

# Обеспечение исполнения обязательств в Российской Федерации

## Вступление

### Способы обеспечения исполнения обязательств

В Гражданском кодексе Российской Федерации (далее - "ГК") закреплено шесть способов обеспечения исполнения обязательств:

- залог / ипотека;
- поручительство;
- банковская гарантия;
- удержание;
- задаток; и
- неустойка.

Хотя данный перечень не является исчерпывающим (например, положения ГК о факторинге предусматривают уступку денежного требования в качестве способа обеспечения исполнения обязательства), правовой статус иных способов обеспечения исполнения обязательств, например, таких, как уступка требования (цессия), слабо урегулирован законодательством Российской Федерации. Из приведенного выше перечня способов обеспечения обязательств лишь залог и ипотека создают возможность возникновения так называемого непосессорного обеспечительного интереса (англ. *non-possessory interest*) в отношении предмета залога и наделяют кредитора статусом конкурсного кредитора, требования которого обеспечены залогом имущества должника-залогодателя, в случае несостоятельности (банкротства) последнего.

Цель данного брифинга – рассказать о способах обеспечения обязательств, наиболее часто используемых при заключении международных финансовых сделок с российским элементом.

*Почему предпочтительнее подчинять соглашения об обеспечении исполнения обязательств российскому праву?*

Обращение взыскания на предмет залога, расположенный на территории Российской Федерации, скорее всего будет совершаться в Российской Федерации и возможно потребует привлечения российского суда, особенно в тех случаях, когда лицом, предоставившим обеспечение, является юридическое лицо, зарегистрированное в Российской Федерации.

В этой связи, чтобы избежать противоречия между юридической силой обеспечения, созданного по иностранному праву, и положениями российского законодательства о возникновении обеспечения и порядке обращения взыскания на заложенное имущество, в случаях, когда это имущество расположено на территории Российской Федерации, предпочтительнее подчинять соглашение об обеспечении российскому праву.

## Основные вопросы

Вступление	1
Залог и ипотека	2
Поручительство и банковская гарантия	11
Уступка денежного требования в целях обеспечения исполнения обязательства	12
Возможность уступки требования по обеспеченному обязательству	12
Обеспечение обязательств в случае банкротства	14
Другие важные вопросы	15

Если Вы хотите получить более подробную информацию по вопросам, рассмотренным в настоящем брифинге, или о наших услугах, просим обращаться к:

[Виктории Борткевича](#) +7 495 725 6406

[Логану Райту](#) +7 495 725 6430

[Владимиру Барболину](#) +7 495 258 5071

[Александрю Аничкину](#) +7 495 258 5089

При обращении по электронной почте к любому из указанных лиц просьба указать [имя.фамилию@cliffordchance.com](mailto:имя.фамилию@cliffordchance.com) на английском языке

Clifford Chance CIS Limited,  
Ул.Гашека 6, 125047 Москва, Россия  
[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Если обеспечение предоставляется российской компанией, то выбор российского права для регулирования способа обеспечения исполнения обязательства также является предпочтительным для целей признания за кредитором статуса обеспеченного кредитора в деле о банкротстве и соответственно надления его правами, которыми обладают кредиторы, чьи требования обеспечены залогом имущества неплатежеспособного должника. Это объясняется тем, что маловероятно, что назначенный российским судом арбитражный управляющий признает, что созданное по иностранному праву обеспечение наделяет кредитора правом удовлетворения его требований преимущественно перед другими кредиторами и предоставляет такому кредитору иные привилегии обеспеченного кредитора в рамках банкротства по российскому праву.

В любом случае, даже если проблемы с признанием статуса обеспеченного кредитора не возникнет, вероятнее всего российский суд применит нормы российского законодательства при обращении взыскания на заложенное имущество либо откажется обращать взыскание, ссылаясь на оговорку о публичном порядке (на основании того, что стороны выбрали иностранное право исключительно для обхода требований российского законодательства к порядку обращения взыскания на предмет залога).

Более того, российское законодательство императивно устанавливает, что соглашения об обеспечении исполнения обязательства, предметом которых является расположенная на территории Российской Федерации недвижимость, должны регулироваться российским правом. Договоры о залоге акций в акционерном обществе или долей в обществе с ограниченной ответственностью также предпочтительнее подчинять российскому праву, принимая во внимание установленные законом требования к форме залога, о которых говорится ниже.

### Объем обеспечения

В соответствии с требованиями российского законодательства договор о залоге, заключенный по российскому праву, должен содержать подробное описание обеспечиваемых обязательств (в том числе содержать указание на стороны, существо, размер и срок исполнения обязательств, иные условия). Однако остается неясным, в частности, насколько подробное описание обеспечиваемых обязательств необходимо в случае перекрестного обеспечения, когда предоставляемый залог призван обеспечить исполнение нескольких обязательств, покрывающих основное обязательство (англ. *cross collateralisation*). Вследствие этого предпочтительнее, чтобы российские документы обеспечения (например, договор о залоге или об ипотеке) обеспечивали обязательства основного должника и обязательства российской компании, предоставившей гарантию по английскому праву (которая, как правило, покрывает обязательства всех должников). Наличие гарантии российской

компании также повышает шансы кредитора быть признанным обеспеченным кредитором в случае несостоятельности российской компании-гаранта, поскольку такой кредитор фактически будет рассматриваться как кредитор российской компании (т.е. лицо, имеющее по отношению к ней право требования по денежному обязательству), а не просто как держатель залога, предоставленного российской компанией как третьим лицом.

В связи с трудностями, возникающими при обращении взыскания на предмет обеспечения по российскому праву (подробнее об этом см. далее), обеспечение сделки можно структурировать путем комбинации обеспечения, созданного на уровне российской компании по российскому праву (главным образом, для того, чтобы не допустить возникновения у других кредиторов преимущественного права требования в отношении имущества, являющегося предметом обеспечения), и обеспечения на уровне иностранной холдинговой компании (в форме залога акций такой компании) по иностранному праву, в соответствии с которым обращение взыскания проводится быстрее, проще и более открыто.

## Залог и ипотека

### Общие положения

Наиболее часто используемыми способами обеспечения исполнения обязательств в Российской Федерации являются залог и ипотека. Предметом залога может быть любое имущество, включая имущественные права и права из договора, в том числе будущие права. Имущество, изъятое из оборота (например, товары, имеющие стратегическое значение), требования, неразрывно связанные с личностью кредитора (например, требования об алиментах), и иные права, уступка которых другому лицу запрещена законом (например, относящиеся к лицензируемой деятельности), не могут являться предметом залога. Ипотека - это разновидность залога, предметом которого является недвижимость, морские и воздушные судна.

Как было отмечено выше, Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" (далее – "**Закон о банкротстве**") признает только залог и ипотеку в качестве способа обеспечения исполнения обязательства, который предоставляет кредитору статус обеспеченного кредитора в банкротстве. Это дает кредитору право на преимущественное по отношению к другим кредиторам удовлетворение требований за счет средств, вырученных от продажи заложенного имущества (за вычетом судебных расходов, издержек, связанных с реализацией предмета залога и обязательств из причинения вреда и из трудовых правоотношений).

Недавно Высший Арбитражный Суд Российской Федерации внес некоторые уточнения в концепцию аксессуарности залога и ипотеки. ГК предусматривает, что существование и действительность обязательства из договора залога или ипотеки зависит от существования и

действительности основного (обеспечиваемого) обязательства. Если основное обязательство прекращается или оно признано недействительным, то обеспечивающий такое обязательство залог или ипотека следует судьбе основного обязательства. Однако в соответствии с Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда после расторжения договора, из которого возникло обязательство, обеспеченное залогом, залог продолжает обеспечивать те из них, которые не были исполнены и не прекращаются при расторжении такого договора (например, основная сумма долга и проценты по кредитному договору). Было также разъяснено, что стороны договора о залоге вправе предусмотреть, что залог обеспечивает не только обязательства, возникающие из договора, но также и требование о возврате полученного по такому договору при его недействительности.

Имущество может быть предоставлено в залог непосредственно должником или третьим лицом для обеспечения исполнения обязательств должника. Это дает держателю обеспечения право погасить обеспеченные залогом требования за счет средств, вырученных от реализации заложенного имущества. В некоторых случаях, которые описаны ниже, залогодержатель вправе оставить заложенное имущество за собой и зачесть его стоимость в счет погашения долга.

В результате изменений, внесенных в Закон о банкротстве в апреле и июле 2009 года, залогодержатель по договору о залоге, заключенному с целью обеспечения исполнения обязательств третьих лиц, теперь имеет такие же права, как и обеспеченные кредиторы залогодателя-должника. В то же время Закон о банкротстве не уточнил, может ли лицо, не имеющее денежного требования к залогодателю, рассматриваться в качестве его кредитора и какие меры должен предпринять такой залогодержатель, чтобы иметь те же права, что обеспеченный кредитор залогодателя (имеющий по отношению к залогодателю денежное требование). Вследствие этого, как говорилось ранее, по-прежнему предпочтительным является требовать от залогодателя предоставления в пользу залогодержателя гарантии по английскому праву, которая обеспечивала бы исполнение обязательства по договору о залоге.

Залог может быть посессорным (т.е. с передачей заложенного имущества залогодержателю), если это предусмотрено договором, однако такая разновидность залога редко используется в международных сделках. Имущество, обремененное ипотекой, а также заложенные товары в обороте залогодержателю не передаются. Хотя общие положения российского гражданского законодательства предусматривают, что при залоге документальной ценной бумаги она может передаваться залогодержателю (если договором не предусмотрено иное), данная норма не применима к залому акций российской компании, поскольку специальное законодательство о ценных бумагах

устанавливает, что российские акции могут выпускаться только в бездокументарной форме.

### Требования к форме

Российское законодательство устанавливает ряд обязательных требований к форме соглашения об обеспечении исполнения обязательства, соблюдение которых необходимо для вступления его в силу. Наиболее существенными и актуальными для финансовых сделок являются требования к форме:

- (i) договора об ипотеке (который, помимо особых случаев ипотеки, возникающих в силу закона, вступает в силу с момента его государственной регистрации в соответствующем государственном реестре<sup>1</sup>);
- (ii) договора о залоге акций (запись о котором должна быть внесена в реестр акционеров общества или по счету депо в депозитарии, осуществляющем учет и удостоверение прав на переданные в залог акции); и
- (iii) договора о залоге доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью (который подлежит нотариальному удостоверению и информация о котором подлежит внесению в Единый государственный реестр юридических лиц).

Любой такой договор о залоге или об ипотеке до придания им соответствующей формы, предусмотренной законом, считаются недействительными, и любой последующий залог (ипотека), заключенный с соблюдением предусмотренной законом формы будет иметь преимущественную силу.

См. *Приоритетность требований* ниже.

В соответствии с российским законодательством российские залогодержатели обязаны вести запись предоставленных ими залогов в так называемой *книге записи залогов*. Книга записи залогов должна быть доступна для ознакомления любому заинтересованному лицу. Хотя залогодатель несет ответственность за убытки, причиненные несвоевременным внесением записей о залоге в книгу записи залогов, а также за убытки, причиненные неполнотой или неточностью таких записей, соблюдение данного требования не является обязательным условием для вступления в силу договоров о залоге и договоров об ипотеке. Однако, кредиторы обычно требуют у залогодателя предоставить доказательства внесения залога в книгу записи залогов.

<sup>1</sup> Договор ипотеки недвижимости подлежит регистрации в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним, договоры ипотеки воздушных и морских судов регистрируются в соответствующих отдельных реестрах. Более подробно об этом см. *Воздушные и морские суда* ниже.

Требования, соблюдение которых необходимо для вступления в силу договоров о залоге отдельных видов имущества, подробно описаны ниже.

### Приоритетность требований

В соответствии с российским законодательством одно и то же имущество может быть заложено в обеспечение исполнения несколько требований. В данном случае приоритетность требований по договорам о залоге будет устанавливаться по дате возникновения (а в случае, когда залог или ипотека подлежит регистрации, - по дате регистрации) залога или ипотеки. Принято считать, что несколько залогов в отношении одного и того же имущества не могут наделять кредиторов, в чью пользу они установлены, одинаковым объемом прав. Также считается невозможным установить один залог в пользу нескольких кредиторов. Впрочем, полной ясности ни по первому, ни по второму вопросу нет. (см. *Переход обеспечиваемых обязательств* ниже), однако полной ясности по данному вопросу не существует. Согласно недавнему решению Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее – "ВАС РФ") прямой запрет на последующий залог в договоре о залоге движимого имущества не ведет к недействительности последующего залога, поскольку в случае передачи заложенного имущества в последующий залог в нарушение договора ГК предусматривает иные последствия, а именно: наделяет залогодержателя по предшествующему договору о залоге правом требования досрочного погашения задолженности и, если его требование не будет удовлетворено, обращения взыскания на предмет залога. Залогодатель обязан сообщать каждому последующему залогодержателю сведения обо всех существующих залогах данного имущества и отвечает за убытки, причиненные залогодержателю невыполнением этой обязанности.

В России не существует единого государственного реестра, фиксирующего обременения в отношении различных видов имущества и доступного для всеобщего пользования. В связи с этим в отношении определенных видов имущества кредитор может быть сложно проверить отсутствие обременений без содействия залогодателя. Перед тем как предоставить кредит, кредитор обычно требует от залогодателя выписку из соответствующего реестра, подтверждающую отсутствие обременений в отношении имущества, передаваемого в залог (если обременение такого вида имущества подлежит регистрации по закону).

### Распоряжение заложенным движимым имуществом без согласия залогодержателя

Согласно позиции Пленума ВАС РФ, которую он подтвердил в своем недавнем постановлении, сославшись на соответствующие нормы ГК, в случаях, когда распоряжение заложенным движимым имуществом возможно только с согласия залогодержателя (по условиям договора залога или, в отсутствие таких условий, в силу закона), сделка по распоряжению заложенным движимым

имуществом, совершенная залогодателем в отсутствие такого согласия, не может быть оспорена залогодержателем на том основании, что она была совершена без его согласия. В этом случае залогодержатель вправе требовать досрочного исполнения обеспеченного обязательства и обратиться взыскание на предмет залога.

Однако в отдельном пункте своего постановления Пленум ВАС РФ специально разъяснил, что не может быть обращено взыскание на заложенное движимое имущество, если это имущество было возмездно приобретено лицом, которое не знало и не должно было знать, что приобретаемое им имущество обременено залогом, за исключением случаев, когда имущество, являющееся предметом залога было передано залогодержателю и вышло из его владения помимо его воли. В случае возникновения спора суды должны исследовать обстоятельства, при которых было приобретено обремененное залогом имущество, в том числе обстоятельства, которые могли заставить приобретателя полагать, что приобретаемое им имущество находится в залоге.

### Залог отдельных видов имущества

В зависимости от вида имущества, являющегося предметом залога, залоговые правоотношения могут иметь свои особенности. Ниже описаны виды залога и ипотеки, наиболее часто используемые в качестве способа обеспечения исполнения обязательств, а также требования, которые должны быть соблюдены для вступления договоров, создающих тот или иной вид залога, в силу.

#### (1) Банковские счета

Существует неопределенность относительно того, могут ли денежные средства на банковских счетах быть предметом залога. Это связано с несколькими судебными решениями, в том числе ВАС РФ, в которых говорится, что денежные средства на банковских счетах не могут быть предметом залога, поскольку они не могут быть реализованы на публичных торгах. Хотя изменения в законодательство о залоге допускают иные способы обращения взыскания на заложенное имущество помимо продажи с публичных торгов, под вопросом остается возможность перехода к залогодержателю прав клиента по договору банковского счета в результате обращения взыскания на денежные средства на банковском счете. Маловероятно, что банк, в котором открыт такой счет, признает залогодержателя в качестве нового владельца счета. Кроме того, законодательством пока не предусмотрен механизм, не позволяющий залогодателю закрыть счет, на котором находятся заложенные денежные средства. Представляется маловероятным возможность залога счета, предусматривающего условное депонирование (так называемый счет «эскроу»).

В финансовых сделках более распространенным является предоставление кредитору права

списывать со счета должника сумму непогашенного долга без согласия последнего (в бесспорном порядке). Строго говоря, данное право не является обеспечительной мерой и не предоставляет кредитору преимущественного права удовлетворения его требований при банкротстве должника. Однако такое право представляет собой способ погашения задолженности, позволяющий кредитору получить денежные средства в счет уплаты долга без участия должника. Тем не менее, данное право может быть прекращено должником в одностороннем порядке поскольку, как было отмечено выше, по российскому законодательству, владелец банковского счета вправе закрыть его в любой момент, и в соответствии с позицией ВАС РФ любые ограничения права владельца банковского счета закрыть такой счет являются недействительными.

## (2) Страхование

Широко распространено мнение о невозможности уступки прав по российскому страховому полису, в том числе по полису имущественного страхования. Вместе с тем российское законодательство предоставляет залогодержателю имущества преимущественное право требовать страховое возмещение, полученное залогодержателем по полису имущественного страхования. Кроме того, в соответствии со сложившейся практикой залогодержатель указывается в полисе страхования в качестве единственного выгодоприобретателя, что позволяет ему самому получать страховое возмещение.

Однако невозможно каким-либо образом передать кредитору право на получение выплаты по договору страхования рисков прекращения предпринимательской деятельности, т.к. в соответствии с российским законодательством такое страхование может осуществляться только в пользу страхователя.

Как правило, кредитор может быть назван сострахователем по полису страхования гражданской ответственности перед третьими лицами.

Обязательное страхование предмета залога установлено российским законодательством только в отношении недвижимого имущества, являющегося предметом ипотеки. Применительно к другим предметам залога, обязательство залогодателя обеспечить страхование заложенного имущества может быть установлено соглашением сторон.

Если кредитор назначен выгодоприобретателем по договору имущественного страхования, он обязан выполнять определенные действия, в том числе незамедлительно сообщать страховщику (i) любую известную ему информацию, которая может иметь существенное значение для определения вероятности наступления страхового случая и суммы возможных убытков и иную информацию, которая может быть существенна для страховщика,

(ii) о ставших ему известными существенных изменениях в обстоятельствах, сообщенных страховщику при заключении договора страхования, если эти изменения могут существенно повлиять на увеличение страхового риска и (iii) о ставшем ему известным наступлении страхового случая. Кроме того, при предъявлении требования о выплате возмещения по страховому полису, выгодоприобретатель по требованию страховщика должен выполнить любые обязательства страхователя по договору страхования, которые не были им выполнены.

По общему правилу, страхователь имеет право заменить указанного в страховом полисе выгодоприобретателя на любое другое лицо, письменно сообщив об этом страховщику, без согласия выгодоприобретателя.

## (3) Акции и доли

Обеспечение в отношении акций в акционерных обществах и долей в обществах с ограниченной ответственностью, зарегистрированных в России, как правило, предоставляется в виде залога.

Как было отмечено выше, залог акций в акционерном обществе подлежит регистрации в реестре акционеров общества, держателем которого может быть само общество или лицензированный профессиональный регистратор, либо, если акции переданы в депозитарий, в соответствующем депозитарии. Запись о залоге акций подтверждается выпиской из реестра акционеров или выпиской со счета «депо» залогодателя, открытого у депозитария.

После регистрации залога акций, любые операции с заложенными акциями возможны только с согласия залогодержателя, если стороны не предусмотрели иное. В случае если акции зарегистрированы в реестре акционеров на имя депозитария, для того, чтобы ограничить права залогодателя давать указания депозитарию в отношении заложенных акций, соответствующие изменения должны быть внесены в депозитарный договор.

Если иное не предусмотрено уставом общества, залог доли в обществе с ограниченной ответственностью возможен только с согласия общего собрания участников. Такое согласие является дополнительным требованием к общей процедуре корпоративного одобрения сделки, которая может применяться.

С 1 июля 2009 года договор о залоге доли в уставном капитале общества подлежит нотариальному удостоверению и вступает в силу с момента нотариального удостоверения. Несоблюдение нотариальной формы указанной сделки влечет за собой ее недействительность. Новые правила о нотариальном удостоверении договора залога доли не устанавливают какой-либо специальный режим для договоров, заключенных до 1 июля 2009 года. Хотя такие соглашения о залоге не должны быть признаны недействительными

только потому, что они не были нотариально удостоверены, тем не менее, существует риск, что последующий залогодержатель, удостоверивший последующий договор залога у нотариуса и обеспечивший внесение записи о нем в Единый государственный реестр юридических лиц, может требовать признания залога, установленного в его пользу, имеющим приоритет перед залогом по существующему договору залога.

Кроме того, с 1 июля договор залога доли подлежит регистрации в Едином государственном реестре юридических лиц. Нотариус, совершивший нотариальное удостоверение сделки, обязан уведомить государственный орган, ведущий Единый государственный реестр юридических лиц, о залоге и его сроке (на основании заявления залогодателя) в течение трех дней со дня нотариального удостоверения сделки.

При продаже доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью или акций в закрытом акционерном обществе в процессе обращения взыскания на заложенные доли или акции, другие участники общества и акционеры пользуются правом преимущественной покупки.

Изменения, внесенные в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации в 2009 г., установили ряд правил, касающихся разрешения арбитражными судами так называемых корпоративных споров (к которым, помимо прочего, отнесены споры, связанные с установлением обременений в отношении акций и долей в уставном капитале хозяйственных обществ). В результате возникла неопределенность по вопросу о том, могут ли споры, связанные с созданием залога в отношении акций / долей, быть рассмотрены в коммерческом арбитраже. На настоящий момент устоявшаяся судебная практика по этому вопросу еще не сформировалась.

#### (4) Земельные участки, здания и сооружения

Земельный участок и права аренды на земельный участок, а также здания или сооружения могут быть переданы в залог (т.е. обременены по договору об ипотеке).

Ипотека здания или сооружения допускается только с одновременной ипотекой земельного участка, на котором это здание или сооружение располагается, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка.

Арендатор земельного участка вправе передать принадлежащие ему права по договору аренды земельного участка в залог только с согласия собственника земельного участка, если необходимость получения такого согласия предусмотрена договором аренды земельного участка. Однако в настоящее время существует некоторая неопределенность относительно того, требуется ли такое согласие, в случае возобновления договора аренды на тех же условиях. Если договор аренды заключен на срок, превышающий пять лет, достаточно уведомить

собственника земельного участка. С другой стороны, если договор аренды рассчитан на срок менее пяти лет, и в особенности, в случае аренды земельного участка, находящегося в федеральной собственности, в собственности субъекта Российской Федерации или муниципального образования, получение согласия на передачу прав в залог обязательно. Отсутствие согласия однако не должно приводить к недействительности договора об ипотеке здания или сооружения, находящегося на таком участке.

Как уже было отмечено выше, чтобы договор об ипотеке вступил в силу, он должен пройти государственную регистрацию (которую осуществляет территориальный орган Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии по месту расположения имущества, передаваемого в залог) в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Регистрация подтверждается выпиской из данного реестра.

По соглашению сторон договор об ипотеке может быть нотариально удостоверен, однако это не является обязательным требованием для вступления договора в силу. Иногда нотариальное удостоверение совершается с целью облегчить как процедуру регистрации, так и порядок обращения взыскания на заложенное имущество, и является для регистрирующего органа, судов и третьих лиц гарантией законности заключенного договора, хотя какие-либо юридические основания для этого отсутствуют.

Ввиду того, что последние изменения российского законодательства, упрощающие процедуру удовлетворения требований залогодержателя за счет имущества, заложенного по договору об ипотеке, во внесудебном порядке, требуют нотариально заверенного согласия залогодателя на такой внесудебный порядок обращения взыскания, представляется целесообразным нотариально удостоверить договоры об ипотеке, предусматривающие право залогодержателя обращать взыскание без обращения в суд. В таком случае получать нотариально удостоверенное согласие залогодателя в дальнейшем не потребуется.

#### (5) Воздушные и морские суда

Воздушные и морские суда относятся к объектам недвижимости и передаются в обеспечение исполнения обязательств по договорам об ипотеке.

Воздушные суда, выполняющие полеты в воздушном пространстве Российской Федерации, для целей определения их национальной принадлежности подлежат государственной регистрации в Государственном реестре гражданских воздушных судов Российской Федерации или реестре государства, с которым Россия заключила соглашение о поддержании летной годности ("**Иностранный реестр**"). Согласно новому законодательству, вступившему в силу с 14

сентября 2009 года, сделки с воздушными судами (включая обременения) подлежат регистрации в Едином государственном реестре прав на воздушные суда и сделок с ними ("**Реестр прав на воздушные суда**"). Договор об ипотеке и ипотека как обременение вступают в силу только с момента их регистрации в Реестре прав на воздушные суда, о чем вносится соответствующая запись в реестр. Хотя Реестр прав на воздушные суда недавно наконец-то был создан, из-за неоднозначности норм законодательства, регулирующих регистрацию воздушных судов и в отсутствие разъяснений и судебной практики по этому вопросу до сих пор существует неясность относительно того, подлежит ли регистрации в Реестре прав на воздушные суда ипотека воздушного судна, которое зарегистрировано в Иностранном реестре. Как следствие, трудно сделать однозначный вывод о действительности и возможности судебной защиты ипотеки иностранных воздушных судов, которые эксплуатируются российскими авиакомпаниями, используются для внутренних воздушных перевозок, физически находятся на территории России или аэропортом базирования которых является российский аэропорт.

Существуют следующие разновидности ипотеки морского судна:

- (i) ипотека судна, распространяющаяся на (а) принадлежности судна, принадлежащие тому же собственнику, что и судно, и (б) страховое возмещение, причитающееся по договору морского страхования; и
- (ii) ипотека строящегося судна, которая распространяется на (а) материалы и оборудование, которые предназначены для его постройки, находятся в месте расположения судостроительной организации и четко идентифицированы посредством маркировки или иным способом и (б) страховое возмещение, причитающееся по договору морского страхования строящегося судна.

Ипотека морского судна подлежит регистрации в судовом реестре по месту (порту) регистрации судна, а ипотека строящегося судна подлежит регистрации в реестре строящихся судов порта, находящегося вблизи места расположения судостроительной организации.

Следующие разновидности ипотеки морских судов не подлежат регистрации в России: (i) ипотека судов, которым временно разрешено плавать под российским флагом; и (ii) ипотека судов, строящихся для иностранного получателя.

Требования, обеспеченные морским залогом в силу закона (например, требования в отношении заработной платы, причитающейся членам экипажа судна, требования в отношении вознаграждения за спасение судна, требования в отношении уплаты портовых и канальных сборов, сборов на других судоходных путях и лоцманских сборов), не требуют регистрации и удовлетворяются преимущественно

перед требованиями, обеспеченными зарегистрированной ипотекой. Морской залог прекращается по истечении одного года со дня возникновения обеспеченных морским залогом на судно требований, если только до истечения указанного срока судно не стало предметом ареста, ведущего к принудительной продаже судна.

#### (6) Денежные средства

Право на получение денежных средств (выручку) может быть предметом залога. Залог прав на получение денежных средств в будущем прямо разрешен ГК, при условии, что эти права в достаточной мере определены в договоре о залоге. Однако законодательство не содержит определения таких "будущих прав", в связи с чем неясно, включает ли данное понятие денежные требования по договорам, которые будут заключены в будущем, или лишь те денежные требования, которые могут возникнуть в будущем по существующим договорам.

Остается неясным, что происходит с денежными средствами, которые выплачиваются залогодателю в период обращения взыскания или при его банкротстве. Кроме этого неясно, распространяется ли подход ВАС РФ относительно залога денежных средств, находящихся на банковском счете, к залогом прав на получение денежных средств.

С практической точки зрения также неясно, как залогодержатель может приобрести (если соглашение предусматривает подобный способ обращения взыскания) права на выручку залогодателя и погасить обеспеченное залогом обязательство в случае, когда срок уплаты таких денежных средств не наступил на момент обращения взыскания или их недостаточно, чтобы полностью погасить обеспеченное обязательство, а также, что будет рассматриваться в качестве рыночной стоимости этих прав, по которой, в соответствии с законодательством о залоге обеспеченный кредитор должен приобретать предмет залога.

Валютой основного договора (права на выручку по которому передаются в залог), если он заключен между российскими резидентами, может быть только рубль. Платежи между российским резидентом и нерезидентом или между двумя нерезидентами могут осуществляться как в рублях, так и в иностранной валюте. В случае с экспортными контрактами, стороной по которому является российский экспортер обеспечение обычно создается по английскому праву в форме уступки экспортной выручки.

#### (7) Залог товаров в обороте

Товары в обороте (складские остатки, сырье, материалы, полуфабрикаты, готовая продукция) могут быть предметом залога с оставлением их у залогодателя, и могут заменяться аналогичными товарами в обороте при условии, что их общая стоимость не становится ниже указанной в договоре

о залоге таких товаров. Залогодатель обязан фиксировать в книге записи залогов все операции, влекущие изменение состава или натуральной формы заложенных товаров.

Создание залога в отношении смешанного имущества (например, нефти в трубопроводе), является проблематичным, так как невозможно в достаточной мере идентифицировать имущество, которое является предметом залога.

#### (8) Личное имущество

ГК запрещает залог личного имущества, на которое не может быть обращено взыскание. Согласно действующему законодательству, недвижимое имущество, которое является единственным жильем для гражданина-должника и членов его семьи, уже не относится к подобному виду имущества.

Если залогодателем является физическое лицо, то для создания залога или иного обременения в отношении его личного имущества обычно требуется признание (или согласие) со стороны его супруга.

Существует мнение, что споры, участником которых является физическое лицо, не могут быть рассмотрены в коммерческом арбитраже, если только такое лицо не является индивидуальным предпринимателем или не вступило в договорные отношения в связи с коммерческой сделкой между двумя юридическими лицами.

#### (9) Залог прав на результаты интеллектуальной деятельности

Предметом залога могут быть права на результаты интеллектуальной деятельности, за исключением прав, передача которых невозможна или запрещена законом. Как следствие, исключительное право на (i) фирменное наименование общества, (ii) секретное изобретение; и (iii) наименование места происхождения товаров не могут быть заложены. Кроме того, несмотря на то, что по общему правилу залог исключительного права на товарный знак не запрещен, обращение взыскания на исключительное право на товарный знак, являющееся предметом залога, может быть воспрещено, в том случае, если обращение взыскания на указанное право способно явиться причиной введения потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя.

Предметом залога могут выступать только те права, которые отражены на балансе залогодателя. Залог может быть установлен на срок, не превышающий срок права, которое является предметом залога. В большинстве случаев в зависимости от вида права, в отношении которого устанавливается залог, для вступления залога в силу требуется его регистрация. Залоги в отношении большей части прав на результаты интеллектуальной деятельности подлежат регистрации в Федеральной службе по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (Роспатент).

#### (10) Иные виды имущества

В зависимости от вида закладываемого имущества следует учитывать и иные факторы. В частности, следует учитывать следующее. В целях соблюдения положений антимонопольного законодательства в случае продажи в процессе обращения взыскания являющихся предметом залога акций или долей в хозяйственном обществе может потребоваться получение согласия Федеральной антимонопольной службы. В случае приобретения имущества, использование которого требует специального разрешения, покупателю необходимо получить лицензию или иное разрешение, предусмотренное законом. Продажа (и покупка) земельных участков осуществляется с соблюдением норм российского земельного законодательства. В случае если предметом обеспечения обязательств являются драгоценные камни, государству предоставляется преимущественное право покупки при их реализации.

#### Обращение взыскания на заложенное имущество

Обращение взыскания на заложенное имущество для удовлетворения требований кредитора возможно только в случае неисполнения должником обеспеченного залогом денежного обязательства. Обращение взыскания в случае неисполнения обязательства, возникающего по иному основанию (например, вследствие нарушения заверений или несоблюдения определенных финансовых показателей), не имеет законного основания; в то же время, предъявление кредитором требования о досрочном погашении кредита в связи с таким нарушением позволит начать обращение взыскания на заложенное имущество.

Стороны могут заключить соглашение об обращении взыскания на заложенное имущество как в судебном, так и во внесудебном порядке.

#### (1) Судебный порядок обращения взыскания

Обращение взыскания на заложенное имущество возможно только по решению суда, помимо прочего, в следующих случаях: (i) если обращение взыскания в установленном сторонами порядке не представляется возможным либо (ii) в случае обращения взыскания на имущество, находящееся в общей совместной собственности супругов, переданное в залог физическим лицом, включая индивидуального предпринимателя.

Если взыскание на предмет залога обращено по решению суда, заложенное имущество реализуется путем продажи с публичных торгов, которые организуются специализированной организацией, привлеченной судебными приставами.

Суд может отказать в обращении взыскания на заложенное имущество, если залогодатель докажет, что допущенное нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя явно

несоразмерен стоимости заложенного имущества. Нарушение считается крайне незначительным и несоразмерным, в случае если одновременно соблюдены следующие условия:

- сумма неисполненного обязательства составляет менее пяти процентов от размера оценки предмета залога;
- период просрочки исполнения обязательства, обеспеченного залогом, составляет менее трех месяцев;

В качестве исключения и если договором не предусмотрено иное, обеспеченный кредитор наделен правом обратиться взыскание на имущество в судебном порядке, в случае если заложенное имущество обеспечивает исполнение денежного обязательства, погашаемого путем внесения периодических платежей, при систематическом нарушении сроков их внесения, то есть при нарушении сроков внесения платежей более трех раз в течение 12 месяцев даже при условии, что сама по себе каждая такая просрочка незначительна.

Суд по просьбе залогодателя при наличии у последнего уважительных причин вправе отсрочить продажу заложенного имущества с публичных торгов на срок до одного года. Законодательство не содержит четкого ответа на вопрос о том, в каких именно случаях суд должен удовлетворить подобное ходатайство залогодателя. Вместе с тем существуют определенные ограничения в отношении указанного выше права суда отсрочить продажу заложенного имущества. В любом случае, отсрочка не затрагивает прав и обязанностей сторон по обязательству, обеспеченному залогом этого имущества, и не освобождает должника от возмещения убытков кредитора и уплаты неустойки, возникших за время отсрочки.

## (2) Внесудебный порядок

Соглашение об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке может быть заключено в любое время (например, при закрытии сделки до или после наступления случая неисполнения обязательства). Если соглашение о внесудебном порядке обращения взыскания на заложенное имущество содержится в отдельном документе, такому документу должна быть придана та же форма, что и договору о залоге (договору об ипотеке), соответственно (например, такой документ должен быть нотариально удостоверен и (или) зарегистрирован, если договор о залоге (договор об ипотеке) был заключен в такой форме).

В случае внесудебного обращения взыскания, заложенное имущество:

- (i) реализуется путем продажи с торгов;
- (ii) реализуется путем обычной продажи (включая продажу по договору комиссии); или

- (iii) поступает в собственность залогодержателя либо залогодержатель продает предмет залога третьему лицу.

В случае неисполнения залогодателем соглашения об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке, если иное не предусмотрено законом, обратиться взыскание на такое имущество без участия суда можно на основании исполнительной надписи нотариуса. При обращении взыскания на заложенное имущество на основании исполнительной надписи нотариуса судебный пристав-исполнитель изымает имущество у залогодателя и (i) передает его залогодержателю для последующей реализации или (ii) на основании соответствующего ходатайства залогодержателя продает заложенное имущество (по-видимому, с публичных торгов).

Заключение соглашения об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке не лишает обеспеченного кредитора права обратиться взыскание через суд.

## (3) Последующий залог

Как было отмечено выше, согласно недавней судебной практике, установленный в договоре о залоге запрет на последующий залог не влечет недействительность последнего.

В случае обращения взыскания на заложенное имущество по требованиям, обеспеченным последующим залогом, одновременно может быть (i) потребовано досрочное исполнение обязательства, обеспеченного предшествующим залогом, и (ii) обращено взыскание на это имущество также по требованиям, которые обеспечены предшествующим залогом и срок предъявления которых к взысканию еще не наступил. Если залогодержатель по предшествующему договору о залоге не воспользовался этим правом, имущество, на которое обращено взыскание по требованиям, обеспеченным последующим залогом, переходит к его приобретателю с обременением предшествующим залогом. Закон не уточняет, применяется ли аналогичное правило, если последующий залогодержатель не воспользовался своим правом обратиться взыскание одновременно с залогодержателем по предшествующему договору о залоге.

Однако залогодержатели как по предшествующему, так и по последующему договору о залоге движимого имущества, должны учитывать риск приобретения заложенного движимого имущества добросовестным приобретателем (см. *Распоряжение заложенным движимым имуществом без согласия залогодержателя* выше).

Кроме того, в своем недавнем постановлении Пленум ВАС РФ подчеркнул, что в случае одновременного обращения взыскания на заложенное имущество по требованиям

залогодержателей по предшествующему и последующему договорам о залоге (об ипотеке) удовлетворение требований залогодержателей за счет заложенного имущества без обращения в суд допускается только при условии, что залогодержатели, обращающие взыскание на предмет залога во внесудебном порядке, направили залогодателю совместное уведомление о необходимости исполнения обязательства, обеспеченного ипотекой.

#### (4) Реализация заложенного имущества

Как было отмечено выше, недавние изменения в российское законодательство теперь допускают реализацию предмета залога не только посредством продажи с торгов, но также посредством продажи заложенного движимого имущества по договору комиссии либо передачи заложенного имущества в собственность залогодержателю. Однако на практике залогодержатель может воспользоваться данным преимуществом (включая возможность перехода заложенного имущества в его собственность) только в случае, если право владения заложенным имуществом изначально закреплено за залогодержателем или когда залогодатель при обращении взыскания готов передать заложенное имущество залогодержателю в счет погашения долга. Если стороны заключили соглашение об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке, а залогодатель препятствует осуществлению прав залогодержателя в части взыскания имущества, может потребоваться привлечение нотариуса, судебного пристава или суда, чтобы обязать залогодателя соблюдать согласованную внесудебную процедуру обращения взыскания.

Ниже перечислены основные вопросы, связанные с реализацией определенных видов заложенного имущества в зависимости от способа их реализации.

#### Торги

- Если заложенное имущество реализуется путем продажи с торгов, то выигравшим торги признается лицо, предложившее самую высокую цену, и протокол о результатах торгов подписывается с победителем.
- Законодательство не дает четкого ответа на вопрос о необходимости соблюдения преимущественных прав определенных лиц на покупку отдельных видов реализуемого имущества при продаже с торгов.
- При объявлении торгов несостоявшимися в первый раз, а также, в некоторых случаях, во второй раз, применяются специальные правила о снижении начальной продажной цены заложенного имущества и праве залогодержателя оставить предмет залога за собой.

- Ценные бумаги, обращающиеся на организованном рынке ценных бумаг, подлежат реализации на торгах организатора торговли на рынке ценных бумаг. В связи с этим остается неясным, возможно ли предусмотреть в договоре залога таких ценных бумаг их поступление в собственность залогодержателя при обращении взыскания во внесудебном порядке, минуя торги на организованном рынке.
- Организатором торгов может быть залогодатель, залогодержатель или специализированная организация, которая в определенных случаях должна иметь лицензию на продажу определенного имущества (например, недвижимости или акций).
- Средства, вырученные от продажи заложенного имущества, (за вычетом расходов на проведение торгов) передаются залогодержателю в счет погашения обеспеченных залогом обязательств.
- Российское законодательство ограничивает сумму вознаграждения, уплачиваемую организатору торгов или комиссионеру из средств, полученных от продажи имущества, тремя процентами. Если сумма вознаграждения, предусмотренная договором между залогодержателем и организатором торгов или комиссионером, превышает трехпроцентный порог, то разница выплачивается за счет залогодержателя.

#### Непубличная продажа

Если реализация заложенного имущества происходит без обращения в суд путем продажи по договору комиссии между залогодержателем (в качестве комитента) и комиссионером, то последний продает заложенное имущество от своего имени за счет залогодержателя по рыночной цене, указанной в отчете независимого оценщика.

#### Иные вопросы

Как было отмечено ранее, в зависимости от вида заложенного имущества, при продаже имущества в рамках обращения взыскания может потребоваться соблюдение требований об уведомлении или получении согласия уполномоченного органа (например, согласие антимонопольного органа в случае покупки акций в компании с определенным товарооборотом или при купле-продаже основных производственных средств компании в предусмотренных законом случаях), а в отношении потенциальных покупателей могут действовать общие ограничения права собственности на определенное имущество, предусмотренные российским законодательством. Также стоит учитывать возможные налоговые последствия, связанные с приобретением заложенного имущества залогодержателем.

## (5) Особенности ипотеки

Общие правила обращения взыскания на предмет залога, описанные выше, также применимы к ипотеке, с учетом следующих особенностей:

- Обращение взыскания на заложенное недвижимое имущество может быть произведено только в судебном порядке, если, в частности:
  - (i) залогодатель является физическим лицом, которое закладывает жилое помещение;
  - (ii) предметом ипотеки является имущество, имеющее историческую ценность, или земля сельскохозяйственного назначения; или
  - (iii) собственником заложенного имущества являются органы государственной власти Российской Федерации, органы государственной власти субъектов Российской Федерации или органы местного самоуправления.
- Если заложенным имуществом является земельный участок или права аренды земельного участка, то приобретение залогодержателем такого имущества (прав) для себя (и, вероятно, третьих лиц) в ходе обращения взыскания во внесудебном порядке невозможно, за исключением случаев, когда (как недавно разъяснил Пленум ВАС РФ) здание или сооружение, находящееся на таком участке, закладывается вместе с земельным участком или правами аренды на него одному залогодержателю.
- Для внесудебного обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество требуется нотариально удостоверенное согласие залогодателя. Такое согласие может быть получено до заключения договора об ипотеке.
- Отсрочка по обращению взыскания на заложенное недвижимое имущество может быть получена по заявлению залогодателя только в случае если: (1) залогодателем является гражданин или (2) предметом ипотеки является земельный участок из состава земель сельскохозяйственного назначения. Суд должен убедиться, что на момент истечения отсрочки сумма требований залогодержателя не превысит стоимость заложенного имущества по оценке, указанной в отчете независимого оценщика.
- С даты первой публикации извещения о проведении торгов по продаже заложенного недвижимого имущества залогодатель не вправе заключать какие бы то ни было сделки с этим имуществом (за исключением сделок с залогодержателем, направленных на прекращение обязательства, обеспеченного ипотекой), а все сделки, заключенные в

нарушение данного запрета, могут быть признаны недействительными.

- Обращение взыскания на заложенное судно (включая строящееся судно) может быть произведено исключительно в судебном порядке путем продажи судна с торгов.

Согласно недавнему разъяснению Пленума ВАС РФ сделка по:

- (i) распоряжению имуществом, являющимся предметом ипотеки, без согласия залогодержателя (в случаях, когда получение такого согласия обязательно); и
- (ii) созданию последующей ипотеки без согласия залогодержателя (в случаях, когда в договоре об ипотеке был установлен запрет на последующую ипотеку),

может быть оспорена в суде залогодержателем по договору об ипотеке. При этом последующая ипотека может быть признана недействительной независимо от того, знал ли залогодержатель по последующему договору об ипотеке о запрете на ее создание, при условии что залогодержатель по предшествующему договору об ипотеке докажет, что оспариваемый им последующий договор об ипотеке нарушает его права и законные интересы.

## Поручительство и банковская гарантия

Согласно ГК только банки, иные кредитные учреждения и страховые организации наделены правом выдавать банковские гарантии. Поручительства могут предоставлять как юридические лица (включая банки), так и физические лица. Как показывает практика, обычно в международных сделках российская компания выдает гарантию, по иностранному праву (английскому праву или праву штата Нью-Йорк). В редких случаях договор поручительства или банковская гарантия могут регулироваться российским правом.

### Поручительство

Договор поручительства должен быть совершен в письменной форме и содержать описание основного обязательства. Недействительность основного обязательства влечет недействительность поручительства.

В случае изменения обеспеченного поручительством обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего, поручительство прекращается.

Поручительство прекращается и в том случае, если в течение срока, указанного в договоре поручительства, кредитор не предъявит иск к поручителю. Если такой срок не установлен, поручительство прекращается, если кредитор в течение года со дня наступления срока исполнения

обеспеченного поручительством обязательства не предъявит иск к поручителю.

### Банковская гарантия

Согласно Федеральному закону "О банках и банковской деятельности" выдача банковских гарантий является одной из банковских операций, которые уполномочены осуществлять банки и иные кредитные организации.

Банковская гарантия не зависит от основного обязательства в отличие от иных способов обеспечения обязательств таких, как залог, ипотека и поручительство.

Банковская гарантия прекращается: а) уплатой бенефициару суммы, на которую выдана гарантия; б) окончанием определенного в гарантии срока, на который она выдана; либо в) вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии и возвращении ее гаранту или путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств.

Гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии. Он также вправе отказать бенефициару в удовлетворении требования, в случае если оно предъявлено гаранту по окончании определенного в гарантии срока.

Обязательство гаранта перед бенефициаром ограничивается уплатой суммы, на которую выдана гарантия. В случае просрочки исполнения гарантом своих обязательств, бенефициар вправе потребовать от гаранта уплаты процентов на покрываемую гарантией сумму.

Банковская гарантия может потребоваться при совершении сделки слияния и поглощения, когда предложение приобрести акции сделано потенциальным покупателем в соответствии с российским законодательством, регулирующим деятельность акционерных обществ (например, при добровольном или обязательном предложении).

### Уступка денежного требования в целях обеспечения исполнения обязательства

#### Факторинг

ГК признает уступку в качестве способа обеспечения исполнения обязательств только применительно к соглашениям о факторинге. Данная уступка позволяет финансовому агенту получить доход от уступленного денежного требования, минуя процедуры, которые необходимо соблюсти при обращении взыскания на заложенное имущество.

#### Переход обеспечиваемых обязательств

Существуют некоторые неразрешенные вопросы относительно уступки требования по российскому праву в общем. Так, к примеру, российские суды

склонялись к невозможности уступки будущих прав требования, или прав требования по договорам с исполнением в будущем (когда существование права требования зависит от исполнения cedentом в будущем определенного обязательства перед должником). И хотя ВАС РФ подтвердил, что уступка будущих требований по условиям отдельных видов договоров возможна, все же неясно, могут ли переуступаться права требования по договорам с исполнением в будущем. Кроме того, ВАС РФ не выразил свою точку зрения по поводу возможности использовать подобную уступку в качестве способа обеспечения. Также существует ряд неопределенных моментов в отношении уступки права требования в случае банкротства залогодателя и по вопросу обложения НДС операций по уступке права требования.

Исходя из сказанного выше наиболее удобным способом использования денежных потоков в качестве обеспечения исполнения обязательств на настоящий момент является залог прав на получение таких денежных средств. Доходы, полученные от использования заложенного имущества, например от сдачи имущества в аренду, также могут быть предметом залога вместе с правами на имущество. Однако, в силу причин, изложенных выше, хотя такой залог (за исключением залога денежных средств на банковских счетах) позволяет залогодателю получать доход, на практике существует неясность относительно того, как полученная прибыль должна рассматриваться залогодателем в процессе обращения взыскания на предмет залога и при процедуре банкротства залогодателя.

### Возможность уступки требования по обеспеченному обязательству

#### Общие положения

Поскольку обеспечение по российскому праву, как правило, является акцессорным по отношению к обеспечиваемому обязательству, при уступке требования по обеспеченному обязательству, обеспечение будет следовать за обеспеченным обязательством при условии получения согласия лица, предоставившего такое обеспечение, (такое согласие обычно получается заранее и закрепляется в соответствующей документации, оформляющей создание обеспечения по российскому праву). Таким образом, уступка обеспеченного обязательства приведет к уступке соответствующего обеспечения (однако новация кредита по английскому праву, например в соответствии с актом о передаче (англ. *transfer certificate*), приведет к возникновению нового обязательства и, следовательно, прекращению первоначального обеспечения).

В связи с упоминавшейся выше неясностью относительно возможности предоставления обеспечения по российскому праву одновременно в пользу нескольких кредиторов синдицированный кредит с российским обеспечением, как правило, структурируется таким образом, чтобы держателем

обеспечения от имени и в интересах кредиторов выступало одно юридическое лицо, которое бы не менялось при уступке требования по кредиту. Наиболее часто используются следующие структуры: (i) распределение кредита одним кредитором заемщика между участниками синдиката (англ. conduit), когда такой основной кредитор передает доли участия в кредите участникам синдиката на основе соглашений об участии в рисках / финансировании, (ii) создание траста в отношении обеспечения, (iii) использование структуры, предполагающей создание параллельного долга или (iv) использование структур, основанных на концепции солидарных кредиторов.

### Параллельный долг

#### (1) Сравнение траста с параллельным долгом

Использование траста и структуры, предполагающей создание параллельного долга, являющихся единственными способами, позволяющими кредиторам-членам синдиката вступить в отношения займа непосредственно с заемщиком, однако позиция российского суда относительно данных институтов не известна. Существует еще одна неясность относительно института траста: российский суд может отказать в обращении взыскания на обеспечение, переданное управляющему трастом (англ. trustee) от имени кредиторов, так как сам управляющий трастом не является кредитором. Как было отмечено выше, в соответствии с российским правом обеспечение имеет акцессорный характер из чего следует, что держатель обеспечения должен быть кредитором, требование которого обеспечивается. Кроме того, в российском праве отсутствует эквивалент понятия траст в том смысле, в каком данный институт понимается в английском праве: управляющий трастом владеет денежными средствами/имуществом в интересах сторон/кредитора как собственник. Институт доверительного управления в российском праве, в соответствии с которым доверительный управляющий владеет денежными средствами/имуществом от имени собственника, имеет больше сходства с агентированием.

#### (2) Сущность параллельного долга

Институт параллельного долга может решить вышеупомянутую проблему при наличии обязательства должника, закрепленного в кредитном договоре, выплачивать управляющему трастом суммы, равные сумме долга перед всеми кредиторами. Такое обязательство формулируется в кредитном договоре таким образом, чтобы было понятно, что обязанность выплачивать управляющему трастом является самостоятельным обязательством перед управляющим трастом, который действует как принципал, а не как агент или иной представитель синдиката кредиторов. Считается, что такое обязательство должника создает действительный долг по английскому праву. Российское обеспечение обеспечивает такое

обязательство о выплате в пользу управляющего трастом и таким образом он становится законным собственником как самого обеспеченного долга (обязательства о выплате), так и обеспечения этого долга.

#### (3) Возможность принудительного исполнения параллельного долга в судебном порядке

Хотя институт параллельного долга до настоящего времени не встречался в российской судебной практике, суд должен признавать решения, вынесенные иностранным арбитражем по вопросу действительности долга, если параллельный долг не нарушает императивные нормы российского законодательства или не противоречит публичному порядку Российской Федерации. В случае когда суд самостоятельно определяет действительность параллельного долга (например, в отсутствие вступившего в законную силу решения иностранного арбитража), суд применяет нормы английского права, а российское право может быть применено только при невозможности установления содержания норм английского права в разумные сроки, или, если параллельный долг нарушает императивные нормы российского права или противоречит публичному порядку в России. Хотя ВАС РФ недавно интерпретировал нормы о публичном порядке более широко чем ранее, нет оснований полагать, что институт параллельного долга нарушает императивные нормы или противоречит публичному порядку в России. Однако, в случае если суд придет к обратному выводу и признает параллельный долг недействительным (на том основании, что у лица, в пользу которого создан параллельный долг, нет самостоятельного требования), любое обеспечение этого параллельного долга также будет признано недействительным.

#### (4) Регистрация уступки требования

Как говорилось выше, для уступки прав требуется согласие залогодателя. Обычно для уступки прав по российскому законодательству не требуется внесение поправок в документы по обеспечению. Однако, если обеспечение подлежит регистрации (например, ипотека или залог акций), то необходимо будет внести в реестр соответствующие изменения, указав нового залогодержателя, чтобы оформить (или, в случае ипотеки, придать юридическую силу) уступке обеспечения.

Другой механизм, который может использоваться вместо структуры параллельного долга (для той же самой цели), основан на концепции солидарной ответственности.

### Солидарные кредиторы

#### (1) Природа солидарных кредиторов

При использовании данной структуры, которая признается российским правом, все кредиторы становятся солидарными кредиторами, это означает, что (i) любой из солидарных кредиторов вправе предъявить к должнику требование в полном

объеме; (ii) должник вправе исполнять обязательство любому из них, при этом такое исполнение освобождает должника от исполнения остальным кредиторам; и (iii) солидарный кредитор, получивший исполнение от должника, обязан возместить причитающееся другим кредиторам в равных долях.

Требования таких солидарных кредиторов могут быть обеспечены одним залогом. Для этого необходимо, чтобы создание аналогичной концепции было возможно по английскому праву (в случаях, когда кредитный договор регулируется иностранным правом, отличным от английского, необходимо учесть возможность использования аналогичной концепции по данному праву).

Обеспечение предоставляется одному из солидарных кредиторов, назначенному другими кредиторами в качестве агента по российскому обеспечению (который может являться солидарным с каждым отдельным кредитором или со всеми другими солидарными кредиторами), и обеспечивает обязательства должника на сумму задолженности агента по российскому обеспечению, действующему в качестве солидарного кредитора.

- (2) Возможность принудительного исполнения структуры солидарных кредиторов в судебном порядке

Данная структура признается российским правом, и, таким образом, исключает риски: (i) признания притворной, а также (ii) наличия аргумента, что у залогодержателя отсутствует денежное требование для подачи иска и связанной с этим необходимости участия всех кредиторов в судебных разбирательствах/подаче заявления о несостоятельности (банкротстве), которые свойственны структуре параллельного долга. Однако позиция российского суда относительно данной схемы неизвестна.

Поскольку обеспечение создается исключительно в пользу агента по российскому обеспечению, все остальные кредиторы могут передавать свои доли по кредиту без каких-либо последствий для обеспечения. Однако агент по российскому обеспечению должен (i) быть "реальным" кредитором, то есть принимать не формальное участие в кредите (например, как в случае, когда доля агента по российскому обеспечению равна одному доллару); и (ii) оставаться кредитором и не передавать свою долю в кредите любой другой стороне в течение всего срока кредита.

Агент по российскому обеспечению будет иметь обеспеченное требование к должнику на всю сумму кредита и будет фактически владеть обеспечением от имени всех солидарных кредиторов. Таким образом, хотя требование каждого отдельного кредитора рассматривается как обеспеченное, только агент по российскому обеспечению будет иметь право подать обеспеченный иск против должника от своего имени и от имени других кредиторов, в то время как каждый отдельный

кредитор сможет подать только необеспеченный иск. Только агент по российскому обеспечению вправе обратиться с иском на обеспечение, после чего он должен поделить доходы от реализации пропорционально между всеми кредиторами.

Следует отметить, что кредиторы должны быть готовы принять на себя риск неплатежа по кредиту со стороны агента по российскому обеспечению и/или других кредиторов в случае банкротства кого-либо из них. Кроме того, если агент по российскому обеспечению является российским юридическим лицом, то он не сможет держать выручку от реализации заложенного имущества на условиях траста.

## Обеспечение обязательств в случае банкротства

### Обособление имущества, являющегося предметом залога

В случае банкротства российского залогодателя, как только процедура банкротства начата, устанавливается общий мораторий на обращение с иском на имущество неплатежеспособной компании. При этом заложенное движимое и недвижимое имущество отделяется от всего остального имущества и не может быть продано без согласия соответствующего залогодержателя.

Вследствие изменений, внесенных в Закон о банкротстве, конкурсный кредитор по обязательствам, обеспеченным залогом имущества должника, теперь вправе обратиться с иском на заложенное имущество должника уже на ранних стадиях банкротства (в ходе финансового оздоровления и внешнего управления). Однако такое обращение с иском возможно лишь в судебном порядке. Обращение с иском на заложенное имущество должника возможно, если должник не докажет, что такое обращение с иском сделает невозможным восстановление его платежеспособности.

Если обращение с иском на заложенное имущество осуществляется в ходе финансового оздоровления или внешнего управления, то оно обычно производится по тем же правилам, что и описанные выше, однако:

- (i) торги по продаже заложенного имущества могут быть организованы только назначенным судом административным или внешним управляющим или специализированной организацией;
- (ii) только в случае признания повторных торгов несостоявшимися конкурсный кредитор по обязательствам, обеспеченным залогом имущества должника, вправе оставить предмет залога за собой с оценкой его в сумме на десять процентов ниже начальной продажной цены на повторных торгах (при этом если оценка имущества, оставленного конкурсным кредитором за собой, превышает размер обеспеченного залогом

требования, кредитор обязан вернуть эту разницу должнику),

- (iii) отсутствует ограничение максимального размера вознаграждения организатора торгов, которое вычитается из суммы средств, вырученных от продажи заложенного имущества (стоимости приобретенного имущества).

Если обращение взыскания происходит на этапе конкурсного производства, то продажа заложенного имущества осуществляется конкурсным управляющим, а доходы от продажи причитаются обеспеченному кредитору, за вычетом двадцати процентов, которые направляются на погашение требований кредиторов первой и второй очереди, а также для погашения судебных расходов, расходов по выплате вознаграждения арбитражным управляющим и оплате услуг лиц, привлеченных арбитражным управляющим в целях обеспечения исполнения возложенных на него обязанностей.

Если обеспеченный кредитор приобрел заложенное имущество и погасил свои требования из суммы средств, вырученных от реализации предмета залога, он тем не менее обязан возратить 20 процентов от вырученной суммы для погашения требований кредиторов первой и второй очереди и расходов и платежей, указанных выше.

#### Параллельный долг

В правоотношениях, возникающих из параллельного долга, управляющий трастом является единственным лицом из числа кредиторов, имеющим право требовать включения его в реестр требований кредиторов в качестве обеспеченного кредитора (в силу параллельного долга). Учитывая, что российский суд не знаком с подобным институтом, представляется целесообразным получить решение иностранного арбитражного суда о действительности параллельного долга по английскому праву, а затем обратиться в российский суд с требованием о включении в реестр требований кредиторов в качестве конкурсного кредитора, требования которого обеспечены залогом, со ссылкой на это решение в обоснование своих требований.

С другой стороны, временные рамки могут вынудить обратиться сразу в российский суд, в этом случае

необходимо будет содействовать суду в понимании и природе параллельного долга. Если иск подается совместно управляющим трастом и кредиторами (например, для того, чтобы предоставить кредиторам возможность непосредственно участвовать в процессе банкротства), суд также должен определить, как отразить параллельный долг в реестре, чтобы избежать двойного учета одного и того же денежного требования.

Анализ, который следует провести для выбора лучшего плана действия при подаче заявления о несостоятельности (банкротстве) или искового заявления, довольно непростой, и выбор того или иного плана действий во многом будет определяться исходя из конкретных обстоятельств, послуживших основой для исковых требований и возбуждения процесса несостоятельности (банкротства).

#### Структура солидарных кредиторов

Хотя у агента по российскому обеспечению будет право подать иск в российский суд против должника от своего имени и от имени других кредиторов в случае неплатежеспособности (банкротства) должника (с целью признания кредиторов в качестве обеспеченных кредиторов), с практической точки зрения, для ускорения процесса подачи искового заявления, остальным кредиторам может быть необходимым подать совместный иск с агентом по российскому обеспечению. Выбор надлежащего способа подачи иска будет зависеть от обстоятельств конкретной сделки.

#### Другие важные вопросы

Следует учитывать, что когда российская компания предоставляет поручительство с целью обеспечения использования обязательств по финансовой сделке, в большинстве случаев потребуются получение согласия директоров (акционеров), чтобы вступить в договорные отношения. Необходимость получения согласия будет зависеть от стоимости имущества компании, а также от того, находится ли данное имущество у юридического лица, чьи обязательства обеспечиваются или у того, с кем подписываются документы по обеспечению.

В данном клиентском брифинге рассматриваются не все аспекты и разделы, касающиеся данной темы. Назначением данного брифинга не является предоставление консультирования юридического или иного характера.

© Клиффорд Чанс СНГ Лимитед, апрель 2011

© Клиффорд Чанс ЛЛП, партнерство с ограниченной ответственностью, зарегистрированное в Англии и Уэльсе за номером OC323571. Головной офис находится по адресу: 10 Upper Bank Street, London E14 5JJ.

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

В случае если Вы не хотели бы в будущем получать информацию от компании "Клиффорд Чанс" по юридическим вопросам и последним событиям, которые, как нам кажется, могут представлять для Вас интерес, пожалуйста, отправьте сообщение на [nomorecontact@cliffordchance.com](mailto:nomorecontact@cliffordchance.com) или по адресу "Клиффорд Чанс СНГ Лимитед", ул.Гашека, 6, Москва 125047, Россия.

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Prague ■ Riyadh\* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

\* Clifford Chance also has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh.