, которые позволяют сохранить для должников доступ к более специализированным источникам финансирования в будущем или же защитить наиболее уязвимые категории необеспеченных кредиторов. Необходимость разработки такого рода правил в отношении исключительного приоритета рассматривается в главе VII (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, пункты 33–37). В контексте финансирования потребительских сделок такие решения, возможно, необходимо будет дополнить полным запретом на предоставление обеспечения в активах потребителя, приобретенных впоследствии, и этот вопрос уже рассматривается в главе IV (см. A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, пункты 22–23 и 55).

32. Даже в тех правовых системах, в которых допускается родовое или общее родовое описание, применяются различные подходы при решении вопроса о том, что является надлежащим описанием. В некоторых системах регистрирующая сторона обязана только указать общий характер обременяемых активов (например, товар), даже если обеспечительное право фактически действует только в отношении какого-либо конкретного имущества (например, одного автомобиля). В других правовых системах такое описание должно отражать фактическую структуру активов, которые предполагается зарегистрировать.

33. Каждый подход имеет свои преимущества и недостатки. Менее точное описание облегчает бремя регистрации для кредиторов и снижает риск ошибок в описании. Это также позволяет обеспеченному кредитору и должнику изменять их соглашения об обеспечении для добавления новых активов, относящихся к той же общей категории, не прибегая к новой регистрации.

34. С другой стороны, такая система имеет ограниченную ценность в плане публичности для третьих сторон. Для того чтобы определить точный характер обеспечения, они должны получить подтверждение непосредственно от обеспеченного кредитора или через должника. Кроме того, даже если существующее соглашение об обеспечении охватывает более ограниченный круг активов, конкурирующие обеспеченные кредиторы, располагающие обеспечением в любых активах, подпадающих под зарегистрированное описание, должны будут получить от первого зарегистрировавшегося кредитора заявление об отказе от его приоритетных прав. Поскольку приоритетный статус обеспеченных кредиторов определяется исходя из первоначальной регистрации, требуется явно выраженный отказ от прав, с тем чтобы защитить обеспеченных кредиторов от риска, связанного с тем, что лицо, передающее права, может впоследствии расширить базу активов, обремененных обеспечением, в соответствии с каким-либо будущим соглашением.

35. Различные подходы применяются также при решении вопроса, должна ли быть указана в уведомлении стоимость, в отношении которой предоставляется обеспечение. Для учета финансовой практики, основанной на неопределенных обязательствах (например, практики возобновляемых кредитов), ни одна из современных систем не содержит требования об указании в регистрируемом уведомлении фактической суммы обеспечиваемого обязательства. Тем не менее в соответствии с некоторыми системами необходимо указывать максимальную сумму (рассмотрение положений о максимальной сумме в соглашении об обеспечении см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2, пункты 13 и 16). Основная цель такого требования заключается в том, чтобы предоставить лицу, передающему право, возможность получить "второстепенное финансирование" от других обеспеченных кредиторов, используя остаточную стоимость активов после их обременения первым зарегистрированным обеспечением. В отсутствие такого требования последующий обеспеченный кредитор должен будет получить у первого зарегистрированного кредитора позитивный отказ от его приоритетного права. В противном случае, поскольку приоритет определяется исходя из момента регистрации, второй зарегистрированный кредитор будет иметь второстепенный статус применительно к любым последующим выплатам, произведенным первым зарегистрированным кредитором. Если система позволяет обеспечить в рамках одной регистрации публичность обеспечения,

предоставленного в соответствии с последующими соглашениями между одними и теми же сторонами, данный риск фактически возникает даже в том случае, если существующее соглашение об обеспечении в данный момент не предусматривает каких-либо дополнительных будущих выплат.

36. Каждый подход имеет свои преимущества и недостатки. Если в уведомлении необязательно указывать какую-либо максимальную сумму, то первый зарегистрировавшийся обеспеченный кредитор и лицо, передающее право, обладают полной свободой действий в отношении расширения объема кредитования или даже заключения абсолютно новых кредитных соглашений, не опасаясь утраты приоритета и без каких-либо дополнительных операционных затрат, связанных с регистрацией. С другой стороны, способность лица, передающего право, предоставлять обеспечение из остаточной стоимости обремененных активов будет ограничиваться, если первый зарегистрированный кредитор не проявляет готовности отказаться от приоритета. В условиях жесткой конкуренции на рынке кредита должник обычно располагает достаточными возможностями для беспрепятственного получения отказа от приоритета. Тем не менее, возможно, не удастся добиться отказа на разумных условиях, если соглашение об обеспечении содержит штрафную оговорку в связи с утратой обеспечения. В то же время защита, которая обеспечивается в результате требования об указании максимальной суммы, носит иллюзорный характер, если практикуется регистрация существенно завышенных стоимостных показателей. Это, по-видимому, не будет сопряжено с проблемами, если должник обладает достаточно сильными позициями в переговорах, однако в таком случае защита может изначально не потребоваться. В других случаях, возможно, необходимо будет предусмотреть определенную процедуру, позволяющую лицу, передающему право, по меньшей мере в рамках потребительских сделок требовать снижения зарегистрированной суммы, если она не отражает фактического объема кредитного обязательства обеспеченного кредитора в соответствии существующим соглашением между этими сторонами.

37. Оба подхода осложняют задачу сторон, осуществляющих поиск информации. Для определения фактического текущего состояния счетов необходимо устанавливать прямые контакты со сторонами. Это требуется даже в том случае, если необходимо указывать максимальную сумму, поскольку эта сумма не отражает фактическую непогашенную сумму обеспеченного обязательства в любой данный момент времени, а соответствует только максимальной сумме, которую обеспеченный кредитор вправе изъять из обремененных активов благодаря предоставленному ему обеспечению.

g. Необходимость защиты отдаленных цессионариев обремененных активов

38. Реальное обеспечение, как правило, предоставляет обеспеченному кредитору право рассчитывать на обремененные активы независимо от того, в чьих руках они находятся. В противном случае лицо, передающее право, могло бы в одностороннем порядке прекращать действие обеспечения. Тем не менее обычное "право следования" обеспеченного кредитора, возможно, необходимо ограничить в случае реестра обременения, содержащего индекс лиц, передавших права. В тех случаях, когда обремененные активы оказались объектом несанкционированных последовательных передач, потенциальные покупатели и обеспеченные кредиторы не в состоянии защитить себя путем проведения

поиска по наименованию последнего держателя. Такой поиск не позволит установить обеспечительный интерес, предоставленный предшествующим владельцем.

39. Эта проблема может быть решена в различных формах в зависимости от того, каким образом в рамках данного правового режима предполагается обеспечить баланс между сохранением обеспечения и сохранением надежности реестра. Обеспеченных кредиторов, как минимум, следует обязать вносить изменения в свои регистрационные документы для идентификации цессионария обремененных активов в качестве нового лица, передающего право, чтобы избежать субординаций интересам, приобретенным в соответствующих активах, после того как обеспеченному кредитору становится известно о передаче активов. В рамках некоторых правовых режимов, возможно, будут приняты дополнительные меры и будет обеспечена защита всех третьих сторон или по меньшей мере наиболее уязвимых категорий третьих сторон, даже в тех случаях, когда обеспеченному кредитору не известно о несанкционированном отчуждении дебитором своих активов.

40. Проблема отдаленных третьих сторон может быть в значительной степени решена в результате установления требования о конкретной идентификации активов для эффективного обеспечения публичности в отношении покупателей и конкурирующих обеспеченных кредиторов в случае особенно дорогостоящих активов с надежными цифровыми обозначениями, например автотранспортных средств, малых судов, жилых автофургонов, трейлеров, летальных аппаратов и т.д. Хотя это ограничивает способность обеспеченных кредиторов регистрировать обеспечение в активах, приобретаемых впоследствии, конкретная идентификация активов практически необходима только в отношении капитальных активов, используемых в рамках коммерческих операций лица, передающего право, а также потребительских активов, которые используются в личных целях. Применительно к инвентарным запасам данная проблема возникает только в том случае, если торговец подержанными товарами приобретает активы при условии предоставления продавцом обеспечения, а затем перепродает эти товары населению. Следует рассмотреть вопрос о расширении масштабов защиты, предоставляемой покупателям активов, передаваемых в рамках обычных коммерческих операций, для защиты цессионариев таких активов. Эти вопросы рассматриваются более подробно в главе VII (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, пункт 30).

h. Связи с реестрами недвижимости

41. Современное законодательство в области обеспеченных сделок как правило допускает предоставление движимых обеспечительных прав в утративших мобильность движимых активах, т.е. в движимом имуществе, которое предназначено для приобщения к земле без утраты особых характеристик (например, ограждение), а также в недвижимых активах, которые могут обрести мобильность, т.е. в недвижимом имуществе, которое должно стать движимым (например, урожай на корню). На обеспечительные права распространяются такие же требования публичности, какие применяются к другим категориям движимого имущества с одной оговоркой. Для вступления в силу в отношении лиц, заявляющих право на землю, к которой приобщено или привязано движимое имущество, уведомление об обеспечении, как правило, должно быть

также зарегистрировано в земельном кадастре, с тем чтобы сохранить всеобъемлющую функцию публичности реестра недвижимости.

42. В связи с созданием комплексного реестра обременения движимого имущества возникает вопрос о том, насколько возможно согласовать требования в отношении публичности в тех случаях, когда соглашение об обеспечении охватывает как недвижимое, так и движимое имущество. Все это, как представляется, еще не сделано ни в одном правовом режиме. Земельные кадастры, как правило, содержат ссылку на конкретные активы и обеспечивают регистрацию правовых титулов, а также обремененных активов. Если существует также вспомогательный индекс наименований владельцев, то может быть создана единая система регистрации. Однако это потребует значительных усилий для согласования принципов регистрации наименований, используемых в этих двух системах. Кроме того, для поддержания целостности земельного кадастра обеспечение обычно необходимо будет регистрировать на основе ссылки на конкретное недвижимое имущество, а не только на наименование лица, передающего право. Это необходимо потому, что в реестре правовых титулов для обеспечения публичности, как правило, не требуется проводить разграничения между чистым обеспечением и обеспечением, создаваемым в результате передачи или резервирования правового титула в пользу обеспеченного кредитора. Надлежащая публичность обеспечивается независимо от того, указан ли кредитор в реестре в качестве владельца данного имущества или в качестве держателя обременения правового титула зарегистрированного владельца. Разграничение между владением и обеспечением приобретает значение только на уровне принудительного исполнения.

i. Связи между общим реестром обременения и реестрами правовых титулов на конкретные активы

43. В связи с аналогичными соображениями могут возникать проблемы при согласовании или объединении регистрационных данных реестра обремененного движимого имущества и реестров правовых титулов на конкретные активы, в которых регистрируются такие виды движимого имущества, как суда, летательные аппараты, автотранспортные средства и интеллектуальная собственность. В случае материальных активов эти проблемы могут быть решены, если реестр обременения обеспечивает дополнительные возможности для проведения поиска по идентификационным номерам конкретных активов. Для интеллектуальной собственности препятствия являются более существенными, поскольку обеспечение эквивалентной системы идентификации активов не представляется возможным и поскольку реестры интеллектуальной собственности не предназначены прежде всего для облегчения коммерческих сделок. Независимо от того, какой подход будет использован, в общем законодательстве, касающемся обеспеченных сделок, необходимо установить, в какой степени регистрация в реестрах конкретных активов заменяет регистрацию в общем реестре движимого имущества, и согласовать вопрос о приоритетах в соответствии с различными режимами. Это имеет особое значение в связи с обеспечением в интеллектуальной собственности и лицензиях, а также платой за право пользования интеллектуальной собственностью, ввиду повышения экономического значения этой категории собственности.

j. Частная регистрация или публикация

44. Некоторые режимы отказались от публичных реестров обременения как таковых в пользу более ограниченных систем уведомления: например, внесение уведомления в бухгалтерские книги самого должника, в книги нотариуса или судебного чиновника или устное заявление или публикацию в газете. Хотя некоторые виды таких уведомлений позволяют решить проблему мошеннического датирования задним числом, они не отличаются постоянством и общедоступностью, что необходимо для обеспечения подлинной публичности и для установления приоритета в отношении третьих лиц. В случае создания всеобъемлющего реестра обременения от таких видов уведомлений можно полностью отказаться.

k. Регистрация и принудительное исполнение

45. В некоторых правовых системах обеспеченный кредитор обязан зарегистрировать свое обеспечительное право, прежде чем он сможет воспользоваться средствами реализации своих прав на обремененные активы. В других правовых системах регистрация не является предварительным условием реализации. Выбор надлежащего подхода зависит в определенной степени от того, кто несет ответственность за уведомление третьих сторон с зарегистрированным правом в обремененных активах относительно принятия принудительных мер. Если это бремя возлагается непосредственно на обеспеченного кредитора, то может потребоваться регистрация права самого кредитора, прибегающего к мерам по реализации. Если же такое бремя возлагается на регистрирующий орган или на какое-либо другое публичное должностное лицо, то регистрация необходима для уведомления соответствующего должностного лица относительно необходимости давать уведомление другим зарегистрированным сторонам, заявляющим свои требования. В правовой системе, в которой применяется последний из упомянутых подходов, фактически необходимо будет обеспечить публичность в результате регистрации прежде, чем можно будет реализовать право, даже в случае обеспечительного права, публичность которого была первоначально обеспечена в результате изъятия имущества из владения должника.

46. Заблаговременная регистрация предполагаемых мер по принудительной реализации может также способствовать облегчению бремени расследования для конкурирующих обеспеченных и необеспеченных кредиторов, которые планируют принять меры в целях принудительной реализации. В противном случае им необходимо проводить дополнительные расследования в отношении всех зарегистрированных обеспеченных кредиторов, с тем чтобы определить, не приняты ли меры по принудительной реализации. Хотя для обеспечения надлежащей координации на практике неизбежно возникает необходимость в налаживании определенных связей между кредиторами, регистрация по меньшей мере позволит другим кредиторам определить, в каком направлении проводить расследование.

3. Изъятие имущества из владения должника и эквивалентные механизмы контроля

а. Изъятие имущества из владения должника вместо регистрации?

47. Посессорные обеспечительные права, как правило, не подлежат регистрации, и единственным исключением, возможно, являются случаи принудительной реализации. Изъятие из владения, как представляется, позволит надлежащим образом устранить основные проблемы, в результате которых может быть причинен ущерб интересам третьих сторон. Устраняется возможность появления ложного впечатления о процветании, и несанкционированное отчуждение должником активов в пользу третьих сторон становится невозможным.

48. Тем не менее по сравнению с публичной регистрацией изъятие из владения обеспечивает менее удовлетворительное решение проблемы мошеннического датирования задним числом в тех случаях, когда конкретная дата вступления во владение имеет существенное значение, например, в отношении сделок, заключенных в течение подозрительного периода, предшествующего несостоятельности лица, передающего право, или когда возникает коллизия между посессорным залогом и каким-либо непосессорным обеспечительным правом. Именно по этой причине в некоторых правовых системах предусматривается дополнительное формальное требование в целях установления определенной даты посессорного залога. Регистрация позволяет более эффективно решать эту проблему. Хотя реестры, основанные на регистрации уведомлений, не позволяют полностью решить проблему мошеннического датирования задним числом в случае несостоятельности, они по меньшей мере обеспечивают надежную доказательственную презумпцию.

49. Если посессорные обеспечительные права не подлежат регистрации, то это снижает также ценность реестра как средства обеспечения публичности и усложняет процесс установления приоритетного статуса. Третьи стороны, включая потенциальных обеспеченных кредиторов, не могут полностью полагаться на результаты поиска информации в данном реестре. Им необходимо проводить дополнительное расследования для того, чтобы установить, что активы, в которых получено обеспечение, по-прежнему находятся во владении и под контролем должника. Это является обычным элементом процесса оценки риска, поскольку реестр обременения изначально является менее надежным по сравнению с реестром, в котором регистрируется правовой титул, а также обременение правового титула. Даже если бы требовалось обеспечивать публичность посессорных обеспечительных прав, обеспеченные кредиторы по-прежнему сталкивались бы с риском того, что активы, обремененные обеспечением, полностью реализованы должником или перешли под контроль кредитора, получающего исполнение судебного решения. Между тем последний из этих рисков существенно ниже в тех системах, в которых требуется обеспечить публичность судебных решений путем регистрации. По мере расширения охвата системы потребность в обязательной регистрации даже процессорных обеспечительных прав неизбежно возрастает.

50. Если вместо регистрации допускается сохранение обремененных активов во владении должника, то возникает вопрос о том, может ли обеспеченный кредитор отказаться от владения активами в результате регистрации

уведомления об обеспечении при сохранении в качестве даты приобретения прав на обеспечение даты первоначальной передачи активов в его владение. В принципе в связи с этим не возникает каких-либо возражений, если не создается каких-либо пробелов в обеспечении публичности. Тем не менее в результате снижается значение реестра.

b. Качество владения

51. Если владение имуществом сохраняется вместо проведения регистрации, то эту концепцию следует определить таким образом, чтобы обеспечить защиту интересов третьих сторон. Следует исключить методы чисто фиктивного конструктивного владения, например сохранения должником права владеть имуществом в соответствии с соглашением о распоряжении имуществом на правах доверительного лица или агента должника.

52. Вместе с тем посессорные обеспечительные права не должны исключаться на том основании, что активы остаются на попечении должника, например в случае хранения активов в помещении, к которому обеспеченный кредитор обладает исключительными средствами доступа, или же в случае соглашений о хранении на складе, подобных описанным выше в настоящем руководстве (см. A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3, пункты 6–7). Если обеспеченный кредитор осуществляет контроль на постоянной и исключительной основе, то все основополагающие требования в отношении защиты интересов третьих лиц соблюдаются. Многие из таких методов были разработаны вследствие того, что обеспеченные кредиторы не могли практически воспользоваться не посессорным обеспечительным правом. Если в качестве общедоступной альтернативы будет обеспечена публичная регистрация, то применение таких методов, естественно, сократится.

c. Символическое владение

53. Следует также сохранить возможность символического владения в тех случаях, когда соответствующие указания или документы широко используются в общей коммерческой практике в качестве единственного или наиболее надежного средства уступки или передачи в залог активов или воплощенной в них стоимости. Весьма показательным методом является, в частности, сдача с любым необходимым индоссаментом сертификатов на акции и оборотных документов или таких товарораспорядительных документов, как коносаменты или складские расписки. В некоторых правовых системах созданы системы сертификатов правового титула для автотранспортных средств, которые позволяют обеспеченным кредиторам гарантировать надлежащую публичность обеспечительных прав в результате вступления во владение сертификатом правового титула. Если такая практика получила широкое распространение и функционирует удовлетворительно, такие формы владения также следует сохранить. С другой стороны, не следует признавать сдачу перечней обычной торговой дебиторской задолженности. Такие документы не являются в достаточной степени оборотными в коммерческой практике и не обеспечивают надлежащую защиту третьих сторон от риска коллидирующего отчуждения имущества должником (хотя могут существовать ограниченные исключения). Прикрепление к обремененным активам металлической пластинки или другого вида физического уведомления сопряжено с еще большими проблемами ввиду

возможности злоупотреблений. С другой стороны, многое зависит от местной коммерческой практики: характер активов и требуемое уведомление могут сделать такую форму символического владения вполне достаточной.

d. Уведомление третьих сторон или контролирование третьими сторонами

54. Широкое признание возможности передачи товара в залог путем выдачи товарораспорядительного документа, например коносамента или складской расписки, обусловлено тем, что третья сторона сохраняет контроль над товаром. Перевозчик или сторона, ответственная за складирование, в зависимости от конкретного случая, обязаны по закону передать во владение лицу, которое является держателем документа, соответствующие активы. Это подтверждает более общую идею о том, что фактическое отчуждение может быть произведено через третье лицо. Кроме того, такой метод применяется не только в отношении держателей материальных вещей. Фактическое отчуждение контроля над сертифицированными инвестиционными ценными бумагами, например, может быть осуществлено путем внесения наименования обеспеченного кредитора в учетные книги эмитента ценных бумаг или же путем включения примечания в учетные книги клирингового учреждения.

55. Аналогичная концепция лежит в основе правила, которое применяется в некоторых системах и в соответствии с которым дебиторская задолженность может быть передана в залог путем направления уведомления должнику по такой дебиторской задолженности. Поскольку уведомление обязывает должника произвести платеж в счет уступленной дебиторской задолженности лицу, направляющему уведомление, оно фактически означает уступку права на денежную стоимость дебиторской задолженности лицом, передающим право, в пользу обеспеченного кредитора, который дал уведомление.

56. В контексте финансирования торговой дебиторской задолженности уведомление должника обеспечивает механизм связывания обязательством зарегистрированного должника. Тем не менее в правовых системах, в которых используется публичный реестр для регистрации обеспечения в движимых активах, уведомление, как правило, не признается в качестве метода обеспечения публичности в отношении других третьих сторон или в качестве средства установления приоритета. Вместо этого приоритетность прав конкурирующих обеспеченных кредиторов или цессионариев на получение платежа определяется исходя из очередности регистрации. Это правило позволяет обеспеченным кредиторам и цессионариям более точно оценить и полностью полагаться на стоимость уступленной дебиторской задолженности, а также облегчает финансирование дебиторской задолженности без уведомления против совокупности текущих и будущих требований лица, передающего право.

57. Тем не менее уведомление третьих сторон и контролирование третьими сторонами может оказаться вполне разумным и даже предпочтительным методом обеспечения публичности для некоторых категорий крупных платежных нематериальных активов, например, платежей, причитающихся по страховому полису или аккредитиву, или даже в связи с обеспечением, которое предоставляется в банковских счетах или же в инвестиционных счетах или ценных бумагах, держателями которых выступает посредник. С другой стороны, не существует четкого консенсуса в отношении методов решения следующих проблем: в какой степени контроль должен быть единственным механизмом

публичности, позволяющим исключить регистрацию; должно ли согласие третьей стороны быть предварительным условием фактической публичности; а также относительный приоритет, особенно в случае обеспечения, предоставленного в инвестиционной собственности, держателем которой выступает посредник, в тех случаях, когда контролирующая третья сторона получила обеспечение в тех же активах или же перезаложила эти активы для обеспечения своего собственного долга.

58. Открытым остается вопрос о том, может ли изъятие имущества из владения должника заменять регистрацию. Если предположить, что обеспечение публичности в результате регистрации в отношении посессорных обеспечительных прав не будет требоваться, то концепцию изъятия имущества из владения должника необходимо будет определить таким образом, чтобы свести к минимуму способность лица, передающего право, создавать коллидирующие требования в обремененных активах в пользу третьих сторон. Хотя такая функциональная проверка позволит исключить чисто фиктивные формы владения, она позволит также расширить концепцию изъятия из владения, которая будет охватывать не только физическую сдачу обремененных активов, но также конструктивное владение через документарные материальные и нематериальные активы, а также случаи, когда третьи стороны выступают держателями вещественных и невещественных активов от имени обеспеченного кредитора.

4. Последствия обеспечительных прав, не имеющих публичного характера, для третьих сторон

59. Существующие режимы предусматривают различные решения по вопросу о том, является ли публичность необходимой для действительности обеспечения в отношениях между непосредственными сторонами или же только для целей действительности по отношению к третьим сторонам. Хотя публичность главным образом связана с концепцией уведомления третьих сторон, последний из указанных подходов может оказаться более привлекательным, хотя в связи с этим возникает целый ряд соображений.

60. Во-первых, изъятие из владения является неотъемлемым элементом фактического создания традиционного посессорного залога. В правовых системах, в которых залог является традиционной формой обеспечения в движимом имуществе, публичная регистрация непосессорного обеспечения рассматривается в качестве альтернативы физической сдаче и, таким образом, имеет существенное значение.

61. Во-вторых, во многих правовых системах не существует концепции относительного правового титула, т.е. концепции, в соответствии с которой имущественные права могут быть созданы по отношению к одному лицу (в данном случае – лицу, передающему право), но не в отношении других сторон (в данном случае – конкурирующих третьих сторон, заявляющих требование). Существует либо полное имущественное право, либо никаких прав вообще не существует.

62. Такие концептуальные проблемы невозможно игнорировать в руководстве для законодательных органов по обеспеченным сделкам, которое предназначено для использования в различных правовых системах. Тем не менее беспокойство

относительно того, каким образом сформулировать требование в отношении публичности (т.е. в качестве правила о создании обеспечения или правила о действительности в отношении третьих сторон), является спорным, если оба подхода позволяют получить один результат. Различие становится очевидным только в том случае, если есть намерение предусмотреть для третьих сторон определенные последствия обеспечительных прав, которые не имеют публичного характера. В существующих режимах этот вопрос решается различными методами.

63. В некоторых системах обеспечение публичности или изъятие имущества из владения должника вместо обеспечения публичности является абсолютным предварительным условием действительности в отношении третьих сторон. Обеспечение может быть создано в отношении третьих сторон только в том случае и тогда, когда оно зарегистрировано или происходит изъятие имущества из владения должника. Другие системы исходят из противоположной презумпции. Предполагается, что обеспечение приобретает силу в момент заключения соглашения при условии, возможно, соблюдения определенных минимальных требований в отношении письменной формы. Из этого следует, что третьим сторонам предоставляется защита при отсутствии публичности обеспечения только в том случае, если они в состоянии сослаться на какой-либо прямо предписанный в судебном решении или в законодательстве источник защиты.

64. Современная тенденция в законодательной деятельности в тех странах, где существует действительно всеобъемлющий реестр обременения, заключается в отрицании или ограничении последствий для третьих сторон обеспечения, которое не имеет публичного характера, применительно к наиболее существенным категориям интересов третьих сторон. Исключения составляют только цессионарии активов, которые не передавали какой-либо стоимости, а также, возможно, покупатели в ходе обычных коммерческих операций, которые, заведомо зная, приобретают обеспечительное право, которое не имеет публичного характера, хотя последнее из этих исключений может оказаться более противоречивым (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, пункт 32). Оговорки, основанные на фактическом знании, требуют проведения конкретных фактологических исследований и снижают эффективность статутных норм, поощряя стороны обращаться к судебному процессу. Не следует, несомненно, допускать, чтобы фактическое знание имело последствия для приоритета, полученного на основании очередности регистрации или изъятия имущества из владения должника, в рамках конкуренции между обеспеченными кредиторами. Если это будет допускаться, то будет нанесен ущерб определенности и предсказуемости правила о приоритете. При таком подходе не допускается какой-либо несправедливости по отношению к держателю права, которое не имеет публичного характера. Конкурирующий кредитор всегда имеет возможность защитить себя, вступив во владение имуществом или своевременно осуществив регистрацию. Поэтому нельзя считать недобросовестными действия обеспеченного кредитора, который заявляет приоритет несмотря на фактическое знание. Если данная система требует для целей приоритета своевременной регистрации или вступления во владение, то обеспеченный кредитор должен иметь право с уверенностью полагаться на неисполнение обязательств другими кредиторами при оценке своего собственного приоритетного статуса.

5. Последствия обеспечительных прав, не имеющих публичного характера, для третьих сторон

65. Если регистрация или изъятие имущества из владения должника является предварительным условием действительности всех обеспечительных прав, то обеспечивается общая формула не только для определения момента, когда обеспечительное право становится действительным по отношению к третьим сторонам, которые приобретают блокирующий интерес в обремененных активах, но также для урегулирования споров по вопросам приоритета при наличии коллидирующих обеспечительных прав.

66. Тем не менее режим обеспеченных сделок должен предусматривать также, чтобы при этом необоснованно не затрагивалось обеспечение по обычным рыночным сделкам с движимым имуществом. Это может потребовать формулирования исключений в отношении последствий публичности для приоритета в целях защиты цессионариев обремененных активов, которые приобретают свое право в ходе обычных коммерческих операций лица, передающего право, а также держателей и посессорных цессионариев (включая конкурирующих заявителей требования на обеспечение) денежных и оборотных активов, которые являются предметом какого-либо зарегистрированного обеспечительного права.

67. Кроме того, правовые системы могут оказаться не готовы к тому, чтобы налагать бремя поиска и риски неудачных поисков на относительно неопытных цессионариев, даже если они приобретают свой интерес не в рамках обычных коммерческих сделок. Это может потребовать дополнительных исключений в тех случаях, когда цессионарии приобретают обремененные активы для некоммерческих целей или когда сделка связана с относительно недорогостоящими активами или имеет небольшой объем. С другой стороны, чем шире категории цессионариев, которым разрешается не регистрировать обеспечительное право, тем меньше оснований для того, чтобы изначально возлагать бремя регистрации на обеспеченных кредиторов. Таким образом, возможно, потребуется также рассмотреть вопрос об освобождении обеспеченных кредиторов от любого требования в отношении публичности, когда они не имеют права следовать за активами, передаваемыми добросовестным цессионариям. Преимущества такого подхода необходимо оценивать с учетом важности сохранения требования в отношении публичности для кредиторов в делах о несостоятельности и кредиторов, получающих исполнение судебного решения.

68. Наконец, обеспеченные кредиторы могут нуждаться во временном освобождении от бремени достижения или поддержания публичности, для того чтобы принять во внимание определенные реальные условия рынка. Например, обеспеченным кредиторам при сохранении правового титула, возможно, желательно будет предоставить "льготный период" для достижения публичности, с тем чтобы облегчить процесс непосредственного финансирования в сфере торговли и лизинга. Аналогичным образом, хотя на обеспечительные права в доходах должны в принципе распространяться такие же требования публичности, какие применяются в отношении обеспечительных прав, полученных в таких же активах, предоставление льготного периода для достижения публичности может потребоваться для того, чтобы предоставить обеспеченным кредиторам достаточные возможности удостовериться в наличии

и характере таких доходов. Кроме того, кредиторам, которые обеспечили публичность в результате изъятия имущества из владения должников, должно быть разрешено, если того требует коммерческая практика, возвращать обремененные активы лицу, передающему право, на ограниченный срок без утраты приоритетного статуса (например, для того чтобы должник смог принять обремененные активы, которые воплощены в товарораспорядительном документе для целей, например, продажи или переотправки).

В. Резюме и рекомендации

69. В принципе обеспечительные права должны носить публичный характер либо в результате владения или контроля, либо в результате регистрации. Может быть, вероятно, разработано определенное компромиссное решение, в соответствии с которым публичность, как правило, будет необходима с учетом лишь весьма ограниченных исключений.

70. Публичность может требоваться для создания действительного обеспечительного права или же может быть только предварительным условием действительности такого права по отношению к конкретным категориям третьих сторон. Смежный вопрос о том, должна ли публичность быть предварительным условием использования средств принудительного исполнения в отношении обремененных активов, рассматривается в главе IX.

71. Нерешенным является вопрос о том, может ли изъятие имущества из владения должника являться альтернативой регистрации. Если в отношении посессорных обеспечительных прав не будет предусмотрено требование об обеспечении публичности в результате регистрации, то концепцию изъятия имущества из владения должника можно было бы определить таким образом, чтобы свести к минимуму способность лица, передающего право, создавать коллидирующие требования в обремененных активах в пользу третьих лиц.

72. Как правило, приоритетность обеспечительных прав по отношению к конкурирующим заявителям требований следует определять исходя из даты первоначального осуществления обеспеченным кредитором регистрации или изъятия имущества из владения должника, независимо от наличия или отсутствия фактического знания относительно любых коллидирующих требований, если не существует какого-либо промежуточного периода, в течение которого обеспечительное право не является публичным. Возможно, необходимо будет предусмотреть исключения и оговорки в отношении этого правила для учета соображений справедливости и коммерческой практики (см. документ A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, пункты 19–32).

[Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть концепцию всеобъемлющего реестра обременения для обеспечения публичности уведомления об обеспечительных и других непосессорных правах в движимом имуществе, а также для установления приоритета и обеспечения действительности таких прав в отношении третьих сторон. Для достижения максимальной публичности реестр должен иметь централизованную структуру и всеобъемлющий охват, и должен распространяться на все существенные непосессорные сделки в движимом имуществе, независимо от того, носят ли

они консенсуальный или неконсенсуальный характер и основаны ли они на передаче правового титула или предоставлении обеспечения.

Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должно ли уведомление содержать данные, идентифицирующие лицо, передающее право, и обеспеченного кредитора, а также разумное описание обремененных активов.

Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, должно ли уведомление содержать указание на максимальную сумму обеспечиваемого кредита, к которому относится данное уведомление, и должна ли система регистрации предусматривать возможность регистрации уведомления до заключения соглашения об обеспечении и должна ли она распространяться на все категории лиц, передающих право.]
