



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
27 August 2018
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных
Наций по праву международной торговли
Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы)
Тридцать четвертая сессия
Вена, 17–21 декабря 2018 года

Проект практического руководства по Типовому закону
ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках

Записка Секретариата

Содержание

	Стр.
I. Введение.	2
А. Цель руководства	2
В. Ключевые преимущества Типового закона	2
С. Обеспеченные сделки с микропредприятиями: необходимость особого понимания	4
D. Некоторые аспекты, которые следует учитывать	5
II. Как заключить обеспеченную сделку согласно Типовому закону	6
А. Как принять обеспечительное право, обладающее силой	7



I. Введение

A. Цель Руководства

О чем идет речь в настоящем Руководстве

1. Цель настоящего Руководства состоит в том, чтобы дать практические рекомендации для сторон, участвующих в обеспеченных сделках в тех государствах, которые приняли Типовой закон ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках (2016 год) («Типовой закон»), путем:

- разъяснения ключевых особенностей и преимуществ Типового закона¹;
- описания различных видов обеспеченных сделок, которые могут заключаться кредиторами и другими коммерческими предприятиями согласно Типовому закону; и
- представления пошаговых разъяснений того, как можно заключать наиболее распространенные и коммерчески важные сделки.

Для кого предназначено Руководство

2. Настоящее Руководство предназначено для тех, кто не знаком с Типовым законом. В нем разъясняется действие Типового закона в общем плане и на простом языке. Глава II написана в первую очередь для финансистов и коммерческих предприятий, которые заключили обеспеченные сделки или планируют их заключить, а также для их консультантов. В нем содержится информация о том, как заключить различные широко распространенные обеспеченные сделки. Глава III предназначена главным образом для регулируемых финансовых учреждений и регулирующих органов в области хозяйственной деятельности. Настоящее Руководство будет также полезно для других соответствующих заинтересованных участников, таких как разработчики политики и законодатели в государствах, которые рассматривают вопрос о принятии Типового закона, а также для судей и конкурсных управляющих.

B. Ключевые преимущества Типового закона

Что такое «обеспечительное право»

3. «Обеспечительное право» представляет собой имущественное право в активах, которым может воспользоваться лицо для возвращения денежных средств, которые ему причитаются, или для обеспечения других обязательств иного лица («должника»). Лицо, обладающее обеспечительным правом («обеспеченный кредитор»), может защитить себя, когда должник не уплачивает задолженность или не исполняет обязательство, посредством использования стоимости активов («предмет обременения» или «обремененные активы») для возвращения причитающегося. Обеспеченный кредитор будет, как правило, обладать приоритетом по отношению к «необеспеченным» кредиторам. В большинстве случаев должник будет тем лицом, которое предоставило обеспечительное право («праводатель»), однако это не во всех случаях является верным: какое-либо лицо может также предоставить обеспечительное право для обеспечения обязательств другого лица.

¹ Хотя Практическое руководство подготовлено на основе Типового закона, оно не дополняет правила, включенные в Типовой закон, и не содержит каких-либо предложений относительно изменений к его положениям. [Примечание для Рабочей группы. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить эту сноску, в которой отражен пункт 39 документа [A/CN.9/932](#).]

Комплексный и гибкий режим обеспеченных сделок

4. Был разработан широкий набор механизмов, позволяющих кредиторам защитить себя от риска неисполнения со стороны должника. В то же время во многих правовых системах согласно различным правовым традициям соответствующему лицу разрешается предоставить обеспечительное право в его активах лишь в ограниченном объеме и при соблюдении многих ограничений. Даже в тех случаях, когда соответствующая правовая система разрешает использовать активы в качестве обеспечения, соответствующие правила часто являются сложными и неясными.

5. В отличие от этого, Типовой закон разрешает лицу предоставить обеспечительное право на практически любые виды движимых активов для обеспечения любых видов задолженности или других обязательств и практически в любых обстоятельствах. Типовой закон является применимым ко всем механизмам, с помощью которых имущественное право может быть создано в движимых активах в целях выполнения функции обеспечения. Другими словами, в Типовом законе используется «функциональный, комплексный и всеобъемлющий» подход: Типовой закон применяется ко всем правам в движимых активах, которые созданы по договоренности и которые обеспечивают платеж или исполнение какого-либо обязательства, независимо от вида сделки или от терминов, которые использовали стороны. Он также наделяет стороны значительными возможностями для проявления гибкости, с тем чтобы структурировать свои договоренности, как они это желают.

6. Например, Типовой закон разрешает лицу предоставлять обеспечительное право:

- в почти всех видах движимых активов, включая инвентарные запасы, оборудование, дебиторскую задолженность, банковские счета и все виды интеллектуальной собственности;
- в активах, которые ему уже принадлежат, а также в активах, которые он может приобрести в будущем;
- во всех своих движимых активах, как нынешних, так и будущих;
- без необходимости передавать активы во владение обеспеченному кредитору; это распространяется также на поступления от продажи или других операций с обремененными активами.

7. Эти сделки, как представляется, окажутся невозможными в государстве, которое не приняло Типовой закон, а сторонам, возможно, неизвестны подобные возможности, даже если государство приняло Типовой закон.

8. Типовой закон также наделяет стороны значительными возможностями для проявления гибкости в установлении порядка реализации обеспечительного права. У обеспеченного кредитора имеется ряд вариантов для реализации своего обеспечительного права без необходимости обращаться к суду (см. главу II.H).

Простая и прозрачная система регистрации обеспечительных прав

9. В отличие от некоторых традиционных режимов обеспеченных сделок, при которых для создания обеспечительного права должна быть проведена регистрация, Типовой закон предусматривает возможность создания обеспечительного права и ему может быть придана сила в отношении праводателя независимо от того, было ли зарегистрировано соответствующее уведомление. В то же время обеспеченный кредитор также захочет удостовериться в том, что его обеспечительное право имеет силу в отношении третьих сторон, поскольку в противном случае это обеспечительное право не будет иметь большой ценности. Самым

распространенным методом придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон согласно Типовому закону является регистрация «уведомления» в общем регистре обеспечительных прав («Регистр»)².

10. Регистр представляет собой механизм для обнародования факта о возможном существовании обеспечительного права, а это придает этому обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон. В Типовом законе предусматривается Регистр, который полностью функционирует в электронной форме, обеспечивается доступ к нему в режиме онлайн, а проводить поиски может любое лицо. Порядок регистрации является несложным: лицу, осуществляющему регистрацию, потребуется зарегистрировать простое уведомление и ему не нужно представлять соглашение об обеспечении или какие-либо другие документы. Регистрация может быть осуществлена в любой момент, даже до заключения соглашения об обеспечении (порядок проведения поиска и осуществления регистрации см. главу II.C и E).

Почему расширение доступа к кредиту играет положительную роль

11. Доступность кредита оказывает значительное воздействие на экономическое процветание государства. Если имеются возможности для получения легкодоступного кредита за разумную цену, то это способствует расширению и росту коммерческой активности в этом государстве, особенно в случае малых и средних предприятий (МСП). С учетом того что движимые активы являются основным видом предмета обременения, который МСП могут предложить в подобном качестве, правовая система, которая способствует обеспеченным сделкам при использовании движимых активов, может расширить способности таких предприятий получать кредит по более низким процентным ставкам.

C. Обеспеченные сделки с микропредприятиями: необходимость особого понимания

12. Типовой закон направлен на то, чтобы улучшить доступ к финансированию и менее дорогому кредиту для всех видов предприятий. Как уже упоминалось выше, Типовой закон особенно подходит для МСП, которые являются самым распространенным видом предприятий в большинстве государств. Финансирование под обеспечение для микропредприятий требует, в то же время, уделения особого внимания по причине его некоторых специальных особенностей, как это показано ниже³.

<Особенности микропредприятий>

- Малые и неформальные — большинство индивидуальных предпринимателей или семейные предприятия
- Небольшое различие между предприятием и его собственниками
- Большая вероятность изменения правового статуса, названия и адреса (особенно в случае единоличного предпринимателя)
- Недостаточные или ненадлежащие активы для использования в качестве обеспечения

² В Типовом законе содержатся Типовые положения о Регистре — свод правил, касающихся регистрационной системы. В зависимости от редакционных обыкновений государство может включить Типовые положения о Регистре в закон об обеспечительных сделках, в отдельный закон или другой правовой документ, либо и в то, и в другое. [*Примечание для Рабочей группы. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть необходимость в такой сноске и, если да, место для включения в текст.*]

³ «Микрофинансирование» является одним из методов финансирования для микропредприятий, особенно на весьма короткие сроки и на малые суммы. Такой вид финансирования, вместе с тем, как правило, является «не обеспеченным» и, таким образом, не рассматривается в настоящем Руководстве.

- Менее значительная способность предоставлять ссудодателям надлежащую финансовую информацию (будь то ограниченная информация, будь то информация плохого качества)
 - Слабые переговорные позиции по отношению к ссудодателям
- <Особенности финансирования микропредприятий>
- Ссуды в малой сумме и на короткий срок
 - Операционные расходы для ссудодателя могут не оправдать ссуду в малой сумме
 - Ссудодатели с меньшей вероятностью будут проводить индивидуальную оценку обращения за ссудой и активов, предлагаемых в качестве обеспечения
 - Ссудодатели с меньшей вероятностью будут контролировать состояние активов, предложенных в качестве обеспечения
 - Ссудодатели часто требуют личных гарантий в дополнение к обеспечительному праву
 - Реализация обеспечительного права может оказать прямое воздействие на личное финансовое положение собственника и его семью с учетом тесной связи с финансовым положением предприятия

13. В случаях, когда микропредприятиям требуется финансирование в общих целях (в отличие от финансирования для приобретения конкретных активов), нехватка активов, которые могут быть предложены в качестве обеспечения, может вызывать значительные проблемы. Типовой закон расширяет возможности доступа к финансированию для этих предприятий, разрешая использовать любые виды движимых активов в качестве предмета обременения, в том числе совокупность всех активов. Типовой закон также создает возможность предлагать обеспечение в будущих активах, в том числе в обращающихся активах, таких как инвентарные запасы, дебиторская задолженность и наличные денежные средства. Это открывает финансовые возможности для микропредприятий, поскольку получение средств будет связано с будущей коммерческой деятельностью, а не с их скудными имеющимися средствами. Регистр помогает придать ссудодателям уверенность в том, что они будут иметь приоритет по отношению к другим требованиям, что сокращает риск и может, в конечном итоге, снизить стоимость кредита.

14. Несмотря на преимущества, создаваемые для микропредприятий Типовым законом, ссудодателям, возможно, потребуется приспособить порядок предоставления финансирования под обеспечение для микропредприятий с учетом специальных особенностей, показанных выше. Эти аспекты будут обсуждены в соответствующих частях главы II.

D. Некоторые аспекты, которые следует учитывать

В Руководстве речь идет о кредитовании под обеспечение при использовании движимых активов

15. В настоящем Руководстве рассматриваются вопросы финансирования при использовании движимых активов в качестве обеспечения. Оно не касается обеспеченных сделок, при которых недвижимая собственность используется в качестве обеспечения. Также настоящее Руководство не является учебником по практике кредитования в целом. Рекомендации по вопросам успешных видов практики кредитования приводятся только в той мере, в которой они связаны с элементами обеспеченных сделок.

В Руководстве рассматриваются не все вопросы, связанные с Типовым законом

16. Типовой закон является весьма тщательно подготовленным документом. В нем используется ряд конкретных и внимательно сформулированных определений. По ряду принципиальных соображений включены также некоторые ограничения и исключения относительно порядка действия некоторых норм. В настоящем Руководстве невозможно охватить все подобные обстоятельства, поскольку в нем предпринята попытка разъяснить применение Типового закона в общем и неюридическом контексте. Некоторые ключевые термины, которые используются в Типовом законе и в настоящем Руководстве, разъяснены в глоссарии (см. **).

17. Читателям следует всегда исходить из точных формулировок Типового закона, как он был принят в своем государстве, и с учетом контекста законодательства этого государства в целом для точного понимания порядка действия Типового закона в своем государстве. Читателям следует также учитывать этот момент и при рассмотрении показательных форм и таблиц.

В Типовом законе предусмотрены различные варианты

18. В Типовом законе содержатся некоторые варианты определенных положений. В подобных случаях в настоящем Руководстве по возможности разъясняется, каким образом стороны могут учесть различные варианты. Читателям потребуется в первую очередь узнать, какой из вариантов был принят государством при включении Типового закона в свое законодательство.

Другие законы могут также касаться соответствующих вопросов

19. Типовой закон действует не в вакууме. Другие законы, например в области договорного права, имущественного права, права интеллектуальной собственности, права оборотных инструментов, права защиты потребителя, права по вопросам несостоятельности и гражданско-процессуального права, будут воздействовать на порядок применения Типового закона в соответствующем государстве. Международные договоры и конвенции, действующие в соответствующем государстве, могут также иметь отношение к вопросам, затрагиваемым в Типовом законе. Читатели должны учитывать все соответствующие законодательные нормы для понимания различных возможностей и последствий.

20. Например, согласно законодательству некоторых государств к ссудодателям могут быть применены санкции, если они примут чрезмерное обеспечение («избыточное обеспечение»)⁴. В подобных обстоятельствах ссудодатель может быть вынужден освободить излишнее обеспечение и передать заемщику, с тем чтобы заемщик мог использовать это обремененное имущество для получения дополнительного кредита. В других крайних случаях избыточное обременение может подорвать возможность реализации обеспечительного права, и поэтому ссудодателям следует проявлять осторожность. [Примечание для Рабочей группы. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, правильно ли размещен пункт 20 в этом тексте (см. A/CN.9/938, пункт 43).]

II. Как заключить обеспеченную сделку согласно Типовому закону

21. В главе II настоящего Руководства разъясняется, каким образом можно заключить ряд широко распространенных или важных видов обеспеченных сделок в соответствии с Типовым законом. В то же время приведенные примеры ни в коем случае не означают, что только эти виды сделок возможны согласно Типо-

⁴ См. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам («Руководство по обеспеченным сделкам»), глава II, пункты 68 и 69.

вому закону. Например, Типовой закон облегчает и более сложные договоренности о финансировании под обеспечение, например финансирование цепочки поставок, механизмы цепочек стоимости и секьюритизация.

А. Как принять обеспечительное право, обладающее силой

1. Обеспечение в виде материальных активов без вступления во владение

Пример #1А. Компания X имеет типографическое предприятие и желает получить ссуду от Банка Y. Банк Y желает выдать ссуду, если он сможет получить обеспечение в виде печатного станка Компании X. В то же время для продолжения своей коммерческой деятельности Компании X необходимо сохранить печатный станок в ее владении.

Шаг 1. Создание обеспечительного права

22. Для принятия обеспечительного права на печатный станок Банку Y необходимо сделать две вещи:

- необходимо удостовериться, что Компания X (праводатель) имеет достаточные имущественные права на активы для предоставления обеспечительного права; и
- Компания X должна создать обеспечительное право в активах в пользу Банка Y.

Обладает ли Компания X достаточными имущественными правами

23. В большинстве случаев праводатель будет собственником активов. Собственник сможет создать обеспечительное право в своих активах. Могут также существовать обстоятельства, когда лицо может быть способным предоставить обеспечительное право в соответствующих активах, даже если это лицо не является собственником, однако имеет меньшие права в активах (например, если это лицо арендует автомобиль или имеет лицензию на программное обеспечение).

Обеспечение предоставляется третьими лицами

24. Праводатель обычно становится заемщиком по ссуде. Согласно Типовому закону это не является существенно важным, поскольку он разрешает лицу предоставить обеспечительное право для обеспечения обязательства, которое причитается от другого лица. Например, Компания X может предоставить обеспечительное право в печатном станке для обеспечения ссуды, полученной Компанией Z. Это встречается весьма часто, например, когда банк предоставляет финансирование для группы компаний (см. пример #6). В этом случае каждая компания из группы часто предоставляет обеспечение для обеспечения обязательств всех других членов группы.

Каким образом может Компания X создать обеспечительное право

25. Банк Y может принять обеспечительное право в печатном станке путем заключения соглашения об обеспечении с Компанией X. Согласно Типовому закону Банку Y нет необходимости вступать во владение активами и печатный станок может оставаться во владении Компании X, разрешая Компании X использовать его в своей деятельности. Кредитор, который принял имеющее силу обеспечительное право в соответствующих активах, становится обеспеченным кредитором.

26. Для соглашения об обеспечении необходимо следующее:

- оно должно быть заключено или подтверждено в письменной форме и должно быть подписано Компанией X;
- в нем должны быть указаны стороны (Банк Y — в качестве обеспеченного кредитора, а Компания X — в качестве правоателя);
- в нем должно содержаться описание обязательства, которое предполагается обеспечить (условия ссуды); и
- в нем должны быть описаны обремененные активы (печатный станок) таким образом, который может разумно идентифицировать их.

27. В некоторых государствах в соглашении об обеспечении будет необходимо указать максимальную сумму, на которую Банк Y может реализовать свое обеспечительное право.

Шаг 2. Придать обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон

28. Обеспечительное право, созданное после шага 1, будет иметь силу в отношении Компании X. Вместе с тем Банк Y пожелает, как правило, удостовериться в том, что обеспечительное право имеет силу также и в отношении третьих сторон. В противном случае Банк Y, возможно, не получит полной защиты, если Компания X окажется несостоятельной или если Компания X продаст печатный станок или предоставит в нем обеспечительное право в пользу какого-либо другого лица.

29. Согласно Типовому закону основным методом, с помощью которого Банк Y может придать силу обеспечительному праву в отношении третьих сторон, является регистрация уведомления в Регистре. Таким образом, третьи стороны, которые проводят поиск в Регистре, могут быть проинформированы о наличии обеспечительного права Банка Y (как осуществить регистрацию см. раздел E).

Пример #1B. Компания X имеет предприятие по доставке и обладает небольшим парком фургонов. Она желает получить ссуду от Банка Y. Банк Y желает выдать ссуду, если он сможет получить обеспечение в виде всего парка фургонов. Компания X желает сохранить свое владение над фургонами, с тем чтобы оно могло продолжать свои коммерческие операции.

30. Типовой закон разрешает обеспеченному кредитору принять обеспечение в виде многих активов правоателя одновременно. Для этого Банку Y просто потребуется предпринять вышеупомянутые шаги. Единственное отличие будет заключаться в том, что Банку Y потребуется обеспечить, чтобы в соглашении об обеспечении и в уведомлении, которое он направит Регистру, описывались обремененные активы достаточно широко для охвата всего парка фургонов, а не только отдельного автомобиля.

2. Обеспечение в виде материальных активов в случае вступления во владение

Пример #2. Физическое лицо X желает получить ссуду от Банка Y, с тем чтобы открыть свое предприятие. Г-жа X пока не имеет каких-либо коммерческих активов, которые могут быть предложены в качестве обеспечения, однако обладает несколькими антикварными коврами, полученными в наследство. Г-жа X хранит ковры на складе и не намеревается использовать их. Банк Y желает выдать ссуду, если он сможет принять обеспечение в виде ковров.

31. В этом примере Банку Y потребуется следующее:

- удостовериться, что Г-жа X обладает достаточными имущественными правами в коврах для предоставления обеспечительного права;
- Г-жа X должна создать обеспечительное право в пользу Банка Y; и
- обеспечить, чтобы обеспечительное право Банка Y имело силу в отношении третьих сторон.

32. Могут быть предприняты те же шаги, что и в примере #1А. Банк Y может заключить письменное соглашение об обеспечении с Г-жой X и зарегистрировать соответствующее уведомление в Регистре.

33. Однако в этом примере Банк Y может вступить во владение коврами либо путем их доставки на свой собственный склад, либо путем выдачи складом квитанции о том, что он хранит ковры от имени Банка Y, а не от имени Г-жи X. Если Банк Y вступает во владение коврами таким образом, то:

- письменного соглашения об обеспечении, подписанное Г-жой X, не требуется; и
- Банку Y не потребуется регистрировать уведомление в Регистре для придания силы обеспечительному праву в отношении третьих сторон⁵.

34. Тем не менее Банк Y может счесть целесообразным проявить осмотрительность и попросить Г-жу X подписать письменное соглашение об обеспечении, с тем чтобы снять риск того, что Г-жа X может впоследствии оспорить условия соглашения. Банк Y может также предпочесть зарегистрировать уведомление в Регистре в дополнение к вступлению во владение, с тем чтобы избежать негативных последствий, которые могут наступить, если Банк Y случайно утратит владение коврами.

3. Обеспечение в виде будущих активов

Пример #3. Фермер X торгует скотом. Он желает взять ссуду в Банке Y для закупки кормов для скота. Банк Y желает выдать ссуду, если он сможет получить обеспечение в виде скота, включая тот скот, который Фермер X планирует закупить еще до погашения ссуды.

35. Типовой закон позволяет обеспеченному кредитору принять обеспечение от праводателя в виде будущих активов таким же образом, что и нынешние активы, и Банку Y потребуется предпринять те же шаги, о которых говорится в примере #1А. Единственное отличие будет заключаться в том, что Банку Y потребуется описать обремененные активы с помощью широкой общей формулировки, такой как «весь скот, нынешний и будущий». Это же описание следует использовать и в зарегистрированном уведомлении. В подобных обстоятельствах Банк Y сразу же получит обеспечительное право в скоте, принадлежащем Фермеру X, когда соглашение об обеспечении вступит в силу. Что касается скота, который будет приобретен Фермером X в будущем, Банк Y получит обеспечительное право в тот момент, когда Фермер X приобретет этот скот.

4. Обеспечение в виде всех нынешних и будущих активов

Пример #4. Компания X организует сафари в джунглях и желает расширить свои предложения, включая спуск на плотках по рекам. Она желает взять ссуду в Банке Y для покрытия расходов на расширение деятельности. Банк Y желает

⁵ Соглашение об обеспечении не потребуется составлять в письменной форме, поскольку обеспеченный кредитор вступает во владение активами. Обеспечительное право в материальных активах имеет силу в отношении третьих сторон, если эти активы находятся во владении обеспеченной стороны.

выдать ссуду, если он сможет принять обеспечение в виде всех активов Компании X, включая любые будущие активы.

36. Принятие обеспечительного права в виде всех настоящих и будущих активов правоателя является не более сложным, чем принятие обеспечения в виде единого имеющегося актива. Банку Y потребуется предпринять те же шаги, о которых говорится в примере #1A. В то же время в соглашении об обеспечении следует описать обременяемые активы как «все движимые активы, как нынешние, так и будущие». Это описание в зарегистрированном уведомлении может быть сокращено до «все движимые активы».

37. Предпринимая эти шаги, Банк Y будет обладать обеспечительным правом во всех инвентарных запасах (например, сувенирные изделия, которые продаются клиентам), оборудовании, дебиторской задолженности, нематериальных активах (например, интеллектуальная собственность и репутация) и любых других недвижимых активах Компании X, которые ей принадлежат и которые она приобретет в будущем. В зависимости от характера основных активов Компании X, Банк Y, возможно, пожелает предпринять дополнительные шаги для обеспечения дальнейшей защиты его обеспечительного права (например, если активы Компании X включают прямо удерживаемые ценные бумаги — см. пример #6; банковские счета — см. пример #7; оборотные инструменты — см. пример #8; и интеллектуальная собственность — см. пример #11).

38. Если Компания X не исполнит свое обязательство погасить ссуду, то Банк Y может реализовать все активы вместе, с тем чтобы покупатель приобрел коммерческое предприятие в целом, которое принадлежало Компании X. В противном случае он может реализовать эти активы по отдельности.

5. Финансирование приобретения материальных активов

Пример #5A (На условиях удержания правового титула). Компания X желает приобрести буровое оборудование у Продавца Y. Вместо того, чтобы потребовать у Компании X уплатить цену по поставке, Продавец Y готов предоставить 30-дневный льготный срок Компании X. В условиях купли-продажи Продавца Y указано, что он сохраняет правовой титул на оборудование до выплаты покупной цены Компанией X полностью.

Пример #5B (Финансирование закупки продавцом). Компания X желает закупить краску у Продавца Y. Вместо того, чтобы потребовать у Компании X уплатить цену по поставке, Продавец Y готов предоставить 30-дневный льготный срок Компании X, если Компания X предоставит покупателю обеспечение в виде красок на неуплаченную часть покупной цены.

Пример #5C (Финансирование за счет ссуды на закупку). Компания X желает закупить компьютеры у Продавца Y. Он желает предоставить финансирование на закупку за счет ссуды от Банка Z. Банк Z желает выдать ссуду, если он сможет получить обеспечение в виде компьютеров. Поступления по предоставленной ссуде от Банка Z, выданной Компании X, будут использованы для уплаты Продавцу Y.

Пример #5D (Финансовая аренда). Компания X желает приобрести компьютеры у Продавца Y. Продавец Y заинтересован в коммерческих операциях Компании X и не хотел бы, чтобы закупка финансировалась Компанией X за счет ссуды от Банка Z. Вместо этого Продавец Y соглашается отдать в аренду компьютеры Компании X на трехлетний срок. Арендные платежи будут достаточными для покрытия основных инвестиций Продавца Y в компьютеры и затрат по финансированию аренды. В конце истечения срока аренды Компания X сможет приобрести правовой титул на компьютеры по номинальной сумме.

39. Все примеры #5A–#5D касаются ситуаций, когда приобретение материальных активов Компанией X финансируется другим субъектом.

40. В примерах #5A и #5B Продавец Y предоставляет краткосрочный кредит на закупку. В примере #5A Продавец Y получает обеспечение в отношении неуплаченной части закупочной цены, поскольку Компания X не станет собственником бурового оборудования до тех пор, пока закупочная цена не будет уплачена. Такой вид обеспечения широко распространен во многих традиционных правовых системах. Исходя из функционального подхода, Типовой закон учитывает реальные характеристики этой сделки и признает, что удержание правового титула Продавцом Y представляет собой обеспечительный механизм. По этой причине Продавец Y рассматривается в Типовом законе как имеющий только обеспечительное право в буровом оборудовании. Компания X рассматривается как собственник с самого начала сделки, а соглашением о купле-продаже на условиях удержания правового титула считается соглашение об обеспечении. В том случае, если это соглашение описывает буровое оборудование таким образом, который позволяет разумно идентифицировать его, подписано Компанией X и удовлетворяет другим требованиям к соглашению об обеспечении, упомянутым в примере #1A, Продавец Y будет обладать имеющим силу обеспечительным правом в буровом оборудовании. Для того чтобы своему обеспечительному праву придать силу в отношении третьих сторон, Продавцу Y потребуется зарегистрировать уведомление с описанием этого оборудования.

41. В примере #5B Продавец Y продает краску Компании X по краткосрочному кредиту. Такой механизм представляет собой краткосрочную ссуду на оплату закупочной цены, предоставленную Продавцом Y. У Продавца Y нет никакой необходимости предпринимать те же самые шаги, что и в примере #5A, с тем чтобы получить обеспечение в краске.

42. В примерах #5C и #5D Компания X получает долгосрочное финансирование на приобретение компьютеров. Тем не менее Типовой закон применяется тем же самым образом, что и в примерах #5A и #5B. В примере #5D эта сделка может быть организована как аренда, однако на практике арендодатель (Продавец Y) использует свое право собственности в отношении компьютеров в целях обеспечения обязательства Компании X уплатить закупочную цену и другие суммы, причитающиеся по аренде: Компания X выплатит стоимость активов в течение срока аренды и несомненно воспользуется своим правом стать собственником компьютеров за номинальную сумму по истечении этого срока. В основе подхода Типового закона лежит функциональность соответствующей сделки, а не терминология, используемая сторонами, и, таким образом, он применяется к сделке в примере #5D, даже если она организована как аренда.

43. Другими словами, соглашение об аренде в примере #5D рассматривается как соглашение об обеспечении согласно Типовому закону. В том случае, если соглашение описывает компьютеры таким образом, который позволяет разумно идентифицировать их, подписано Компанией X и удовлетворяет другим требованиям в отношении соглашения об обеспечении, упомянутым в примере #1A, Продавец Y рассматривается как обеспеченный кредитор и как обладающий обеспечительным правом в компьютерах.

44. В примере #5D при финансовой аренде арендодателем является Продавец Y. В то же время, финансирование аренды может также предоставляться банками и другими финансовыми учреждениями. В подобном случае финансист приобретет компьютеры у продавца, а затем передаст их в аренду Компании X.

45. В соответствии с Типовым законом каждое обеспечительное право, описанное в примерах #5A–#5D, считается «приобретательским обеспечительным правом». Если обеспеченный кредитор (Продавец Y в примерах #5A, #5B и #5D и Банк Z в примере #5C) соблюдает статью 38 Типового закона, то он будет обладать суперприоритетом или приоритетом по отношению к обеспеченным кре-

дителям, не финансировавшим приобретение. Это означает, что хотя обеспеченный кредитор, который зарегистрировал свое уведомление первым, обычно имеет приоритет согласно Типовому закону, обеспеченный кредитор, который предоставил финансирование на приобретение, может получить приоритет по отношению к этим обеспеченным кредиторам, которые, возможно, уже зарегистрировали уведомление.

6. Обеспечение в виде акций компаний (в случае корпоративной группы)

Пример #6. Г-н X осуществляет промышленные коммерческие операции через группу компаний, полностью находящихся в его собственности. Он является собственником всех акций Компании А, головной компании группы, и непосредственно удерживает их. В свою очередь Компания А является собственником и непосредственным держателем всех акций трех дочерних компаний, компаний В, С и D. Акции этих компаний представлены сертификатами. Компания А желает взять ссуду для расширения деятельности группы. Банк Y желает выдать ссуду, если он получит обеспечение в виде всех активов всех компаний группы.

46. Банк Y пожелает предпринять ряд шагов по созданию обеспечительных механизмов в целях предоставления финансирования. Во-первых, он, возможно, пожелает получить обеспечение в виде всех активов Компании А (включая все активы компаний В, С и D) таким же образом, как и в случае примера #4. Во-вторых, он пожелает получить обеспечение в виде всех активов компаний В, С и D таким же образом, как и в случае примера #4⁶. В-третьих, Банк Y, возможно, также пожелает принять обеспечение в виде принадлежащих Г-ну X акций в Компании А. Это предоставит Банку Y важную дополнительную возможность при реализации его обеспечительного права, поскольку он сможет затем продать всю корпоративную группу в целом путем продажи акций, держателями которых являются Г-н X и Компания А. Это, по всей вероятности, будет проще и позволит получить более высокую цену, чем если Банк Y будет продавать активы группы по отдельности.

47. Банк Y может получить свои обеспечительные права во всех активах Компании А (в том числе в ее акциях) и в акциях Г-на X путем регистрации уведомления в Регистре. В качестве варианта (или в дополнение к этому) Банк Y также может придать силу своим обеспечительным правам в акциях в отношении третьих сторон посредством вступления во владение сертификатами. Так, ему было бы выгодным сделать это, поскольку Банк Y получит возможность приобрести приоритет в отношении конкурирующего обеспечительного права, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации.

48. В определенных обстоятельствах акции частных корпоративных групп могут эмитироваться без сертификатов. В этом случае Банк Y не сможет вступить во владение сертификатами. Вместо этого Банк Y может обратиться за регистрацией в книгах эмитента в качестве держателя акций⁷. В качестве варианта Банк Y может обратиться с просьбой о том, чтобы эмитент и держатель акций заключили с Банком Y соглашение о контроле, согласно которому эмитент согласится следовать инструкциям Банка Y в отношении активов, не запрашивая

⁶ В то же время, поскольку эти компании не являются заемщиками, Банку Y обычно потребуются получить от них соответствующие гарантии в отношении обязательств Компании А (в некоторых государствах могут действовать ограничения в отношении возможного объема гарантий со стороны какой-либо компании, и этот факт Банку Y следует учитывать). Таким образом, обеспечительное право, предоставленное компаниями В, С и D, будет обеспечивать обязательства этих компаний по гарантии.

⁷ В зависимости от правил, действующих в соответствующем государстве, Банк Y может обратиться за внесением пометки в этих книгах о наличии этих обеспечительных прав, с тем чтобы придать им силу в отношении третьих сторон.

любых дополнительных согласий со стороны держателя. Аналогично вступлению во владение сертификатами, эти возможные варианты действий могут обеспечить приоритет обеспечительного права Банка Y.

49. Действие Типового закона в примере #6 состоит в том, что он применяется к неопосредованно удерживаемым ценным бумагам. В то же время Типовой закон не применяется к обеспечительным правам в опосредованно удерживаемых ценных бумагах, т.е. ценных бумагах, удерживаемых через посредника или зачисленных на счет ценных бумаг. В этих обстоятельствах Банку Y потребуется учитывать другие законы, содержащие другие механизмы для создания обеспечения в опосредованно удерживаемых ценных бумагах.

7. Обеспечение под банковские счета

Пример #7. Компания X желает получить ссуду на оплату операционных расходов. Она имеет оборудование, которое может стать предметом обременения. У нее имеются другие активы только в виде средств, зачисленных на банковский счет в Банке Y. Банк Z желает выдать ссуду на покрытие операционных расходов на основе оборудования Компании X. В то же время, он желает получить обеспечение в виде банковского счета, с тем чтобы защитить себя от риска, что оборудование может неожиданно обесцениться.

50. Банк Z может получить обеспечительное право в оборудовании Компании X и придать ему силу в отношении третьих сторон, предприняв ряд шагов, перечисленных в примере #1A. Создать обеспечительное право в банковском счете является не более сложным. Все что потребуется Банку Z — это описать банковский счет в соглашении об обеспечении. Это можно сделать путем указания в соглашении об обеспечении (а также в уведомлении) номера банковского счета с отметкой о том, что банковский счет ведется Банком Y. Как вариант, в соглашение об обеспечении можно включить слова «все банковские счета, как нынешние, так и будущие». Это может предоставить Банку Z дополнительный предмет обременения, если имеются другие банковские счета, о которых ему не было известно в момент выдачи ссуды.

51. Кроме того, если банковский счет ведется Банком Z, а не Банком Y, то дополнительных шагов не потребуется, чтобы придать обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон. Ведение банковского счета считается аналогом владения материальными активами обеспеченным кредитором в примере #2.

52. В то же время, поскольку банковский счет ведется Банком Y в примере #7, Банк Z может вместо этого заключить соглашение о контроле (трехстороннее соглашение между Компанией X, Банком Y и Банком Z о том, что Банк Y будет следовать инструкциям Банка Z в отношении выплат средств без каких-либо других согласий от Компании X). Если Компания X не исполняет свои обязательства, то Банк Z может просто обратиться к Банку Y с инструкцией перевести средства непосредственно ему. Банк Z, возможно, пожелает получить дополнительную защиту в соглашении о контроле. Например, если Компании X, по всей вероятности, не потребуется доступ ко всем средствам на этом счету, то в соглашении о контроле может быть указано, что Банк Y ограничит доступ Компании X к средствам, если их снятие приведет к сокращению остатка ниже согласованного уровня. Если Банк Y не готов согласиться с условиями, которые Банк Z считает важными, то он может потребовать от Компании X перевести счет в Банк Z. Для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон никаких дополнительных средств не потребуется, при том что предпочтительный Банк Z может договориться с Компанией X ограничить ее право снимать средства с этого счета.

53. Если Банк Z создаст обеспечительное право во всех нынешних и будущих банковских счетах Компании X, то на практике он не сможет заключить соглашения о контроле с банками, ведущими счета, о которых ему не известно. Это

означает, что обеспечительному праву Банка Z в этих неизвестных счетах может быть придана сила в отношении третьих сторон только посредством регистрации. Более того, Банк Z не сможет распорядиться о том, чтобы банк, ведущий соответствующий счет, переводил ему соответствующие средства, когда Компания X не исполняет его обязательства и Банк Z впоследствии обнаружит наличие такого счета. Во многих юрисдикционных системах для этого потребуются судебное постановление.

8. Обеспечение в виде оборотных инструментов

Пример #8. Компании X причитается крупная сумма денежных средств с Компании Y. Компания Y подписала оборотный инструмент с обещанием уплатить денежные средства Компании X частями в течение пятилетнего срока. Компания X желает получить ссуду на оплату операционных расходов и хотела бы использовать свое право инкассировать средства Компании Y согласно инструменту в качестве обеспечения. Банк Z желает выдать ссуду на этой основе.

54. Для того чтобы Банк Z был уверен в том, что обеспечительное право в оборотном инструменте имеет силу, это описание может звучать следующим образом: «оборотный инструмент, подписанный Компанией Y ДД/ММ/ГГГГ, к уплате Компании X в сумме (сумма, непосредственно указанная в самом инструменте)». Если Банк Z примет обеспечительное право во всех нынешних и позже приобретенных оборотных инструментах Компании X, что может иметь место, когда Компания X регулярно эмитирует оборотные инструменты в ходе ее коммерческой деятельности, то описание может содержать слова «все оборотные инструменты, как нынешние, так и будущие».

55. Для придания своему обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон Банк Z может зарегистрировать уведомление с описанием оборотного инструмента или, как и в случае других материальных активов, вступить во владение этим инструментом (см. пример #2). В случае этого последнего варианта могут на практике существовать определенные преимущества. Если Банк Z просто регистрирует уведомление и не вступит во владение, то его обеспечительное право может утратить приоритет по отношению к другому обеспечительному кредитору, если этот обеспеченный кредитор вступит во владение оборотным инструментом. Банк Z может также утратить приоритет перед покупателем инструмента, который вступил во владение этим оборотным инструментом при определенных обстоятельствах (например, если покупателю не было известно об обеспечительном праве Банка Z).

9. Продажа или прямая передача дебиторской задолженности

Пример #9 (Факторинг). Компания X занимается продажей инвентарных запасов клиентам. Поскольку инвентарные запасы являются дорогостоящими, клиенты часто соглашаются платить в рассрочку (без оборотных инструментов). Это создает пул дебиторской задолженности, который является самым ценным активом Компании X. Компании X требуются наличные средства, когда еще не настали сроки для причитающейся дебиторской задолженности, с тем чтобы она могла заплатить своим служащим и покрыть другие операционные расходы. Фактор Y соглашается предоставить Компании X наличные средства, выкупив дебиторскую задолженность, которую он считает надежной. Фактор Y выплачивает Компании X сумму, равную 90 процентам номинальной стоимости этой дебиторской задолженности, и удерживает оставшиеся 10 процентов в качестве резерва для покрытия потенциальных требований клиентов (например, в случае неисправных товаров или поставки товаров, которые не были верно заказаны), что может сократить стоимость дебиторской задолженности.

56. Типовой закон применяется к продаже дебиторской задолженности, которая называется прямой передачей, осуществляемой по соглашению. Одна из

причин этого подхода заключается в том, что часто трудно указать, является ли дебиторская задолженность продажей или же она передается в качестве обеспечения. Применение положений Типового закона ко всем передачам дебиторской задолженности иногда снижает необходимость проводить сложное разграничение.

57. Поскольку Типовой закон применяется к прямой передаче дебиторской задолженности, лицо, осуществляющее передачу (или цедент), считается право-дателем, а получатель (или цессионарий) считается обеспеченным кредитором. Таким образом, в примере #9 Фактору Y будет необходимо заключить соглашение о купле-продаже, подписанное Компанией X, с описанием продаваемой де-биторской задолженности. Ключевое практическое последствие применения этого подхода заключается в том, что получателю будет необходимо зарегистри-ровать уведомление в Регистре, с тем чтобы придать передаче силу в отношении третьих сторон. Кроме как если Фактор Y регистрирует уведомление в Регистре, то его право в дебиторской задолженности может проиграть перед третьей сто-роной, обладающей конкурирующим правом в ней.

58. Существует ряд различных видов механизмов факторинга с использова-нием практики прямых передач дебиторской задолженности. Фактор Y может уплатить цену за дебиторскую задолженность в момент приобретения («дис-контный факторинг»), как это имеет место в примере #9. Фактор Y может осу-ществить платежи только по инкассации дебиторской задолженности («инкасса-ционный факторинг») или может осуществить платежи в момент среднего срока погашения задолженности («факторинг на основе срока оплаты»). Факторинг может быть с «правом регресса» или без «права регресса»⁸. Факторинг может быть также «уведомительным» и «неуведомительным»⁹.

59. Факторинг, как правило, используется поставщиком посредством передачи дебиторской задолженности по ряду должников. При механизме факторинга с правом регресса по инициативе должника по дебиторской задолженности ис-пользуется факторинг для оплаты поступающих счетов-фактур, и фактор обяза-ется покупать дебиторскую задолженность у последующих поставщиков долж-ника.

60. Хотя Типовой закон применяется в целом к прямой передаче дебиторской задолженности, положения, касающиеся реализации прав, как правило, не при-меняются. Например, при механизме без права регресса усилия фактора по ин-кассации не должны быть обязательно коммерчески разумными. Это происходит потому, что фактор владеет дебиторской задолженностью, и если он инкассирует меньше средств, то общая сумма убытков ложится на фактор. Таким образом, фактору не требуется отчитываться перед лицом, передавшим дебиторскую за-долженность, по любой сумме, инкассируемой в превышение суммы, которую фактор уплатил за нее.

10. Финансирование под инвентарные запасы и дебиторскую задолженность

Пример #10 (Возобновляемый кредит). Компания X продает кухонное оборудование владельцам ресторанов. Во многих случаях продажа происходит в кредит, а клиенты платят за оборудование в течение определенного срока. Компания X иногда нуждается в средствах для поддержания операций с целью

⁸ Согласно механизму факторинга с правом регресса Фактор Y осуществит оборот на Компанию X, если должник по дебиторской задолженности не произвел платежа. Согласно механизму факторинга без права регресса Фактор Y несет на себе риск, что должник по дебиторской задолженности может не осуществить платеж в срок.

⁹ Уведомительный факторинг имеет место, когда должники по дебиторской задолженности получают уведомление, что их дебиторская задолженность была передана, а также получают инструкции осуществлять платежи непосредственно Фактору Y. Неуведомительный факторинг имеет место, когда должники по дебиторской задолженности не получают уведомления о ее передаче и продолжают переводить платежи Компании X.

оплаты текущих расходов. Банк Y готов предоставить средства путем открытия кредитной линии, по которой Компания X может снимать средства, в которых она нуждается, если Банк Y получит обеспечение в виде всех имеющихся и будущих инвентарных запасов и дебиторской задолженности Компании X, а средства, инкассированные по дебиторской задолженности, будут использованы для оплаты средств, взятых по кредитной линии. Банк Y желает также получить обеспечение в виде банковского счета, на который Компания X начисляет платежи, получаемые от клиентов.

61. Для создания обеспечительных прав во всех настоящих и будущих инвентарных запасах и дебиторской задолженности требуются те же шаги, о которых упоминается в примере #1А. Банку Y просто необходимо описать эти активы должным образом в соглашении об обеспечении (например, «все инвентарные запасы и дебиторская задолженность, как нынешние, так и будущие»; регистрируемое уведомление может, например, содержать слова «все инвентарные запасы и дебиторская задолженность»). С тем чтобы создать имеющее силу обеспечительное право в банковском счете, необходимо следовать шагам, изложенным в примере #7.

62. Коммерческая деятельность Компании X носит циклический характер. Она нуждается в капитале для приобретения инвентарных запасов, и, поскольку во многих случаях платежи осуществляются в кредит, она нуждается в средствах для оплаты инвентарных запасов до того, как они были приобретены и проданы. С учетом такого коммерческого цикла Банк Y предоставляет Компании X кредитную линию (часто называемую «револьверной» кредитной линией), по которой Компания X может снимать кредитные средства, когда она нуждается в оборотном капитале для покупки инвентарных запасов или оплаты других расходов, а эти кредитные средства будут оплачены по инкассации дебиторской задолженности. По всей вероятности, снятие заемных средств и зачисление возмещаемых платежей будут происходить весьма часто и сальдо на счету будет постоянно меняться. Пул обремененных инвентарных запасов и дебиторской задолженности будет также постоянно изменяться, поскольку инвентарные запасы будут постоянно приобретаться и преобразовываться в дебиторскую задолженность, дебиторская задолженность будет инкассироваться, а новые запасы будут приобретаться. Структура кредитной линии будет приспособлена для заемных операций Компании X к ее коммерческому циклу, что поможет Компании X не занимать более значительных средств, чем это необходимо, а это также снизит затраты на выплату процентов.

11. Обеспечение в виде интеллектуальной собственности

Пример #11. Компания X является фармацевтической компанией. Она обладает патентами на лекарственные средства, которые она сбывает на рынке, а в процессе подготовки находится ряд имеющихся заявлений на выдачу патентов на лекарственные средства. Компания X хотела бы мобилизовать заемный капитал для финансирования расходов на НИОКР. Банк Y желает выдать ссуду, если он сможет получить обеспечение в виде патентов и заявок на патенты Компании X.

63. Типовой закон применяется к обеспечительным правам в интеллектуальной собственности в той мере, в которой соответствующие положения не являются несовместимыми с законодательством, регулирующим интеллектуальную собственность. Нижеприводимый анализ основывается на том предположении, что ничто в Типовом законе не противоречит законодательству, регулирующему патенты.

64. Банк Y может создать обеспечительное право в патентах и заявках на патенты и может придать ему силу в отношении третьих сторон посредством шагов, упомянутых в примере #1А. Например, Банк Y может описать обременен-

ные активы как «все патенты и заявки на патенты, как нынешние, так и будущие» в соглашении об обеспечении и зарегистрированном уведомлении. В то же время, если законодательство, регулирующее патенты, требует, чтобы сила в отношении третьих сторон могла быть придана только путем регистрации в специальном реестре патентов, то Банку Y потребуется предпринять этот шаг.

12. Обеспечение в виде поступлений

Пример #12. Компания X взяла ссуду в Банке Y и предоставила обеспечительное право в ее печатном станке. Компания X сохраняет владение печатным станком, чтобы продолжать коммерческие операции, а затем продаст станок Компании Z.

65. Согласно Типовому закону обеспечительное право в активах распространяется на идентифицируемые поступления от этих активов. В примере #12, даже если Компания X продаст свой печатный станок, обеспечительное право Банка Y будет распространяться на денежные средства, полученные Компанией X от Компании Z, или на любые новые активы, приобретенные за счет этих денежных средств. Если оборудование было повреждено или уничтожено по причине пожара, то обеспечительное право Банка Y будет распространяться на любые связанные с этим страховые требования Компании X. Вкратце, обеспечительное право в Банке Y распространяется на любые активы в любой форме, которые могут быть идентифицированы как полученные из первоначальных активов или как поступления от них.

66. Если обеспечительному праву Банка Y в печатном станке была придана сила в отношении третьих сторон и если поступления, полученные Компанией X, имеют форму денежных средств, дебиторской задолженности, оборотных инструментов или средств на банковском счете, то Банку Y не требуется ничего делать для придания его обеспечительному праву в поступлениях силы в отношении третьих сторон. В то же время если поступления представляют собой другой вид активов (например, печатный станок будет обменян на компьютер), то Банк Y будет должен принять меры к тому, чтобы его обеспечительному праву в компьютере была придана сила в отношении третьих сторон до истечения предписанного льготного срока.

67. Банку Y не потребуется делать ничего для придания его обеспечительному праву в компьютере силы в отношении третьих сторон, если описание первоначальных обремененных активов в соглашении об обеспечении, а также в зарегистрированном уведомлении уже содержит упоминание о поступлениях (например, содержит слова «компьютер, закупленный Компанией X») или является достаточно широким (например, «все нынешние и будущие движимые активы»).