

Секция «Юриспруденция»

Концепция текущего обеспечения в гражданском праве:  
сравнительно-правовой анализ

*Зижун Илья Игоревич*

*Студент*

*Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, Юридический  
факультет, Воскресенск, Россия  
E-mail: arhont77@mail.ru*

Могут ли субъекты гражданского права заложить все свое имущество? Могут ли быть предметом залога бизнес, сырье, циркулирующая продукция? Насколько гибкой должна быть определимость предмета обременения?

Российское право занимает категорическую позицию, согласно которой договор считается незаключенным, если стороны не индивидуализировали предмет залога. Президиум ВАС РФ указал, что при отсутствии в договоре о залоге сведений, индивидуально определяющих заложенное имущество, договор о залоге не может считаться заключенным (п.1). Однако международный опыт выработал иной путь.

Категория текущего обеспечения (*floating security*) уже давно принята во многих странах мира. Есть различные классификации видов текущего обеспечения. Например, Andrew Evans выделил пять систем, которые используют текущее обеспечение: 1. юрисдикции, разрешающие универсальную регистрацию *floating charge* (Англия); 2. юрисдикции, разрешающие ограниченную регистрацию текущего обеспечения (Швеция); 3. юрисдикции, разрешающие нерегистрируемую фидуциарную передачу в виде обеспечения (Германия); 4. системы, в которых разрешается регистрация предпринимательского обременения только над специфичным имуществом (Франция); 5. системы, которые не разрешают *general business charge* (Португалия) (п.2). Однако классификация учитывает исключительно процедуру регистрации без учета специфики национальных систем. Более правильным будет выделение шести видов текущего обеспечения.

*а) Конструкция floating charge.*

Этот институт разработан английской судебной практикой во второй половине 19 в. Должник может распоряжаться заложенным имуществом без разрешения кредитора. Было выработано три основных критерия *floating charge*: 1. обременение устанавливается над всем настоящим и будущим имуществом; 2. предмет обременения может быть изменен; 3. залогодатель может свободно вести свой бизнес без согласия залогодержателя в рамках нормального предпринимательского курса (п.3). Доктрина и английская судебная практика исходят из того, что основным критерием разграничения *fixed charge* от *floating charge* является наличие права контроля на стороне залогодержателя. Существует несколько теорий природы *floating charge*: 1. *the conception of priority based device*; 2. *the conception of the main creditor*. Данные теории исходят из разных критериев *floating charge*: с одной стороны, кредитор получает приоритет над необеспеченными кредиторами в процедуре банкротства, но с другой стороны этот приоритет является очень слабым (идет после I, II очередей и после *fixed charge*) и оставляет залогодержателю только возможность контроля над процедурой банкротства.

Можно выделить ряд признаков данного института: 1. Должником может выступать только предприниматель – профессиональный участник оборота, поэтому этот инсти-

тут имеет несколько названий *enterprises charge, company's charge*. Этот вопрос являлся дискуссионным в праве Израиля, а право США и Канады закрепило конструкцию *floating lien*, допускающую текущее обеспечение как для компаний, так и для физических лиц (п.4); 2. Кредитор с *fixed charge* имеет право на вещь, кредитор с текущим обеспечением – нет; 3. Залогодержатель обращает взыскание путем кристаллизации (*crystallization*), в результате чего плавающее обеспечение модифицируется в фиксированное. 4. Заключение договора о *floating charge* должно быть обязательно зарегистрировано; 5. Необеспеченные кредиторы могут воспользоваться *actio Pauliana*, если имеет место недобросовестное соглашение между залогодержателем и залогодателем.

*б) Текущее обеспечение в странах common law.*

Правовые системы таких стран как США, Канада, Австралия, Новая Зеландия и Китай восприняли конструкцию текущего обеспечения, но значительно модифицировали ее. Во-первых, эти страны отказались от дифференциации титулов (концепция унитарного обеспечительного интереса). Фиксированный и текущий кредиторы в равной степени хотят удовлетворить свои требования. *Uniform Commercial Code* и *Personal Property Security Act* указали, что обременены могут быть как отдельные вещи или права, так и категории имущества или совокупность категорий. Стороны могут обременить любое свое имущество.

Система *common law* оказала сильнейшее влияние на право ЕС и право Южной и Северной Америки. Модельные законы *European Bank for Reconstruction and Development (EBRD)* и *Organization of American States (OAS)* практически дословно закрепили положения *UCC* и *PPSA* о текущем обеспечении.

*в) Текущее обеспечение в немецкой системе права.*

Немецкая система права строго придерживается таких принципов вещного права как *Spezialitätsprinzip, Bestimmtheitsgrundsatz* и *Publizitätsprinzip*. Исходя из этих принципов, предмет залога должен быть передан во владение залогодержателю и должен быть индивидуализирован. Если эти императивные требования не выполнены, то залоговое право (*das Pfandrecht*) не возникает, а договор считается незаключенным. Естественно, ни о каком применении конструкции *floating charge* нельзя говорить, т.к. нарушаются все принципы вещного права. Однако строгое правило о посессорности и индивидуализации залога не удовлетворило интересы банков и кредиторов после Первой мировой войны, и были созданы новые институты обеспечительного права. Предлагается выделить три института текущего обеспечения в немецкой правовой системе: 1. *die Raumsicherungsübereignung* (уступка права собственности на вещи, находящиеся в определенном месте); 2. *die Globalzession* (уступка комплекса прав из договоров); 3. *das Pfandrecht des Lagerhalters* (складской залог). Каждый из этих институтов подробно освящен в судебной практике *Obersterländergerichts* и *Bundesgerichtshof*. Изначально суды федеральных земель Германии (*Karlsruhe, München, Dresden, Nürnberg, Chemnitz, Arnberg, Bielefeld*) признавали конструкции глобальной цессии и глобальной обеспечительной передачи права собственности недействительными, т.к. нарушались правила очередности кредиторов при банкротстве и искажался баланс интересов обеспеченных и необеспеченных кредиторов (§129,130 *InsO*). Однако *BGH* признал данные сделки действительными, т.к. они основаны на *Besitzkonstitut* (§929 *BGB*) (п.5). Действия кредитора, направленные на обеспечение своего интереса, не могут являться противоправными, т.к. желание обеспечить исполнение обязательства свойственно любому кредитору. Ар-

битражный управляющий может оспорить сделки, направленные на обеспечение, по общим основаниям §129 InsO.

г) *Предпринимательский залог.* Этот вид текущего обеспечения закреплен в Италии, Финляндии, Швеции, Чехии, Дании. Предметом обеспечения является бизнес должника (напр., encumbering charge over business). Обременению подлежит сразу всё имущество предпринимателя, его имущественные права, вещи и даже goodwill.

д) *Индустриальный (промышленный) залог.* Должник может заложить циркулирующую продукцию (stock-in-trade), сырье, технику, производственные машины и др. имущество, необходимое для производственной деятельности (fonds de commerce). Этот вид залога закреплен, например, во Франции и Бельгии.

е) *Складской залог.* Стороны определяют место, в котором находится какое-то замещаемое имущество, и заключают договор обеспечения в отношении этого имущества, но с предоставлением должнику права свободно им распоряжаться. Складской залог закреплен во всех рассмотренных странах, но наиболее типичные конструкции складского залога восприняты правом Хорватии, Бразилии и Испании. Франция и Бельгия закрепили концепцию варранта с многочисленными видами варранта. Складской залог был закреплен и в России – залог товаров в обороте (ст.357 ГК РФ). Из всего многообразия видов текущего обеспечения Россия признает исключительно складской залог – институт 19в., не учитывая ни тенденций развития права обеспечительных сделок, ни зарубежных доктринальных источников, ни отечественной судебной практики. Залоговое право России нуждается в кардинальной модификации.

Прежде всего, залог должен быть посессорным способом обеспечения исполнения обязательства, т.к. только посессорность может защитить добросовестных приобретателей и добросовестных залогодержателей от нарушения их прав. Все рассмотренные правовые порядки закрепляют посессорность залога, а непосессорный залог должен пройти серьезнейшую проверку временем и судебной практикой. Изначально такие залоговые конструкции считали недействительными, но при настойчивых требованиях оборота непосессорные залоговые конструкции признаются, кроме права Великобритании, которое не содержит единого понятия залога, а закрепляет charge, pledge, mortgage, lien.

Во-вторых, должен быть воспринят институт текущего обеспечения. Но не должна реципироваться российским правом конструкция floating charge, т.к. этот институт чужд континентальному праву. Уже в 2004 году UK Law Commission признала институт floating charge устаревшим и отмирающим. Комиссия указала, что более правильной является выработанная правом США концепция унитарного обеспечительного интереса. Но в 2005 году Комиссия отказалась от реформы, сославшись на нехватку времени и денежных средств на проведение реформы.

## Литература

1. п.2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 N 26
2. Andrew Evans. Taking effective security in European jurisdictions // Field Fisher Waterhouse, November. 2005. S. 1-12
3. Re Panama, New Zealand vs Australian Royal Mail Co [1870] 5 Ch App 318, также см.: Re Yorkshire Woolcombers Association [1903] 2 Ch 284 at 295

*Конференция «Ломоносов 2014»*

4. Shalom Lerner. Floating Charge over Assets of Individuals in Israel Law//  
<https://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/IACCL10-Lerner.pdf>
5. BGH IX ZR 30/07 vom 29. November 2007