

## АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО (FLOATING CHARGE) ПРОТИВ РОССИЙСКОГО ПРАВА (ЗАЛОГ ТОВАРОВ В ОБОРОТЕ И ЗАЛОГ ПРЕДПРИЯТИЯ КАК ИМУЩЕСТВЕННОГО КОМПЛЕКСА)<sup>1</sup>

© 2010 г. А.Ю. Буркова<sup>2</sup>

Значение способов обеспечения исполнения обязательств в коммерческих сделках неоспоримо. Обеспечение гарантирует основному кредитору возврат его финансирования или выполнение иных обязательств должника перед кредитором.

Случаи оформления обеспечения в отношении четко определенного имущества, когда стороны точно знают, на какое имущество налагается обременение (здание, акции, оборудование и т.п.), обычно достаточно урегулированы законодательством.

Однако на практике возникают обстоятельства, когда в обеспечение невозможно передать какое-то точно определенное имущество, например потому, что его трудно идентифицировать. Такая ситуация возникает с имуществом, обладающим родовыми свойствами, например зерно невозможно выделить из другого зерна; металлическую продукцию невозможно исключить из оборота и поместить в закрытый отдельный склад, так как предприятие должно продавать такую металлическую продукцию и производить новую, и т.д. Другим примером невозможности четкого определения имущества является передача всего имущества предприятия в обеспечение. Однозначно, что активы предприятия не будут постоянны, так как его имущество находится в обороте.

В тех случаях, когда имущество, передаваемое в обеспечение, достаточно трудно идентифицировать, законодательство создало специальные институты обременения имущества. В России ими являются “залог товаров в обороте” и “залог предприятия как имущественного комплекса” (в зависимости от ситуации), а в Великобритании – “floating charge”. Рассмотрим их более подробно.

Определения понятий “залог товаров в обороте” и “залог предприятия как имущественного комплекса” содержатся в Гражданском кодексе РФ (ст. 357):

*“Залогом товаров в обороте признается залог товаров с оставлением их у залогодателя и с предоставлением залогодателю права изменять состав и натуральную форму заложенного имущества (товарных запасов, сырья, материалов, полуфабрикатов, готовой продукции и т.п.) при условии, что их общая стоимость не становится меньше указанной в договоре о залоге”.*

Согласно ст. 132 Гражданского кодекса РФ под предприятием как объектом прав признается имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности, который в целом как имущественный комплекс признается недвижимостью и может быть объектом

*купли-продажи, залога, аренды и других сделок, связанных с установлением, изменением и прекращением вещных прав.*

По английскому праву наиболее полное и часто используемое определение “floating charge” встречается в решении по делу “In re Yorkshire Woolcombers Association Ltd [1903] 2 Ch 284”. В соответствии с этим решением “floating charge” представляет собой обременение, обладающее следующими характеристиками:

это обременение в отношении класса существующих или будущих активов компании;

состав этого класса актива изменяется время от времени в процессе обычной хозяйственной деятельности;

компания может производить обычные операции с обремененным классом активов до той поры, пока лицо, которому предоставлено обеспечение, не предпримет действий по наложению взысканий на обеспечение.

Как по залому товаров в обороте, так и по “floating charge” под обременение может подпадать как уже существующее имущество, так и то, которое может возникнуть в будущем.

При этом имущество считается переданным в обременение, как только оно приобретает лицом, предоставившим обеспечение, и считается исключенным из обращения, как только такое лицо продает это имущество. Обременение на проданное имущество не следует за имуществом и прекращает свое действие с момента выбытия имущества из собственности лица, предоставившего обеспечение.

Какое имущество может быть передано в обременение?

В соответствии с российским законодательством в залог товаров в обороте передаются только товары, определенные родовыми свойствами. В “floating charge” может быть передано имущество, определенное родовыми свойствами, балансовая задолженность.

Возможность создания “floating charge” в отношении балансовой задолженности имеет большое преимущество по отношению к российскому институту залога товаров в обороте, так как в России такая возможность для залога товаров в обороте не предусмотрена законодательством.

В “floating charge” может быть также передано все имущество компании. В этом случае “floating charge” напоминает институт залога предприятия как имущественного комплекса по российскому законодательству.

В соответствии со ст. 340 Гражданского кодекса РФ “при ипотеке предприятия или иного имущественного комплекса в целом право залога распространяется на все входящее в его состав имущество, движимое и недвижимое, включая права требования и исключительные права, в том числе приобретенные в период ипотеки, если иное не предусмотрено законом или договором”.

Таким образом, залог предприятия как имущественного комплекса в отличие от залога товаров в обороте может

<sup>1</sup> Подготовка настоящей статьи осуществлялась при поддержке Central European University (“CEU”) Special and Extension Programs. Мнение автора, изложенное в настоящей статье, не обязательно должно отражать позицию CEU.

<sup>2</sup> Кандидат юридических наук, магистр права London School of Economics and Political Sciences.

распространяться на балансовую задолженность. Согласно ст. 72 Федерального закона “Об ипотеке (залоге недвижимости)” от 16 июля 1998 г. “*залогодатель вправе продавать, обменивать, сдавать в аренду, предоставлять в заем имущество, относящееся к предприятию, переданному в ипотеку, и иным образом распоряжаться указанным имуществом, а также вносить изменения в состав данного имущества, если это не влечет уменьшения указанной в договоре об ипотеке общей стоимости имущества, относящегося к предприятию, а также не нарушает других условий договора об ипотеке*”.

Имущество, передаваемое в “залог товаров в обороте”, “залог предприятия как имущественного комплекса” или “floating charge”, может также передаваться в обычный твердый залог (англ. “fixed charge”).

Однако при этом следует иметь в виду, что при передаче такого имущества в твердый залог может отсутствовать возможность в должной степени его идентифицировать, что может привести к недействительности соответствующего договора залога по российскому праву. Например, достаточно проблематично передать в твердый залог зерно, так как его невозможно четко идентифицировать, если только специально не обособлять его.

С точки зрения английского права основной элемент, который отличает “floating charge” от фиксированного твердого залога (“fixed charge”), является не то, что имущество, переданное в качестве обременения, может меняться, а договорная способность компании-должника управлять своими активами и распоряжаться ими в процессе своей обычной хозяйственной деятельности<sup>3</sup>, а именно: если компания-должник имеет свободу в распоряжении своими активами, это будет “floating charge”; если же кредитор контролирует имущество должника, это будет являться “fixed charge”. Так, например, если заемщик имеет право получать задолженность от третьих лиц и использовать полученные денежные средства в хозяйственной деятельности, такое обременение будет считаться “floating charge”, даже если существуют какие-то ограничения заемщика в получении задолженности от третьих лиц (см. английское решение “In re Brightlife Ltd [1987] Ch 200”). Если заемщик не имеет возможности получать задолженность от третьих лиц и использовать ее и если такая задолженность контролируется кредитором, то только в этом случае говорят о твердом залоге (см. решение по делу “Hillingworth v Houldsworth [1904] AC 355”).

Как было отмечено в деле “Smith (Administrator of Cosslett (Contractors) Ltd) v Bridgend County Borough Council, (House of Lords, 8 November 2001, [2001] UKHL 58, [2002] 1 A.C. 336”, существо “floating charge” – это обременение не на определенное имущество, а на то, которое меняется, но остается под управлением и контролем лица, предоставившего обеспечение. Такое имущество может быть выведено из обеспечения лицом, предоставившим обеспечение, несмотря на существование “floating charge”. Существо “fixed charge” – это обременение на определенный актив или класс активов, в отношении которых лицо, предоставившее обеспечение, не имеет права распоряжения без согласия кредитора.

В соответствии с решением по делу “Keenan Bros, Re, Supreme Court (Ireland), 01 January 1985” английский суд

указал следующее: 1) “fixed charge” может быть создано в отношении балансовой задолженности (book debts) и иной существующей или будущей задолженности; 2) требование, что доходы в отношении балансовой задолженности (book debts) должны выплачиваться на специальный счет, контролируемый банком, лишает компанию возможности свободно использовать такие доходы. Соответственно, в этом случае обременение подпадает под категорию “fixed charge”.

Таким образом, по английскому праву существенными элементами “floating charge” являются контроль держателя обеспечения в отношении определенного имущества и исключение возможности для должника распоряжаться им. А в случае балансовой задолженности элемент контроля включает не только контроль над задолженностью, но также и над ее получением и использованием.

Существует несколько способов обеспечения твердого залога в отношении балансовой задолженности (book debts), который более выгоден банкам в плане очередности их требований при несостоятельности должника:

запретить должнику все операции в отношении такой задолженности – оплата производится непосредственно кредитору; или запретить должнику все операции в отношении такой задолженности, за исключением возможности их собирания с третьих лиц. При этом должно существовать обязательство должника переводить полученные доходы от задолженности кредитору в погашении долга должника перед кредитором; или запретить должнику все операции в отношении такой задолженности, за исключением возможности их собирания с третьих лиц. При этом должно существовать требование, что полученные доходы должны перечисляться на отдельный счет в банке-кредиторе или третьем банке. Этот счет должен быть заблокирован для того, чтобы в случае дефолта кредитор мог использовать эти денежные средства для удовлетворения своих требований к должнику.

#### Форма обеспечения

Как “floating charge”, так и залог товаров в обороте и залог предприятия как имущественного комплекса не могут возникать в силу закона. Такое обременение возникает только на основании договора между кредитором и лицом, предоставляющим обеспечение.

#### Регистрация обременения

Залог товаров в обороте не подлежит какой-либо государственной регистрации. Однако в соответствии со ст. 357 Гражданского кодекса РФ существует обязательство залогодателя вести книгу залога. В этой книге отображается запись об условиях залога товаров и обо всех операциях, влекущих изменение состава или натуральной формы заложенных товаров, включая их переработку, на день последней операции.

Ипотека предприятия как имущественного комплекса подлежит обязательной регистрации, что закреплено в ст. 339 Гражданского кодекса РФ. Несоблюдение правил отнесительно регистрации ипотеки предприятия как имущественного комплекса влечет недействительность договора о залоге.

“Floating charge” должно быть обязательно зарегистрировано в соответствии со ст. 396 Закона о компаниях 1985 г. (Companies Act 1985), действующего в Англии. Отсутствие такой регистрации влечет признание “floating charge” недействительным по отношению к ликвидатору или администратору компании, а также любому обеспеченному кредитору компании.

<sup>3</sup> См. английские решения по следующим делам: In re Cosslett (Contractors) Ltd [1998] Ch 495, Siebe Gorman & Co Ltd v Barclays Bank Ltd [1979] 2 Lloyd’s Rep 142, In re Keenan Bros Ltd [1986] BCLC 242 and In re A Company (No 005009 of 1987), Ex p Copp [1989] BCLC 13.

### Полномочия кредитора контролировать лицо, предоставившее обеспечение

По российскому и английскому законодательству для кредитора существуют возможности контролировать лицо, предоставившее обеспечение.

В российском праве в отношении залога товаров в обороте у кредитора есть следующие возможности:

на основании ст. 357 Гражданского кодекса РФ вправе требовать ведения книги залогов, в которую вносятся записи об условиях залога товаров и обо всех операциях, влекущих изменение состава или их натуральной формы, включая переработку, на день последней операции; на основании ст. 357 Гражданского кодекса РФ при нарушении залогодателем условий залога товаров в обороте залогодержатель вправе путем наложения на товары, находящиеся в залоге, своих знаков и печатей приостановить операции с ними до устранения нарушения; на основании ст. 342 Гражданского кодекса РФ кредитор может запретить последующий залог имущества.

В отношении залога предприятия как имущественного комплекса у кредитора по российскому законодательству есть следующие возможности:

на основании ст. 72 Федерального закона “Об ипотеке (залоге недвижимости)” от 16 июля 1998 г. без разрешения залогодержателя залогодатель не вправе передавать имущество, относящееся к предприятию, в залог, совершать сделки, направленные на отчуждение недвижимого имущества, относящегося к предприятию, если иное не установлено договором об ипотеке;

согласно ст. 72 Федерального закона “Об ипотеке (залоге недвижимости)” от 16 июля 1998 г. в случае непринятия залогодателем предприятия мер по обеспечению сохранности заложенного имущества, неэффективного его использования, что может привести к уменьшению стоимости предприятия, залогодержатель вправе обратиться в суд с требованием о досрочном выполнении обеспеченного ипотекой обязательства или введении ипотечного контроля за деятельностью залогодателя. Решением суда залогодержатель в порядке ипотечного контроля может быть уполномочен:

а) требовать от залогодателя регулярно представлять бухгалтерские и иные отчетные документы, предварительно согласовывать вопросы, связанные с заключением сделок с относящимся к предприятию имуществом;

б) обращаться к собственнику имущества, относящегося к предприятию, или уполномоченному им органу с требованием о расторжении контракта с руководителем предприятия;

в) предъявлять в суд иски о признании сделок, заключенных залогодателем, недействительными;

г) осуществлять иные права, предусмотренные ипотечным контролем за деятельностью залогодателя.

По английскому праву при “floating charge” у кредитора более широкие возможности для контроля над имуществом. Например, в договоре “floating charge” могут быть установлены ограничения должника заключать какие-либо сделки, такие как продажа существенной части их бизнеса. Очень часто в договор “floating charge” включают негативную оговорку для того, чтобы кредитор мог контролировать создание иных обеспечительных интересов над активами должника. В договоре “floating charge” могут содержаться и иные ограничения. При этом следует иметь в виду, что такие ограничения должника являются действительными между креди-

тором и должником, однако скорее всего они будут распространяться на третьих лиц, только если таким третьим лицам известны эти ограничения.

### Право кредитора обращать взыскание на обремененное имущество

В соответствии с российским законодательством кредитор имеет право обращать взыскание на заложенное имущество в процедуре, как это закреплено в ст. 348 Гражданского кодекса РФ и Федеральным законом “Об ипотеке (залоге недвижимости)” от 16 июля 1998 г.

Дополнительные правила обращения взыскания на заложенное имущество устанавливаются в отношении залога предприятия как имущественного комплекса. Так в соответствии со ст. 73 Федерального закона “Об ипотеке (залоге недвижимости)” от 16 июля 1998 г. *в случае неисполнения залогодателем обязательства, обеспеченного ипотекой предприятия, взыскание на заложенное имущество может быть обращено только по решению суда.*

В отличие от залога предприятия как имущественного комплекса обращение взыскания на залог товаров в обороте может осуществляться во внесудебном порядке.

Дополнительно ст. 71 Федерального закона “Об ипотеке (залоге недвижимости)” от 16 июля 1998 г. устанавливает, что при залоге предприятия как имущественного комплекса право на обращение взыскания на предмет ипотеки по неисполненному или ненадлежащим образом исполненному обязательству возникает у залогодержателя не ранее, чем по истечении года с момента заключения договора об ипотеке.

По английскому законодательству отсутствует понятие обращения взыскания на имущество. Однако кредитор получает возможность получения удовлетворения из “floating charge” после crystallization. Процедура crystallization в определенной степени напоминает собой превращение “floating charge” в фиксированный залог. Crystallisation может возникнуть в нескольких случаях: прекращение бизнеса, чаще всего при несостоятельности должника; когда кредитор вмешивается и, например, требует назначение администратора; случаях, когда такое право предусмотрено положениями договоров “floating charge”.

### Удовлетворение требований

По российскому законодательству удовлетворение требований кредиторов происходит путем продажи заложенного имущества с публичных торгов (ст. 350 ГК РФ).

Залог товаров в обороте по российскому праву или залог предприятия как имущественного комплекса имеет те же правила и приоритетность удовлетворения требований, что и иной залог. Так, в случае невыполнения основного договора кредитор имеет право наложить обращение взыскание на заложенное имущество и продать его с публичных торгов, чтобы удовлетворить свои требования. При банкротстве права кредитора по договору залога товаров в обороте или залого предприятия как имущественного комплекса удовлетворяются в преимущественном порядке из состава заложенного имущества перед другими коммерческими кредиторами (ст. 134 Федерального закона “О несостоятельности (банкротстве)”).

Обременение посредством “floating charge” имеет иную очередность удовлетворения требований по сравнению с другим обеспечением. Так, твердое обеспечение в виде “fixed charge” имеет преимущественную очередность удовлетворения по сравнению с “floating charge”. По английско-

му праву отсутствует обязанность продавать обремененное имущество путем публичных торгов.

#### Преимущества и недостатки гибкого обеспечения

Гибкий залог в английском законодательстве в виде “floating charge” и в российском законодательстве в виде залога товаров в обороте или залога предприятия как имущественного комплекса представляет для кредитора возможность обременить имущество, состав которого постоянно меняется. Это, с одной стороны, помогает кредитору получить необходимое обеспечение, а с другой – стороны не препятствует компании-должнику продолжать свою обычную хозяйственную деятельность. Гибкое обеспечение предоставляет свободу должнику в управлении своими активами до банкротства или дефолта. Должник может отчуждать и приобретать имущество без согласия кредитора. Отдельные предметы попадают и исключаются из обеспечения по мере того, как имущество/активы продаются или покупаются должником, покупатель приобретает имущество без каких-либо обременений. Преимуществом данного обеспечения является и то, что оно может распространяться на как уже существующие активы, так и на будущие активы. При этом отсутствует необходимость четко идентифицировать каждое из обремененных активов.

Вместе с тем у гибких видов обеспечения есть и свои недостатки.

Так, к недостаткам “floating charge” можно отнести следующее:

требование кредиторов по такому обеспечению имеет более низкую очередность, чем большинство требований иных кредиторов должника; такое обеспечение ограничивает должника в получении иного финансирования, особенно

если “floating charge” распространяется на большую часть имущества, так как другой кредитор будет более осторожен в этом случае в предоставлении своего обеспечения; должник может без ограничений передавать свое имущество без согласия кредитора, которое переходит к другому лицу без ограничений; при “floating charge” кредитор обычно не знает стоимости и количества активов, находящихся у него в обеспечении.

К недостаткам гибкого залога по российскому праву можно отнести следующее:

отсутствие регистрации в отношении залога товаров в обороте, создающее трудности для кредитора в определении приоритетности своих требований и существовании предыдущих залогодержателей в отношении этого имущества, так как в этом случае кредитор может только основываться на книге залогов, которую ведет сам должник; отсутствие реального контроля над заложенным имуществом, так как оно может быть в любой момент выведено из залога должником путем его продажи третьим лицам. Право залога при такой продаже не следует за проданным имуществом; достаточно сложная процедура обращения взыскания и удовлетворения требований в отношении залога предприятия как имущественного комплекса.

\* \* \*

На настоящий момент практика показала, что гибкий залог является успешным обеспечением, которое используется в коммерческих сделках. Институты “floating charge” по английскому праву и залога товаров в обороте или залога предприятия как имущественного комплекса по российскому праву используются на практике, особенно в тех случаях, когда создание твердого залога не представляется возможным.