



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
24 September 2007

Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Сороковая сессия, вторая часть
Вена, 10–14 декабря 2007 года

Обеспечительные интересы

Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам

Записка Секретариата

Добавление

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
VIII. Права и обязанности сторон.....	1–80	3
A. Общие замечания.....	1–68	3
1. Введение.....	1–7	3
2. Автономия сторон.....	8–15	4
a) Общие положения.....	8–13	4
b) Источник прав и обязанностей сторон.....	14–15	6
3. Императивные нормы, применяемые в период до неисполнения обязательств.....	16–39	7
a) Общие положения.....	16–23	7
b) Обязанность обеспечивать сохранность обремененных активов.....	24–31	9
c) Обязанность обеспечивать сохранность стоимости обремененных активов.....	32–34	11
d) Обязанность возвращать обремененные активы и аннулировать зарегистрированное уведомление.....	35–39	12



4.	Неимперативные нормы, применяемые в период до неисполнения обязательств.....	40–46	14
5.	Типичные неимперативные нормы, применяемые в период до неисполнения обязательств.....	47–68	16
	a) Общие положения.....	47–49	16
	b) Неимперативные нормы, когда активы находятся во владении обеспеченного кредитора.....	50–58	17
	c) Неимперативные нормы, когда активы находятся во владении лица, предоставляющего право.....	59–65	20
	d) Неимперативные нормы вне зависимости от того, в чьем владении находятся активы.....	66–68	22
V.	Замечания, касающиеся конкретных активов.....	69–80	23
C.	Рекомендации.....		27

VIII. Права и обязанности сторон

A. Общие замечания

1. Введение

1. Как и в отношении любого другого соглашения, такие вопросы, как формирование, интерпретация, последствия, нарушение и оспаривание обеспечительного соглашения, подпадают под действие общего договорного права. Кроме того, поскольку оно представляет собой взаимную сделку между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, соглашение об обеспечении обычно регулируется особыми нормами, относящимися к соглашениям об обеспечении. Обычно это означает, в частности, что соглашение об обеспечении имеет силу между сторонами, даже если оно не имеет силы в отношении третьих сторон.

2. Основное содержание соглашения об обеспечении варьируется в зависимости от потребностей и пожеланий сторон. Положения соглашений об обеспечении обычно касаются трех основных тем. Во-первых, некоторые положения включаются в соглашение потому, что они образуют часть императивных требований для создания обеспечительного права. Например, к этой категории относятся нормы, касающиеся идентификации обремененных активов и обеспеченного обязательства (определения "обремененных активов" и "обеспеченного обязательства" см. во Введении, раздел В "Терминология"). В главе IV ("Создание обеспечительного права (приобретение им силы в отношениях между сторонами)") Руководства рекомендуется, чтобы формальные требования к заключению соглашения об обеспечении, имеющего силу в отношениях между сторонами, были минимальными и легко выполнимыми (см. рекомендации 12–14).

3. Во-вторых, в типичном соглашении об обеспечении будет содержаться также ряд условий, уточняющих права и обязанности сторон после того, как соглашение между ними вступает в силу. Многие из этих условий касаются последствий невыполнения обязательств лицом, предоставившим право, или нарушения какого-либо обязательства обеспеченным кредитором. Часто включается подробное перечисление событий, составляющих неисполнение обязательства лицом, предоставляющим право, а также имеющихся у обеспеченного кредитора средств правовой защиты для реализации условий соглашения об обеспечении. Поскольку принудительная реализация прав может иметь значительные последствия для прав третьих сторон, государства обычно довольно подробно определяют ряд императивных норм, регулирующих вопросы неисполнения обязательств и реализации прав (см. главу X "Принудительная реализация прав"). Эти императивные нормы обычно предназначаются для защиты прав лиц, предоставляющих право, и третьих сторон. Поскольку эти нормы являются императивными, они в обязательном порядке имеют преобладающую силу над любыми условиями соглашения об обеспечении, которые вступают в коллизию с правами кредитора и средствами правовой защиты, если только от них не отказывается лицо, предоставляющее право, после неисполнения обязательств (см. рекомендацию 129) или обеспеченный кредитор в любое время (см. рекомендацию 130). Вместе с тем при отсутствии коллизии условия соглашения об обеспечении будут регулировать отношения между сторонами в случае неисполнения обязательств.

4. В-третьих, в соглашениях об обеспечении обычно содержится ряд других положений, призванных регулировать аспекты отношений между сторонами после заключения соглашения, но до случая неисполнения обязательств. Для того чтобы обеспеченные сделки были действенными и предсказуемыми, часто требуются дополнительные подробные положения, регулирующие осуществляемую сделку. Многие государства активно рекомендуют сторонам устанавливать положения соглашения об обеспечении с целью учета собственных требований. Вместе с тем, как в случае прав и обязанностей после неисполнения обязательств, эти же государства формулируют различные императивные нормы, относящиеся к правам и обязанностям, действующим в период до неисполнения обязательств (особенно в случае, когда могут затрагиваться права третьих сторон). С учетом этого, чтобы обеспечить лицам, предоставляющим право, и обеспеченным кредиторам максимальную гибкость в составлении соглашений, государства обычно сводят к минимуму эти императивные нормы, применяемые в период до неисполнения обязательств.

5. Хотя обычно государства не стремятся ввести весь перечень императивных норм, регулирующих права и обязанности в период до неисполнения обязательств, они заинтересованы в выработке руководящих указаний лицам, предоставляющим право, и обеспеченным кредиторам. Во многих государствах принимаются в большем или меньшем количестве неимперативные (или супплетивные) нормы, которые являются применимыми, если стороны не указывают иного в соглашении об обеспечении. В данной главе не рассматриваются все те ситуации, в отношении которых государства, возможно, желали бы разработать такие неимперативные нормы. В ней скорее предложен лишь ориентировочный и неисчерпывающий перечень тех супплетивных норм, действующих в период до неисполнения обязательств, которые обычно содержатся в современном внутреннем законодательстве.

6. Основное внимание в рамках представленного ниже обсуждения уделяется трем принципиальным вопросам. Первый из них, анализируемый в разделе А.2, касается принципа автономии сторон и степени свободы, которой они должны располагать для определения условий своего соглашения об обеспечении (при том, что соглашение удовлетворяет основным и формальным требованиям к созданию обеспечительного права). Второй из них, рассматриваемый в разделе А.3, касается императивных норм, которые должны регулировать права и обязанности лиц, предоставляющих право, и обеспеченных кредиторов в период до неисполнения обязательств. Третий вопрос, являющийся предметом рассмотрения в разделах А.4 и А.5, касается типа неимперативных норм, которые могут включаться в современное законодательство по обеспеченным сделкам.

7. В разделе В настоящей главы рассматриваются различные императивные и неимперативные нормы, касающиеся прав и обязанностей на период до неисполнения обязательств применительно к конкретным типам активов и сделок. В заключительном разделе С настоящей главы содержится ряд рекомендаций.

2. Автономия сторон

а) Общие положения

8. В главе II настоящего Руководства ("Сфера применения и другие общие правила") провозглашается принцип автономии сторон в качестве одной из основ

его базового подхода (см. рекомендацию 8). В большинстве государств этот принцип является составной частью общего договорного права и применяется к законодательству по обеспеченным сделкам только в силу того, что соглашение об обеспечении является договором. Главная идея состоит в том, что, если государство не предусматривает иного, обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, должны иметь возможность составлять свое соглашение об обеспечении так, как они считают нужным. При том что автономия сторон дает финансирующим лицам значительные полномочия в определении содержания соглашения об обеспечении, ожидается, что разрешение обеспеченному кредитору и лицу, предоставляющему право, определять структуру заключаемой ими сделки и распределять права и обязанности на период до неисполнения обязательств так, как это оптимально подходит к их целям, как правило, будет открывать лицам, предоставляющим право, возможность получать более широкий доступ к кредитованию под обеспечение.

9. В действии принципа автономии сторон применительно к правам и обязанностям в период до неисполнения обязательств четко различаются два аспекта. Первый из них касается государств. Хотя у государств должно быть право устанавливать императивные нормы для регулирования ключевых аспектов текущих отношений между сторонами, число таких норм должно быть ограничено, а сфера применения четко определена. Второй аспект касается результатов, которых лицо, предоставляющее право, и обеспеченный кредитор стремятся добиться своим соглашением. Любые условия, отходящие от императивных норм или изменяющие их, либо касающиеся вопросов, не охваченных супплетивными нормами государства, являются обязательными лишь для сторон этого соглашения и затрагивают права третьих сторон лишь в той мере, в которой это предусмотрено общими принципами договорного права.

10. Законодательные ограничения автономии сторон в форме императивных норм могут быть найдены как в режиме обеспеченных сделок, так и в других правовых режимах. Так, например, во многих государствах широко практикуется регулирование потребительских сделок, при этом часто строго ограничивается способность обеспеченных кредиторов и лиц, предоставляющих право, формировать собственный режим прав и обязанностей в период до неисполнения обязательств. Примером является норма, запрещающая обеспеченным кредиторам ограничивать право потребителя, предоставляющего право, продать или реализовать обремененные активы. Равным образом многие государства ограничивают автономию сторон, когда вопрос касается "семейной собственности" или "общественной собственности". В качестве примера можно привести норму, согласно которой обеспеченным кредиторам запрещается ограничивать возможность использования такой "семейной собственности" лицами, предоставляющими право (см. рекомендацию 2, подпункт b)).

11. Помимо этих императивных норм, которые регулируют вопросы относительно конкретных лиц, предоставляющих право, и конкретных активов, государства нередко устанавливают различные императивные нормы более общего характера. Они обычно входят в законодательство, создающее режим обеспеченных сделок. Как отмечается, чаще всего они касаются неисполнения обязательств и принудительной реализации прав (так, норму поведения в случае принудительной реализации прав нельзя отменить в одностороннем порядке или путем соглашения; см. рекомендацию 128). Вместе с тем некоторые нормы касаются также прав и обязанностей, предусматриваемых в период до неисполнения обязательств

(например, лицо, во владении которого находятся обремененные активы, должно проявлять о них разумную заботу, а также возвращать их и прекращать действие любого зарегистрированного уведомления, когда обеспеченное обязательство полностью выплачено; см. рекомендацию 107). Императивные нормы именно такого рода обсуждаются в следующем разделе настоящей главы.

12. Поскольку автономия сторон является основополагающим принципом, обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, обычно подробно излагают в соглашении об обеспечении ряд структурных элементов своего соглашения. Лицо, предоставляющее право, и обеспеченный кредитор зачастую указывают не менее шести аспектов соглашения, касающихся периода до неисполнения обязательств:

a) обременяемые активы и условия, при которых первоначально не обремененные активы могут позднее стать обремененными;

b) обязательство, которое будет предметом обеспечения по соглашению (включая будущие обязательства);

c) что лицо, предоставляющее право, может и не может делать с обремененными активами (включая право пользования активами, преобразования активов и реализации и сбора связанных с ними плодов и доходов);

d) когда и каким образом кредитор может вступить во владение обремененными активами в период до неисполнения обязательств, и права и обязанности кредитора в отношении обремененных активов, находящихся в его владении;

e) ряд заверений и гарантий, которые дает лицо, предоставляющее право, и обязательств, которые оно на себя берет; и

f) события, вызывающие невыполнение обязательств (прежде всего лица, предоставляющего право, но также и обеспеченного кредитора) в соответствии с соглашением.

13. Именно с учетом этих исходных аспектов автономии сторон и обычной сферы действия стороны, как они изложены в соглашении об обеспечении, следует рассматривать различные изложенные ниже императивные и неимперативные нормы.

b) Источник прав и обязанностей сторон

14. Как уже отмечалось, большинство императивных и неимперативных норм, относящихся к правам и обязанностям сторон до наступления невыполнения обязательств, касаются того, каким образом прерогативы и обязательства владения распределяются между лицом, предоставляющим обеспечение, и обеспеченным кредитором. В соответствии с принципом автономии сторон и с учетом соответствующих ограничений (см. пункты 9–11, выше) большинство государств придерживаются позиции, согласно которой стороны должны сами определить свои взаимные права и обязанности до наступления неисполнения обязательств. Ввиду этого важно определить источник этих прав и обязанностей.

15. В принципе эти права и обязанности определяются конкретными условиями, которые стороны включили в свое соглашение. Сюда также относятся общие условия, которые стороны включают в соглашение посредством ссылки. Наряду с этим во внутреннем законодательстве большинства государств предусмотрено, что,

поскольку соглашение об обеспечении может относиться к текущим отношениям между сторонами, которые являются распространенными в конкретной отрасли или сфере, они должны придерживаться обычаев, относительно которых они пришли к соглашению. Наконец, если стороны не придут к соглашению об обратном, при выполнении соглашения они должны придерживаться установленных между ними видов практики. В Руководстве проводится идея, согласно которой соглашение между сторонами является основным источником их взаимных прав и обязанностей, наряду с обычаями, относительно которых они пришли к соглашению, и, в отсутствие соглашения о противном, их собственными установленными видами практики (см. рекомендацию 106).

3. Императивные нормы, применяемые в период до неисполнения обязательств

а) Общие положения

16. Императивные нормы, касающиеся прав и обязанностей сторон до неисполнения обязательств, могут быть частью как законов об обеспеченных сделках, так и других законов. В целом эти нормы делятся на три широкие категории. Одна из категорий, нормы которой обычно принимаются государствами в рамках законодательства о защите потребителей или семейной собственности, имеет весьма конкретную сферу применения. В Руководстве признается, что государства могут придавать этим вопросам большое значение (см. рекомендацию 2, подпункт b)). Однако для достижения максимальной экономической выгоды от режима обеспеченных сделок государствам следует четко указывать сферу применения этих ограничений в отношении свободы сторон определять права и обязанности на период до неисполнения обязательств в соответствии с их потребностями и пожеланиями.

17. Другие императивные нормы, применяемые в период до неисполнения обязательств, касаются материального-правового наполнения, которое может включаться сторонами в их соглашение. Эти нормы обычно формулируются в виде общих ограничений в отношении прав обеспеченных кредиторов и применяются независимо от того, потребителем или предприятием является предоставляющее право лицо. В разных государствах они могут весьма отличаться друг от друга. Так, некоторые государства выделяют особый случай необеспеченных кредиторов в контексте несостоятельности, который, как правило, весьма ограничен. Некоторые государства не допускают, чтобы кредиторы ограничивали право лица, предоставляющего право, использовать или преобразовывать обремененные активы, если проводимое использование или преобразование согласуется с природой и назначением этих активов. Некоторые государства не допускают, чтобы обеспеченный кредитор использовал или применял против обеспеченного обязательства плоды и доходы, произведенные находящимися в его владении обремененными активами.

18. Поскольку в Руководстве придается важное значение принципу автономии сторон, считается, что государствам в целом нельзя устанавливать императивные нормы, применяемые в период до неисполнения обязательств, которые ограничивали бы число и характер обязательств, которые могут требовать друг от друга обеспеченные кредиторы и лица, предоставляющие право. Вместе с тем вышеуказанные проблемы часто являются реальными, и государства, в зависимости от конкретного характера их национальной экономики или коммерческого предприятия, предоставляющего право обеспечения, могут полагать необходимым

более тесно регулировать некоторые аспекты отношений между обеспеченными кредиторами и лицами, предоставляющими право, в период до неисполнения обязательств. Однако, если государство идет на это, то такие императивные нормы а) должны быть составлены в четких формулировках; б) должны быть выражены в точных и ограничительных, а не открытых формулировках; и в) подобно аналогичным нормам, применяемым в контексте неисполнения обязательств, должны быть основаны на признаваемых принципах публичного порядка (*ordre public*), таких как добросовестность, честность сделок и коммерческая разумность (см. рекомендации 127 и 128).

19. Императивные нормы, применяемые в период до неисполнения обязательств и входящие в третью категорию, направлены на то, чтобы не допускать искажения основополагающих целей режима обеспеченных сделок. Государства применяют такого рода императивные нормы обычно с целью возложить минимальные обязанности на сторону, владеющую обремененными активами или контролирующую их. Так, например, поскольку цель обеспечения заключается в наделении кредитора приоритетным правом, при неисполнении обязательств, на выплату денежной суммы, полученной в результате продажи обремененных активов, то этой цели соответствовало бы обязательство лиц, предоставляющих право, не допускать траты или иного ухудшения состояния обремененных активов сверх того, что ожидается при обычном использовании, что позволит сохранить экономическую ценность активов во благо обеспеченных кредиторов.

20. Смысл норм, требующих от лица, предоставляющего право, и от обеспеченного кредитора, в случае, когда в его владении находятся обремененные активы, проявлять разумную заботу о них, и в более широком плане, смысл норм, направленных на сохранение обремененных активов, состоит в том, чтобы стимулировать ответственное поведение сторон соглашения об обеспечении. Однако такого рода императивные нормы по своему воздействию не идентичны нормам, направленным на защиту потребителей, или императивным нормам, определяющим материально-правовое наполнение соглашения об обеспечении. Императивные нормы такого рода относятся к устанавливающим само обеспечительное право, и от них невозможно отказаться ни во время подготовки соглашения, ни в дальнейшем.

21. Аналогичным образом стороны не могут по соглашению отходить от императивных норм, в которых изложены их общие права и обязанности в период до неисполнения обязательств. Например, как правило, государства не допускают того, чтобы стороны могли освободиться от обязанности проявлять разумную заботу об обремененных активах. Вместе с тем это не обязательно препятствует отказу сторон от претензий в случаях невыполнения обязанности. Во многих государствах предусматривается, что обеспеченный кредитор позднее может освободить лицо, предоставившее право, от обязанностей, предусмотренных на период до неисполнения обязательств (включая обязанности, налагаемые императивными нормами), или может отказаться от требования в связи с какими-либо нарушениями, допущенными лицом, предоставившим право. Напротив, учитывая обычную динамику отношений между обеспеченным кредитором и лицом, предоставляющим право, во многих из этих же государств предусматривается также, что лицу, предоставляющему право, не следует, до неисполнения обязательств, разрешать освобождать обеспеченного кредитора от каких-либо обязанностей, установленных императивными нормами.

22. Рекомендуемые в Руководстве императивные нормы, применяемые в период до неисполнения обязательств, направлены на решение принципиальных задач, согласующихся с теми, которые определены в качестве основных принципов эффективного и действенного режима обеспеченных сделок (см. рекомендацию 1). В них излагаются права и обязанности до неисполнения обязательств, с тем чтобы а) поощрять сохранение обремененных активов сторонами, во владении которых они находятся; и б) обеспечить, чтобы после погашения обязательства лицо, предоставившее право, полностью восстанавливало право владеть и пользоваться прежде обремененными активами.

23. В главе XI Руководства ("Финансовые средства, предоставленные для целей приобретения") предусматривается, что некоторые государства могут выбрать сохранение прав в рамках сделок, связанных с удержанием правового титула и финансовой арендой, в качестве независимых методов финансирования приобретения. В этих ситуациях право продавца или арендодателя является не обеспечительным правом, а скорее представляет собой право продавца предъявить свое право собственности на активы в случае покупки на период до полной уплаты покупной цены, а в случае финансовой аренды – на протяжении сделки (определения терминов "обеспечительное право", "приобретательское обеспечительное право", "право на удержание правового титула" и "право на финансовую аренду" см. во Введении, раздел В "Терминология"). По этой причине, даже несмотря на то, что основополагающие экономические цели сделки идентичны целям обычного обеспечительного права, императивные нормы, касающиеся прав и обязанностей сторон (продавца, сохраняющего право собственности, и покупателя, обладающего посессорным правом, однако с отсроченностью владения; арендодателя, который является собственником, и арендатора, который обладает лишь правом обладания и использования) в период до неисполнения обязательств, должны быть составлены в несколько иных формулировках. Эти необходимые коррективы обсуждаются в разделе А.8 главы XI.

b) Обязанность обеспечивать сохранность обремененных активов

24. Обремененные активы являются для кредитора одной из главных гарантий погашения обеспеченного обязательства. Кроме того, лицо, предоставляющее право, обычно предполагает и намерено в дальнейшем свободно использовать именно активы после погашения займа или кредита. По этим причинам как обеспеченные кредиторы, так и лица, предоставляющие право, заинтересованы в сохранении обремененных активов.

25. Лицо, во владении которого находится обремененный актив, чаще всего может наиболее эффективно обеспечить его сохранность. Это объясняет то, почему государства обычно возлагают на эту сторону обязанность проявлять разумную заботу об обремененном активе. Лишь в качестве исключения и почти неизменно в отношении нематериальных активов лицо, не находящееся условно во владении обремененным активом, может быть в оптимальном положении для проявления заботы о нем. С точки зрения задачи по обеспечению справедливого распределения ответственности за проявление заботы об обремененных активах и поощрению сохранения их сторонами несущественным является то, находятся ли обремененные активы во владении лица, предоставляющего право, или обеспеченного кредитора. Обязательные к исполнению обязанности по сохранению обремененных активов, возлагаемые на лицо, во владении которого они находятся, в обоих случаях должны быть идентичны.

26. Конкретное содержание обязанностей может существенно различаться в зависимости от характера обремененного актива. Если речь идет о материальных активах, то обязанность заключается, во-первых, в физическом сохранении актива (определения "материальные активы" и "нематериальные активы" см. во Введении, раздел В "Терминология"). Если речь идет о неодушевленных материальных активах, то в обязанность обычно входит сохранение этих активов в хорошем состоянии и неиспользование их с иной целью, чем та, которая является нормальной в данных обстоятельствах. Например, если обремененный актив представляет собой машинное оборудование, необходимо, чтобы оно не оставалось под дождем. Наряду с этим сторона, которая владеет этим оборудованием и использует его, должна осуществлять регулярное техническое обслуживание. Опять-таки, если в обеспечение принимается легковой автомобиль, то лицо, во владении которого он находится и которое уполномочено им пользоваться, не может использовать его в качестве легкого грузовика для коммерческих целей.

27. Если обремененные архивы представляют собой инвентарные запасы, то обязанность сохранения может потребовать от владеющего ими лица иных, более сложных действий. В отличие от оборудования инвентарные запасы нередко выставлены на всеобщее обозрение, и их легче похитить. Ввиду этого лицо, предоставляющее право (наиболее вероятно, что оно и владеет активами), должно обеспечить надлежащую защиту, чтобы предотвратить "усадку", должно соответствующим образом разместить инвентарные запасы, чтобы предотвратить их поломку, или же хранить их таким образом, чтобы не допустить ухудшения их состояния. Например, если инвентарные запасы состоят из дорогостоящего электронного оборудования или особо хрупких стеклянных изделий, для их хранения могут потребоваться запирающиеся шкафы; если они представляют собой портящиеся продукты, владеющее ими лицо должно хранить обремененные активы в холодильных установках.

28. Аналогичные обязанности должны быть и в отношении одушевленных материальных активов, например животных. Недостаточно лишь просто поддерживать в них жизнь. Лицу, во владении которого находится животное, необходимо обеспечивать его полноценное кормление и заботиться о его здоровье (например, организуя надлежащее ветеринарное обслуживание). В тех случаях, когда требуется специальный уход для того, чтобы животное оставалось в хорошей форме (например, надлежащий тренинг скаковых лошадей, регулярное доение коров), в обязанность проявлять заботу входит оказание данных услуг. И наконец, как и применительно к оборудованию, обязанность предполагает также, что животное не может использоваться в непредусмотренных целях. Так, премированный бык, стоимость которого определяется платой за случку, не может использоваться как вьючное животное.

29. Если обремененный актив заключается в праве на платеж в денежной форме, воплощенном в оборотном инструменте, то в обязанность, несомненно, будет входить обеспечение физической сохранности документа. Вместе с тем в таком случае обязанность проявлять заботу будет включать принятие необходимых мер для поддержания или сохранения прав лица, предоставившего право, в отношении имеющих приоритет сторон, связанных обязательством по оборотному инструменту (например, представление инструмента, его опротестование, если требуется по закону, и представление уведомления о неакцептовании векселя). В обязанность лица, которое владеет оборотным инструментом, может входить также избежание

потери прав на сам документ в пользу предыдущих владельцев путем принятия мер против лиц, несущих аксессуарную ответственность по этому инструменту (например, гаранты). Когда материальным активом является оборотный документ, лицо, которое владеет им, должно обеспечивать его физическую сохранность. Кроме того, если действие документа является ограниченным во времени, лицо, во владении которого находится документ, должно представить его до истечения срока действия с целью заявления права на физическое владение имуществом, охватываемым документом.

30. Когда обремененный актив является нематериальным, труднее установить обязанность проявлять разумную заботу путем ссылки на лицо, во владении которого находится обремененный актив. Нематериальным активом часто является вытекающее из договора простое право на получение платежа. Характер обязанности обеспечивать сохранность в таких случаях обсуждается ниже, в разделе В. В тех случаях, когда обремененные активы представляют собой право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, право на интеллектуальную собственность или право на получение поступлений по независимому обязательству, государства обычно предусматривают соответствующие права и обязанности сторон сделки в специальном законодательстве, регулирующем эту конкретную форму актива.

31. При определении масштаба обязательства лица, во владении которого находятся обремененные активы, по их сохранению, государства соотносят выгоды и затраты в отношении оптимального обеспечения справедливого распределения ответственности за их сохранение. Основной стратегической проблемой является то, как избежать возложения чрезмерного бремени на лицо, во владении которого находятся активы, в особенности когда этим лицом является обеспеченный кредитор, а не лицо, предоставляющее право. В свете вышеизложенных соображений в Руководстве рекомендуется, чтобы государства ввели общую императивную норму, действующую в период до неисполнения обязательств, которая обязывала бы стороны, во владении которых находятся активы, проявлять разумную заботу для сохранения обремененных активов (см. рекомендацию 107).

с) Обязанность обеспечивать сохранность стоимости обремененных активов

32. Во многих случаях физическое сохранение обремененного актива обеспечит также сохранение его стоимости. Вместе с тем иногда потребуются принятие дополнительных мер. Особый случай нематериальных активов обсуждается в разделе А.5, ниже. Что же касается материальных активов, обычно государства проводят различие между обязательствами лиц, предоставляющих право, и обязательствами обеспеченных кредиторов. Поскольку обремененный актив является предоставленной обеспеченному кредитору гарантией платежа, иногда лицам, предоставляющим право, требуется принять специальные меры для сохранения стоимости обремененных активов, помимо обязательства обеспечения их физической сохранности. Например, от лиц, предоставляющих право, может потребоваться установить обновления компьютерной техники или вернуть оборудование дилеру по ордеру на возврат. Опять-таки, определяя масштаб этого обязательства лиц, предоставляющих право, государства должны сопоставить выгоды и налагаемое ими бремя.

33. Лишь в редких случаях государства возлагают обязанность по сохранению стоимости обремененных активов на обеспеченных кредиторов. Это объясняется

тем, что если возложение обязательства требует, чтобы обеспеченные кредиторы взяли на себя тяжелую обязанность строго контролировать обремененные активы, актив просто перестанет иметь ценность как обеспечение, в ущерб лицу, предоставившему право. Так, не следует требовать, чтобы обеспеченные кредиторы предпринимали какие-либо шаги по сохранению рыночной стоимости торговой марки или проводили анализ инвестиций для сохранения стоимости портфеля акций. В любом случае сохранение стоимости обремененного актива всегда в интересах лица, предоставляющего право, с тем чтобы стороны могли в обычном порядке обеспечить, чтобы лица, предоставляющие право, могли указывать обеспеченным кредиторам, во владении которых находятся активы, какие шаги следует предпринять, чтобы в таких случаях сохранить стоимость. Затраченные на это средства, как правило, либо заранее выплачиваются лицом, предоставляющим право, либо добавляются к обеспеченному обязательству.

34. Поскольку, как правило, стороны предусматривают в соглашении об обеспечении дополнительные обязанности, целью которых является сохранение стоимости обремененных активов, обычно государства не вводят императивной нормы, согласно которой эта обязанность непосредственно возлагалась бы на лиц, предоставляющих право, или на обеспеченных кредиторов. В свете этой общей тенденции в Руководстве государствам не рекомендуется вводить императивную норму, которая бы действовала в период до неисполнения обязательств и согласно которой стороны, во владении которых находятся активы, были бы обязаны сохранять стоимость обремененных активов, существовавшую до неисполнения обязательств.

d) Обязанность возвращать обремененные активы и аннулировать зарегистрированное уведомление

35. Основным назначением обеспечительного права является повышение вероятности того, что обеспеченное обязательство будет погашено, либо за счет побуждения лица, предоставляющего право, погасить обеспеченное обязательство, либо путем применения стоимости обремененных активов к обеспеченному обязательству. Обеспечительное право не является средством принудительного отчуждения прибавочной стоимости от лица, предоставляющего право, или средством замаскированной передачи обремененных активов кредитору. После удовлетворения обеспеченного обязательства, согласно закону, действие обеспечительного права аннулируется и лицо, предоставляющее право, получает право на владение и полномасштабное пользование необремененной собственностью на ранее обремененные активы. Для реализации прав лица, предоставляющего право, большинство государств принимает императивные нормы, регулирующие обязанности обеспеченного кредитора после полного погашения обеспеченного обязательства и прекращения всех обязательств по кредиту. Эти обязанности делятся на две категории. Некоторые обязанности касаются возвращения обремененных активов лицу, предоставившему право, в ситуациях, когда во время удовлетворения обеспеченного обязательства активы находятся во владении обеспеченного кредитора; другие обязанности касаются принятия мер, для того чтобы дать возможность лицу, предоставившему право, реализовать свои права на обремененные активы без каких-либо ограничений, вытекающих из ранее существовавшего обременения.

36. В Руководстве предусматривается, что обеспеченные кредиторы в большинстве случаев могут придавать своим правам силу в отношении третьих сторон путем вступления во владение обремененными активами (см. рекомендацию 36). Кроме того, даже если кредиторы добиваются придания праву силы в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления, а не путем вступления во владение имуществом, с учетом принципа автономии сторон, лица, предоставляющие право, могут тем не менее разрешать обеспеченным кредиторам вступать во владение обремененными активами. Это разрешение может даваться либо в момент создания обеспечительного права, либо какое-то время спустя. В последнем случае необязательно даже, чтобы имело место невыполнение обязательств по соглашению об обеспечении со стороны лица, предоставляющего право. Независимо от того, как оно возникает, владение обеспеченным кредитором имуществом основывается на соглашении между сторонами и связано с целями этого соглашения.

37. Поскольку цель обеспечительного права состоит в том, чтобы обеспечить исполнение обязательства, то после того как обязательство исполнено, лицо, предоставляющее право, должно быть в состоянии либо вновь вступить во владение обремененными активами, либо вновь получить беспрепятственный доступ к ним, либо то и другое. Это объясняет то, почему многие государства возлагают на обеспеченных кредиторов формальную обязанность возвращать обремененные активы лицу, предоставившему право, после полного погашения обеспеченного обязательства и прекращения всех обязательств по кредиту. В этих государствах бремя поставки обремененных активов лежит на кредиторе, при том что лицо, предоставляющее право, не обязано возвращать или забирать их. В других государствах обеспеченный кредитор не несет обязанности поставки активов и должен лишь разрешить лицу, предоставившему право, вернуть себе ранее обремененные активы. В случаях, когда материальные активы находятся в руках третьей стороны, которая первоначально осуществляла владение от имени лица, предоставляющего право, но после создания обеспечительного права удерживала их от имени обеспеченного кредитора, многие государства требуют, чтобы обеспеченный кредитор уведомил лицо, во владении которого находятся активы, что обеспеченное обязательство выплачено и что осуществляющее владение лицо опять удерживает их исключительно от имени лица, предоставляющего право. Аналогичная обязанность существует во многих государствах, где обеспеченный кредитор и депозитарное учреждение заключают соглашение о контроле (см. определение "контроля" во Введении, раздел В "Терминология"). В этих государствах обычно требуется, чтобы обеспеченный кредитор конкретно информировал депозитария о том, что соглашение о контроле более не имеет силы. Все эти различные требования направлены на то, чтобы реализовать право лица, предоставляющего право, беспрепятственно пользоваться обремененными активами после полного погашения обеспеченного обязательства и прекращения всех обязательств по кредиту.

38. По мнению некоторых государств, кредитор обязан также принимать конкретные меры для обеспечения того, чтобы лицо, предоставившее право, оказалось в том же самом положении, в котором оно находилось до создания обеспечительного права. Если речь идет о нематериальных активах, то требуется направить уведомление любому третьему лицу, имеющему обязательство (например, должнику по дебиторской задолженности), с указанием того, что обеспеченное обязательство погашено полностью и что лицо, предоставившее

право, вновь имеет право на то, чтобы ему было выплачено это обязательство. В более широком плане некоторые государства обязуют обеспеченных кредиторов освобождать обремененные активы от обеспечительного права и в случаях, когда придание силы в отношении третьих сторон достигается путем регистрации, принимать меры для аннулирования действия уведомления, относящегося к этому обеспечительному праву, в соответствующем реестре. Так, например, если регистрационные записи автоматически не исключаются из реестра после относительно короткого периода времени, многие государства возлагают на кредиторов обязанность запрашивать аннулирование регистрации. Равным образом, если обеспечительное право является предметом записи в сертификате правового титула, некоторые государства обязывают обеспеченного кредитора принимать меры для обеспечения исключения записи из сертификата правового титула. Эти требования объединяет то, что обеспеченный кредитор должен принимать меры для ликвидации любых формальных свидетельств о своем предшествующем праве, с тем чтобы обеспечить, чтобы третьи стороны не могли считать, что активы лица, предоставившего право, все еще, возможно, являются предметом его обеспечительного права.

39. Вышеизложенные соображения в целом отражены в императивной норме, которая рекомендуется в Руководстве для регулирования отношений сторон после погашения обеспеченного обязательства. Ее основная цель – удостовериться в том, что лицу, предоставившему право, полностью возвращается право пользования и обладания прежде обремененными активами и что это лицо способно эффективно распоряжаться ими в сделках с участием третьих сторон, при отсутствии неспособности, вызванной более не существующим обеспечительным правом (см. рекомендации 68 и 108).

4. Неимперативные нормы, применяемые в период до неисполнения обязательств

40. Помимо различных императивных норм, регулирующих права и обязанности сторон до неисполнения обязательств, большинство государств разработали более или менее многочисленные неимперативные нормы, касающиеся тех же вопросов периода до неисполнения обязательств. Для идентификации этих неимперативных норм, подлежащих применению, "если стороны не договорились об ином", в различных государствах используются разные формулировки (например, *jus dispositivum*, *lois supplétives*, *normas supletorias*, супплетивные нормы, резервные нормы). Однако их общей чертой является то, что они предназначены для автоматического применения в качестве дополнительных условий соглашения об обеспечении, если только нет доказательств того, что стороны намеревались исключить или изменить их.

41. В поддержку идеи применения неимперативных норм предлагаются различные принципиальные обоснования. Некоторые государства используют неимперативные нормы для защиты более слабых сторон, считая, что они являются исходной линией, отталкиваясь от которой более сильная сторона может попытаться прийти к договоренности относительно альтернативного договорного положения. По мнению других государств, эти нормы просто отражают условия соглашения, о которых стороны договорились бы, если бы обратили внимание на конкретные вопросы. Руководство исходит из того, что истинным основанием для неимперативных норм является возможность их использования для содействия достижению принципиальных целей в соответствии с логикой режима обеспеченных сделок.

Найти примеры неимперативных норм, принятых на этом обосновании, не составляет труда. Во многих государствах законодательство предусматривает, что, если стороны не договорились об ином, лицо, предоставляющее право, будет размещать любые страховые поступления, являющиеся следствием утраты обремененного актива или нанесенного ему ущерба, на депозитный счет, контролируемый обеспеченным кредитором. Также во многих государствах законодательство предусматривает, что, если стороны не договорились об ином, доходы, поступающие от обремененного актива, могут удерживаться обеспеченным кредитором на протяжении срока действия соглашения об обеспечении в качестве дополнительных обремененных активов, с тем чтобы в случае неисполнения обязательств эти доходы могли быть использованы для погашения обеспеченного обязательства. В свете этой общей цели существует не менее четырех причин, по которым государства могли бы решиться на разработку комплекса неимперативных норм.

42. Во-первых, комплекс неимперативных норм, предусматривающий распределение прав и обязанностей между обеспеченным кредитором и лицом, предоставляющим право, так, как они сами, вероятно, договорились бы, учитывая базовые цели режима обеспеченных сделок, способствует сокращению расходов по сделкам, поскольку устраняет необходимость ведения переговоров и разработки сторонами новых положений, уже должным образом охваченных этими нормами. В таком случае неимперативные нормы выполняют функцию подразумеваемых или принимаемых по умолчанию условий (т. е. условий, применимых в отсутствие договоренности об обратном), которые, если только в соглашении об обеспечении не выражено обратное намерение, считаются частью этого соглашения. В качестве примера такого подразумеваемого условия можно привести норму, согласно которой обеспеченный кредитор, во владении которого находится обремененный актив, может приобрести любые доходы, получаемые за счет этого актива, и применять их непосредственно для погашения обеспеченного обязательства.

43. Во-вторых, даже наиболее информированные и опытные стороны не обладают способностью безошибочно предвидеть будущее. Как бы тщательно не было составлено соглашение, возникают непредвиденные обстоятельства. Чтобы избежать необходимости принятия судебных или арбитражных решений для заполнения этих пробелов в соглашении, когда они возникают, и сократить число потенциальных споров, государства обычно предусматривают базовые характеризующие нормы. Эти неимперативные нормы отсылают стороны к другим, более общим правовым принципам, которые могут быть применены для разрешения непредвиденных проблем. Примером такого рода норм служит норма, согласно которой лицо, предоставляющее обеспечительное право, остается обладателем материального права (будь то право собственности, меньшее имущественное право или личное право), по которому взято обеспечение. Таким образом, при проработке какого-либо конкретного непредвиденного события стороны могут начинать с учета принципа, согласно которому любое право, которое не было конкретно передано обеспеченному кредитору, по-прежнему принадлежит лицу, предоставляющему право.

44. В-третьих, относительно полное законодательное определение прав и обязанностей сторон в период до неисполнения обязательств повышает действенность и предсказуемость режима, поскольку помогает сторонам обратить внимание на вопросы, которые им следует учитывать при обсуждении их

соглашения. Ряд императивных норм, которые могут не включаться сторонами, может служить пособием при разработке соглашения на основе перечня контрольных вопросов, которые могли бы быть рассмотрены при доработке соглашения об обеспечении. Даже если стороны решат внести изменения в установленные неимперативные нормы, с тем чтобы успешнее добиться своих целей, сам факт уделения им внимания гарантирует то, что эти вопросы учтены, а не пропущены по неосмотрительности.

45. И наконец, неимперативные нормы позволяют более эффективно применять принцип автономии сторон. Особенно очевидно эта выгода проявляется в связи с долговременными сделками, когда стороны не могут предусмотреть все непредвиденные обстоятельства. Такие нормы содействуют приспособляемости и снижают расходы, связанные с соблюдением обязательств. Например, если соглашение считать само по себе полным и требовать от сторон придания официального статуса всем последующим изменениям и поправкам к этому соглашению, то это просто приведет к дополнительным расходам по сделке для лица, предоставляющего право. Поскольку эти нормы являются неимперативными, стороны всегда могут исключить их применение особым договорным положением, например таким, где указывается, что в письменном документе соглашение сторон содержится целиком и что устные изменения не допускаются.

46. Преимущества предоставления сторонам возможности четко определить свои взаимоотношения при помощи свода неимперативных норм широко признаются во многих национальных правовых системах (см., например, статьи 2736-2742 Гражданского кодекса Квебека, Канада, и статьи 9-207-9-210 Единообразного торгового кодекса Соединенных Штатов), в организациях, содействующих использованию региональных типовых законов (см., например, статью 15 Типового закона об операциях с обеспечением Европейского банка реконструкции и развития и статью 33 Межамериканского типового закона об обеспеченных сделках Организации американских государств), и в международных конвенциях, касающихся международной купли-продажи (например, в статье 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров¹) или некоторых аспектов обеспеченных сделок в движимой собственности (например, в пункте 1 статьи 11 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и в статье 15 Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования Международного института по унификации частного права (МИУЧП)).

5. Типичные неимперативные нормы, применяемые в период до неисполнения обязательств

а) Общие положения

47. В настоящей главе рассматриваются не все ситуации, в которых государства, возможно, желали бы разработать неимперативные нормы. Так, в ней не рассматриваются какие-либо неимперативные нормы, которые могут быть разработаны в отношении дополнительных условий, сопутствующих тем, которые требуются для существования обеспечительного права (например, возможное содержание соглашения об обеспечении сверх минимума, необходимого для его заключения). В этом контексте неимперативные нормы выполняют иную функцию,

¹ United Nations publication, Sales No. E.95.V.12.

и поэтому их целесообразность, сфера применения и содержание будут определяться другими принципиальными соображениями. Кроме того, по той же причине в данной главе не рассматриваются неимперативные нормы, призванные регулировать права и обязанности сторон, возникающие после неисполнения обязательств. Эти неимперативные нормы рассматриваются в главе X ("Принудительная реализация").

48. Обсуждаемые в данном разделе неимперативные нормы касаются прав и обязанностей сторон до неисполнения обязательств. Поскольку неимперативные нормы обычно отражают нужды, практику и политику определенных государств, они существенно различаются по своей конфигурации. Тем не менее существует костяк неимперативных норм, которые повсеместно применяются в современном внутреннем законодательстве. Обычно они относятся к двум основным категориям: нормы, которые дополняют императивные нормы, касающиеся прав и обязанностей обеспеченных кредиторов, во владении которых находятся обремененные активы, и нормы, которые уточняют права, сохраняемые лицом, предоставляющим право, независимо от того, кто владеет активами.

49. Как и императивные нормы, эти неимперативные нормы призваны поощрять ответственное поведение сторон, под контролем и во владении которых находятся обремененные активы. Следовательно, государства чаще всего систематизируют их в зависимости от того, находятся ли обремененные активы во владении обеспеченного кредитора или лица, предоставляющего право. Вместе с тем предусматривается, что некоторые неимперативные нормы, относящиеся к периоду до неисполнения обязательств, применяются независимо от того, во владении обеспеченного кредитора или лица, предоставляющего право, находятся активы. Эти три ситуации рассматриваются по порядку.

b) Неимперативные нормы, когда активы находятся во владении обеспеченного кредитора

50. Как уже отмечалось, в большинстве государств действуют императивные нормы, требующие от обеспеченных кредиторов, во владении которых находятся обремененные активы, проявлять разумную заботу о них и обеспечивать их сохранность и поддержание. Как правило, когда обеспеченный кредитор имеет право использовать обремененные активы, он обязан также осуществлять все необходимые ремонтные работы для поддержания их в надлежащем рабочем состоянии. Основное содержание этих императивных норм уже обсуждалось. Кроме того, некоторые государства принимают ряд неимперативных норм, в которых указываются дополнительные обязанности кредиторов проявлять заботу об обремененных активах, находящихся в их владении, особенно в случаях, когда обремененный актив приносит гражданские и естественные плоды или же является активом, дающим доход. В следующих пунктах рассматриваются наиболее распространенные неимперативные нормы такого рода.

51. Что касается базовой обязанности проявлять заботу и обеспечивать сохранность, то во многих государствах от обеспеченного кредитора конкретно требуется обеспечивать, чтобы обремененные материальные активы оставались ясно идентифицируемыми. В том случае если эти активы представляют собой однородные предметы, которые объединены с другими активами того же рода, эта обязанность превращается в обязанность сохранять достаточное количество активов того же качества, как и первоначально обремененные. Кроме того, когда для

поддержания актива требуются действия, выходящие за рамки личной компетенции кредитора, государства часто требуют от кредитора уведомлять лицо, предоставившее право, и, при необходимости, разрешать лицу, предоставившему право, временно вступать во владение активом с целью ремонта, обслуживания или сохранения актива или его стоимости.

52. В тех случаях, когда обремененный актив представляет собой документ, который воплощает в себе право лица, предоставляющего право, на платеж в денежной форме, обязанность обеспеченного кредитора проявлять заботу может не ограничиваться обязанностью физического сохранения этого документа. Многие государства требуют от обеспеченного кредитора, во владении которого находится оборотный документ, избегать потери прав применительно к самому документу в отношении сторон, которые по оборотному инструменту несут ответственность в первую очередь, принимая меры в отношении сторон, несущих такую ответственность во вторую очередь (т. е. гарантов). В этих государствах также распространена практика обеспечения того, чтобы либо лицо, предоставляющее право, либо обеспеченный кредитор могли по суду требовать принудительной реализации обязательства по платежу.

53. Неимперативное следствие обязанности обеспеченного кредитора проявлять заботу об обремененном активе заключается в праве на получение возмещения разумных расходов, понесенных для сохранения актива, и на добавление этих расходов к обеспеченному обязательству. Кроме того, во многих государствах обеспеченный кредитор имеет право разумно использовать обремененный актив или оперировать им (см. рекомендацию 109, подпункт b)). Этому праву сопутствует то, что обеспеченный кредитор должен разрешать лицу, предоставившему право, проводить проверку обремененного актива в любые разумные сроки и будет нести ответственность за ущерб в случае любого ухудшения состояния актива помимо вызванного обычным использованием (см. рекомендацию 109, подпункт c)).

54. Поскольку обремененный актив находится во владении обеспеченного кредитора, то он чаще всего находится в лучшем положении, чтобы инкассировать денежные поступления (доходы или гражданские плоды) или неденежные поступления (естественные плоды также включены в определение понятия "поступления", см. Введение, раздел В "Терминология"), получаемые от использования обремененного актива. По этой причине государства часто принимают неимперативную норму, согласно которой как денежные, так и неденежные поступления должен инкассировать обеспеченный кредитор, во владении которого находятся обремененные активы. Как правило, лицо, предоставляющее право, является тем, кто может получить самую выгодную цену за естественные плоды, создаваемые обремененными активами (например, молоко, получаемое от стада коров, яйца, получаемые от кур, и шерсть, получаемая с овец). Поэтому государства обычно предусматривают также, что в тех редких случаях, когда обеспеченный кредитор получает во владение домашний скот, он должен возвращать плоды в распоряжение лица, предоставившего право. В тех случаях, когда плоды включают естественный прирост поголовья животных, широко применяется неимперативная норма, согласно которой такой молодняк автоматически становится обремененным обеспечением и находится во владении кредитора на тех же условиях, что и его родители.

55. В случае поступлений в денежной форме зачастую едва ли имеет смысл обязывать кредитора после инкассации возвращать эти поступления лицу,

предоставившему право. Обычно неимперативная норма предусматривает, что обеспеченный кредитор может либо использовать денежные поступления для погашения обеспеченного обязательства, либо держать их на отдельном счете в качестве дополнительного обеспечения. Этот принцип действует в тех случаях, когда поступающие деньги представляют собой процент, смешанную выплату процента и капитала или дивиденд в форме акции. В некоторых государствах кредитору даже предоставляется выбор: продавать дополнительные акции, получаемые в качестве дивидендов (учитывая поступления от продажи на дивиденды в денежной форме), или держать акции (как в случае приплода животных) в качестве дополнительных обремененных активов. Вместе с тем нередко обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, предусматривают в соглашении об обеспечении, что если лицо, предоставляющее право, не допускает неисполнения по соглашению об обеспечении, то это лицо может оставлять себе дивиденды (в форме денежных средств или акций).

56. Существенно различаются неимперативные нормы, регулирующие право обеспеченного кредитора распоряжаться находящимися в его владении обремененными активами. Некоторые государства предусматривают, что обеспеченный кредитор может уступать обеспеченное обязательство и обеспечительное право. То есть кредитор может фактически передать право владения обремененным активом лицу, которому он уступил обеспеченное обязательство. В некоторых государствах предусматривается также, что обеспеченный кредитор может создать обеспечительное право в обремененном активе в качестве обеспечения собственного долга ("перезаложить обремененные активы"), поскольку не умаляется право лица, предоставившего право, получить имущество при погашении обеспеченного обязательства. Сфера применения этих соглашений о повторном обременении залогом часто ограничивается ценными бумагами, облигациями и другими инструментами, хранимыми на обеспечительном счете, однако в некоторых государствах кредиторы могут перезакладывать такие материальные активы, как бриллианты, драгоценные металлы и произведения искусства. В отличие от этого многие государства запрещают обеспеченному кредитору, во владении которого находятся обремененные активы, перезакладывать их, даже если он может сделать это на условиях, не умаляющих право лица, предоставляющего право, вернуть его активы после исполнения обеспеченного обязательства.

57. Риск утраты или ухудшения состояния активов обычно связан с правом собственности, а не правом владения. Тем не менее во многих государствах предусматривается, что в том случае, когда имеет место уничтожение или нетипичное ухудшение состояния обремененных активов, находящихся во владении обеспеченного кредитора, предполагается, что обеспеченный кредитор является виноватым и должен возместить убытки. Вместе с тем обычно та же неимперативная норма предусматривает, что кредитор не несет ответственности, если он может доказать, что в убытках или ухудшении состояния нет его вины. Поскольку обеспеченный кредитор всегда будет заинтересован в обеспечении сохранности стоимости обремененных активов, во многих государствах предусматривается, что у кредитора имеется страховой интерес. Если обеспеченный кредитор боится от убытка или ущерба, чем бы они ни были вызваны, он имеет право добавить стоимость страхования в обеспеченное обязательство.

58. Эта последняя норма является конкретным примером более широкого принципа, устанавливаемого в качестве неимперативной нормы во многих государствах и рекомендуемого в Руководстве. Разумные расходы, которые обеспеченный кредитор несет при выполнении своих связанных с хранением обязанностей по обеспечению разумной заботы об обремененных активах, относятся на счет лица, предоставившего право, и автоматически добавляются в обеспеченное обязательство (см. рекомендацию 109, подпункт а)). В качестве примеров таких разумных расходов, за которые в конечном счете отвечает лицо, предоставившее право, можно отметить налоговые платежи, счета к оплате за ремонт, сборы за хранение и страховые премии.

с) Неимперативные нормы, когда активы находятся во владении лица, предоставляющего право

59. Одна из ключевых принципиальных целей эффективного и действенного режима обеспеченных сделок состоит в поощрении ответственного поведения лица, предоставившего право, во владении которого остаются обремененные активы. Избежание действий, которые уменьшают стоимость обремененных активов больше, чем при обычном их использовании, соответствует этой цели. Ввиду этого многие государства налагают на лицо, предоставляющее право, во владении которого находятся активы, ту же обязанность проявлять заботу и сохранять их, которая возложена на обеспеченных кредиторов, во владении которых находятся активы. Обязанность лица, предоставляющего право, включает поддержание надлежащего страхования обремененных активов и своевременную уплату налогов. Если эти расходы несет обеспеченный кредитор, хотя активы остаются во владении лица, предоставляющего право, обеспеченный кредитор имеет право на возмещение от лица, предоставляющего право, и может добавить эти расходы к обеспеченному обязательству.

60. Вместе с тем в дополнение к этим императивным нормам многие государства вводят неимперативные нормы, касающиеся обеспечения лица, предоставившего право, во владении которого находятся обремененные активы, и направленные на максимальную реализацию экономического потенциала обремененных активов. В частности, стимулирование использования лицом, предоставляющим право, обремененных активов и их эксплуатации рассматривается как один из способов содействия созданию доходов и погашению обеспеченного обязательства. По этой причине государства зачастую предусматривают, если иное не оговорено, что лицо, предоставившее право, во владении которого находятся обремененные активы, не отказывается от общих прерогатив, связанных с правом собственности (право использовать и обладать правом, право присваивать плоды и право распоряжаться), лишь ввиду создания обеспечительного права. Это означает, в обычной ситуации, что лицо, предоставившее право, правомочно использовать, сдавать в аренду, обрабатывать и соединять обремененные активы с другими активами разумным образом и в соответствии с их характером, назначением и целями сторон, изложенными в соглашении об обеспечении. В таких случаях обеспеченный кредитор должен иметь право контролировать, в каких условиях лицо, предоставившее право, во владении которого находится обремененный актив, содержит, использует и обрабатывает этот актив, и проверять состояние актива в любые разумные сроки (см. рекомендацию 108, подпункт с)).

61. Если обремененные активы состоят из приносящих доход активов, находящихся во владении лица, предоставившего право, то в той мере, в какой обеспечительное право кредитора распространяется на доходы или поступления от использования активов, в обязанности лица, предоставившего право, может входить ведение надлежащей отчетности и разумное предоставление отчетов о распоряжении поступлениями, полученными от обремененных активов, и их использовании. Конкретные обязанности лица, предоставившего право, в случае нематериальных активов (например, прав на выплату средств, зачисленных на банковские счета, платы за лицензирование патентов, авторских прав и торговых марок), и в частности право лица, предоставившего право, на платеж в форме дебиторской задолженности, обсуждаются в следующем разделе.

62. В настоящее время во многих государствах действует неимперативная норма, защищающая плоды и доходы (в отличие от поступлений от реализации в строгом смысле) от автоматического повторного обременения в соответствии с соглашением об обеспечении. Принципиальной целью здесь является наделение лица, предоставляющего право, возможностью получить дополнительное финансирование путем отделения этих новых активов от существующего обеспечения. Другие государства устанавливают норму по умолчанию таким образом, чтобы автоматически обременять плоды и доходы по первоначальному обеспечительному праву. Принципиальная цель здесь состоит в том, что стороны, как правило, ожидают, что плоды и доходы будут обременены, и стремятся к этому, и неимперативная норма должна отражать эти обычные ожидания. В любом случае, поскольку эта норма всегда вводится как супплетивная, стороны вправе при желании исключить плоды и доходы, во время заключения соглашения об обеспечении или в любое время после этого.

63. В главе IV "Создание" Руководства (см. рекомендацию 18) предусматривается, что обеспечительное право распространяется на все поступления от использования обремененных активов. То есть, если стороны не договорились об ином, на любые активы, полученные от обремененных активов, находящихся во владении лица, предоставившего право, автоматически распространяется обеспечительное право, независимо от того, рассматриваются ли эти дополнительные активы как гражданские или естественные плоды или как поступления (в буквальном смысле слова). Если плоды существуют в материальной форме (например, увеличение поголовья скота, доходы с акций), то лицо, предоставившее право, может использовать их на тех же условиях, что и первоначально обремененные активы. В отношении сельскохозяйственных продуктов, таких как молоко, яйца и шерсть, в большинстве государств предусматривается, что лицо, предоставившее право, может продавать их и что права обеспеченного кредитора распространяются на поступления, полученные от распоряжения ими. В том случае, если гражданскими плодами являются доходы (т. е. плата, получаемая за аренду собственности, проценты, получаемые на денежную ссуду), действие обеспечительного права распространяется на них, пока они остаются в состоянии, позволяющем их идентифицировать. Однако, как правило, лицо, предоставившее право, в чьем владении находятся активы, не только инкассирует плоды и доходы, но и распоряжается плодами в ходе обычной предпринимательской деятельности независимо от обеспечительного права (предположительно генерируя поступления, которые станут обремененными активами).

64. Обязанность обеспечивать сохранность обремененных активов обычно означает, что лицо, предоставившее право, во владении которого находятся обремененные активы, отвечает за утрату или ухудшение их состояния независимо от того, произошло ли это по его вине или было вызвано случайным событием. Это означает, что, в отличие от обеспеченного кредитора, во владении которого находятся активы и который не отвечает перед лицом, предоставившим право, за утрату или ухудшение состояния, вызванные случайным событием, лицо, предоставившее право, отвечает независимо от причин утраты и, вследствие этого, считается не выполнившим обязательства по соглашению.

65. В принципе лицо, предоставившее право, не вправе распоряжаться обремененными активами без разрешения обеспеченного кредитора. В том случае, если лицо, предоставившее право, делает это, покупатель получает активы, обремененные обеспечительным правом (см. рекомендацию 75). Однако в виде исключения лицо, предоставившее право, может распоряжаться обремененными активами без обеспечительного права, если они представляют собой инвентарные запасы или потребительские товары и продаются в ходе обычной коммерческой деятельности продавца (см. рекомендацию 77). Несмотря на это ограничение в отношении распоряжения, большинство государств, учитывая, что у лица, предоставившего право, обремененные активы обычно остаются в полном распоряжении, устанавливают неимперативные нормы, разрешающие лицу, предоставившему право, создавать дополнительные обеспечительные права, обременяя залогом уже обремененные активы, приносимые ими плоды и доходы и поступления от распоряжения ими. Содержащиеся в Руководстве рекомендации согласуются с этим подходом. Наряду с этим отсутствие у лица, предоставляющего право, полномочий на предоставление дополнительных обеспечительных прав не препятствует их успешному созданию, хотя это может представлять собой неисполнение соглашения по обеспечению.

d) Неимперативные нормы вне зависимости от того, в чьем владении находятся активы

66. Помимо прав и обязанностей, конкретно предусматриваемых для обеспеченных кредиторов и лиц, предоставляющих право, в связи с владением ими обремененными активами, многие государства также вводят неимперативные нормы, касающиеся положения как обеспеченного кредитора, во владении которого находятся обремененные активы (посессорное обеспечение), так и лица, предоставившего право, во владении которого находятся обремененные активы (непосессорное обеспечение). Широко распространены две такие нормы: одна касается обязательств лица, предоставляющего право, а другая – прав обеспеченного кредитора.

67. Первая норма является следствием представления, согласно которому лицо, предоставляющее право, во владении которого находятся обремененные активы, должно сохранять стоимость обремененных активов. На тот случай, если стоимость обремененных активов существенно сокращается, даже по причинам, которые не связаны с невнимательностью стороны, во владении которой находятся обремененные активы, некоторые государства предусматривают, что лицо, предоставившее право, должно будет предложить дополнительное обеспечение (или дополнительные активы) для покрытия непредвиденного сокращения стоимости. Кроме того, действие этой нормы часто распространяется на обычное ухудшение

состояния обремененных активов вследствие амортизации или рыночных условий каждый раз, когда величина такого ухудшения составляет значительный процент от первоначальной стоимости обремененных активов. Вместе с тем, как правило, стороны предусматривают в соглашении положения о пополнении и подробно указывают условия, при которых от лица, предоставляющего право, будет требоваться предложить дополнительные активы, если стоимость обремененных активов резко сократится.

68. Вторая общая неимперативная норма касается права обеспеченного кредитора на уступку как обеспеченного обязательства, так и обеспечительного права, которое относится к нему. В отсутствие договоренности об обратном обеспеченный кредитор может свободно уступать обеспеченное обязательство и сопутствующее обеспечительное право (см., например, статью 10 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и рекомендацию 24). В некоторых государствах предусматривается даже, что обеспеченный кредитор может сделать это несмотря на договорные ограничения в отношении уступки (см. пункт 1 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и рекомендацию 23). Если во владении обеспеченного кредитора находятся обремененные активы, это предполагает, что он может также передать владение новому обеспеченному кредитору. Вместе с тем в обоих случаях в отсутствие конкретного соглашения о противном между лицом, предоставившим право, и первоначальным обеспеченным кредитором (цедентом) цессионарий обеспеченного обязательства не может получать более широкие права в отношении лица, предоставившего право, или заявлять большие прерогативы в отношении обремененного актива, чем те, которые могут быть заявлены цедентом.

В. Замечания, касающиеся конкретных активов

69. Императивные и неимперативные нормы, имеющие отношение к правам и обязанностям сторон в период до неисполнения обязательств, касаются того, каким образом прерогативы и обязанности, связанные с владением, распределяются между лицом, предоставившим право, и обеспеченным кредитором. К наиболее важным правам и обязанностям относятся: а) обязанность, неизменно налагаемая на сторону, во владении которой находятся обремененные активы, проявлять заботу о них, поддерживать и сохранять их; б) право использовать, преобразовывать, смешивать и обрабатывать обремененные активы; в) право инкассировать плоды, доходы и поступления, получаемые от активов, и обращать их в свою собственность для собственного использования; и, в некоторых государствах, d) имеет ли обеспеченный кредитор право закладывать, перезакладывать или реализовывать обремененные активы либо вне зависимости от обеспечительного права, либо при действии обеспечительного права.

70. В этих нормах обычно рассматриваются ситуации, связанные с материальными активами. Тем не менее в главе III Руководства ("Основные подходы к обеспечению") отмечается важность нематериальных активов, и в частности прав на платеж, в качестве активов, которые могут быть обременены лицом, предоставляющим право. Некоторые категории нематериальных активов исключены из Руководства (например, ценные бумаги и права платежа по финансовым контрактам; см. рекомендацию 4, подпункты с) и d)), но в него включены многие другие виды нематериальных активов, а именно: договорная и недоговорная

дебиторская задолженность, права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, и права получения поступлений по независимым обязательствам (см. рекомендацию 2, подпункт а)).

71. Создание обеспечительного права в праве на платеж неизбежно затрагивает и другие стороны помимо лица, предоставляющего право, и обеспеченного кредитора, вероятнее всего, должника по дебиторской задолженности. Поскольку обремененный актив представляет собой обязательство третьего лица перед лицом, предоставляющим право, государствам приходится разрабатывать подробные нормы, регулирующие трехсторонние отношения между сторонами, а также между ними и третьими сторонами. Эти нормы касаются прав и обязанностей сторон и третьих сторон, независимо от того, возникает ли право платежа по материальному активу (например, оборотный инструмент или оборотный документ) или по нематериальному активу (например, дебиторская задолженность, права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, поступления по независимым обязательствам). Большинство норм, касающихся взаимоотношений между лицом, предоставившим право, и обеспеченным кредитором, с одной стороны, и должником по обязательству (именуемым в Руководстве третьим лицом, имеющим обязательства), с другой стороны, являются императивными и лишь некоторые – неимперативными. Права и обязанности третьих лиц, имеющих обязательства, подробно обсуждаются в главе IX.

72. В настоящем разделе основное внимание уделяется правам и обязанностям цедента (лица, предоставляющего право) и цессионария (обеспеченного кредитора) до неисполнения обязательств (определения терминов "цедент" и "цессионарий" см. во Введении, раздел В "Терминология"). Как в случае материальных активов позиция большинства государств состоит в том, что стороны должны сами определять свои взаимные права и обязанности до неисполнения обязательств (см. рекомендацию 106). Следовательно, большинство норм, касающихся этих прав и обязанностей, относятся к неимперативным нормам. Тем не менее, ввиду возможного воздействия этих норм на третьи стороны, государства зачастую принимают комбинацию из императивных и неимперативных норм. В статьях 11–14 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке приведен наглядный пример такой практики в случае международных уступок дебиторской задолженности.

73. Некоторые из наиболее важных частей соглашения между цедентом и цессионарием касаются заверений, которые цедент дает цессионарию. В обычном случае предполагается, что а) цедент имеет право уступать дебиторскую задолженность; б) дебиторская задолженность не была ранее уступлена; и с) должник по дебиторской задолженности не имеет никаких возражений или прав на зачет, которые могут быть выдвинуты против цедента. Другими словами, если у цедента есть сомнения по любому из этих вопросов, он должен прямо упомянуть их в соглашении или должен прямо заявить, что он не дает никаких заверений по ним обеспеченному кредитору. Во всех случаях параллельно с обязанностями, которые лицо, предоставившее право, несет в отношении материальных активов в период до неисполнения обязательств, цедент должен принимать все разумные меры, необходимые для сохранения своего законного права взыскивать дебиторскую задолженность. С другой стороны, если только цедент конкретно не гарантирует иного, предполагается, что цедент не гарантирует фактической платежеспособности должника по дебиторской задолженности. Эти различные обязанности представлены

в форме неимперативных норм во внутреннем законодательстве большинства государств и рекомендуются как таковые в Руководстве (см. рекомендацию 110).

74. Поскольку стоимость уступленной дебиторской задолженности состоит из платежа, производимого должником по дебиторской задолженности, и поскольку этот должник обязан производить платеж цессионарию, только если ему действительно известно о правах цессионария (см. рекомендации 114 и 115), то важно в максимальной степени обеспечить, чтобы цессионарий мог уведомлять должника об уступке. Поэтому в большинстве государств предусматривается, что либо цедент, либо цессионарий может направить должнику уведомление и инструкции о том, как произвести платеж. Тем не менее, чтобы избежать выдачи противоречивых инструкций, в этих государствах обычно также предусматривается, что после уведомления об уступке лишь цессионарий может давать должнику инструкции относительно характера и места платежа. В Руководстве эта испытанная схема также применяется для уведомления должника по дебиторской задолженности (см. рекомендацию 111).

75. Конечно, возможны ситуации, когда как цедент, так и цессионарий (или только один из них) не желают, чтобы должник по дебиторской задолженности знал об уступке. Такое желание может быть обусловлено особенностями коммерческой деятельности лица, предоставляющего право, или общими экономическими условиями. Поэтому государства обычно предусматривают, что цедент и цессионарий могут договориться отложить уведомление должника по дебиторской задолженности о том, что была произведена уступка, на более позднее время. Должник по дебиторской задолженности, до тех пор пока не будет получено такое уведомление, будет продолжать производить платеж цеденту в соответствии с первоначальным соглашением между ними или любыми последующими платежными инструкциями. В тех случаях, когда сторона (обычно цессионарий) нарушает обязательство о неуведомлении, это не должно наносить ущерба должнику по дебиторской задолженности. После этого должник должен будет произвести платеж в соответствии с полученными инструкциями и при этом вправе получить освобождение от платежного обязательства на выплаченные таким образом суммы (см. рекомендацию 115). Вместе с тем многие государства предусматривают также, что, если цедент и цессионарий не договорились об ином, такое нарушение обязательства о неуведомлении может привести к возникновению ответственности за любые убытки, которые могут возникнуть в этой связи. В Руководстве рекомендуется, чтобы уведомление об уступке должника по дебиторской задолженности регулировалось этими общими принципами (см. рекомендацию 111).

76. Поскольку фактическим объектом обеспечения является право на платеж, то важно определить влияние любого платежа, производимого должником по дебиторской задолженности (цедентом либо цессионарием), на соответствующие права цедента и цессионария. Во многих государствах приняты неимперативные нормы, призванные регулировать добросовестно произведенные платежи, которые, возможно, могли быть произведены и не в соответствии с намерением цедента или цессионария. Иногда это может происходить, потому что должник по дебиторской задолженности получил противоречивые указания относительно платежа или узнает об уступке, не получив официального уведомления о ней.

77. Существуют две стандартные ситуации, к которым обычно применяются эти нормы. Во-первых, даже если должнику по дебиторской задолженности не

направляется уведомление об уступке, платеж фактически может быть произведен или получен цессионарием. Учитывая назначение обеспечительного права в дебиторской задолженности, более действенным является наделение цессионария правом сохранять платеж, применяя его для сокращения суммы обязательства cedentа. Аналогичным образом, если платеж производится cedенту после совершения уступки, и опять же независимо от того, получил ли уведомление должник по дебиторской задолженности, от cedента следует требовать возвращения полученного платежа цессионарию. Равным образом, в случае направления уведомления, если часть обязательства произвести платеж заключается в возвращении cedенту определенных материальных активов, государства часто предусматривают, что эти активы должны передаваться цессионарию. Например, если часть обязательства должника по платежу рассчитана на передачу оборотного документа cedенту, по получении уведомления этот оборотный документ должен быть передан цессионарию. В Руководстве рекомендуется принятие этого комплекса мер для регулирования неверно направленных платежей (см. рекомендацию 112, подпункт а)). Несомненно, во всех этих случаях принятые во многих государствах нормы являются неимперативными, и, следовательно, cedент и цессионарий могут предусматривать в своем соглашении другой результат.

78. В том случае, если имеет место несколько уступок дебиторской задолженности, должник по дебиторской задолженности может получить несколько уведомлений и ему может быть неясно, какой цессионарий имеет преимущественное право на платеж. Иногда платеж добросовестно производится цессионарию, имеющему более низкий приоритет. В таких случаях государства обычно предусматривают, что цессионарий, имеющий приоритет, не должен лишаться своих прав на получение платежа и, когда обязательство произвести платеж предусматривает возврат активов cedенту, также его право на получение этих активов. Цессионарий, имеющий более низкий приоритет, должен передать платеж активов цессионарию с более высоким приоритетом. В соответствии с общим подходом к распределению прав и обязанностей между cedентом и цессионарием в период до неисполнения обязательств в Руководстве рекомендуется применять эти общие принципы к случаям, в которых платеж был добросовестно произведен лицу, не уполномоченному его получить (см. рекомендацию 112, подпункт а)).

79. Независимо от обстоятельств, при которых цессионарий получает платеж, государства неизбежно устанавливают посредством императивной нормы, что цессионарий имеет право удерживать платеж лишь в пределах того, что ему причитается согласно его правам в дебиторской задолженности. Другими словами, в отличие от случая обычной принудительной реализации после неисполнения обязательства (см. главу X "Принудительная реализация"), если платеж, произведенный должником по дебиторской задолженности, по своему размеру превышает непогашенную задолженность cedента, цессионарий не имеет права оставить себе излишек (см. рекомендацию 151). Цессионарий должен вернуть излишек лицу, который имеет на него право (в зависимости от обстоятельств – следующий цессионарий или cedент более низкой очередности). Так же, как обеспеченный кредитор, требования которого были в полной мере удовлетворены, должен или передать материальные активы лицу, предоставляющему право, или убедиться, что уведомление о его правах исключено из общего реестра обеспечительных прав, государства обычно требуют, чтобы цессионарий, требования которого были в полной мере удовлетворены, уведомил должника по дебиторской задолженности об этом факте и о том, что он более не должен получать

платеж. Такая позиция рекомендуется в Руководстве (см. рекомендацию 112, подпункт b)).

80. Эти императивные и неимперативные нормы, касающиеся прав и обязанностей цедентов и цессионариев в отношении нематериальных активов до неисполнения обязательств, помогают определить структуру взаимоотношений между ними. Во многих отношениях неимперативные нормы отражают то, на достижение чего направлены супплетивные нормы, и поэтому они положительным образом изложены во внутреннем праве многих государств. Также по этой причине в Руководстве рекомендуется включать их в любое законодательство, касающееся обеспеченных сделок, с тем чтобы содействовать эффективному совершению уступки и инкассации дебиторской задолженности, вместе с тем позволяя цедентам и цессионариям по-иному структурировать собственные сделки в целях удовлетворения своих потребностей и пожеланий.

С. Рекомендации

[Примечание для Комиссии: до сведения Комиссии доводится тот факт, что поскольку в документе A/CN.9/637 содержится свод рекомендаций из проекта Руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам, в данной публикации рекомендации не воспроизводятся. По мере их окончательного согласования рекомендации будут представлены в конце каждой главы.]