

PA-ABX-223
ISBN 97171

*Jonathan Bates, Lane Blumenfeld, David Fagelson, Vladimir Fedorov,
Dmitry Labin, Jan-Hendrik M Röver, John L Simpson (eds.)*

**INTERNATIONAL CONFERENCE
ON SECURED COMMERCIAL LENDING
IN THE COMMONWEALTH OF INDEPENDENT
STATES**

**4-5 November 1994
Moscow, RF**

Conference Proceedings

TABLE OF CONTENTS

Preface	4
Sponsoring Organisations	5
FIRST DAY - 4 NOVEMBER 1994	10
1. Welcoming Remarks	10
Andre Newburg, General Counsel, European Bank for Reconstruction and Development, London	10
Charles Cadwell, Director IRIS-Center, University of Maryland	11
Olek Boikov, Deputy Chairman of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation, Moscow	11
2. The Law of Secured Lending in Russia and the CIS	13
Professor Alexander Makovsky, Vice-Chairman of the Research Center for Private Law under the President of the Russian Federation, Moscow	13
Valentin Borovtsov, Borovtsov & Salei, Minsk	18
William Atkin, Managing Partner, Baker & McKenzie, Moscow	21
3. Secured Lending in Russia and the CIS in Practice	23
Miljenko Horvat, President of Citibank T O, Moscow	23
Melissa Schwartz, Chadbourne & Parke, Moscow	25
4. Contract and Property Rights in Market Economies: Conceptual Framework	27
Allan Farnsworth, Alfred McCormack Professor of Law, Columbia University, New York	27
5. Secured Lending in Market Economies: Law and Practice	30
James White, Professor of Law, University of Michigan, Ann Arbor	30
Jan Hendrik Dalhuisen, Executive Director, IBJ International plc, Professor of Law, University of Utrecht	32
Ronald Dwight, Director, IRIS Poland, Warsaw	37
Questions and Answers	40
6. Specific Aspects of Charged Property	42
Jan-Hendrik Röver, Legal Adviser, European Bank for Reconstruction and Development, London	42
John Simpson, Team Leader, European Bank for Reconstruction and Development, London	44
Lane Blumenfeld, Director, IRIS-Russia, Moscow	47
7. Enforcement	50
Vasily Vitransky, Deputy Chairman, Supreme Arbitration Court, Moscow	50
Victor Cujba, Deputy Chairman, Supreme Arbitration Court, Moldova	52
Stephan Breidenbach, Professor of Law, Europe University "Viadrina", Frankfurt/Oder	55
8. Insolvency Aspects	58
Jan Hendrik Dalhuisen, Executive Director, IBJ International plc, London, Professor of Law, Utrecht University	58
Richard Conn, Managing Partner, Latham & Watkins, Moscow	62
Victor Golubov, Deputy Chairman, Russian Federal Bankruptcy Agency, Moscow	64
9. Registration	67
John Schelderup Olaisen, Director, Norway Group AS, Oslo	67
Marina Vit, Russian State Duma, Committee on Property and Privatisation and Economic Affairs, Moscow	70
Marina Artamonova, Senior Adviser, Department of Commercial Operations, Tokobank, Moscow	72
Ildar Kurbanov, Chairman of the Legal Department of the Presidents Administration in Azerbaijan, Baku	74

10. Closing Remarks	75
Mikhail Mityukov, First Deputy Chairman, State Duma of the Russian Federation, Moscow	75
SECOND DAY - 5 NOVEMBER 1994	77
1. Case Study of a Secured Lending Transaction	77
2. The Role of the Banker in Russia and the CIS: Credit Risk and Analysis.....	78
Nicolas Ollivant, Credit Officer, European Bank for Reconstruction and Development, London	78
3. The Role of the Lawyer in Russia and the CIS: Creating Security under Russian Law	82
Melissa Schwartz, Attorney, Chadbourne & Parke, Moscow	82
4. Putting It All Together: Documentation and Registration	86
Alexei Zverev, Linklaters & Paines, Moscow	86
5. Conclusions and Summations.....	89
David Fagelson, Director for Law and Governance, IRIS Center, University of Maryland	89
Andre Newburg, General Counsel, European Bank for Reconstruction and Development, London	90

Preface

The International Conference on Secured Commercial Lending in the Commonwealth of Independent States took place in Moscow at the Russian Supreme Arbitration Court in November 1994. During the Conference, jurists, parliamentarians, bankers and entrepreneurs from Russia and the other member countries of the CIS discussed issues of secured commercial lending with leading experts in law and banking from the United States and Europe. The Conference was timely, taking place shortly before the enactment of Part I of the new Russian Civil Code, containing provisions on secured transactions.

The Conference grew out of work that the European Bank and IRIS Center assisting in the creation and protection of security interests and other property rights in the Russian Federation and across the CIS. Such protection is essential if lenders are to extend credit to the newly emerging private sector.

The Conference began by outlining institutional and legal impediments to secured lending by leading jurists, judges, practising lawyers and bankers from Russia and the CIS. Afterwards, prominent Western experts described the elements required for the protection of security interests in the U.S. and Europe. Experts from the region and the West also examined related issues, such as enforcement, insolvency and registration.

On the second day of the Conference, participants applied this framework to a hypothetical business situation. This case study produced intense debate among the CIS participants about the appropriate framework for secured lending in their countries and provided an opportunity to apply to a concrete case the discussion from day one of the Conference.

The proceedings from the conference are reproduced in English and Russian. This publication contains all remarks from the first day of the Conference, as well as substantial parts of the case study discussion on the second day. The co-sponsors hope that their publication will promote greater understanding of the issues involved and stimulate further debate about the means of building an effective secured commercial lending regime in the countries of the CIS.

Andre Newburg

**General Counsel
European Bank for Reconstruction
and Development**

Charles Cadwell

**Director
Center for Institutional Reform and the
Informal Sector
University of Maryland**

May 1995

Sponsoring Organisations

Inter-Parliamentary Assembly of Member Nations of the Commonwealth of Independent States.

The Inter-Parliamentary Assembly of Member Nations of the Commonwealth of Independent States was created in Almaty in March 1992. The IPA, acting as the legislative arm of the CIS, provides a forum in which the countries can discuss issues of mutual concern and develop joint activities, in co-ordination with national legislatures. The Assembly, which is located in the historic Tavrichesky Palace in St. Petersburg, also sponsors conferences and seminars on common problems facing the CIS.

Supreme Arbitration Court of the Russian Federation

The Russian Constitution creates a branch of courts, the Arbitration (or Arbitrazh) Court, that deals exclusively with economic disputes. The system includes the Supreme Arbitration Court and eighty one regional arbitration courts at the republic, kray and oblast level. The Arbitration Court is one of three sub-branches of the Russian judicial system, which also includes the Constitutional Court and courts of general jurisdiction that handle criminal and civil proceedings.

The Supreme Arbitration Court of the Russian Federation, located in Moscow, is, according to Russia's Constitution, the highest judicial authority on economic matters and the Court of final appeal on disputes arising from commercial transactions.

Scientific Consulting Center for Private Law of the Commonwealth of Independent States.

The restoration of economic ties and the rebuilding of trade relations within the CIS requires co-ordination and some standardisation in the development of civil legislation. With this objective in mind, the leaders of the member nations of the Commonwealth of Independent States established the Scientific Consulting Center for Private Law of the CIS in April 1994 to draft model legislation. The center has produced a model civil code, which was adopted by the Inter-Parliamentary Assembly of the CIS in October 1994, and is working on model laws on joint stock companies, mortgages, condominiums and registration of immovable property. This collaborative process is an important vehicle for harmonising commercial law within the CIS, which is itself a critical step in the economic reforms of these transition economies. This CIS institute is modelled after the Research Center for Private Law under the President of the Russian Federation, which has been responsible for drafting Russia's Civil Code.

The European Bank for Reconstruction and Development

Purpose and role

In 1991, the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) was established to foster the transition towards open market-oriented economies and to promote private and entrepreneurial initiative in the central and eastern European countries committed to and

applying the fundamental principles of multi-party democracy, pluralism and market economies.

The Bank aims to help its countries of operations to implement structural and sectoral economic reforms, including demonopolisation, decentralisation and privatisation, taking into account the particular needs of countries at different stages of transition. Its activities include the promotion of private sector activity, the strengthening of financial institutions and legal systems, and the development of the infrastructure needed to support the private sector.

The EBRD encourages co-financing and foreign direct investment from the private and public sectors, helps to mobilise domestic capital, and provides technical co-operation in relevant areas. It works in close co-operation with international financial institutions and other international organisations. The Bank promotes environmentally sound and sustainable development in all of its activities.

Membership and capital

The EBRD has 59 members (57 countries and the EC and EIB), including 25 countries from central and eastern Europe and the former Soviet Union. The initial subscribed capital is ECU 10 billion, of which 30 per cent is paid in. The Bank also borrows in various currencies on world capital markets.

Organisation

The powers of the EBRD are vested in a Board of Governors, to which each member appoints a Governor and an Alternate. The Board of Governors has delegated powers to a Board of Directors with 23 members, who are elected by Governors for a three-year term. The Board of Directors is responsible for the direction of the general operations of the Bank, including establishing policies, taking decisions concerning projects and approving the budget. The President is elected by the Board of Governors for a four-year term. Vice Presidents are appointed by the Board of Directors on the recommendation of the President.

Financing

One of the EBRD's strengths is that it can operate in both the private and public sectors. It merges the principles and practices of merchant and development banking, providing funding for private or privatisable enterprises and for physical and financial infrastructure projects to support the private sector.

The EBRD aims to be flexible by using a broad range of financing instruments, tailored to specific projects. The kinds of finance it offers include loans, equity investments and guarantees. In all of its operations, the Bank applies sound banking and investment principles. The terms of the EBRD's funding are designed to enable it to cooperate both with other international financial institutions and with public and private financial institutions through co-financing arrangements.

By the end of August 1994, the Bank had approved 217 projects for a total of ECU 4.6 billion. Of these, 169 had been signed.

Project-related technical co operation is a major feature of the EBRD's activities. By the end of August 1994, 32 co-operation fund agreements with bilateral donors, totalling over ECU 210 million, had been made with the Bank for this purpose; 670 projects, with a total estimated cost of over ECU 152 million, had been committed.

Operations

The EBRD's operations are carried out through its Banking Department, which is composed of teams combining the Bank's private sector and public sector specialists. Country teams ensure consistent implementation of the Bank's country strategies; these are backed up by the specialist expertise of sector teams and operations support units.

The other Bank departments are as follows: Finance, Personnel and Administration, Project Evaluation, Secretary General, General Counsel, Chief Economist, Internal Audit and Communications.

The EBRD's headquarters are in London, with Resident Offices in 12 countries of operations.

THE IRIS CENTER

The center for Institutional Reform and the Informal Sector (IRIS), an affiliate of the University of Maryland at College Park, was launched in 1990 with funding from the United States Agency for International Development (USAID). The purpose of the project is to foster reform of legal, political, and economic institutions in countries making the transition from centrally planned to market economies. IRIS pursues this objective by developing and disseminating knowledge about institutions and by assisting select governmental and private sector organisations and individuals who are studying and improving institutions in their own countries. IRIS is engaged in institutional reform throughout the world - in the new countries of the former Soviet Union, in Central and Eastern Europe, in Asia, and in Africa.

The IRIS center is composed of lawyers and economists who specialise in the reform of institutions central to market democracies. IRIS is based on the concept that the quality of a country's legal and political institutions principally determines its economic performance. Governments may permit capital markets to emerge within their borders, but those markets will not thrive unless legal institutions secure individual property rights and provide for the impartial enforcement of contracts. Thus, while IRIS recognises the importance of other factors - such as natural resource endowment or level of capital - its premise is that institutional reform is a requirement for economic development, whether in Russia and the other former Soviet Republics, Eastern Europe, or the Third World.

The IRIS center's current overseas projects include the development and implementation of a collateral law system in Poland, land and antitrust laws in Mongolia, company and contract laws in Nepal, business registration and customs fraud prevention programmes in Chad, anti-monopoly regulation in Ukraine, economic policy research and analysis in Armenia, and commercial law, economic research, and natural monopoly regulation in Russia. In all of these activities, local experts and officials play a paramount role. For its part, IRIS, which has placed long-term resident advisors in each of these countries, provides expertise in both the legal and economic aspects of the reform process.

IRIS-RUSSIA PROJECT

From its Moscow field office, the IRIS-Russia Project is involved in a range of economic and legal reform activities through three distinct USAID-sponsored projects: Commercial Law Reform, Economics and Institutions, and Market Environment Reform.

Commercial Law

The objective of the Commercial Law Reform Initiative is to assist and train Russian law makers, judges, and legal practitioners at the Federation level as they develop the components of a commercial law regime essential for Russia's transition to a market economy. Among other activities, IRIS is advising the presidential commission drafting the new Civil Code, the body of law that will form the legal basis for all commercial transactions in Russia.

Economics and Institutions

IRIS and the Russian Institute for the Economy in Transition are co-operating on an Economics and Institutions project with Russian economists and policy makers in areas related to the transition. Through this programme, IRIS supports Russian researchers studying the economic policy issues and legal problems associated with the transition, organises seminars and conferences for policy makers in economics, collective choice, and the legal institutions of a market economy, and assists young economists interested in examining the transitional period.

Market Environment

IRIS is the prime contractor under a USAID contract to support market environment reforms across the Newly Independent States of the former USSR. The contract has two major components - creation of a legal and regulatory environment, and economic education.

In Russia, IRIS has established a programme on Natural Monopolies with the participation of the Working center for Economic Reform under the Government of Russia and the Ministry of Economy. The programme's main purpose is to assist the Russian Government in the development and evaluation of alternatives for the economic regulation of natural monopoly industries and in the implementation of reforms in these industries.

USAID

The United States Agency for International Development (USAID) was created in 1963 and is funded through the United States federal budget to respond to countries requesting American technical assistance. Today USAID is active in approximately 70 countries and provides various kinds of assistance in a variety of areas. These areas include agriculture, business development, health, energy, the environment and education.

When Russia began its historic reforms in the late 1980s, a series of summit meetings were conducted between Russian and American leaders. These meetings have resulted in a number of efforts whereby the two countries co-operate to address issues arising out of the reform

effort in Russia. Today USAID is co-operating with the Government of Russia in such areas as environmental policy and technology, health care improvement, private sector development, housing reform, economic restructuring, legal reform, training and energy development. In each of these sectors USAID has activities which have been designed in co-operation with the Government of Russia to address specific needs.

Like the United States, Russia is a large and diverse country. As it goes through its reforms the Russian will become stronger. American assistance is not directed only at Moscow but is evident throughout the country (including the Russian far east). However, US assistance concentrates activities in regions which have shown the most reform progress and are making the greatest reform efforts.

USAID is proud of its relationship with the Government of Russia and the achievements which have evolved as a result of the co-operation between Washington and Moscow.

FIRST DAY - 4 NOVEMBER 1994

1. Welcoming Remarks

Andre Newburg,
General Counsel, European Bank for Reconstruction and Development, London

Ladies and gentlemen,

Allow me to welcome you on behalf of the organisers to this international conference on secured commercial lending in the CIS countries. One of the reasons for this conference is the European Bank's draft of a model law on secured transactions. The role of the European Bank is to provide support to the countries of central and Eastern Europe and the Commonwealth of Independent States in the process of transition to a market economy. Secured transactions are especially important for financing of projects in market economies.

Allow me to introduce the conference organisers: The Inter-Parliamentary Assembly of CIS Member Countries, the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation, the Russian Federation President's Research center for Private Law, the IRIS center, the US Agency for International Development, and the European Bank for Reconstruction and Development. I would like to thank Olek Vitalyevich Boikov for his involvement in our work and for the opportunity to hold this seminar in this wonderful building. Our conference will last two days each of which will have different agendas. The first day will be organised in the style traditional for such forums and will take the form of several seminars. The second day will be devoted to the study of a concrete case, with financial and legal analysis of a secured lending transaction. This case will be presented to you for consideration today during an upcoming session.

Let me say a few words about the sessions that we will have today. We begin this morning with a look at the law and practice of secured lending in Russia and the CIS. This will be followed by a broader look at the law and practice of secured lending in other countries. This afternoon we hear about various elements of secured transactions: property that may be subject to charges, the realisation of charges, the effects of insolvency, and registration systems. Then there will be some words on developments in secured lending in the CIS, including the Russian Law on Pledge of 1992 and the pledge provisions of the draft Civil Code which have been followed in a number of the other countries of the CIS.

Significant progress has been made but implementation still needs to take place and practice still need to be developed. We hope that the legislatures will be able to draw some support from the EBRD's model law which envisages a comprehensive system of charges and registration. The law has already stimulated proposals in other countries such as Hungary, as well as the UNIDROIT proposal of a draft model law on secured transactions. The EBRD model law has been translated into Russian and is included in the materials that you have that have been distributed to you. It has also been translated into Romanian and Latvian. The proceedings of this conference are to be published in Russian and English and

we hope the discussion of the next two days will provide stimulus to work on this very important matter of securing business credits in the transition economies. Thank you very much and I wish us all a successful conference.

Charles Cadwell,
Director IRIS-Center, University of Maryland

It is my pleasure to join Andre Newburg in welcoming you to this two-day conference. Across history and regardless of geography, those countries which have experienced economic growth and provided broad-based well-being for their people have been those which provided secure property rights and the impartial enforcement of contracts. And so it is a particularly relevant pleasure to be opening today's conference which focuses on ideas central to the establishment of property rights and to have the conference held in a building dedicated to the impartial enforcement of commercial arrangements. The center for Institutional Reform in the Informal Sector, which is located in the economics department of the University of Maryland, has its activities unified by this idea: the idea that the arrangements, the institutions as economists call them, by which society organises its commercial activity are central to growth. This idea unifies our work not only in Russia, but in Ukraine, Poland, Mongolia, India, Nepal, and other places around the world. Our interests are not only in the adoption of laws, of course, but also in their implementation. As difficult as it is to agree and to adopt a law through a legislature, experience is replete with examples of adopted but unimplemented laws - laws that don't work. Today's programme brings together both legal drafters and practitioners, so we look forward to an interesting and also important two days of discussion. I think it is particularly important that there are experts in the room from all of the CIS countries, from Lithuania, from Poland, from Norway, Germany, the United Kingdom and the United States. I must say it is a particular personal pleasure that we have with us as well two of the leading scholars on commercial law from the United States: James White and Allan Farnsworth. Their work and their teaching is something that all of us who have trained in the United States have benefited from significantly. I want also to take the opportunity at the beginning of today's proceedings to thank both the US Agency for International Development, whose financial support makes our work in Russia possible, as well as this conference, and the EBRD for its support. But most importantly, I want to thank the Supreme Arbitration Court for its generous hospitality in hosting today's conference and also this evening's reception to which I want to make sure everyone is aware that you are invited. Having said that, let me introduce our host: Mr. Olek Boikov, the Deputy Chairman of the Supreme Arbitration Court.

Olek Boikov,
Deputy Chairman of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation,
Moscow

We have a situation here in which the hosts are being introduced by the guests. But I do not think that this matters a great deal. Allow me, on behalf of the Supreme Arbitration Court, to congratulate you on the opening of the conference and to wish it success. Unfortunately, the Chairman of the Supreme Arbitration Court is travelling on business and could not do this personally. And so he instructed me to congratulate the conference participants on his behalf.

Under the Russian Constitution, the Supreme Arbitration Court, whose building you are in, is the supreme judicial body for the settlement of economic disputes. And this, as you can understand, accounts for our interest in the problem of secured commercial lending and our participation as conference organisers. As you noticed from the previous presentations, everyone praised others for their active involvement in preparing the conference but, naturally, not themselves. It seems that I too should carry out this mission and point out that a major contribution to the preparation of this conference, as conference organisers and sponsors, was made by the European Bank for Reconstruction and Development, the center for Institutional Reform and the Informal Sector, and the US Agency for International Development.

As I said, our subject matter is extremely relevant. It is indeed relevant from the standpoint of the state of the Russian economy. We know that at the current time our country is experiencing a difficult economic period. During this period a considerable role is being played by commercial lending, as one of the levers that might be capable of bringing the economy out of this difficult situation. Of course, there are economic factors, above all, inflation. But there are also legal factors that, nonetheless, are hindering the use of this means in the economy. As a judicial body, we have especially keen first-hand experience with these negative legal factors. I am referring primarily to the fact that our legislation in this field is extremely imperfect. And in saying so, I am not following a fashion, for it is fashionable in our country today to criticise legislation, especially when you have nothing else to say. I am simply stating the fact, since in this particular case we are enforcers of the law and can speak of this matter as a genuine fact.

Our legislation, as you know, has arisen in different time periods. It is internally contradictory, and there also are a great deal of discrepancies and contradictions at the level of enactment. We, the Supreme Arbitration Court, and the other arbitration courts are often asked to settle disputes relating to these discrepancies and contradictions. Some feel that parties turn to us too often, which attests to the disorderly state of legal relations in this country. Others, on the contrary, believe that parties turn to us too rarely, which would indicate that we do not yet have an appropriate legal status in this country. Our view is that parties turn to us exactly as often as necessary, depending on our legislative situation, legal status and legal culture. I would like to point out once more that you will be discussing this subject for two days, and that there are indeed some highly complex issues here that have not been resolved by law. We encounter them every day. A search is under way, including a search for legal enforcement practices, and foreign experience will also be useful.

For we sometimes have to deal with rather odd forms of protecting commercial credits. I am referring to attempts, and they are very widespread, to protect such credits through so-called "insuring of liability by the borrower himself." We think that this conference will not only be of great importance for enforcement of the law, but that it will be of even greater significance for the development of legislation. In this hall, and we are very much aware of this, are people who are directly engaged in drafting the texts of new laws, especially the Civil Code and its second section, as well as banking legislation, and also people who are responsible for making decisions based on these laws. I, therefore, think that there are good prospects that the recommendations of our conference will be implemented. Allow me once more, on behalf of the Supreme Arbitration Court, to wish you success in your work. Thank you for your attention.

2. The Law of Secured Lending in Russia and the CIS

Professor Alexander Makovskiy,
Vice-Chairman of the Research Center for Private Law under the President of the Russian Federation, Moscow

Dear Chairman and dear ladies and gentlemen.

I see my task, and I spoke about this with the conference organisers, as attempting to say a few words about the new elements that are now appearing in the future Civil Code with the aim of bringing about more effective secured lending.

When discussing the importance of the law on commercial lending, people usually speak of a chain. Economic development is impossible without investment, investment is impossible without lending, lending is impossible without security, and security is impossible without good legislation. And for this reason, no doubt, at the very outset of Russia's transition to a market economy, efforts got under way to draft a Mortgage Law. This law arose, as you know, rather quickly and, unfortunately, it must be said bluntly that it has not accomplished the tasks it was intended to accomplish, nor has it realised the hopes that had been pinned to it. Is this a consequence of shortcomings of the law alone? Yes, the law has many shortcomings, I will speak of several of them, which we have tried to avoid in the Civil Code. But the law's shortcomings are by no means the only problem. The problem, of course, lies primarily in the state of our economy. Such forms of secured lending as pledges, above all pledges of real property and mortgages, as well as such forms of security as bank guarantees and other sureties, are unfortunately not going to develop sufficiently given the inflationary economic state that we currently have. The second point that must be made in speaking of the insufficient effectiveness of the Mortgage Law is that it has not and could not accomplish two tasks that were beyond its scope altogether. At the time, perhaps, we did not understand this very well.

The first task that lies beyond the scope of the Mortgage Law and which, I must say, lies even beyond the scope of civil legislation in general, is the task of creating in the country a normal, smoothly operating system of registration of real property and of transactions involving real property. Until such a system is created, and creating it is a complex and rather costly affair, mortgages will not be a normal and effective means of securing obligations, because the creditor will always have doubts that he may be in danger of being deceived or swindled in accepting a mortgage on a given property. The second circumstance that lies outside the scope of the Mortgage Law and outside the scope of the Civil Code, but which is related, naturally, to legislation, and which we also failed to take into sufficient account in drafting the Mortgage Law is the creation of a sufficiently effective system for selling property and recovering property pledged as security. This is something that we are still working on today, above all in the Civil Procedural Code, which had undergone no changes in this respect, and whose regulations in this area in no way take into account Russia's transition to a market economy. In effect, if you try to apply these regulations on recovering property to private property, the only thing in them that is more or less suitable with respect to the subsequent sale of such property, the only thing that is more or less relevant today, is the sale of a residential building belonging to a citizen. Strictly speaking, applying these regulations to the sale of other property would doubtless be impossible. In drafting the Civil Code and drafting the regulations on securing obligations, including on securing lending agreements, those who worked on this draft naturally tried, insofar as

possible, to make these regulations effective. And here the drafters found themselves between Scilla and Charybdis, so to speak, between two dangers that had to be avoided.

On one hand, it was of course necessary to enable a creditor to resort to these regulations rather quickly and rather effectively, including, if necessary, to have a rather effective capability to recover collateral. On the other hand, it was necessary to protect the interests of pledgors, who in our country today, in a significant number of cases, are not entrepreneurs but ordinary citizens, citizens who may own a rather valuable property in the form of parcels of land, apartments and houses but who, as a rule, have nothing else in their pockets besides this property. And after pledging this property and subsequently losing it as a result of recovery, these citizens could wind up with virtually nothing at all and be thrown on to the street. One has to bear in mind, the special characteristics of our society, characteristics relating to the fact that citizens are accustomed to relying on the state to protect them. Remember that although our law provided for the possibility of evicting citizens from apartments, including, for example, for failing to pay their rent, in reality our practice knew no instances in which a citizen was thrown on to the street for not paying his rent or for any other reason. If we were to say today that we will make it very easy to recover the property which they have mortgaged and to throw them out into the street, then I think serious objections would be elicited from very broad circles of our society.

For this reason, in drafting these regulations the legislators and those who drafted the law tried, on one hand, to create some kind of sufficiently effective rules for recovery and mortgages in general, and on the other hand, generally to protect the weak party in these relations, which is very often the pledgor. What is fundamentally new in the Civil Code, which has now made it through the State Duma and is being considered in the Federation Council, with respect to secured obligations and secured lending? I should say first of all that, in general, it offers two new means of securing obligations that were hitherto unknown in our legislation. They are the bank guarantee, which is distinct from the surety. I am not going to discuss it in detail because those who know the regulations governing guarantees developed by the International Chamber of Commerce in Paris can easily imagine what it involves. And the second method hitherto absent in our legislation is the right of creditors to put liens on a debtor's property. We had this right in our legislation as an isolated instance in transportation law: a carrier could put a lien on a cargo until he was paid for shipment. We had this in our legislation on commissions: a commission agent could put a lien on the property of a consignor until he was paid under the commission contract. Now a general rule has appeared – the institution of a creditor's right to put a lien on a debtor's property. But perhaps the most substantive changes in this sphere of the Civil Code pertain to changes in mortgage legislation.

The Mortgage Law that I mentioned and that is in force in the Russian Federation will not be rescinded with the entry into force of the first section of the Civil Code, but it will lose its significance to a considerable extent because of the fact that many of its provisions will be superseded, as it were, by the provisions of the Civil Code. It appears that the law will be repealed once and for all when our parliament enacts a Law on Pledges of real property and mortgages. And it must be said here that the Civil Code contains general regulations on pledges and provides for the existence of three special types of pledges: mortgages of real property, pledges of property in pawnshops, which may not be of much interest to this audience, and pledges of goods in circulation.

For the first two, the Code provides for the publication of special laws in a supplement to the Civil Code. The Mortgage Law is being drafted by one of the State Duma committees.

The Pawning Law is not being drafted as yet, but it will obviously be a comparatively minor law.

At the same time, although the Code provides for the creation of these special laws, it also contains certain special norms relating to mortgages of real property and relating to pledges of property in pawnshops. Needless to say, of the greatest importance for pledges, secured lending and pledges relating to the field of entrepreneurial activity are pledges of real property and mortgages. This is the most serious type of security, the most serious type of security for a loan for a long period of time. And it must be said here that the Code makes some changes in the concept of real property *per se* that was already contained in our law and in the 1991 Fundamentals of Civil Legislation. In addition to the concept contained therein, a concept that includes land and everything that is firmly attached to it, the Code explicitly classifies sea-going vessels, aircraft, and inland-water vessels as real property subject to state registration. Although you understand that from a purely physical standpoint these objects are moveable property, from a legal standpoint the law classifies them as real property.

Furthermore, when the Code discusses what kind of pledges are subject to registration, it says that mortgages of real property are subject to registration. In doing so it changes the provisions of the Pledge Law, which, in particular, provided for the registration of all vehicles. This will no longer be the case. Only mortgages of real property, including the vehicles that the Code itself declares to be real property, will be subject to registration.

The Code establishes a foundation for the creation in the future - I repeat: the creation in the future, not today - of an effectively functioning system of registration of real property and transactions involving real property, including, of course, secured transactions. There is a special article that provides for the creation of such a system. It is Article 131 of the Code, which says, in principle, that a unified state register of real property, a computerised register, is to be established in the country; this register will make it easy to obtain relevant information from any place in our country. The intention is to assign this registration function to legal agencies and judicial bodies, because the registration of transactions can be properly carried out only by people with legal training. This is not a question for today, and the law introducing the Civil Code preserves the existing registration system until such time as a special law on the registration of real property and transactions involving real property is enacted.

In discussing pledges of real property and mortgages, we must mention several special rules that regulate the question of mortgages of land lots and of buildings and structures on land lots. Rather complex conflicts can and will arise here, conflicts stemming from the fact that the owner of a land lot can mortgage only the land lot, and a mortgage agreement might not include a building on such a lot; or, on the contrary, conflicts stemming from the fact that the land lot itself and a building on it may belong to different parties. Article 340 of the Civil Code deals with such conflicts and sets down regulations as to how such conflicts are to be resolved. It establishes one regulation that is imperative in any case.

This imperative rule stipulates that a mortgage of a building or structure is impossible without a mortgage of the land lot or at least of the portion of the land lot on which the building is located, the part that functionally supports the capability to operate that building or structure. If the owner of the building or structure is not the owner of the land lot, then the right on the basis of which he uses that land lot must be pledged. In other words, the law precludes, from the outset, the possibility of pledging a building suspended in mid-air.

As concerns mortgages of land lots, the law proceeds from the premise that, in principle, unless the parties have agreed otherwise, the mortgage of a land lot does not presuppose a simultaneous mortgage of any real property located thereon, unless this is explicitly stipulated in the contract. Upon subsequent recovery of a land lot and where the mortgage agreement pertaining to which says nothing about what happens to the buildings and structures located thereon, naturally the question of what is to be done arises.

The Code gives an answer to this question. It says that in such cases the owner of the building or structure retains the right to use that minimal part of the lot that is essential to the functioning and operation of that building and structure. This should prompt all creditors to take a very careful attitude toward entering into pledge agreements and mortgage agreements on land lots, in order not to leave unresolved the question as to what happens to the buildings and structures located on that land lot. Naturally, I am setting many things forth in what is perhaps a far more primitive way than the manner in which they are actually established and set forth in the law, but the shortage of time simply does not allow me to do this in greater detail.

The Code deals with issues of recovery of property pledged as collateral in a way that differs from what is said in the current Pledge Law. Today, as you know, the Mortgage Law says that recovery of collateral, in the event of default on the respective contract or lending agreement, is possible only on the basis of a court ruling. This provision, which was originally included in the draft Civil Code, too, was the subject of very animated discussion and debate among both our own specialists and practitioners and our foreign experts. And in the end, it was decided to dispense with it to a certain extent. The Code now takes a different approach to recovery of collateral, depending on whether the collateral is real or personal property. As concerns real property, the legal procedure for recovering collateral is basically retained. However, an exception is made: The pledgee (the creditor) and the pledgor (the debtor) may agree, albeit at the stage when grounds have already arisen for recovering the property, that the recovery will be carried out without recourse to the courts. And I think that such agreements are quite realistic, because recovery entails additional expenses, and these additional expenses will ultimately be borne by the pledgor, because they will be retained from the proceeds from the sale of the pledged property.

As for personal property, the Code takes an even more liberal approach. It says that recovery is to take place on the basis of a court ruling, but only if the parties have not agreed otherwise. In other words, for all practical purposes an agreement pledging personal property, which today can be motor vehicles, railroad cars, or any kind of equipment, may from the outset stipulate the condition that recovery of such property can take place in a manner bypassing judicial bodies without the involvement of the courts.

And there is another clause that, strictly speaking, may not have been legally necessary in the Code, but provides a certain direction in this respect, with respect to the recovery of personal property. This clause states that in the case of recovery of personal property that was transferred to the pledgee, in such cases, recovery may be carried out in a procedure stipulated by the pledge agreement, unless the law establishes a different procedure. There is nothing else fundamentally different from what I talked about, but such a clause was nonetheless included in the Code.

Finally, we have to mention one other thing: the sequence of satisfaction of creditors' claims is a matter that is also resolved unsatisfactorily in current legislation, because it is

dealt with in civil procedural legislation, legislation that, as I said, has unfortunately not undergone any changes. If you look at our Civil Procedural Code and see how it establishes the sequence for creditors to recover their loans, you will see that the state holds one of the first places. In practical terms, if this sequence is observed, nothing will realistically be left for the creditor once the state has taken all the taxes due to it and collected all the payments to off-budget funds and perhaps many other things. We have now tried to solve this problem in material law. It is addressed in two articles of the Code and relates to instances in which the property of an individual entrepreneur is being recovered and instances in which the property of a legal entity is being recovered; and here the sequence is somewhat different.

First come those who have a right to obtain compensation for damages caused to life or health, which is to say people who have the right to receive money on account of loss of a breadwinner or who have sustained an injury themselves on the job or as a result of some other accident. Second are those who have a right to obtain wages. This is a rather large category, but we cannot push these people down to some lower rank in this sequence either. At some point, perhaps, with a change in our society's mentality, such changes will be made, but today this is impossible. Third place is held by pledgees; pledgees have third priority. At the same time, you will understand that people ranking first and second may be absent; in any case, the number of people falling in the first and second categories could be very small. And the state ranks only fourth. This is a very substantive reform of the sequence for satisfying claims. The state and its taxes and other payments due to it come fourth.

I have spoken very briefly about the changes that have now been made in the Civil Code in order to secure loans and secure obligations. There are other changes as well. In particular, there are very detailed provisions relating to instances in which a pledgee has the right to prepayment, to early execution of the loan agreement, when he has the right to early execution of the loan agreement and early recovery of the property pledged as collateral - meaning immediately - without waiting for the expiration of any time period under one or another agreement.

There is also a large number of other regulations that merit attention, but, in conclusion, I would like to mention one circumstance that is of significance to this audience. Having broken up into a number of states, each of us has begun to fashion our legislation independently of one another. We continue to attempt to fashion our own legislation without looking at what our neighbours are doing, including in Russia, without looking to see what is being done in Ukraine, in Belarus, in Kazakhstan or in Georgia.

For example, Russia has drafted four or five draft transportation regulations, including a draft set of railroad regulations that was drawn up with absolutely no regard for what is being done in the neighbouring states. And I find it very interesting to think how our Ministry of Transportation or Ministry of Railroads would operate if these Russian railroad regulations were to take effect. Fortunately, to a significant extent, we have been able to preserve a unified transportation network, due to the fact that uniform transportation legislation is in effect.

We have also begun drawing up our own legislation on secured lending agreements, and our own mortgage legislation. Fortunately, we have come to our senses rather quickly and founded some necessary institutions. One of them is the Inter-Parliamentary Assembly, which has taken up the question of harmonising this legislation. We have made a number of

positive steps in this direction. Specifically, a few days ago, the Interparliamentary Assembly approved a model for the first section of a Civil Code for the Commonwealth countries, a code that would be drafted with the participation of virtually all the Commonwealth countries, and, I might add, very active participation of the Commonwealth countries. The Inter-Parliamentary Assembly's plans for the beginning of next year include the drafting of a Model Law on Pledges of real property and mortgages. And in relation to this objective, this conference has been convened with the active support and assistance of a number of authoritative organizations.

Naturally, all that will be said here must be taken into account and utilised in drafting the Model Mortgage Law, the drafting of which will commence in the very near future. Thank you.

**Valentin Borovtsov,
Borovtsov & Salei, Minsk**

At the start of the conference it was said that it is very important that representatives of legislative bodies and the scholarly public, as well as practising legal specialists, are taking part in this forum. I do not know to what category I should assign myself. The fact is that I was a public servant for 25 years, having worked in the Council of Ministers and the Supreme Soviet, then as director of the Institute for so-called Legislative Issues in the Supreme Soviet. That institute has now been renamed and has assumed a new look. For the past six months I have been a practising lawyer in the sense that I have established my own private law firm. And so I do not know that this will be a synthesis of my perceptions of our legislation; it may be rather eclectic. It is up to you to judge.

The law was enacted sometime in late 1993; in other words, after the Russian law, as is often the case in the former Soviet republics, and I cannot say that it is drastically different from the Russian law. In the same way, I cannot say that there is a Ukrainian or Kazakh law that has major differences vis-à-vis the Russian law and our own law or that those laws have any sort of fundamental differences: for example, differences that would alter the concept of the legislative act in question although, of course, there are quite a few distinctions.

The materials you have received in your packets contain an article that I wrote together with Mr. Eugene Sullivan, an American attorney, on a comparative analysis of the Belarus Mortgage Law and its Russian and Ukrainian, and to a lesser extent Kazakh, counterparts. It is true to say that the article underwent some rather strange metamorphoses. It was written in Russian, translated into English, adapted to the English, or American, to be more precise, consumer, and then translated back into Russian, with the result that it may have suffered in some way.

I would like to point out that the law took effect on April 1 of this year and for this reason we do not yet have extensive legal and arbitration experience with it. Property is mortgaged primarily for the purpose of obtaining bank loans, and transactions use such forms of secured obligations as pledges rather infrequently. It is clear that the difficulties in applying the document in practice lie not only in that it was perhaps drafted without due regard for foreign practice, and perhaps without proper adaptation of such foreign practice to our economic conditions, but also in that these economic and political conditions per se and the

social and psychological atmosphere in our Belarus society are not conducive to the full enforcement of this law.

Let us put it this way: The Belarus privatisation programme is unfolding in our country at an extremely slow pace. For this reason, at least 80% of all property remains state-owned today. Under our legislation, and this is also apparent from other legislation including Russian legislation, the provision and transfer of property as security is possible with the consent of the owner.

With respect to state property, the situation is as follows. For property under the operational administration or economic jurisdiction of enterprises, virtually all real property, enterprises, buildings and structures, and now vehicles as well, may be mortgaged in the same procedure in which they may be expropriated. In other words, either with the consent of the Council of Ministers in certain cases, or with the consent of the Ministry of State Property and Privatisation, or, with respect to more minor properties, with the consent of the ministry in question. You yourselves understand that if the director of a state-owned legal entity wants to mortgage something as security, he will face the rather complex problem of obtaining the required authorisation. Whereas a plant director, for instance, may be interested in entering into some sort of agreement and obtaining a loan by assigning or pledging his property, the same cannot be said in the same measure of a ministry official, for example, who will be concerned with making sure that if the property subsequently leaves the possession of the state, nobody is going to reprimand him.

We must point out another circumstance as well: Our law stipulates that a large number of types of property may not be pledged. Specifically, these are types of property that may not be privately owned in general but can only be state-owned. These are types of property that are not subject to privatisation, at least in the foreseeable future, and types of property that are of cultural, historical or other value. Strictly speaking, it is quite normal that the state be concerned with making sure that types of property of historical and cultural value do not become objects of buying and selling. But when our law contains the words "other value", something that, as far as I recall, is not mentioned in the Russian law, this bothers me very much. This gives the Cabinet of Ministers grounds, legislative grounds, to include on this list any type of property that, from its viewpoint, is very valuable and of interest to the state. This naturally limits the sphere in which pledges can be applied.

These fears may be somewhat unfounded. When the government adopted the list of types of property that may not be pledged, in particular on the grounds that they are of special value to the state, it did not go as far as I had thought it might, and without giving the matter a lot of thought, it wrote the following: arms, weapons, ammunition, property belonging to the empowered ministries, and, in a kind of gesture to the cultural sphere, any palaces and club facilities that are maintained at the expense of the state, and collective-farms, state-farms, and all kinds of others. In other words, this was the first attempt by the first government. We will see how things turn out.

As I already said, the institution of pledges has not been used on an especially broad scale. In any case before coming here I inquired as to how broad our judicial practice is. Our economic court is analogous to the arbitration court in Russia. Cases involving pledges have arisen at the provincial level. As for the High Economic Court, they are looking at two cases by way of oversight, and these cases have not been heard as yet or resulted in any kind of resolution. It was said here that it is indeed extremely important to establish a system of registering pledge agreements and a system of registering property, in particular

real property. This is indeed true, as I have already encountered an instance in which a pledgor and a pledgee found themselves in a very difficult situation in that the property that was pledged, it seems, could not be owned by the pledgor in the first place or could have come into the possession of the pledgor only by dubious means. I can cite one example for you.

Our Defence Ministry decided to sell some property in our border city of Brest. It has some property that it no longer needs, specifically certain vehicles that were important when the group of forces was in Germany and Poland but are now of no particular military interest to the Defence Ministry. And a certain joint venture expressed a desire to buy some of this property. A small amount, costing somewhere in the area of just over \$200,000. But since the buyer naturally had no money, it applied to the bank for a loan, pledging, as is often the case in our country, the future property that it intended to buy as security. But this does not necessarily follow from our law. It is our practice that has developed along these lines, that not actual but future property is pledged as security. And so the venture pledged that future property. The venture intended to buy the property, but it began to come to light that property could not be sold or expropriated by the Defence Ministry. This is because the Supreme Soviet, and there is also a problem here with timing of a few days imposed a ban on the sale of any property of the Defence Ministry for a certain period of time, since embezzlement had assumed broad proportions. And now the bank has lent just over \$200,000 in a secured transaction, but whether it will get that money back in the future is totally up in the air.

It is perhaps also in order to speak at some length on our Pledge Law, on the section pertaining to mortgages of land. There are certain differences here between our legislation and the Russian law which stem, in my opinion, from two circumstances. We should say in self-criticism that the first one is the desire to have a certain amount of national distinctiveness, and sometimes this is done in a somewhat ill-considered fashion, in pursuit of individuality. Secondly, this stems from the fact that the concepts of property ownership and of land ownership generally are very different.

In our republic, private land ownership relates exclusively to land that is actually being used by a citizen. Today this means farming plots, dacha plots and parcels of land of limited size that are leased by private farmers. And one can pledge only this kind of property, which is to be transferred to the ownership of citizens, but by no means all of which has been transferred because the state legislation for land ownership have not been issued yet. There are two other special features.

First, a parcel of land may be mortgaged only for a bank loan and for no any other purposes except a bank loan. Second, since the number of owners is limited, it becomes very difficult to implement later such a mortgage agreement. For example, one cannot sell a parcel of land to a foreign enterprise, because under our legislation foreign investors do not yet have the right to hold property or to buy land. Sale to a legal entity is impossible, because in our country, under our laws, legal entities do not have the right to own land. Nobody knows at what price, or whether they will want to buy it. Second, selling it once again to a citizen, and again, with preservation of the original value of the parcel of land.

As concerns preferences, or the sequence for satisfying claims to the recovery of property if the debtor has property. We have a rather curious procedure. There are five differences between our order of preferences and other ones: they are reflected in the Civil Procedural

Code, which is roughly similar to its Russian counterpart. Our second one is reflected in the law on enterprises.

**William Atkin,
Managing Partner, Baker & McKenzie, Moscow**

By way of introduction, this is a very intimidating moment in my life. I feel much like a first year physics student giving a lecture on the law of relativity to Einstein. Many of you are of long term practices and are very well known in the area of secured lendings and secured transactions. I am very much a novice. I think that part of the reason I was asked to participate was so that I could share the experiences of a practitioner who is involved in the day to day discussions with clients over these concepts about whether they should lend or not lend and what kinds of securities they can obtain or not obtain in Russia.

Now, by way of introduction, let me tell you why I am so intimidated. There are two books that I carry with me around the world. I practised with the firm Baker & McKenzie in Venezuela for two years; I lived and practised in Taiwan for four years; I have now been in Russia for this my third year. The two books that I carry with me each move: one is the Code of Professional Responsibility; those are the rules that govern the ethical behaviour of lawyers; the second book is a hornbook on the UCC, the Uniform Commercial Code. Last summer Professor White was here and was working with one of my colleagues in the USA and had to go to the embassy to execute an affidavit with an expert witness in the United States. I took occasion to send my hornbook with the paralegal that was working with them so that he could autograph it. It is one of my prized possessions in my office.

I was not quite sure how best to approach this subject because this is just Russia. I call Russia the land of good news and bad news. As an example, this morning the good news was that we had water in our apartment, the bad news that it was not hot. The good news is that, yes I have been involved in secured transactions with clients in Russia, the bad news is the security was always taken off-shore. The good news is that there is security law in Russia, the bad news is that it is very under-utilised if utilised at all. And I thought that vis-à-vis what I could share with you this morning as a practitioner would be to talk to you a little bit about my observations as to why, to date, people have been reticent to rely too much on Russian legislation, why they have been more pleased to arrange their securities off-shore and then, share with you a little bit my hope and expectation as the law has developed and is developing. I think that during the rest of the conference you will have plenty of opportunity to focus on the details on Russian legislation and legislation of some of the other CIS republics, so this morning I'd like to give you an overview of some of the difficulties and the efforts that are going and have been made to resolve those difficulties.

As I mentioned to you, the secured lending that I have been involved in with our clients - and we represent multi-nationals engaged in business transactions here in Russia - the security has always been taken off-shore. There are many reasons for that, but primarily the reason is a lack of confidence or comfort in the existing legal system in Russia with respect to secured lending. The transactions are essentially set up as follows, and it requires approval of the central bank in each case, but the lending has been to companies, both equipment lending and project financing, who have some kind of stream of hard-currency revenues outside of Russia, and the security has always been by way of assignment of those revenues into some type of trust or escrow account which is then governed by the laws of some other jurisdiction. And that has been the model that has been used to date in almost

every transaction that I have been involved with. Now why have they not used Russian law, why have not they been comfortable in basing their security here in Russia.

Our law firm has been engaged the last four or five months working with the city of Moscow. The City of Moscow is very interested in trying to tap into international financing and using the many properties they have in Moscow as a way of securing those loans from international banks. We were approached to examine what structural changes needed to be made in order to enhance the prospects of putting in place some type of lending programme against city properties. There are a number of issues, and I will not bore you with all the issues. In summary there were four or five areas that were identified as problem areas with respect to implementation of any such lending programme.

The first are essentially all the problems still dealing with ownership in the Russian Federation. What is interesting is that this aspect does not go at all to the Pledge Law, the mortgage provisions. These are more underlined fundamental issues that have been focused on. In spite of the new constitution, in spite of Decree 2278 of last December, there are still a lot of open questions in respect to ownership. Among those include the classification of land usage, which has by Decree 2278 been abolished but not replaced. Likewise the questions in respect of foreign ownership still exist in spite of the revisions under Decree 2278 and in spite of the new civil code provisions, there are still many open questions in respect of foreign ownership, and last but not least, with respect to ownership of land, is the whole area of clarity of title.

How do you establish a clean title with respect to real property in the Russian federation? Closely connected with the issues of land ownership are issues with respect to the Pledge Law itself, and that goes to registration too. The biggest difficulty most lenders have encountered with respect to whether or not they would be satisfied with pledged assets under the Russian Pledge Law goes to registration, particularly with respect to moveable or personal properties.

And finally, one of the issues that most concerns our clients is the enforceability of their rights in the Russian legal system. Now as I step back from having said those things very quickly, it is very apparent to me that not only do we need to focus on the Pledge Law and how to implement the Pledge Law, but we cannot forget that the Pledge Law is an overlay, it is an overlay on top of ownership rights, it is an overlay on top of judicial enforcement and judicial relief. Those areas have to be focused on and processed or progressed simultaneously with pledge rights.

When I first moved to Russia several years ago I had a meeting with the president of the Russian Bar Association. It was a very interesting meeting as we were discussing co-operation between several of the bar associations in the USA and perhaps the bar association here in Moscow. We were talking about the development of law in Russia, commercial law in particular. He made an observation which I thought was quite insightful, he said we are building a new legal house in Russia, he said but we have started with the roof and now we are going back to the foundations. What he was referring to was the number of statutory schemes that have been adopted but the lack of, and not the lack of effort or focus, but the failure, or less than failure but just the time that was required in order to go back to the very foundations of any legal system.

Now again the good news and the bad news. The good news is that Russia has worked very hard and the new Civil Code is giving the foundations that are needed to support the roof

that is in place. There may be some patchwork that needs to be done on the roof, but now the foundations have started to be built up. In addition to the new Civil Code, the city of Moscow has been active in trying to implement the Pledge Law and this Fall they have implemented a system of registration for pledges. That is very good news, and taking that in conjunction with the new Civil Code I think you will see a lot more interest in the possibility in using the Pledge Law in Russia as a means for secured lending. In addition to those areas we are hopeful that there will be continued reform with respect to ownership and continued reform, and education in respect of the judiciary and judicial enforcement of individual rights.

There will also be a continued effort in understanding how to perfect your security interests under the Pledge Law and under the new Civil Code. The new Civil Code has established something that will be very helpful. It has opened the possibility of enforcement of a pledge without the assistance of a court, and I think that will be tremendously valuable with respect to the possible reliance on the Pledge Law now for secured lending.

I want to conclude very briefly. I was thinking about the origin of the term security, secured lending and if you trace it back it is simply comfort. Security and comfort are comparable terms. We need to give from a lawyer's point of view our business is to give our clients comfort that their legal rights are protected, and it is important that the law provides that comfort. Our clients want certainty and comfort with respect to ownership. Our clients want certainty and comfort with respect to the registration and priority they obtain in pledged assets and mortgages. And our clients want security and comfort with respect to the enforcement in the judicial system. Once they obtain that comfort, the confidence that they will start lending, and they will start relying on the Pledge Law. Russia has gone a long way, the Pledge Law is a modern law, it is a progressive law and all of the efforts that have been put in since the implementation of the Pledge Law gives us great comforts as practitioners in this area that our clients will now and in the future be able to rely much more on the laws as they are developed. Thank you for your time.

3. Secured Lending in Russia and the CIS in Practice

Miljenko Horvat,
President of Citibank T/O, Moscow

I will take only about ten minutes of your time to tell you something that all of you already know. I do not think I am going to be sharing any tremendously new things with you. It is very difficult for me to imagine a situation in this room over the course of the next two days where somebody will get up and say "No! No! No! I don't think we need a secured lending law and we don't need a juridical system that provides for enforcement of that law" and so on and so forth. I think there is unanimous agreement that we need it and we need more of it. The question is only how to get there¹. Being a customer of the legal system, more so than a contributor to it, I will just try to tell you what we are doing, what we are thinking of doing and what it will take for us to get to the point where we will do that. So I will try to answer all of those questions.

First, what are we doing now in terms of secured lending in Russia¹. The short answer is not much. As Bill Atkin said there is plenty of secured lending going on but the security is collateral taken off shore. I will leave that to the side and just focus on the security being

taken in Russia. The reason why we are not doing a whole lot is not because we were not offered or asked to do secured lending in Russia and offered collateral. We have been offered everything from real estate, intellectual property rights, to more innovative things such as animals, municipal property in various remote areas of the country and many other things. We are, at this point in time, obviously not able to do a whole lot of that for a few basic reasons which all of you know and the speakers who were here before me have already outlined.

Second, what would we like to do in terms of secured lending in Russia? We would like to do a lot of things, and I will go through a few examples and tell you why. First and foremost it is real estate. Let me tell you one thing that I have repeated many times to many people who visit us here. If you are a banker and you drive around the city of Moscow, what is the difference between Moscow and driving through the center of London, Tokyo or New York? The big difference is everything you look at in London or New York is debt, in other words, everything you look at has been mortgaged to the hilt, and most of it is security for the banks who have provided the financing. If I drive around Moscow all I see is equity, unencumbered assets: unencumbered assets to me mean borrowing power. Borrowing power, provided that there is some basic legal infrastructure in the place which would enable me to lend. You may say, "well this property is not worth a lot." I do not know what it is worth, probably per square meter a fairly small number, but I can sure see a lot of it, and that makes me excited about the possibility of doing that at some point in time in the future.

Maybe I can tell you a little about the institution that I work for since you may get a sense from that why we are excited about real estate. In addition to being the largest American Bank and the most international of any bank with presence in 95 countries in the world, we are also the largest mortgage lender in the United States, the largest real estate lender. (The experience of the last few years of the real-estate market in the USA makes that number not necessarily a thing to brag about, but it is a fact.) We are rapidly on the way to becoming the largest mortgage lender in emerging markets. We are extremely excited about our housing programmes that we have introduced in Malaysia, where we have provided, for the first time in the history of their country, a one stop shop for people who are buying basic town houses.

We would finance the developer, provide a construction loan for the developer and when people were coming to buy the town homes, next to the kitchen and the refrigerator when they were looking at moving into this house would be a bank officer who would take basic information about their income level and their other financial data and they would fill out an application on the spot to finance the purchase of their home. Prior to us doing that in Malaysia there was not any residential mortgage lending in Malaysia. I am told it is now a mortgage lending boom and a whole lot of middle income young professionals are taking advantage of it. That's what we would like to do here.

We are also the largest shipping bank in the world. We are one of the largest lenders to the aircraft airline industry. We have a multitude of different leasing operations which are in the process of being expanded internationally, basically taking some of the same concepts to other markets. And we would like to do all of that here.

What we need is a few basic things that would enable us to look at the credit and not have to worry about our ability to recover the assets that are supposed to be securing the loan. What are those basic prerequisites? Again, I do not want to repeat what previous speakers

have already said, and I am sure it is going to be repeated many times over the course of two days, but there are two basic things as far as we are concerned. Not all of you are lawyers, but most of you are. All of you have to tell me that the legal system exists that protects the right of the creditor to take the collateral and freely dispose thereof. That is precondition number one, prerequisite number one. Prerequisite number two is precedent. We need to see that the courts have gone through the process of actually acting and awarding the right to the creditor that is written in the law. The letter of the law is one thing, the way it actually works in real life is another thing.

In emerging market environments, such as Russia, it is extremely important for us to see that there has been a precedent where the things are being tested in practice and in fact work. We are not necessarily interested in being the first people to make a mortgage loan in any particular market. What we are interested in is a large, or potentially large market so we are not interested in being pioneers or being at the front edge of the sophistication. We will wait until we see what happens in a few cases where if there are five people who have managed to register the right to a particular piece of a real estate as was quoted in the papers recently. We will wait to see what happens to that and based on how the courts have dealt with that particular situation we will make our decision when it is the right time for us to be doing something.

The final comment that I would like to make is just an atmospheric type of a comment. Why is it important for Russia to have the right system in place because to have it only for its own pool of savings does not attract any money into the country from other pools of savings then yes, you have achieved something, but what is the point? In other words, you set everything up and nobody comes to the party. The purpose of it is that the one thing institutions such as us and many others that are looking at the same things can bring to Russia is size. If there is a real estate market that works and provides us with what we need to be able to do business in real estate lending, it is not an issue for my institution, if it makes that business decision, to have three or four or five hundred million dollars of real estate assets within six months or one year. We like size, we love size because we are a large institution. That is precisely what we are looking for. So what we are talking about is not to set it up so that we are able to do business in order to do 10 or 20 million dollars worth of real estate loans in this market. What we are talking about is if it is way that satisfies our requirements is a quantum leap in terms of savings of other economies which we are collecting around the world as deposits, being channelled into this market is able to provide high returns with acceptable risks for those savings.

So the purpose of the exercise is not just to set something up where nobody will use it. We will use it if it exists; we are very interested in using it the moment it exists. We look forward to efforts such as this to create the critical mass that will enable us to do it. As I said, I do not need a system of effective registration of property rights. We all understand that but there needs to be a critical mass that makes things happen. I hope that this gathering is going to be one of those things that bring that critical mass together and we get what we need to be able to do secured lending business. Thank you very much.

Melissa Schwartz,
Chadbourne & Parke, Moscow

I have been practising law in Moscow for a little over two years and one of the first transactions that I worked on was a secured financing for a joint-venture. What I would like

to do in the next 10 minutes or so is to highlight the issues that we had to look at in that case and every case since then with respect to secured financings. These are the questions that we need to answer so that people like you will feel comfortable dispersing the funds for the financing.

The first thing that we look at is the establishment of the lender. If, as was the case in this first financing, it is a joint-venture formed under the old Soviet rules we check to see if it is still validly existing. If it is a new kind of entity that was formed in the last two years, a limited liability partnership or a joint-stock company we look to make sure that company legally exists as of the date of the loan. We look at the shareholders in the country. Many of the Russian partners in the joint-ventures of today are former state enterprises, and it is important to make sure that they were privatised properly. We check to make sure to the best that we are able that these companies are in good standing today. In order to provide some level of comfort to the lender, we look to see where the control is in the company, and look at the management structure. This is an issue that we will be discussing in greater detail tomorrow.

When a Russian company is going to receive a loan in Russia today, especially a hard currency loan, licensing issues are raised. In order to take out a hard currency loan that is going to have a term of more than 6 months the company is going to have to go to the Central Bank and obtain a licence. Depending on the activities of the company they may also have certain operating licences. For instance, if it is a telecommunications joint-venture they will be likely to have a licence from the Ministry of Communications. Part of what we look at is how strong the licence is today, and then the lender is always asking: "If we take over the company in the event of a default, what is going to happen to the licence down the road?" In most cases, especially in telecommunications and other industries, the licence is not transferable. It stays with the borrower and in that case many lenders have been asking for a pledge of the shares of stock of the company. That raises another interesting issue: if the borrower is a limited liability partnership the interests that are owned by the shareholders are not securities so there is not yet a system for registration of those interests. If the borrower is a joint stock company, then the stock is a security and there should be a means for registering the pledge.

On several transactions that we have worked on with the EBRD and other lenders, we have gone down a laundry list of security that the lender has requested. The Law on Pledge works very well with respect to what these lenders are asking for. The law specifically permits the pledging of most of what they are looking for. For instance, the enterprise as a whole is usually at the top of the list. The law allows pledge of that asset. The pledge of a leasehold interest, or other major contracts, also may be pledged. Receivables, a negative pledge on all assets, all future acquired property can all be pledged to the lender under the Law on Pledge. Tomorrow we are going to try from different people's perspective to go through a case study, highlighting most of the issues I have just raised for you to determine how, under Russian laws today, we can create valid security interests so that the secured financings can continue. Thank you.

4. Contract and Property Rights in Market Economies: Conceptual Framework

Allan Farnsworth,

Alfred McCormack Professor of Law, Columbia University, New York

FUNDAMENTALS OF PERSONAL PROPERTY SECURITY

Who among us has never felt regret at having made a promise? Suppose that I am a manufacturer and have promised to pay you a hundred thousand dollars but I now regret having done so because it will be very difficult for me to pay so much. Perhaps at the time I made the promise I was mistaken as to the profitability of my factory on which I based my ability to pay. Perhaps things have changed and hard times have come so that I am now less able to pay. For whatever reason, I regret having made the promise and wish that I were not bound by it. I would like to be able to renege on - to go back on - my promise.

But would I want to be able to renege on my promises whenever I wanted to? Would you have loaned me a hundred thousand dollars if I could not have made a binding promise to pay it back? Seen in this perspective it is to my advantage to be able to make a binding promise - a promise on which I cannot renege - so that I can trade my promises for things that I want in a market economy.

Take the United States government for an example. For much of the nineteenth century the United States government was not bound by its promises because of the doctrine of sovereign immunity. It could not make contracts that were legally enforceable. (If the government broke its promises the disappointed party had to go to Congress and have a special law enacted.) This situation was so disadvantageous for the government that it had Congress enact a law making its promises enforceable in spite of the doctrine of sovereign immunity and creating a special court in which they could be enforced. But most of us do not need such a law: the law of contracts -- like the new Russian Civil Code - gives us the advantage of making binding promises. A system of contract law is therefore a necessary element in permitting me to be a significant player in a market economy.

But though a system of contract law is necessary it may not be sufficient. You may not be willing to lend me a hundred thousand dollars even if I make a binding promise to repay it. If I renege you will have to go to court to enforce my promise. At the end you will get a judgement against me. If I do not pay the judgement you will have to attempt to have it satisfied out of my assets. But by this time there may be other persons to whom I have made broken promises and who have also gone to court and gotten judgements against me. You will be in competition with these other judgement creditors who are also going after my assets. In order to avoid this possibility you may ask not only for my binding promise to repay the thousand dollars but for some security.

You could, for example, simply ask me to get another reliable person to promise to repay the hundred thousand dollars if I do not. Such a guaranty is a common type of security for a loan. But if, on my default, the other person does not pay either, your remedy against that person may be as unsatisfactory as your remedy against me. In a market economy, therefore, you would be likely to think of another kind of security.

Perhaps, for example, I own a machine worth more than a hundred thousand dollars that I use in my manufacturing business: I could use the machine to secure the loan. Such personal property security is regarded as vital to the successful operation of a market

economy. In such an economy a system of personal property security law is therefore just as essential as is a system of contract law.

The simplest way for you to use my machine as security would be to take it and keep it until I repaid the thousand dollars. Even for such a primitive pledge the law would have to recognise first, that I was the owner of the machine and, second, that I could transfer to you a kind of limited ownership right so that we both have a property interest in the machine. Thus if I did not pay you, you would have the right to sell the machine to someone who would become the owner of it. But if that person paid, for example, one hundred and fifty thousand dollars for the machine, you would have the right to only one hundred thousand - the amount of the unpaid debt - and I would have the right to the other fifty thousand. The disadvantage of such a pledge is that it deprives me of the use of the machine, which I may need in order to earn the hundred thousand dollars to pay you back. It is therefore in both my interest and yours that we be able to create a non-possessory security interest - one in which you do not take possession but nevertheless have the same kind of limited property interest that you would have if we had used a pledge. A system of personal property security that permits you to take a non-possessory security interest should consider protecting you against five different potential adversaries: (1) me; (2) my unsecured creditors; (3) the administrator of my estate in bankruptcy; (4) my other secured creditors; (5) and persons to whom I might sell the machine.

First, consider me. If I do not repay you, what can you do, aside from suing me in court and getting a judgement? Since I am in possession of the machine, a system of personal property security law should allow you to repossess the machine - putting you in the same position you would have been in if I had pledged it to you in the first place. It should then allow you to sell the machine and use the proceeds to pay the debt, with anything left over going to me.

Second, consider my unsecured creditors. Suppose that it is not yet time for me to repay you, but one of my other unsecured creditors sues me, sets a judgement against me, and seeks to use the machine to satisfy the judgement. A system of personal property security law should protect you against this possibility. But it might seem unfair to shield the machine from unsecured creditors who have obtained judgements if they see the machine in my possession and have no way of finding out about your security interest in the machine. The law should therefore provide a means by which such a creditor could find out about your interest: a system by which you can register your interest in a public office, accessible to all.

Third, consider the administrator of my estate in bankruptcy. Suppose now that it is not yet time for me to repay you but I have gone into bankruptcy, either of my own choice or that of one of my unsecured creditors. My affairs have been taken over by an administrator in bankruptcy who will liquidate my estate to pay my unsecured creditors who get judgements against me if I am not bankrupt, you should also be protected against the administrator who represents unsecured creditors if I am bankrupt.

Fourth, consider my other secured creditors. Suppose that it is not yet time for me to repay you but you discover that another creditor claims to have a security interest in the same machine - claiming to have been given that interest after I have such an interest to you. It may have been dishonest of me to purport to give both of you interests in the same machine. But the question for you is one of priority - which of you has the superior interest in the machine. A system of personal property security law should answer this question,

taking into account the fact that you had a chance to register your interest in a public office, accessible to a prospective secured creditor.

Fifth and finally, consider persons to whom I might sell the machine. Suppose that without telling someone I sell them the machine. Is the purchaser who has in good faith paid the full value for the machine an outright owner, free of your security interest? Again, a system of personal property security law should answer this question, taking into account the fact that you had a chance to register your interest in a public office, accessible to a prospective purchaser.

A further practical problem needs attention. We have been thinking about a machine that is used in my factory - part of my equipment. Suppose that I am not a manufacturer but a wholesaler, of carpets let us suppose. In the warehouse that I rent I have no equipment. What I have is my inventory - what I sell. If I want to borrow one hundred thousand dollars, can I give a security interest in inventory in the same way that a manufacturer can in equipment? There might be two objections to this. First, it could be argued that since giving a security interest involves a present transfer of a limited property interest, I can only transfer what I have at the time of the transfer: this would mean that I would have to make a new transfer each time a new carpet came into my inventory or each time a carpet was sold to create a new account. Second, it could be argued that your security interest could not be valid since you had not only left me in possession of the carpets but had given me the freedom to sell the carpets asking for your permission each time. In order for a system of personal property security to be truly effective, it must dispose of both of these objections.

By now you have probably realised that the system of personal property security that I have described is a simplified and thinly-disguised version of the American Uniform Commercial Code. The Code does all of the things that I have suggested. Indeed it does them so well that it would enable me, with little more than the stroke of a pen, to give you a non-possessory security interest in almost all of the personal property that I own - inventory as well as equipment. And that interest would be good against most of the adversaries that I have mentioned. (An important exception is that your interest in my inventory would not be good against buyers from me in the usual course of my business.)

This extraordinary power to encumber my assets and shield them from my unsecured creditors, both in and out of bankruptcy, has provoked a spirited theoretical debate over the very basis of our system of personal property security law. What, the theoreticians ask, is the justification of such a system? How can I improve my position by giving you a security interest? True, you will charge me less for the loan because you have the special rights that I have described. But once I have encumbered all my assets by giving you that interest, other creditors who know that I have done this will react by charging me more for making unsecured loans because I will have been left with nothing to satisfy their claims if they get judgements or throw me into bankruptcy. So, they argue, there is no benefit to me in a system of personal property security - unless it is supposed that there are some ignorant potential creditors of whom I can take advantage.

To many practitioners, who regard such a system as an immutable fact of life in a market economy, this argument calls to mind scientific studies that show that the bumble bee, with its relatively large body and relatively tiny wings is incapable of flying. But the bumble bee, unaware of this, continues to fly away. And in the same spirit, one can assume that, at least in the United States, the system of personal property security will continue to fly whatever the arguments of the theoreticians.

5. Secured Lending in Market Economies: Law and Practice

James White,
Professor of Law, University of Michigan, Ann Arbor

I am both pleased and honoured but also somewhat humble and cautious to have an opportunity to speak to you. In some ways current Moscow, with the large number of westerners here resembles what must have been the case after the Bolshevik revolution in 1920 and 1921. When it was said that there were many westerners here, these presumably were not capitalists like Allan Farnsworth and I, but the communists and socialists who are still our colleagues back home in Ann Arbor and New York, but no longer come here. In any event at that time it was said by Angelica Belabanov, who was the Secretary of the Comintern, that every westerner who came here fell into one of 4 groups, and these groups were all pejorative: superficial, naive, ambitious, or venal. Now I am certain that I fall into at least one, and possibly two of those, but it gives me some cause to wonder whether or not we who come here and talk about western law in a society which we are comparatively ignorant are saying things that can be adapted with out substantial change. Nevertheless, I will fulfil my duty and describe to you some of the attributes of Article 9 of the Uniform Commercial Code which, of course, is the law of personal property security in the United States and which has been copied in a few other places, notably some of the provinces of Canada.

In many ways I think Article 9 of the UCC is one of the great contributions of our private law in this century. It is widely believed to be more modern and more up to date and more novel than much of the personal property law in other countries, even in western Europe and Asia. I want to talk about four or five of the attributes of Article 9 that are thought to be unusual or, at least, were thought to be so in the USA when it was adopted 30 years ago.

First, unlike our law that proceeded it, and unlike the law in many other places, there is a single right, irrespective of the form of the asset that is taken as collateral. Prior to Article 9 there was separate law that dealt with various kinds of tangibles, different kinds of intangibles in each law. Each type of collateral had its own rules, in some cases statutes that were designed for a particular kind of collateral with many ways to get it wrong and with many ways for the creditor to execute the wrong documents, file them in the wrong place, say the wrong things, and thus be found ultimately to have no security interest. Article 9 contemplates and grants a single right called a security interest and, irrespective of the nature of the collateral, so that if I, as a bank, wished to take a security interest in your patent, or your account receivable, or your horse, or tractor I sign the same document, called a security agreement, which will have the same basic attributes irrespective of the type of collateral. It means that one need not be an expert to understand the general idea and to take a security interest.

A second and important attribute of Article 9 is its exaltation of substance over form. It explicitly states that agreements between the parties which are labelled as leases or labelled as consignments, or many other labels, which themselves have the economic attributes of security interests, are treated as security interests and are governed by Article 9.

It is of course conventional to western lawyers that part of the lawyer's role is to discover ways to achieve his or her clients' ends by taking doctrines such as leases or consignments

from one part of the law and transporting them to the other in the hope of achieving a certain end, while not suffering the consequences of executing a security agreement, for example. Article 9 is unusual in American law in that it disregards to a considerable degree the form of the transaction and encourages the courts to look at the substance, and if the substance is a security agreement it is treated as a security agreement: so that is a substantial innovation in our law.

The third innovation in Article 9 is the simplicity of the documents. I can give you a security interest in my car by writing a single sentence on the back of a scrap of paper. There is no need for a notary to notarise my signature, there is no need for magic words, words of grant, or words that describe this as a security interest. It can be done very simply with simple documents.

The fourth quality is the filing system which has grown up and was installed as a result of Article 9 in the various states of the USA. As Professor Allan Farnsworth said earlier, those are elaborate and they are an important part of our system. There is, of course, some debate about who uses the filing system and about its necessity but I think most American lawyers and scholars would say that it is important that the users of the system confine filings and can put filings where there is confinement. With the revision of Article 9 in the USA, there has been recent consideration of changing that system and of using the power of electronic data storage and transmission.

For example, it is now possible in the state of Louisiana to make a filing in any of the parishes in that state that will be transmitted to the state capital, and can be retrieved from any computer terminal in any county or parish within that state. It is now possible in the USA, through some of the computer networks, to search the files in some of the states from a remote place by computer. And over the next few years I am sure we will see dramatic developments in data storage and data retrieval applied to filings under Article 9 of the UCC that will enable subsequent parties, buyers and lenders, at one place in the USA to discover all the filings with respect to a particular debtor. Needless to say there are some interesting problems here. For example, I suppose these Danish Hackers that got into the USA Weather system recently might cause a little trouble if they erased all the filings in the state of Nebraska overnight. So electronic data storage will bring with it some interesting problems, but it also offers interesting possibilities that I think are now going to be enjoyed in many if not most of the states.

The fifth attribute of Article 9 is that it says nothing, or almost nothing about default. The matter of whether any event constitutes a default is a matter of contract between the parties.

However, the sixth difference from traditional security law which to some extent with respect to personal property is reflected here in Russia, is that there is self-help repossession permitted as long as there is no breach of the peace and private sales are contemplated without the interaction of a court. The drafters of Article 9 believed, and I think correctly, that involving a court in a sale of a commodity after it has been received, does not necessarily improve the quality of the sale or raise the value that is recovered, and in some cases diminishes it because it takes time and to go through a court proceeding substantially increases the transaction costs.

In summary therefore there are four or five unique attributes about American personal property law. One is that the single device, the single security agreement, or security interest, covers all forms of commodity. The second is the substantial reliance upon public

filing. And finally there is the private nature of the sale which is permitted and the private nature of the general process of realisation of the collateral after default.

Let me echo some of the things that have been said this morning by other speakers, particularly those who spoke about building the roof without having the foundation. Article 9 depends in many ways upon our economy, upon our court system, and upon our filing system, and other methods of records. Taking security is of no use if there is no market for the collateral after it is sold. Therefore, until a market exists for a particular commodity in Russia or in any other state, one wonders what the value of security interest is. So that it seems to me that a system of personal property security depends first on the existence of a market for the commodity in which a security interest is granted.

Secondly, of course, it depends to some extent on a system of priority that needs to be granted by law or somehow facilitated possibly by a filing. Americans place considerable weight upon the filing system. I realise that certain of the western European countries have a much less elaborate filing system and yet they have personal property security systems that work quite well so I hesitate to say that a filing system is necessary though an American would have to be convinced otherwise.

And finally, of course, a system like this depends upon a court system that is accessible and reliable in enforcing the rights of the creditor against the debtor and the rights among competing creditors when there is a dispute about the collateral. And I take it that it remains to be seen exactly how the collateral law which will soon be the law of Russia will be interpreted by the courts in Russia.

I conclude therefore with the acknowledgement that as I come as someone who is naive about the Russian economy, but in my naiveté at least I am hopeful that the new law drafted by Professor Makovsky and the members of his committee will ultimately lead to the development of a sound and effective system here in Russia.

**Jan Hendrik Dalhuisen,
Executive Director, IBJ International plc,
Professor of Law, University of Utrecht**

Let me begin with a confession. I have been active in this field of secured transactions for over 25 years as a scholar, a practising lawyer and a banker and I am not sure that after all that I am a great deal wiser. The reason is that there are in Western Europe, even within a small area, very different systems of personal property security operating quite happily side by side. There is very clearly no particular wisdom in any one of them. Apparently, this cake can be sliced in very many ways. Local traditions of credit have a lot to do with the end result. I am always surprised how in international negotiations practising lawyers seem invariably very happy with their own product and normally think it far superior to all others. Clearly, no one can disown completely where he comes from and everyone works in a given environment. Yet there seems no obvious advantage in any system. I say this to reassure you and I hope to embolden you where you have the advantage of starting without too much of a background. It seems to be a most wonderful situation to be in.

The consequence of an excess of tradition in Western Europe is that the systems are remarkably dissimilar and are all a product of historical accident. The Germans have developed a system which is substantially derived from case law. In France it is a

patchwork, a bit modernised in the last 10 years, based partially on case law, partially on statutory provision. In the Netherlands we used to have a system which was very similar to the German system. We now have invented something totally different which cannot be compared with anything else. Belgium has a system much like France, very dissimilar from the Dutch. The English have a system, again totally different.

This is between countries that export between 30 and 50 percent of their national product across borders and that are apparently quite used to see their charges on these goods go into the mist as they may not be accepted elsewhere, exactly because of lack of familiarity. We seem to be able to live with that. In international financing bankers tend to insist more on early repayment when there is any trouble. They would much prefer to pull their loan early, when there is choppy water around the corner. So I think, and it has been said this morning before, that secured transactions and secured rights often tend to be more matters of comfort. I do not think that any banker would like ultimately to rely on it exclusively, certainly not if the relevant assets are likely to be moved or exist offshore. It may therefore be useful to put securities in context and I do not agree with those who say that all financing depends on good securities laws, although I do not underrate their significance.

If I may to some extent summarise where we are and what we have, I would say the following: in Western Europe by the turn of the century we really only had two types of traditional security in movables. These were the possessory pledge and the chattel mortgage. For the possessory pledge, the key was of course possession, otherwise the arrangement was quite informal. That proved often problematic as to which debt the pledge covered since anyone who had possession tended to keep the secured asset until such time that all debts were paid. No banker or creditor likes to abandon his security if there is still something of any sort outstanding, and there used to be trouble on that score. We still have the possessory pledge for commercial paper and negotiable instruments and that is the area where it is still important, and the same is true for bonds and shares. Otherwise I would think that the possessory pledge has become an antiquated facility. Another reason is that the debtor needs to retain most of his assets for his business. A pledge is then unsuitable as the debtor depends for the financing of these assets on non-possessory security.

Chattel mortgages are the traditional non-possessory securities but existed only in assets which were registered like ships and, in the modern times, aircraft. One would create these securities by filing in those registers. It has nothing to do with a modern registration system for securities which is totally differently organised and has a very different function.

With this very limited system of non-possessory security, there was a need to broaden the theme in a number of areas. First, there was a requirement to introduce security on claims, monetary claims especially, and therefore on receivables. And this was done in the form of an assignment for security purposes resulting in a collection right for the beneficiary. There is no question here of legal enforcement or foreclosure through courts. What this type of security is trying to do is to give the lender a collection right ahead of the owner of the claim. So it is really a collection facility in which the debtor postpones himself but which has also some third party or proprietary aspects if the same receivables are assigned several times and a collection priority must be established between the various assignees.

Then there was a need for more non-possessory security in assets. So there emerged the reservation of title in sold goods. It became popular in Western European countries like Germany and Holland, much later in France, where it remained defective until some adjustments were made to the legislation about 10 years ago, and more recently even in

England (hire-purchase was practised there earlier). Then came non-possessory security in assets used in the normal course of business, like equipment and inventory. Then there was a need to have security in replacement assets, and also converted manufacturing goods and receivables resulting from the sale, as a form of tracing, and into new replacement inventory. And then banks being what they are, would like to have security in everything else, also future assets of all kind of sorts, anything that may be acquired by the debtor resulting in so-called floating charges on whole businesses, in the UK even including real estate (which is quite exceptional).

All these modern non-possessory charges were usually best understood as some kind of conditional sale, although eventually some became more like securities particularly in the foreclosure requirement. Only in countries like the Netherlands, under the new Code since the last three years, this security (except for the reservation of title which is still a conditional sale) has taken the form of registered (but not published) non-possessory security or pledge. In France there are individual types of these (*nantissements*).

In all these countries there is a classical set of problems in these modern securities, with which maybe the UCC in the USA has been able to deal in a more conceptual way, but with which we in Western Europe (even under the new Dutch code) are still struggling and to some of which I should like to devote the rest of this presentation. There is first the need to be able to sell many of these assets in the normal course of business of the debtor free and clear and that can be achieved in two ways: on the whole, one can assume an implied licence to sell in the ordinary course of business or one can protect the *bona fide* purchasers. This latter approach is more limited as third parties are in trouble where the charge is published. In the end reliance on the implied licence to sell in the ordinary course of business seems to be the more modern approach.

Then there is the fraught question of registration or publication, the reason for it and its effect. There is no European tradition in this. There are, however, in France a number of typical charges which need to be registered with local courts, there being no central system. Germany has no registration system at all. So it goes for most other countries. Only in the United Kingdom there exists a registration system for floating charges in the corporate sphere. In the Netherlands we have a registration system which is not a publication system, it requires registration of all security agreements with a local notary to determine the date of the security so there can be no problem as to the priority and the rank where it depends on the time of the agreement. So there are registration systems in force without publication. If you hear references that the Dutch now have a uniform registration system, that is largely true, but there is certainly no publication. Wherever there is an implied licence to sell free and clear of the charge in the ordinary course of business there would in any event appear less need for it.

So the European tradition remains against publication. We seem to be comfortable with a system that does not provide it and it does not seem to have caused universal harm. All these unpublished securities or hidden charges seem to exist fairly happily in our domestic traditions. Even where there is registration or publication, there is the question of what it is meant to achieve. Is it meant to fix the priority or is it meant for something else? And I mention this because the English floating charge, even though it must be published, does not create any kind of priority. Publication exists there for the general information of the public, but it has no direct impact on the priority status of the charge which becomes only fixed and derives its priority from the moment of default, whilst in the meantime the goods may be sold free and clear of the charge in the ordinary course of business.

Another problem is whether a proprietary right is truly created through these charges. Are they maintainable against all the world or at least against any later charges? Do they provide for a separate execution right? If so, are they subject to foreclosure, that is to say an official court procedure, including an execution sale, which, may itself still be informally conducted? When can the assets be appropriated or collected?

The traditional example of appropriation is in the reservation of title. Reservation of title in all our systems (in Western Europe) leads to appropriation, so if you reserve a title in goods and if the buyer does not pay, generally you simply take the goods back. There might be an unjust enrichment action for anything that has been paid already but the assets return to the seller upon default. The law in the USA is quite different, and the EBRD draft also aims at a system of foreclosure.

What about priority rights which are really less than proprietary rights? French law calls them privileges or preferences. They are often granted by statute only, to persons who have rendered certain services in respect of an asset or to tax authorities or the workforce in respect of an entire estate. There is here no individual right to foreclose; the creditor has to go through, or wait for, an ordinary execution and can only take by priority his slice of the execution proceeds. In bankruptcy, he will have to wait until the trustee takes the action to foreclose or sell the properties which might be several years later and only then the preferred creditor will get his *pro rata* share of the proceeds. There is therefore no individual initiative possible for the creditor to safeguard his interests up front. This may also be relevant where an otherwise good charge and individual execution right shifts into replacement goods. It is in a reservation of title quite normal to retake the asset if it remains non-paid. As I said a moment ago, if the charge goes into replacement goods it might be an entirely different matter. The retaking option may become remote and the creditor might only be left with a preference in the proceeds of any execution sale (especially in Germany). In the meantime, these preferences, not being proprietary charges, do not attach to the goods which may be sold free and clear regardless of the bona fides of the buyer.

Then there is the question of how far one can create charges in future assets. There is first the problem of identification and separation of the asset upon commingling and conversion into other products. That seems to be the simpler part although it is still questionable how far the charge then goes. There is a greater problem with absolutely prospective assets. Can you pledge the harvest of next year, or the year thereafter? Can you pledge future receivables of which the underlying contract is not yet in existence? The vaguer one becomes here, the more contingent the charge is going to be and maybe also the greater need for some kind of publication.

I am not sure of this, but it may well be that in Europe we find less of a need for publication, not only because of an implied licence to sell the assets free and clear in the ordinary course of business, but also because we tend to be much more precise in what we require in terms of the assets that can be the subject of a charge. We want them to be determinable, or to be able to be set aside. We have particular problems with the bulk transfer of a whole portfolio of receivables or a whole portfolio of assets present and future which are not clearly defined, and if they are not sufficiently defined then they risk not to be part of the charge.

In Western Europe, we all tend here to be much more restrictive than the Americans would like to be, and maybe that is an additional reason why the American must rely much more

on the publication system than we think necessary. So we tend to condense the field in a somewhat different manner on the asset side. There is also a question of identification on the liability side: which claims can be secured? The present debt of course; future debt is less certain, therefore what about any claim you may acquire over your debtor in two or three years time? Here again I think in Western Europe we are somewhat more hesitant than our American colleagues would be: we do not like it. In terms of past debt, perhaps, but we have to guard these against illegal preferences if past debt in this way is being given a priority over existing other creditors. These preferences can normally be set aside as being fraudulent or prejudicial to other creditors.

Then there is the question of the need to re-transfer an asset at the end of the security period when the debt is paid. If, for example, in a conditional sale we have transferred property to the creditor who is subsequently paid, must the asset be re transferred, or does the property automatically fall back into the lap of the original owner? The issue arises if in the meantime the creditor who took the asset should go bankrupt and can not therefore re-transfer the property. Would that property then be part of the bankrupt estate of the erstwhile creditor and would the erstwhile debtor only be a competitor for the bankruptcy proceeds, or can he still reclaim his asset as full owner? Now most systems have a system of the property automatically re-emerging in the possession of the erstwhile debtor after payment but in Germany there seems to be an exception.

Another question is the ancillary nature of the security, very important if the creditor sells a receivable to a factoring company and is paid for it. The security might lapse as a consequence of this payment and the factoring company would not then have the advantage of the security. There again French law seems to accept that the security subsists with the debt; Dutch law may not.

Then there is the question of, what we call in some countries, the finance sales, of which leasing, factoring and repurchase agreements are examples. Where do they fit? That would be a whole lecture by itself. I can only identify the problems in this respect for these major financial products which have acquired a great deal of importance over the last few years. I would not pretend that I can speak for my American colleagues, but I would think that these financial products also have produced problems in the United States as to whether they fit under the system of secured transactions of Article 9. I myself would say, I have often said this, that where there is no credit agreement proper they should not be constructed as security agreements. Then again we are likely to have conditional sales which are not secured transactions and need to be treated differently. Foremost, there is no foreclosure upon default but rather appropriation of the asset.

Finally, let us go again into the various Western European systems. I can be quite brief now. We do not on the whole have a unitary system in any of the countries of Western Europe. As I said earlier we have basically a fractured system between countries but even within each country the various securities, finance sales or conditional ownerships result from tradition and local cultures. The new Dutch code has tried to do something about this. It pretends a unitary system but it has had to leave out of this system the reservation of title and the hire purchase which are both recognised as conditional sales leading to appropriation of the assets upon default. The status of finance sales is muddled and wholly unclear. Thus we have incomplete and fractured systems everywhere even in the most modern codifications.

I would finally also mention the effect of internationalisation. We cannot avoid within Western Europe, at least not within the EU, the consequences of the internationalisation leading to the enormous movement of goods across borders between countries which are often very small and see a very substantial part of their national products move into other countries. Increasingly it should also have a unifying effect between all these countries in the area of secured interests attaching to these goods but we have seen nothing of the sort so far, although there have been some faint and unsuccessful attempts within the European Union at some unification some 20 years ago. Our colleague Professor Makovsky earlier this morning mentioned a need, and an opportunity, within the CIS to unify, which I think is very important now that it starts from fresh. We in Western Europe are far away from it. Maybe we will see in practice a more effective movement to unity through the new financial products with their imbedded security interests which are internationalised by concept and which might be recognised within each of these national systems as becoming the custom of the industry. That may then lead to academic observations about the opening up of domestic proprietary systems, the informal introduction of new proprietary rights, whether these may operate without legislation and whether they can be fitted in the domestic system of securities and priorities. I must leave these modern developments as a question for you. We have hardly started to begin to think about the consequences of this and what it may mean. I am quite sure that in the coming few years we shall hear much more about it.

Ronald Dwight,
Director, IRIS-Poland, Warsaw

The lack of an effective collateral law in Poland is one of the principal blocks to the development of modern finance in Poland and a block to the development of the entire banking system. Anyone claiming that Poland now has a pledge system which, while complicated, is commercially effective is either terribly misinformed or deliberately practising to deceive. The present system precludes banks from obtaining the security they need to make loans, thereby depriving newly emerging businesses of much needed capital. Neither can Poland reasonably expect foreign investment of the 50 billion dollar estimate needed in the next decade with the present collateral environment. This paper will cover first, the bad news – the current state of affairs; second – why this situation has not changed for three years; third, the good news – the excellent proposal which Minister of Justice Cimoszewicz has already distributed for interministerial discussion; and finally, suggest what can be done to help.

1. The Bad News – the Current Legal Situation

Article 1025 of the Polish Code of Civil Procedure presents the basic picture. If a creditor bank goes through the trouble and expense of a full scale lawsuit, wins a judgement, and the collateral is still around for the bailiff or komornik to seize and sell (and he generally gets 25 cents on a dollar), the proceeds of the sale must be distributed after the costs of the sale as Article 1025 provides. From this it ensues that even if a bank is not a secured creditor, it has the same status as those that are secured. Banks are fifth in line in the best of circumstances. In the case of secured creditors who are not banks, under Article 310 of the Civil Code and 1026 of the Code of Civil Procedure, assuming something is left over after banks get paid, the creditor with the most recent pledge is paid before creditors with pledges made earlier.

The most disturbing thing about Article 1025 is that tax claims, known or unknown, can always erode any collateral, and they do not have to be registered or publicly listed anywhere. And one cannot easily obtain certificates from the tax man that all taxes are paid in full. These are referred to as "secret tax liens," and they are the bane of any investor in this part of the world. The simple notation of a clerk at the Ministry of Finance prior to the sale, even years after a mortgage has been registered, can evaporate a creditor's collateral moments before the bankruptcy court gives final approval to award it to him. In every bankruptcy proceeding, it is a waiting game to see if the tax man will make an appearance at the 11th hour and 59th minute to take all. Recently, a foreign company which had purchased a piece of real estate with the best and most expensive legal advice available in Poland found that two years after the transaction closed, the Ministry of Finance claimed that, since the bankrupt seller had not paid its taxes in full, the title was defective. The buyer is left with a lawsuit against another government ministry which guaranteed good title. Bottom line, every piece of Poland and every object might be collateral for the State Treasury, but it is often impossible to find out if such a lien is there.

The Article 1025 gives priority to banks, regardless of whether or not they are secured creditors. This means that if bank #1 takes a security interest in a debtor's property, and then the debtor gets an unsecured loan from bank #2, in bankruptcy, all banks share equally. Thus any security interest is liable to be eroded if the debtor takes out any other loans at a later date from a "bank."

The lack of a central registry for collateral allowed massive fraud to occur in the early part of the transition to the market economy. Under present law, each bank keeps its own collateral registry. Case studies were prepared for IRIS by the Gdansk Institute of Market Economics illustrating how debtors used the same collateral over at a number of banks, pocketed the loan proceeds, and disappeared in the middle of the night along with the collateral. Bankers, their hands burned by these painful experiences with Poland's collateral law, now routinely demand the only worthwhile collateral—a cash deposit in their bank for 150% of the loan amount to cover principal and interest. Thus, in order to get a loan from a bank, a would-be borrower must first prove conclusively that he does not need the money.

2. Why has the problem not been quickly resolved?

A nation's wealth which is widely distributed and enduring is a product of a legal and institutional infrastructure which carefully defines and protects individual rights. Only in such an environment are individuals willing to postpone consumption to save and invest. Legal infrastructures are not changed overnight, but like vast buildings are constructed brick by brick. The transition to a market economy legal infrastructure is a work of decades not years.

Poland began the transition with a legal infrastructure considerably better than most of its neighbours owing to its pre-war legacy. It was easy to incorporate and get going. But now after leaving the starting line, businesses are swimming in cement. Why? Let us briefly examine the legal reform environment in Poland.

The community of top civil and commercial lawyers in Poland and the other former communist states is very small, because for forty five years or longer the vast majority of law students studied criminal law. The nomenclatura elite needed legions of criminal lawyers to stay in power, not civil lawyers. They already owned everything *de facto*, and

sending the spoils to Switzerland did not require many civil lawyers. Those who studied civil and commercial law in Poland since the war have been a small group although often of very high quality. This demographic reality means that the Ministries of Justice in this part of the world and governments generally are still almost exclusively staffed by the criminal lawyer Krodowisko - and they are not about to give up their positions and privileges without a fight to a group whom they have regarded as peripheral for half a century.

Until Mr. Cimoszewicz became Minister of Justice last fall, the Ministry of Justice in Poland has been led by individuals with little interest or expertise in civil law. Their legal reform priorities included putting crucifixes and priests in public schools and pushing abortion into back alleys. This attitude meant that the Commission for Reform of the Civil Code - whose membership includes the top civil law minds in Poland - had a budget so ridiculously small that it could not afford to pay for train tickets for top experts to attend meetings in Warsaw. When they did come, it paid them \$8 for a day's work - less than the cost of a round-trip taxi fare from the railway station in Warsaw.

Despite this situation, Professor Witold Czajkowski, Chairman of the Commission for Reform of the Civil Code, and others with the support of Hanna Gronkiewicz-Waltz, President of the National Bank of Poland, and with technical assistance from IRIS to underwrite research, have worked for two years to draft a new Polish collateral law. It must be emphasised that only Polish lawyers, bankers, and academics can do this job properly. Earlier efforts to draft a Polish collateral law in London or New York were not only an insult to Polish legal expertise, but statutes whose enactment would have seriously disfigured Poland's legal structure. Foreigners cannot draft effective laws for these economies. A local coalition of experts is necessary to draft laws that fit properly into the legal environment and to implement laws which they understand and support as their own work. There are several examples where foreign drafted laws have been enacted and left unused or unenforced.

3. The good news - the current collateral draft and programme.

The good news is that this situation has now changed dramatically. Poland has a Minister of Justice whose top priorities include collateral law reform, the creation of a central lien and economic registry, and a Commission for Reform of the Civil Code with a budget - still too small but growing. In March 1994, the Commission finished the main work on the draft collateral law with improvements made the following September. The proposal calls for a central lien registry, permits all banks in Poland and later other creditors to file liens, abolishes secret tax liens by requiring the Tax Department to file their liens in the central registry or to relinquish their priority in collecting them, and permits creditors to repossess collateral and to have a notary public sell it without court proceedings.

4. What can be done to help in this reform?

Those in the financial community can continue to emphasise the importance of a new collateral law to all sectors of the Polish government. This means putting the enactment of a new collateral law explicitly into the conditions of disbursement. We cannot assume that Poland will enact this reform because it is rational and logical to do so. There are unfortunately many people here in business and government who regard the current atmosphere of legal confusion as well suited to their business methods. The World Bank has been helpful in this, but not as forceful as it might have been. Specifically, those dealing with the Ministry of Finance must emphasise that secret tax liens must go and that

the Ministry must play on even ground by agreeing to register its tax liens in the central registry. This will be no small fight, since the Tax Department of the Ministry of Finance will be violently opposed to giving up its long held privilege of jumping to the head of the execution line. It should be emphasised to Minister of Finance Kokodko that the continuation of the secret tax lien system will mean dramatically lower foreign assistance and lending.

Foreign governments should be urged to put more funding into supporting reform of the legal infrastructure by locals. This means money for carefully selected groups of experts to hold meetings, to do research, to hold conferences, to travel to neighbouring jurisdictions, and to support civil and commercial law programmemes in law schools. It also means supporting the judiciary with reasonable salaries, conferences, and other support. Poland's excellent and honest judiciary is being decimated by minuscule salaries, case overload, and its inevitable outcome - creeping corruption. Without a good judiciary, there will be a block to development resulting in the not unfamiliar scenario in the developing world: good laws but little justice.

In summary, the cart has probably been put before the horse in the development of an effective road to a market economy. Millions for privatisation, but pennies to build the legal foundation for the financial road upon which privatised companies must travel.

Questions and Answers

Vladimir Fedorov, Counsel, European Bank for Reconstruction and Development, London

I would like to turn to Professor Dalhuisen, who, as I understand it, is the most competent specialist in the field of comparative pledge legislation. What kind of useful advice could you give that could be used in drafting Russian legislation, advice as to how best to take into account the special features of each individual country, in this case Russia? Because, as is often the case in such situations, good laws are enacted on the basis of excellent foreign models, but one small point is overlooked: What is good for the Netherlands, so to speak, is not necessarily applicable to Russia. In view of your experience and expertise, what might you say and what advice could you give to our legislators?

Professor Jan Hendrik Dalhuisen

I will speak for myself. There is absolutely no benefit in copying anybody's system at all. I am not saying that it's always wrong, but the system that must develop in any country must be the product of the credit culture that will develop in that country and that is a process which will take time. Naturally legislation can set it off, but I would have thought that the initial legislation would have to be reviewed many times over before it will settle down after credit procedures have subsequently developed. Obviously one will not want to design a jacket which is immediately too small but there is no reason to develop or design a jacket which is far too big. Legislation is there to correct and to guide. There is no one system in my view which is necessarily better than any other. I would not suggest that anyone should copy the Dutch system, even though being the newest. I am not saying it is bad. But what is good for the Dutch, why should it be good for you? The American system has of course great academic support because of its conceptual clarity. But it has a

sophistication which may well go far beyond what is needed in Western Europe or here. Now if I may speak for the EBRD draft - I am quite sure its draftsmen will defend it this afternoon vigorously - the EBRD draft is a wonderful catalogue of the issues which need to be answered. Again I am not suggesting that all the answers are the right ones. Most issues can be answered in many ways and it may be that another type of balance is found than the designers of EBRD draft are at this moment proposing. That is no criticism of the draft at all; I do believe it is an excellent document. But I see it primarily as a catalogue of all the things which one has to face. We talk about its merit, and this merit is very considerable, especially from this point of view.

Another issue that arose this morning was whether one should have a Mortgage Law in respect of private property and I think it demonstrates my point. Thinking about this myself, it depends indeed what for. We hear that maybe private property, someone's dacha for example, should become mortgageable in order to use the proceeds for economic investment. That sounds fair enough although it will be difficult to define the concept with precision. If it is merely for consumer spending then disaster is just around the corner. I would forbid it at this stage especially since we have seen in England the great social problems with second mortgages on houses, the proceeds of which were used for buying cars, TV sets and I do not know what else. Subsequently many people were not able to repay, not having understood what a second mortgage was in a situation where house prices drop. We now have there a host of repossessions leading to a scandal. In England, we allow this, it is the system, it cannot be helped.

But I can well understand that in a system of credit where the population is less used to it, one would be much more hesitant in this aspect and that is perfectly fair. It may be that after ten or twenty years when everybody knows what a mortgage or a second mortgage on his house is, the rules could be relaxed. I do not think it needs to be done in one day at all.

Professor Allan Farnsworth

Jim White mentioned several Canadian provinces have adapted our Article 9 and if you have an interest in American security law, you might do well to look at the Canadian version. I once made the mistake of showing the Canadian version to some of my American students, all of whom said they wished to take their examination under the Canadian statute, because they could understand that much better than the American.

In addition, there's a project going on at present to adapt Article 9 for the purpose of Puerto Rico, which has a civil law tradition of at least some dimensions and I believe that that version of Article 9 being drafted for them is an even more simplified and perhaps more understandable version than the Canadian one. I do know that the people who are involved in Puerto Rican venture would be honoured to be asked for their views as to how our Article 9 might be, or at least some of the ideas might be, exported elsewhere.

Ronald Dwight

I am told by Hugh Pigot, the English banking expert who works for us that in England there was a commission to review the complex English system, they recommended that an American type UCC Article 9 be adopted, of course that did not happen, but that the Scottish went ahead. And they have a very good collateral law that it is an adaptation of the

American system. I do not think that I agree that none of these examples can be enacted, but I think that whatever Russia does, if it wants to have asset based lending, it needs to have a system that is easy to use, that is cheap to use and that there no huge fees required to be paid in order to use it. It needs to be secure and that there are provisions to prevent fraud there needs to be enforcement which is easy and effective. No matter what they do, if it does not have those things it will not end up enabling credit to flow to people who need it. We have written a short paper on the essentials of the collateral law, we call it "the tractor", it is a sort of a parable about somebody buying a tractor, how it works and what we think are the essentials.

6. Specific Aspects of Charged Property

Jan-Hendrik Röver,

Legal Adviser, European Bank for Reconstruction and Development, London

You have heard this morning that at the EBRD we have prepared a model law on secured transactions. You have also heard of the rich diversity of systems for dealing with secured transactions that exist in America and Western Europe. I would like to remind us of Professor Dalhuisen's comment: that existing systems have all arisen by historical accident. We prepared a model to create a reference point which attempts to produce a simplified base from which to work and a base which draws on the advantages of existing systems and hopefully avoids at least some of the disadvantages.

The model law draws on certain simple concepts and we are going now to talk to you about the concepts in relation to charged property. The different legal aspects of charged property will be dealt with by explaining ten general concepts.

Concept 1 is that a **charge is a right in property**. This first concept emphasises the close relationship between charged property and the nature of the charge. A security right is a right in identified property which enables the person to whom the charge is granted to sell the property if the debt secured has not been paid. The liability of the person giving security is, therefore, limited to the property given as security. And it is typical for a secured transaction that the parties focus their attention partly on the aspects of charged property. Hence, it seems appropriate to commence this section on detailed issues with some reflections on charged property.

Let me come to concept 2: **the charge can be given for all types of property**. The second concept emphasises that a secured transactions law is then of maximum use, when it deals with all types of property. The notion of property is used here in a wide sense. Two groups of property over which a charge can be given must be distinguished. First, things are the traditional property which can be given a security and there are a number of things which can become subject to a charge. Those things can themselves be distinguished into immovable and movable things. Secondly, less traditional is security in rights. They, however, play an ever-increasing role as security and must, therefore, be properly addressed in a secured transactions law. The importance of rights as security is particularly visible in transactions which are called project financings. The essence of the financing of these projects is that they rely on the stream of revenues once the project is finalised. Imagine a power plant in the Vladivostok region. Although its construction may cost several hundred million dollars it is in itself useless to someone who cannot run this and generate income from it. It is, therefore, an astonishing feature of these projects that the

investor for the purpose of taking security is not so much looking at the tangible assets but at the stream of revenues generated by the project. He is particularly interested to take adequate security over the stream of revenue. This is nothing else than security on receivables, in other words security on rights. The provisions of the Russian Civil Code on pledge focus on movable things and rights. The Russian Civil Code is therefore broad in its approach in the sense outlined in concept two.

I come to concept 3: **a person cannot charge what it does not own or hold**. The person giving the charge must be the owner or holder of the charged property, a concept which we also find in the new Russian Civil Code. As the charge gives the right of selling property which is a power attached to ownership, only the owner or holder can create a charge. The countries of central and eastern Europe may still have difficulties in recognising ownership of rights and things, particularly as far as immovable property and enterprises are concerned. The problem is certainly particularly magnified in the context of a charge of enterprises where many assets are involved so that the verification of the chargor's ownership will be an enormous task. Even if ownership of things and rights can be verified to a degree sufficient for the purpose of the chargeholder, the risk remains that ownership may not be subsequently enforceable against others.

I come now to concept 4 which is things and rights: **a person can charge future things and rights**. In light of the previous concept it must seem surprising that future property can be charged. Future property may be property which does not yet exist. This is the case, for example, where finance is provided for a building which still has to be built. Future property can also be property which does exist but is not yet owned by the chargor. The chargor may intend to acquire a car in two weeks time but currently is not yet the owner. In both situations the important fact is that the chargor does not yet own the property. However it must be possible that the charge can be created over this kind of property. Parties look to those things and rights that represent or will represent an asset of the chargor. Future property is a key element for the secured creditor and can be of real value to him. Let us take an example again. The lender proposes to finance the business of a car manufacturer. The manufacturer intends to enter into a series of a long term supply contracts to various wholesale sellers of cars. The rights to payment for the cars under the proposed contracts will be extremely valuable to the manufacturer and similarly for the lender from the perspective of security. Those future rights can be included in the charged property though not in existence at the time of the draw down of the funds. As in these cases the chargor is not yet owner of the charged property at the time the parties enter into the charging agreement, a secured transactions law has to create a special rule which allows a non-owner to charge future property. The rule may take a number of forms. For instance, a law can allow for the charge to be created immediately at the time of the agreement even without the property having been acquired. Alternatively, the law can provide for the charge not to be created until the property is acquired which is probably the view of the Russian Civil Code, or the law can provide that the charge is not created until the property is acquired but for priority purposes is deemed to be created at the time registration is made.

I would now very briefly like to cover concept 5: **included in charged property are things and rights which are attached to charged property**. A minor complication is that things may be related to other things which are, therefore, regarded as charged property by operation of law. Security right systems are generally careful to insure that a thing which appears to be a unit and functions as a single thing, includes other things, which on their factual appearance may be said to be separate things. It may be the case that moveable

things are fixed together in a way that they must be regarded as one unit. Immovable property, such as a building, may similarly have movable property fixed to it. Charged property should automatically include those things which are attached or related to the original thing would pass with it on a transfer of ownership. The Russian Civil Code names the criterion in the light of which things are regarded as a unit to be the common economic purpose, but interestingly makes it possible to contract out of this provision. Another example for this concept is Article 140 of the Russian Civil Code, as mentioned today by Professor Makovsky. I will stop my remarks at this point and hand over to John Simpson.

John Simpson,
Team Leader, European Bank for Reconstruction and Development, London

Before taking up the remaining 5 concepts in relation to charged property, I would like, just for a moment, to tell you why we are two of us giving you the ten concepts, and why in fact there were two of us who produced the model law. In the United States and Britain we have a system of what is called Common Law, and on the continent of Europe there is a Civil Law system. Although the results achieved, as we heard this morning, in those two parts of the world may be similar, the way in which they are achieved is very often quite different. In producing the model law, what we have tried to do is, wherever possible, to pass over the distinctions that arise from different legal systems and to look at the fundamental concepts that are relevant whatever the system. Also working as a team of one civil lawyer and one common lawyer has given us some ideas of the problems of communication. Legal concepts are notoriously difficult to translate between one country and another. As was said earlier, lawyers do have a strange habit of being convinced that only their own system is the good one. That is why we tried to reduce our thinking to basic concepts because if those concepts are understood, then the necessary addition of detail and sophistication can be done in the context of the particular circumstances of the jurisdiction.

Let me get back to the concepts. The next one is concept number six: **charged property may be a changing pool of assets.** So far we have implied that we are dealing with an individual asset, and this is certainly the traditional view under civil law systems. Every charge is created over a single asset and it is rare in a civil law system that a group of things or rights can be charged as a group. However, there are two different types of charges, which we may call the static and the dynamic type of charge. Where the charged property is not changing, for example a building or even ten buildings, then it makes sense to have a specific charge over that single asset. There is however the dynamic type of charge which is best illustrated as a charge over the inventory of a business. A trader's stock is ever changing: it is dynamic. He is selling stock every day and he is acquiring new stock every day. But in commercial business terms what the lender wants is a charge over the stock that is there at whatever time. That is why we think that in any law of charge there should be the concept that you can take a charge over a dynamic, changing, pool of assets. One can extend this principle in its ultimate form to the enterprise charge. You should be able as is provided in the Russian Civil Code to take a charge over the whole of an enterprise. An enterprise is never the same thing from one minute to the next, but that fact should not prevent you from taking a charge over it.

On to concept number seven: **charged property must be identified either specifically or generally.** This is obviously quite closely related to the previous concept. Charged property must be identified: it is important to the parties involved, it is important for other parties who may be dealing with the property: it is also important for other parties who may

be dealing with the chargor. But how it is identified is not important; what is important is that it is identified. Let me give you as an example a library of books. You can either take the catalogue of the library and list every single book in the library or you can refer to the library collectively. It does not actually matter which you do. Either way you have described the library of books and you have identified the property. You may actually find it simpler to refer to the library rather than taking the whole catalogue. Whether one has a specific or general description will depend on the type of assets and often the importance of specific assets. One may also include a combination of a specific and a general description: for example, a charge over three specifically defined machines and all other machinery and equipment used in a production process. But if it is to be possible to have a charge over a pool of assets, as we discussed just now, then it will also be possible to identify this pool in a general manner: for example, all the inventory of the trader or, in the case of a project financing, all the receipts generated by the project.

On to concept number eight: **the person giving security can continue to use the charged property**. This was discussed this morning and we heard the reference to the possessory charge being a more primitive form of charge. Certainly if a charge is to take account of commercial reality, more often than not the person giving the charge needs to be able to continue to have the charged property at his disposal in order to keep carrying on his business. When a trader is giving a charge over gold bars, he may not mind too much that the gold bars are locked up somewhere and he is not able to use them during the life of the charge. But most traders, most commercial enterprises are not going to be giving charges over gold bars. If they had gold bars they probably would not need to give a charge. They are going to be giving charges over their inventory, over their raw materials, over their machines, over their properties, over their receivables. In every case they need to continue to have use in order to carry on their business. The continuing use can be in several different forms. It may be used in the form of enjoyment of a building or a machine. It may be used in the sense of consumption of raw materials. Or it may, in the case of trading stock for example, be the sale of the trading stock in the ordinary course of business. It is very difficult in a law to legislate precisely how much use a chargor should have. The extent to which the person giving the charge can use or consume or sell the charged property is basically something which needs to be agreed between the parties when they enter into the charge. And it is highly desirable that there is a good degree of commercial flexibility in that agreement. But the basic principle should remain that use, consumption or sale is permitted when that is necessary for the continuing carrying on of the business.

The next concept: **the person holding the security should be protected against deterioration and loss of the charged property**. It is obviously a primary concern of a chargeholder that the value of the charged property is maintained during the life of the charge. There are two particular dangers that the chargeholder faces. The first is that the property may lose its value because it is used or because its market value deteriorates or because it is damaged in some way. The second danger is that the property is lost because it is either transferred or because it is destroyed. Now again, a law on secured transactions can include some provisions to help in this respect, but the most important requirement is that the law allows sufficient flexibility between the parties to include whatever they consider appropriate for the maintenance of the value of the property. The person taking the charge has to identify the risks to which that charged property is subject and then the parties have to consider different types of agreement that they might use to give protection against those risks. They could either regulate the use of the charged property, for example, they may provide that the chargor may only use the property for certain defined purposes. They can agree that insurance should be taken out for the charged property. And

if they do that they obviously must also provide that the benefit of the insurance is included in the charge. They could also impose an obligation on the person who is giving the charge to maintain the value of the charged property. In the case of a charge over inventory or stock it would be quite possible to provide that there must always be a minimum value of inventory during the life of the charge. In the case of a charge over shares, the parties may agree that if the market value of the shares goes down then the chargor must include further the shares in the charged property in order to maintain the value. Once again the role of the law is to provide the framework and the commercial flexibility for the parties to agree whatever is appropriate in their particular circumstances.

Finally concept number ten: The move towards a **unitary concept of a charge** makes security easier to use and increases the benefit to parties to commercial financing. This is something we have already discussed to some extent this morning. I think it is very important and I think that it also underlines one of the advantages that you will have when actually creating a new system for charges. There is a tendency in the development of a modern secured transactions law that differences between charges over different kinds of property are diminishing. This is what is known as a unitary security right and it seems to be the way that modern security law is actually moving. This development has reached the stage where security is now reduced to two main types: Security over rights and movable property and security over immovables, principally land.

The new Russian regime for security is an example of this development and it makes the same distinction. The tendency towards the unitary security right means that the creation of the charge over different types of property follows principally the same rules. In essence the charge can be the same legal animal whatever the type of property it is covering. And in my view this also applies to land. The difference is principally one of formality and this is what your Law on Pledge recognised.

I would like to conclude with some general comments, some basic principles, which underlie all the concepts of charged property that we have been discussing. First, I will go back to absolute basics. The purpose of security is to assist financing. It is to persuade lenders to lend, it is to persuade them to lend for longer and it is to persuade them to lend at a cheaper price. It will only achieve that purpose if it provides real value to the lender. This morning there was reference to security effectively meaning comfort but it must be comfort of substance not merely of form. It may be that the banker never intends to use his security, certainly security is the remedy of last resort. But if he believes that when he does use the security he is not actually going to recover anything from it, then (if he has any logic to his reasoning) he is not going to take the security in the first place. At the same time, the security must not impose unnecessary restrictions on the borrower. I think there is a view held by many that security is very undesirable since it creates restrictions on the way one carries out one's business. And that may have been the case under the same systems in the past, but there is no reason why it should be the case under a properly constructed modern law. The objective is to develop a simple and flexible legal framework for secured transactions which lenders and borrowers can adapt to suit the commercial circumstances of their transaction.

**Lane Blumenfeld,
Director, IRIS-Russia, Moscow**

I am the Director of the IRIS-Russia Project and its Russian Commercial Law Reform Initiative. Among our activities in Russia, IRIS has worked with the presidential commission that is drafting the new Civil Code. As most of you in attendance today are fully aware, the Civil Code covers the entire spectrum of private law issues, from legal entities, to contract and property law, to torts, intellectual property, and inheritance, as well as international choice of law issues. The Code will be the fundamental legislation governing all market relations in the Russian Federation, in effect, its economic constitution. Just last month, the State Duma of the Russian Parliament adopted a third and final reading of the first part of this Code, containing the general provisions, which is scheduled to go into effect on 1 January 1995.

With the adoption of this comprehensive legal framework, commercial transactions will no longer be subject to haphazard regulation by an ill-designed and outdated patchwork of parliamentary laws, presidential decrees, and governmental directives, many of which date to the Soviet period and its command style economy. The Code outlines the rules of the game for entrepreneurs who, up to now, have had to navigate the rough sea of Russian business law without a functioning legal compass.

A critically important section of Part I of the Code concerns issues of collateral, or, as Russian jurists refer to it, pledge. In Russia, deficiencies in the laws and institutions combine to deter banks from extending credit to the emerging private sector. Without security, financial institutions will not lend, and without lending, business cannot flourish.

Today, I will examine a single aspect of the lending process, outlining the specific types or forms of property that may be pledged as security under Russian law. Then, I will explore a variety of problems that arise with respect to each of these forms of property, if and when a bank attempts to use them as collateral to secure a loan. And finally, if time permits, I would like to touch upon what I see as the three major legal and institutional impediments to secured lending in Russia, namely, the notarisation system, collateral registration, and the related issues of debt recovery and judicial enforcement.

First, using the Law on Pledge of May, 1992 as our guide, let us examine permissible forms of secured collateral. I will draw distinctions introduced by the new Civil Code, where appropriate. The Law on Pledge permits any form of property to be used to secure a loan as long as that property is alienable. This is a broad definition that in principle allows the lender to take any form of property as collateral. The scope of the definition of chargeable property includes real or personal property, extends to rights in property, future required property, and contracts or obligations.

What are some specific examples of chargeable (or pledgeable) property? First and foremost, there is the mortgage of an enterprise as a whole, which includes the fixed assets, capital, and other assets reflected on the balance sheet. Second, pledgeable property could include goods in circulation (inventory) or in the manufacturing stage. The pledgor is free to dispose of these goods, as long as the total value of goods in possession does not fall below the level specified in the loan agreement. The Law's definition also permits various types of movable property, such as equipment, tractors, or televisions. Additionally, a pledge of rights, that is, contractual rights, such as a lease or accounts receivable or a bank account, may be pledged. Securities, such as stock certificates, may also be pledged.

Furthermore, land and buildings are acceptable, as long as they have been privatised. And finally, the law implicitly allows a negative pledge, an agreement that the borrower will not pledge the identified property to another creditor in the future.

Note that the new Civil Code makes some very important changes in the Law on Pledge. However, there is only one change in the definition of what property may be pledged under the new Code: all alienable property may be pledged, **except that property which is withdrawn from the scope of civilian transactions.** Another difference relevant to this discussion is that while the Law on Pledge contains specific provisions on mortgage, the Code does not. Rather, the Code directs that a separate law on mortgage, or "hypoteca," be drafted, containing detailed procedures for mortgaging real property.

We have now reviewed the specific forms of property that may be used as collateral under Russian Law. Unfortunately, in practice, banks are reluctant to secure loans with any of these types of property.

Hard currency on deposit in the bank, in the form of US dollars, is obviously a very attractive form of pledge. However, new Central Bank restrictions limit hard currency transactions. Letter number 70 of the Central Bank of January 1994 appears to prohibit banks from taking hard currency as collateral, because it prohibits banks from depositing hard currency into clients' hard currency accounts. Letter 107 of September seems to be even more restrictive. Although the Letter's full meaning is unclear, it has been interpreted by some banks to require a freeze on all withdrawals of hard currency from hard currency accounts. The combination of these two regulations greatly discourages banks from taking hard currency as collateral.

Roubles are even less attractive. Inflation, marked by wild fluctuations in the rate of the rouble, as was experienced on Black Tuesday in October, continues to deter banks from accepting roubles to secure loans.

Universally, real property—land and buildings—is a popular form of collateral. It is a stable asset that tends to maintain its value. Moreover, land and fixtures have the attractive quality in that they are stationary, and thus do not tend to disappear, as movables can. But even security in land raises a host of problems. First, the small and medium size enterprises, frequently most in need of financing, generally do not own sufficient amounts of land to use as collateral. Second, until there is a greater clarification of land title and ownership rights, I think banks will be reluctant to look to land as a comforting form of security. Buildings raise similar issues. SMEs tend to lease, not own. The lease itself can be pledged, but once again, banks must have assurances of clear title by the underlying owner.

Lending to individual households is also dampened by the lack of attractive collateral options. In the United States, as well as in Russia, I believe, a person's most valuable asset is the home. However, it is particularly difficult to use apartments in Russia as collateral. First, the "propiska" or right of inhabitancy system means that there could be more than one person with a right to live in the same apartment. It is often difficult to verify whether the person pledging the real estate is the only one with a right of residency to it. Finally, a bank is not going to take a loan, using an apartment as collateral, if it lacks confidence that a court would actually evict the resident if he defaulted.

Banks tend to see movable property as a riskier form of collateral for the obvious reason that it moves: movables are harder to keep track of, can more easily disappear, and need to be more closely monitored than real property.

What about a pledging an enterprise as a whole? The main problem in this area is one of confusion. If you take a look at the 1992 Pledge Law, it provides two steps for the bank to acquire the enterprise upon default. First, it must assume control of the enterprise and run it in an attempt to generate enough capital to pay off the loan. If that fails, the bank can auction off the enterprise. However, the procedures for determining at what point the bank can switch from the take over stage to the auction are poorly spelled out. The new Civil Code does not address these procedures in sufficient detail either, relegating them to the future mortgage law.

Allow me to switch from this discussion of specific aspects of chargeable property, and the problems associated with it, to a more general commentary on the barriers to collateral-based lending in Russia. The first major block is notarisation. A pledge contract must be notarised in the following cases: when land or buildings are being pledged, in the case of a mortgage of an enterprise, with aircraft, railroad rolling stock, or marine vessels, and if the pledge secures a contract which itself must be notarially certified. This requirement should not pose a major problem. In the United States, it costs approximately two dollars to notarise a document. In Russia, the cost is an astronomical three percent of the deal; simply put, the three percent notarisation fee is a deal breaker. No matter what changes the Russians make in their legal system to improve their laws and strengthen their courts, significant amounts of secured lending will not occur until this choking tax on financing is lifted.

With respect to the problem of collateral registration, I would like to address your attention to an article on a mortgage scam that recently appeared in the local press. The facts are briefly these and I think they speak for themselves. A company used the same building, a building it owned, to secure loans from five separate banks. One piece of property, five banks, five loans. According to the article, at least three of those banks registered their interest in the building in the proper registry. Yet, when searching the registry, not one of those banks discovered the pre-existing lien, the pre-existing creditor, until after it made the loan. The company defaulted on the loans, and the issue is which bank gets the building that they all claim as collateral. The courts are currently trying to unravel this mess in a case that banks will watch very closely.

The lesson is that the recording system is unreliable. Until it is overhauled so that lenders can determine, with confidence, where they rank in priority as creditors, no measurable secured lending will transpire.

Finally, the old Pledge Law required a court order before a bank could seize any form of property upon debtor default. The necessity of judicial enforcement discourages banks from taking collateral because the courts are time consuming and expensive. Until just recently, the court fee was 10% of the claim; fortunately, the fee has now been significantly reduced. Additionally, as a creditor awaits the court's decision, the value of its claim in this high inflation economy decreases significantly. The fact is the banks will not make asset-based loans in such a rigid system. When they do, they resort to private enforcement mechanisms to seize that collateral, by which I mean, bluntly, the use or threat of physical force.

In this area of collateral realisation, the new Code departs dramatically from the old Law, introducing a more efficient system for debt collection. The new law permits lenders to seize movable property upon default without a court order, if the parties pre-agree in the loan contract, with the caveat that the seizure cannot breach the peace. This reform encourages banks to begin to use movable property to secure loans, lubricating the lending system, particularly with respect to SMEs for whom movables are principal assets.

This afternoon, I have highlighted some of the barriers to secured lending in Russia. As the latter part of my talk suggests, however, Russia is beginning to introduce major improvements in both the laws and institutions to facilitate lending. The reduction in court fees will encourage more creditors to use the judicial system, rather than resort to hired guns. Simultaneously, the removal of the requirement that creditors seek a court order prior to seizing movable property upon default will open up asset-based lending. These reforms increase the attractiveness of both formal judicial enforcement and legitimate self-enforcement mechanisms. There is much still to be done, but these are promising signs.

7. Enforcement

Vasily Vitransky,
Deputy Chairman, Supreme Arbitration Court, Moscow

My task, esteemed colleagues, is to open the discussion of recovery under secured obligations. Unfortunately, I am going to speak more about problems than about actual judicial practice. Despite the fact that the Mortgage Law has been in effect for two years now, I must say that we cannot speak of any stable judicial practice in hearing cases involving the recovery of property pledged as security. The reason may be that the Mortgage Law has excessively complicated the procedure for recovering property pledged as security. I would like to recall that, as a rule, property pledged as security may be recovered by decision of a court. In addition, in the instances stipulated by the legislation, property pledged as security may be recovered on the basis of a notary's executive endorsement, and, in the instances stipulated in the law, property may be recovered in an extrajudicial procedure.

For instance, tax agencies, tax service and the tax police make very broad use of the possibility of recovering property as payment for delinquent taxes. They are empowered to do so by the Law on Principles of the Russian Federation Tax System. In this connection, the new Russian Federation Civil Code establishes a somewhat different procedure for recovering property, a more explicit procedure.

Article 349 presents four different cases of recovery of property. The first situation is for when the collateral is real property. The general rule that real property is to be recovered on the basis of a court ruling is maintained. However, allowance is made for the possibility of recovering the collateral of a mortgage in an extrajudicial procedure. To do so the Code requires the existence of an agreement between the pledgor and the pledgee. The agreement must be entered into after the pledgee has received the right to recover the property; in addition, this agreement must be certified by a notary.

The second situation deals with other property, personal property. With respect to this type of property, provision is made for suppletive norms, to the effect that the collateral must be recovered on the basis of a court ruling, unless the parties' agreement specifies otherwise.

This means that the parties have the right in their agreement, or perhaps directly in the pledge agreement, to specify a different extrajudicial procedure for recovering such property.

The third situation is when the property pledged as security has been assigned to the pledgee. In this case the procedure for recovering the property pledged as security is set forth by the parties in their agreement.

Finally, the fourth situation in Article 349 is a norm specifying certain cases in which the property pledged as security may be recovered solely on the basis of court ruling. The Code defines such instances as situations in which the consent of a third party was required in order to enter into the pledge agreement and to pledge the property. For example, in this situation the pledgee may be a state enterprise, since the authorisation of the owner would be required; I am referring to a state unitary enterprise. The second situation is when the property pledged as security is of historical, artistic or other cultural value. And finally, the third situation is when the pledgee is absent and his whereabouts are impossible to ascertain. This is a brief description of the procedure for recovering collateral in accordance with the new Russian Federation Civil Code. However, I am not sure that the new versions of the respective norms allow one to say that we will have a rich judicial practice with respect to issues relating to the recovery of property pledged as security.

Another method of securing obligations is the guarantee. We are seeing a trend toward a reduction, a significant reduction, in the number of disputes in which creditor-banks file suit against guarantors. I believe that the main reason for this is that in accordance with the principles of civil legislation, surety and guarantee contracts are used as synonyms. In view of this regulation, we can no longer view a letter of guarantee from a bank as a unilateral transaction. We are forced to view this letter of guarantee as an offer for a surety contract. A surety agreement can be deemed to have been entered into only if this is followed by acceptance by the creditor bank. The only exception, perhaps, that judicial practice makes is that a stipulation by the creditor bank in the loan agreement to the effect that the loan is being granted under a specific letter of guarantee issued by the guarantor bank is recognised as acceptance. For this reason, I think that the basic difficulties in these arrangements lie not in recovery and not in the bringing of claims by the guarantor and the satisfaction of such claims, but in the difficulty of defining the parties' relationship as a guarantee relationship. Although there are difficulties here, I am referring to difficulties in bringing claims, since the norm establishing a preclusive three month time period for claims by a guarantor's creditor remains in effect to this day.

The Civil Code broadens these possibilities and extends the period to one year. In this respect, the new Civil Code provides for a completely new institution, a new institution for Russian legislation: in paragraph six of Chapter 23 there is a whole series of articles relating to bank guarantees. I am not going to go into their substance as I do not have the time. But the most important point is that a claim by a creditor bank that is acting as a beneficiary and a guarantor that has issued a bank guarantee are not linked with the primary obligation, with the credit agreement, and with the performance of the main obligation by the borrower who is the principal. I think that this will also broaden the possibilities for wider use of the institution of the bank guarantee as a means of securing obligations, although, I repeat, I am not sure that this method will be widely used either. The fact is that actual banking practice in Russia always looks for some sort of unique path, and the circumstance that such traditional means of securing obligations as pledges, guarantees and sureties are used infrequently does not mean that banks are not finding any ways to secure their credit

agreements. In reality, banking practice has taken the path of using some totally unique means of securing obligations.

In recent years we have dealt with a tremendous number of disputes involving suits filed by banks against insurance companies. I did not falter when I said that this is a unique means of securing obligations, because it is hard to characterise as an insurance contract an arrangement in which the subject of the contract is not a risk, when the insured event is not an event that might or might not occur. In reality, the insured event in these arrangements is defined, and this is specified in the insurance contract, as a default on the loan amount and interest charges for the term specified in the loan agreement. It is default by the insurer and the borrower on their explicit obligations under the loan agreement with the bank that is regarded as the insured event. We could perhaps characterise these relations as a special method of securing obligations, insofar as this is not an insurance contract. But unfortunately we are unable to do so today, because Article 68 of the Principles of Civil Legislation establishes a finite list of means of securing obligations.

Therefore, a very curious situation has arisen in judicial practice. Even though we know full well that we are not dealing with an insurance contract, we cannot apply by analogy the norms that regulate means of securing obligations, and we are forced to apply the norms of the insurance law. Moreover, I can tell you that both the banks and the insurance companies have a stake in such insurance contracts. In many cases we encounter so-called co-operative activity agreements that banks enter into with insurance companies.

Under these agreements, the banks, in particular, undertake not to make loans and not to enter into loan agreements with borrowers until they bring to the bank an insurance policy from the insurance organisation in question. Both sides are satisfied – I am referring to the parties to the co-operative activity agreement. In our view, these agreements should be declared invalid, although it is true that there have been virtually no direct suits. They violate the rights of third parties, the borrowers; on the other hand, both the insurance companies and the banks are left with a guaranteed profit, for the banks perform their service of directing borrowers to the insurance company: for a fee, naturally.

And this is a path that the practice of securing loan agreements in the Russian Federation has taken. Maybe this is the main reason why normal means of securing obligations, such as pledges and others like bank guarantees, are not being widely used. I therefore submit that the task of those officials and legal specialists who will be working on the second part of the Civil Code, and on the norms governing insurance contracts in particular, will persist in ruling out the possibility of using insurance contracts as such distorted means of securing obligations. And, on the contrary, in making possible the development of normal means of securing obligations, such as pledges and bank guarantees.

Victor Cujba,
Deputy Chairman, Supreme Arbitration Court, Moldova

Before turning to the issue of recovery, I would like to say a few words about the legislative foundation that we have in our republic in the field of pledges. The concept of pledges in the legislation of the Republic of Moldova is contained in the 1964 Civil Code and the President's decree on pledges of October 29, 1994, which confirmed the provisional pledge statute that was put into effect on December 15, 1993, and also the republic government's resolution of January 31, 1994, on measures to implement the provisional pledge statute.

The pledge is also mentioned as a means to secure the repayment of a loan in the law on banks and banking activity that was enacted in the republic in 1991.

It should be pointed out that the drafting and enactment of a new Civil Code in the Republic of Moldova has been stalled somewhat. The Moldovan Parliament's resolution of September 22, 1994, envisions for 1995 only the formation of a working group to draw up the respective draft. However, with the Inter-Parliamentary Assembly's adoption of the model Civil Code, in whose drafting the Moldovan delegation participated, let us hope that efforts in this area will be invigorated. There is no separate Pledge Law, and there are no plans to draft one.

What is the substance of the provisional pledge statute of October 29, 1993? The statute defines the areas in which pledges may be used, areas that are spelled out in the statute. They include the bank pledge. The provisional pledge statute says that any property that may be expropriated by a pledgor may be used as collateral in a pledge, and this applies to objects, securities and property rights. State owned property may be pledged as collateral only with the consent of the State Property Fund, and property subject to privatisation may be pledged as collateral only with the consent of the privatisation department. At the present time these agencies have now been merged into a single Ministry of Privatisation and State Property Management. As regards pledges of rights, the statute says that such rights may be a pledgor's rights of ownership and use, including his rights as a lessor, other rights, claims arising from obligations, and other property rights. In agreements pledging rights that do not have a monetary value, the value of the collateral is established by agreement between the parties. As regards collateral in the form of securities, such securities may be only securities issued by the Republic of Moldova or securities cleared for circulation by the state commission on the securities market. An agreement may also stipulate that a pledge extends to objects that may be acquired in the future. The statute also establishes the concept of pawning, in which the property pledged as security is assigned to the pledgee. It also provides for the possibility of pledging goods as security by giving the pledgee a commodity-transport document that pledges goods that are in circulation or being processed.

A pledge agreement has to be in writing. In instances stipulated by legislation and the provisional pledge statute, it is established that a pledge agreement must be certified by a notary; specifically, an agreement pledging as security civilian aircraft and river vessels, rolling stock, and other types of vehicles must be notarised.

The provisional statute also requires the registration of pledge agreements. It also says that an interested party may appeal a denial of registration or the illegal registration of a pledge to an arbitration court or the court with jurisdiction over the area in which the registering agency is located. Pledge agreements are subject to certification and registration by notary offices with jurisdiction over the area in which the property pledged as security is located or over the area in which the property owner who is a physical person resides. Registration is affected by entering the information into a register, the form of which has also been confirmed by the government.

The provisional statute establishes that a pledgor may be the person to whom the property being pledged belongs, who owns that property. The provisional statute contains no information as to whether the right of operational management of a property may or may not be pledged as collateral. Pledgors are required to maintain pledge books. The procedure for maintaining such books is established by the government. The form of these books has been approved by the government. Subsequent pledges of property that has already been

pledged as security are prohibited pending the debtor's performance of his primary obligations.

When stipulated by the parties' agreement, the notary office, at the same time it certifies the agreement, imposes a ban on expropriation of the collateral. Recovery of property pledged as security is affected on the basis of a court order or arbitration award, unless specified otherwise in the parties' agreement.

The generalisation and study of practice in using pledges as a means of securing the repayment of loans extended by banks shows that as a general rule, goods, i.e., personal property, are used as collateral in pledge agreements. On account of the procedures involved, such as obtaining the consent of the state property fund and the privatisation department, state-owned property is virtually never the subject of a pledge. Banks and commercial structures most often resort to securing the repayment of loans by insuring the risk, although the 1993 Insurance Law in effect in the republic does more to protect the interests of insurance agencies and companies.

Practice confirms that pledges as a means of securing the performance of obligations are used only in the field of credit relations. Such practice can be subdivided into two periods, before and after the enactment of the provisional statute. Although not very much time has passed since the entry into force of the provisional statute, it cannot be said that pledges are being actively used as a means of securing performance of obligations. Prior to the enactment of the provisional statute, that is, when a pledge registration procedure was lacking, banks took a more pro forma approach to pledge agreements; in other words, the existence of the collateral was not studied or verified. Agreements lacked terms on safeguarding and preserving the property pledged as security. With the introduction of registration of pledges and, in certain cases, notarisisation, the situation with respect to the use of pledges has changed. But given the lack of a properly regulated mechanism for recovering property pledged as security and satisfying claims against property pledged as security, the statute is ineffective, and banking organizations are not resorting to this method of securing the performance of obligations.

There have been very few arbitration cases involving the recovery of property pledged as security in 1994, only two or three. The collateral was canned goods, vehicles and machinery. There was one interesting case that did not involve a pledge but had a bearing on securing the timely repayment of a loan; it was an instance in which the government - to be more precise, government leaders, a Deputy prime minister of the government and the Ministry of Finance - issued letters of guarantee to the National Bank to secure the repayment of a loan that the National Bank made to some agricultural enterprises and processing industry enterprises. The guarantees were made at the expense of the state budget, and this meant that the government or the Finance Ministry had exceeded its authority. By decision of an arbitration court, the letters were declared invalid.

Practice also shows that economic entities are more willing to try to recover a debt, even when a pledge exists, by having the debtor declared bankrupt. Although the bankruptcy procedure in our republic is somewhat lengthy, and a decision is rendered after the expiry of six months. The overall time period for reviewing disputes is one month. At the current time we have more than 100 bankruptcy cases. Rulings have been handed down in 13 cases.

The procedure for seeking arbitration has been changed somewhat; as of September 2, 1994, the state fee was reduced; it now amounts to 3% of the amount of the suit, instead of

the 10% that was in effect prior to September 2. In conjunction with Italian specialists, experts are now working on this question, and changes and amendments in the bankruptcy law have now been drafted. The changes and amendments provide for the possibility of shortening the procedure for declaring bankruptcy to three months in some cases and other modifications.

We hope that with the enactment of the new Civil Code, the completion of privatisation, and the consolidation of a market economy in the Republic, arrangements in the field of pledges will improve, obtain proper legal regulation and become an effective means of securing obligations, including loan obligations.

Stephan Breidenbach,
Professor of Law, Europe University "Viadrina", Frankfurt/Oder

ENFORCEMENT OF SECURITY INTERESTS

Introduction

Market economy is driven by capital, but capital will not be provided by banks if they have to fear that it is not repaid. The creation of legal and institutional mechanisms to ensure repayment of credits is the key to success in every transitory process to a market economy. Repayment of credits depends on three elements :

- First, a good business concept underlying the financing transaction is the best guarantee for repayment.

- Secondly, to cover the remaining risks, instruments for securing the financial lending should be available. Fast and efficient ways to bring in available assets as security are necessary.

- Finally the third element which shall be the focus of my short remarks : repayment is not guaranteed by the mere existence of security . If enforcement fails, repayment is simply not ensured. Without a fast and effective enforcement any claim is almost worthless. Enforcement translates law into reality.

I will divide my following remarks in four parts:

Part I: The aims of enforcement.

Part II: The models of enforcement regulations.

Part III: General remarks concerning the models of enforcement,

Part IV: Phases of enforcement

I. The aims of enforcement

The overall goal of enforcement is to bring a legal right into reality. The enforcement of security interests deals with non-payment and gives the investor the right to turn to the debtors' assets. Enforcement is only a substitution for the failure of the debtor to pay the secured debt .

In order to come as close as possible to a normal repayment enforcement has to fulfil several subgoals:

- First of all, enforcement has to be as **fast** as possible: the faster an investor can get his money back the more he can feel protected.

- Secondly, enforcement has to be as cheap as possible: the costs of enforcement are out of pocket costs of the investor and add up to the original investment.
- Enforcement has to be as simple as possible: the more complicated the procedure of enforcement the more formal mistakes can endanger the success.
- Enforcement of the charges also has to make sure that an adequate equivalent for the charged asset is realised so that repayment is fully secured.
- Finally, since there can be other investors seeking compensation from the same asset, there have to be rules for the distribution of the proceeds of sale. In particular, it has to be foreseeable whether there is a charge ranking ahead of the investors' charge with the consequence that another chargeholder has priority to the proceeds.

These subgoals of enforcement are however only one side of the story. Enforcement of secured interests on the other hand has to protect the debtor against losses suffered as a result of wrongful or abusive enforcement by the secured creditor. For example, in several countries one device for the protection of the debtor is the existence of compulsory delays in enforcement. But delays increase the interest and cost burden on the debtor. And on top, during delays, assets may lose value. This applies, for example, to foreign currency receivables or to goods which may simply perish. The consequence is that every legislator should think twice whether a compulsory delay in enforcement is really necessary for the protection of the debtor; especially in the corporate context where the investor is a credit institution which is subjected to supervision so that protection of the debtor can be seen in a different light. Finally, there can be interests and rights of third parties which have to be protected.

II. The models of enforcement regulations

The possible regulations of enforcement procedures represent a continuum between two poles.

At one end there are regulations that subject every measure in enforcement to a formal court procedure. On the other end of the continuum there are regulations that leave measures of enforcement to the secured investor and therefore rely on self-help.

Some jurisdictions, for example the German system, go more in the direction of court control. Priority is given to the protection of the debtor by subjecting enforcement to judicial monitoring and by favouring public auction sale instead of flexible regulations for the sale of charged property. But practical needs have found their way and the fiduciary transfer of property as security was invented. Here realisation is usually executed by private sale. So the German legal model for a charged movable asset, the pledge, has lost through banking practice almost any practical importance.

Other jurisdictions, especially common law based jurisdictions, rely more on self-help. The secured investor has a flexible choice of measures if the security document is drafted in a proper way. His rights include private sale as well as taking possession for example of a business through a third person to operate it and collect the profits. But the protection of the investor is not neglected. In these jurisdictions, the protection is guaranteed by the imposition of duties of fair realisation on the enforcing creditor.

III. General remarks concerning the models of enforcement

In the light of the above-mentioned goals of enforcement elaborate formalism in court procedures or public auctions are hardly avoiding delay cost and complexity. Almost every jurisdiction is suffering from the serious delays in court procedures caused by the overload that the courts face. Eastern European courts have not only the problem of overload, but additionally they have to cope with a constant but **unavoidable** change in the legislation during the transitory phase to a market economy. To rely on the courts in the field of enforcement of security interests is therefore dangerous at least in the corporate context. The loss of time which can add up to years makes security almost worthless. Even if now, according to the new law in Russia, private sale is possible, one has to be careful, if the system will accept the new rules.

Let me give you an example from the Czech Republic where I was a member of the board of the first private Czech bank. In the Czech Republic, the most important step in a legal framework of secured transactions, the regulation of mortgages, is still missing. Since real estate is the most important asset many companies have to offer, the banking practice in the Czech Republic established a sort of pledge. The regular enforcement through judicially monitored compulsory auctions takes a minimum of two years which endangers banks with a small capital base. Hence, banks drafted security documents that allowed private sales when it comes to enforcement. But they did not take into account the reaction of the land registry. These people confronted with an enforcement simply asked the landowner, who already gave his consent to private sale in the security document, if he would agree to a private sale. Of course in many cases the surprised but delighted debtor said "no" and so the banks had to go to court with a claim based on the security agreement to get consent for the private sale.

It is therefore of crucial importance for commercial lending that courts are only very carefully, if at all, involved in the enforcement of secured transactions.

In the following part IV, I will try to come to more detailed conclusions how enforcement of secured interests can give practical protection to the investor without depriving the debtor from essential rights. This makes it necessary to take a closer look at the different phases of enforcement. This distinction of sophisticated rules is a precondition for the design.

IV. Phases of enforcement

Generally two phases of enforcement can be distinguished: the protection of the charged property and the realisation of the charged property.

The first phase is the **protection** of the charged property. Without the right to protect charged assets especially from any disposal of the debtor or a third party in possession of the security, enforcement is not effective. Protective measures may include taking possession of movable things or at least taking steps to prevent the persons in possession using it or transferring right to it. In some cases, where the secured investor has not the authority to take certain measures, for example to enter upon a site, it might be necessary to appoint a third person with the necessary authority to take these steps to protect the charged asset. Any delay in these measures might, for example, caused by the necessity of court proceedings before taking these measures, endanger the efficiency of protective measures. Often speed alone is the key to the protection of the assets.

The **realisation** phase normally means the sale of the charged property and the transfer of title to the asset from the debtor to a purchaser. This phase especially demands balancing the competing interests of the secured investor and the debtor. On one hand, the secured investor has to have the right to sell the charged property without the additional consent of a court order and therefore without delay and unnecessary formality. The more flexibility is provided to the chargeholder the more the goals of enforcement are fulfilled: speed, no additional costs, discretion in the appropriate form of sale in order to secure an adequate equivalent in proceeds, and no formality leading to complexity and formal mistakes, which might endanger the result. On the other hand the debtor has to be protected especially in two ways :

- There either has to be the general possibility to prevent the sale or
- if the sale is unavoidable, it should at least be secured that the debtors' assets are not sold for any price but that the price is a fair equivalent for his lost property.

The first need can not only be met by court procedures. For example, it is also possible to guarantee a certain period of time after the commencement of the enforcement procedures before any transfer of title is possible. During this time the debtor or a third party can take measures including an application to the court. If in the first phase, the protection of this charged property, the secured investor is able to take efficient protective measures, this compulsory delay in the realisation phase is bearable.

There are two sorts of regulations, which realise adequate prices for the charged properties :

- One possibility is to reserve the sale only to a formalised public auction.
- A second possible regulation leaves the form of the sale to the secured investor.

In this case the protection of the debtor can be guaranteed by the imposition of duties on him to conduct the sale in a way which is reasonable and appropriate. The reasons to favour the second possibility with the emphasis on self-help are at least threefold:

Public auctions, as experiences in many jurisdictions have shown, tend not to realise an adequate price and often cause enormous delays.

- The interest of the chargeholder and of the chargor are at least partially identical, because the chargeholder has at least to realise through the sale his secured investment including costs and interest which gives him an incentive to act reasonable.
- The danger of an abusive enforcement can be met by an obligation to act in a reasonable and fair manner. This is a sufficient protection for the debtor if it is accompanied by the possibility to claim compensation if this obligation is not fulfilled.

To conclude: the best advice for any legislator is KISS – Keep It Simple and Stupid!

8. Insolvency Aspects

Jan Hendrik Dalhuisen,
Executive Director, IBI International plc, London,
Professor of Law, Utrecht University

I would like to continue the story which I started this morning with the status of charges in executions, executions outside bankruptcy and bankruptcy executions themselves, two

types. The first aspect I would like to concentrate on is what the principles of priority are. A difficult question but I think one can distil some principles. The first principle is that charges rank amongst each other according to time.

First in time, first in right. It must be the basic principle: it seems to be adhered to in one form or another everywhere, but of course there are a number of problems, as one would expect. The first problem is when, for this purpose, are these charges created? One possibility is to take the time of the contract. In those jurisdictions which maintain a system of registration and publication it is more likely, though not always the case, that it is as of the time of registration or publication. But systems that maintain a registration or publication system may also use a certain lead time. It might be that for thirty days for example, the security is perfected for ranking purposes even though there is no registration; any subsequent registration, but within the thirty days, would then remedy that deficiency. Naturally there is a problem with future assets. When is the charge perfected in respect of future assets? Is it in those jurisdictions that have a registration as of the time of registration or is it only as of the time that the asset emerges, and that could sometimes be years later. Registration systems often stick to the date of registration even though the asset is not yet there, to make it simple, I suppose. Then there is the other question of future debt: if the debt is not yet there, can assets in advance already be secured for a future debt through a registration system? Some jurisdictions do so, others find it much more difficult to accept that kind of facility. So those are some of the problems attached to the principle of first in time, first in right: the basic rule.

Then there are special rules. Specific charges may prevail over general charges. So if there is competition between, for example, a reservation of title and earlier floating charge over the whole business of the debtor then it is likely that the later reservation of title still prevails over the earlier general charge, and that I think is very common in almost all systems, even though the reservation of title might not be registered at all in jurisdictions that otherwise maintain a registration system.

The third rule is that sometimes possessory charges prevail over non-possessory ones. This is so especially for documents of title and negotiable instruments in the United States. So if you have a possessory charge in those countries over say a portfolio of stocks and shares, even though that charge might be much later to non-possessory charges in respect of the same assets, possession may prevail and may give you a better right. Especially in connection with negotiable instruments it is very common. Then there are the contractually arranged charges which may prevail over statutory preferences, or privileges, for example, of the tax man or statutory purchase money security or any other types of statutory preferences which as I said this morning are often rights only in execution proceeds, but not proprietary charges. The contractually arranged charges will on the whole prevail over these statutory ones, except, as one would expect, that tax man's claim, even though only benefiting from a general preference, may sometimes result in a superior right and may prevail over any kind of contractual charges or proprietary rights in the assets. We call it a super-privilege.

Then we have the very difficult question of rank and status of foreign securities. Where do in all of this, if at all, foreign securities fit? Can they be recognised? How are they recognised? How are they adapted to fit into the ladder of priorities maintained by the execution law. As I said this morning this is a very new area where I think research is only starting. It is not easy.

The problem one faces is for example whether if a good is exported subject to a reservation of title which allows appropriation, but moves to a country which requires execution through the courts, this proprietary right is then transformed in the new country and treated as a reservation of title in that country or can one still appropriate under the law of the country where the asset comes from. It might make a very substantial difference whether you can take an asset back without a sale or whether you have to go through a sales procedure in the new country.

Finally, let us briefly raise the question whether execution sales can be free and clear. In other words, where there is an execution sale, can the buyer buy the property without any kind of proprietary rights attached to it, or does he take subject to all other charges, except the one which is being executed?

The second subject after the issue of status and rank, which I think I need to discuss here is the situation of the indirect securities. The first one is the set-off. So the debtor has a counter claim against a creditor. How does this work? Usually there are a number of restrictions. Set-off will often only apply in respect of monetary claims, so you can only set-off two claims which are expressed in money, usually in the same currency. You would not be able to set-off a dollar claim against a rouble claim. Both claims would also have to be mature, so you could not set off a mature claim against a claim which would only mature in one or two years time. These are the most common limitations.

Then we have retention rights, usually the repairer of a watch will have a retention right for the repair costs. He may not, and in the traditional form usually had no right to, execute and sell the property. His position is one of a person who has a nuisance value. He can hold on to the asset, nobody can do anything with it, nobody can reclaim it from him until such time that he had been paid, in this case for his repair. These retention rights, or the right to retain the asset, are in most jurisdictions limited in respect of a number of claims: professional fees and repairs, thus to a fairly limited set of circumstances.

Then in most jurisdictions a default will give rise to a rescission of the contract, but in some jurisdictions the rescission of a sales contract will also allow the seller to reclaim the title in the asset, so the asset automatically reverts to him by statute. This is so, or used to be so, in the Netherlands, in particular. So there is an automatic reversion of title which does not necessitate a reservation of title.

Now these are the most common indirect securities which play a role in executions. Where the subject becomes of greater interest is when we have contractual enhancements of these indirect securities. In the case of set off, we then talk of netting. That is a very popular subject for all kinds of reasons. What does one try to do in netting? I said a moment ago, the set-off is usually limited to monetary claims in the same currency and which are both mature. Now contractually, one may try to create a set off also in situations where you have one monetary claim and another claim for the delivery of certain assets which, through a formula, one tries to reduce to money in order to make the set off possible. Where one has claims in different currencies, rouble against dollar, one may try to do something similar. Obviously one would then have to include in the contract some currency exchange formula. One may also try by contract to reduce non-mature claims to money which of course requires an interest rates formula. Your retention right may also be contractually enhanced. It is very common in banks to try to retain all assets that a bank has or happens to have of a debtor until satisfaction of all debts. You see it in general conditions of banks which are trying to create in this manner a universal retention right on all they have or hold

for clients. Where a retention right does not lead to an execution right it is also possible and common to try contractually to introduce an execution right. As to the rescission rights with an automatic return of title, can one by contracts achieve a position like that in countries that do not give it by statute?

Now, of course, in a contract you can say whatever you like, but the key is will the applicable execution law allow these enhancements beyond what under its own rules it accepts and that is the problem. For example under English law we do not know whether the contractual enhancements of the set off concept will be maintained in the bankruptcy: maybe yes, maybe no. There is a Court of Appeal case in the United Kingdom which rather seems to suggest not. And it is very clear why, because by doing this you can expand the realm of your priority rights very greatly indeed. The ranking that is produced by these indirect securities is usually the very highest: a set-off or netting creates or forces the highest priority: a retention right, especially if you can execute the extension right since you have the asset in your hands equally creates the highest priority in that asset. So if you can expand the notion of your set off or retention rights, well then you sit very nice and pretty, which is of course the reason why these contractual enhancements are used all the time and why we try to expand them.

Now ultimately in bankruptcy, what happens there? There are two types of bankruptcy, the first type basically accepts the ranking of securities and indirect securities as they exist outside the bankruptcy. So it follows the normal priority ladder as I just explained. The other type of bankruptcy rearranges the priority ladder itself. This is in liquidation proceedings, bankruptcy leading to liquidation, the more exceptional case, but even in bankruptcy liquidations you find that there are other priorities and preferences created, usually the trustee and other professional advisors claim a very high priority for their professional charges and you usually also find that all commitments entered into by the trustee pending liquidation, for example to keep the business going for a short while, also acquire a very high ranking over and above the ranking which I explained outside bankruptcy.

Finally, in bankruptcy leading to reorganisations, when the bankruptcy statute is very much reorganisation minded and wants to give the company another chance, like the Chapter 11 proceedings in the United States, you find an entirely different attitude towards secured transactions and preferences, including the preferences of the tax man. First, you would expect to find, in those proceedings, a general stay of all individual executions, that is to say that the secured creditor cannot execute his security outside the bankruptcy and reorganisation process any longer, therefore he loses his immediate individual execution right; he must wait and see what the bankruptcy trustee wants to do and it is obvious why this should be so because if everybody immediately executes his charges then the company would disintegrate right there and then. So in order to give the reorganisation a chance at all, it is almost unavoidable that there has to be a stay of all executions under the proprietary charges. It is usually the first part of the rearrangement of security rights.

The second part is that, especially in systems which allow almost all present and future assets to be used as charges, you will find that there might be excess security. Banks, to put it bluntly as a banker, always try to grab everything, two or three times over if possible. Now it is that extra or the excess security, in a reorganisation, that might have to be used to attract new money. Therefore in a reorganisation, you will often see that a trustee has certain rights to reduce the excess security and free it up to attract other money at the very beginning of the reorganisation process, even though at that stage we might not know

whether the reorganisation has any chance of success at all. It creates flexibility for the trustee.

Thirdly, in the reorganisation process it is conceivable that there is a complete elimination of all separate executions, so not only a stay. Banks and suppliers who keep the show on the road during the reorganisation, might in the meantime be given a special status or a higher priority, even with respect to past debt, as a kind of trade-off for the fact that they are helping out during the evaluation period. Finally, as part of the plan it is even possible that the secured creditors might have to join in and might have to accept alternative security, for example if the trustee as part of the plan wants to sell factories which have mortgages on them. He may want to sell free and clear whilst offering equivalent security. In some systems it is even possible, that the secured creditors are, as it is called, crammed down further and might have to accept a reduction in their security or a delay in payment under the plan as long as such is deemed fair or equitable or not too detrimental and discriminating.

Richard Conn,
Managing Partner, Latham & Watkins, Moscow

This afternoon you may not realise it but you are about to hear about the Russian economy, and in fact the heart of any economy in a capitalist society. That is bankruptcy law wedged here with the last few hours of your day.

Insolvency, whether you are talking about a rehabilitation proceeding, where a company continues to exist, or whether you are talking about a liquidation, where a company no longer exists and the assets are sold off, is indeed the very center of how an economy is structured. Why do I say that? Because whether you are an unsecured creditor, engaging in your activities, selling services to other companies or whether you are a secured creditor, providing money and other values in exchange for a security interest, how you go about doing that will be determined entirely by the way you will be treated if everything goes to pot, if everything falls apart. That means you will look, in the first instance, to how the insolvency laws of the specific jurisdiction will treat your client. If Russia has insolvency laws that protect secured creditors, secured creditors will come to Russia. If Russia does not have those laws, secured creditors will not be active in this market.

Today in Russia, very few private dollars come into this economy because Russia does not yet, as we all know, have sufficient protection for secured creditors. That is not to say there is not progress, we will talk today a little about President Yeltsin's decree back a year or so ago, that sets up the bankruptcy laws. But the bottom line is that if secured creditors are not protected, private funds do not flow into an economy. Let us take a few basic points to make sure we are all understanding one and other.

What is a secured client in its simplest sense? It is money lent with a promise of repayment. If the money is not repaid the creditor has the right to a certain specific asset that the creditor can take and either use himself or sell. What is the difference between that and an unsecured creditor? An unsecured creditor, in a bankruptcy proceeding, can only look to the general assets of a company. It cannot look to any specific asset of a company. Let us take a simple example, you have a company that is worth five million dollars, it has five million dollars in its bank account. The claims against that company total fifty million dollars, that is all the people who have sold goods, that is everything that has been done on

an unsecured basis. All of those unsecured creditors will receive in a simple context, roughly ten cents out of every dollar that is owed to them. What that means is, if you have provided services or money to that company and you do not have a security interest, you will receive only ten percent back of what you gave to the company.

If on the other hand, you had the wisdom to become a secured creditor, and you have obtained a security interest in, for example, a building that the company owns (and we will talk about how you get your security interest in a moment); but let us assume you are secure, and that building is worth five hundred thousand dollars and you have lent the company, let us say one million dollars, you are a secured creditor to the extent of five hundred thousand dollars, and you will get back out of that bankruptcy case probably your five hundred thousand dollars plus your ten percent of your remaining five hundred thousand dollars which will be treated as every other unsecured claim will be treated. So we are not talking here about theory, we are talking about a major difference in terms of how money will be distributed in the worst case scenario, that is a bankruptcy case.

We have talked about, in earlier sessions today, you have heard a term perfection of security interests. And in Russia particularly, the term perfection means absolutely nothing. What does a concept mean? In a bankruptcy case in the U.S. and in any other country that has a system similar to the U.S. structure, the only people who are protected as secured claimants are those who have a perfected security interest. Perfected security interest simply means that notice has been given to the entire world, that a specific creditor has a security of a specific type.

Going back to that building that I mentioned, if you and I agreed that I have a perfected security interest in that building and tell nobody else in the world about it, no one else in the world would know, when they are dealing with a company, that the building is not an asset of the company's assets, that it is in fact my asset as a lender. The concept of perfection means that we have found a way to tell everyone in the world that that building is mine, and if they want to do business with the company then they must understand that that building will not be there to satisfy the debt if they are not paid their money.

There are many ways to perfect a security interest. In Russia, however, in my view there are basically none. We have some Pledge Law now that really does not do the trick in terms of setting up perfected security interests. The bottom line is, in order for Russia to take the next step forward, utilising some very good laws which have been put in place, specific mechanics have to be established that allow all the lawyers who are working on these transactions, and all the others who are sitting out here in this audience, to know that they have obtained a perfected security interest such that when a bankruptcy case begins, the court will honour that security interest and allow you to get far more of your money back than if you did not have that perfected security interest.

Let us talk a little bit more about the situation you find yourself in if you are a secured lender and you are in the bankruptcy case. We have talked about briefly the concept of what it means to be a secured claimant. That is not an absolute status. In the example I gave you, which is where you have a building worth five hundred thousand, but let us pick four hundred thousand so you can see the difference. The building is worth four hundred thousand dollars, you lent one million dollars, and you have a perfected security interest in the building, under that scenario you are perfected only to the extent of four hundred thousand dollars.

In every jurisdiction that has basic bankruptcy laws, you will find that there are court proceedings you go through to determine the value of your collateral, because I, as the holder of the collateral, will go to the court and say that building is worth one and a half million dollars, and I am owed one million of it. The company will come into court and say that building is worth one hundred thousand dollars, and the other nine hundred thousand dollars is an unsecured claim, which he gets ten cents on the dollar in return for. So one thing that the law does not yet do, but must address, are these very important evaluation issues, there must be a mechanism set that allows for the quick and accurate determination of a secured claim.

Let us talk briefly about the question of priority and the role of secured claims here. We heard a bit about priority just a few moments ago, although the focus there was slightly different. I am talking now about priorities vis-à-vis the payment of claims in a bankruptcy case. Under Russian law, as well as many other laws, there is a provision that says that a secured claim is not actually part of the bankruptcy estate, that is the secured property is not part of the estate. Now that is good news for a creditor, because it means that the creditor, in theory, does not have to go through the procedures in the bankruptcy court to get his property back. Do I believe that? No. We are going to have to see what happens both in the bankruptcy courts here in Russia as well as the normal civil courts in terms of how long it takes for a creditor to get his property.

But there are two provisions I call your attention to. One is Article 6 Section 4. The Bankruptcy Law passed by the Supreme Soviet just prior to that does not have even such favourable provisions for creditors. But today in Russia, people tend to view President Yeltsin's law as more likely to be in place today. What does Russia have to do now to move forward to provide lenders and others with the protections they need in order to make secured loans? Well number one, obviously we all need to see some history, we need to see how the bankruptcy courts actually operate, we need to become satisfied that the judges have the expertise to evaluate these cases, we need to be satisfied that the procedure is not corrupt, that it is accurate, that it is timely; we need to see that the perfection issues are resolved so that the starting point can be obtained so that we can know that client has a perfected security interest in some type of asset.

The bottom line is that there is good news: Russia is now starting to adopt laws with the help, frankly, from the groups such as IRIS and the EBRD and many others who are operating now in Moscow, to set the framework for the treatment of secured claims in bankruptcy. With work from all of us here in this audience, and others in the community we can hope that the future will remain relatively bright and we will get there one day. And if you are considering making secured loans at this point you should do so with, in my opinion, very great caution.

**Victor Golubov,
Deputy Chairman, Russian Federal Bankruptcy Agency, Moscow**

I am grateful to the organisers for having invited me to take part in such an interesting meeting. I am very grateful to my colleagues who spoke before me and who focused their attention on problems relating to security and obligation relations in the process of liquidating insolvent enterprises. Allow me to express my personal position and, to a significant extent, the position of the Federal Bankruptcy Administration on the central question

The question of securing obligations through the system of pledging the property and assets of subjects of entrepreneurial activity in the process of satisfying creditors' claims against an insolvent debtor is, on the one hand, a component part of the overall problem of securing loan guarantees, and we fully realise this. But on the other hand, especially with regard to current Russian realities, this task is an extremely important independent problem that has to do with attracting foreign investment in Russian industry.

A few statistics. Since August, after the promulgation of the relevant regulations, we began maintaining a list of unsatisfactory balance structure, that is, having one of the main indications of insolvency – such enterprises now number about 1,000. In several cases involving such enterprises, decisions have either already been taken or have been prepared and are awaiting approval, or they are being formulated at the present time. Decisions taken by the federal administration with respect to such debtor-enterprises are already being implemented and will be implemented in the framework of both the judicial procedures established by the current bankruptcy law and the substantially broader spectrum of extrajudicial procedures, which are established by Russian Federation Presidential Decrees Nos. 2264 and 1114 on the sale of debtor enterprises, as well as by Government Resolution No. 1001 on special terms relating to the sale of enterprises and Resolution No. 490 of May 20. During this time we have drafted about 40 standards and procedural documents, the most important of which can be read in the specialised economic publications. But it can already be said that according to various estimates, between 30% and 50% of all Russian industrial enterprises have an unsatisfactory balance structure and could be subject to both judicial and extrajudicial procedures, including liquidation procedures. In any case, in view of this present situation of the Russian economy and of Russian industrial enterprises, we can speak of liquidation procedures with respect to several thousand enterprises.

When we speak today of enterprise bankruptcy in terms of Russian legislation, the Federal Bankruptcy Administration has in mind, first of all, the liquidation of a business, i.e., the liquidation of a legal entity, and least of all, liquidation of the production on which that business was based. The fact is that the mentality that currently prevails in Russian society, unfortunately, usually associates the concept of an enterprise with the concept of production. We, however, have quite explicitly determined for ourselves that we associate the concept of an enterprise with the concept of a business. And the strategy that will be pursued by the Federal Bankruptcy Administration will consist in that even in the process of competitive production, we are going to try to form a competitive mass, in order, if this is possible even in some small way, to form lots to be offered for sale, lots that will be of independent significance for both the commencement and continuation of a business by a given owner. In our opinion, this will undoubtedly help make it possible to reduce the production downturn that is inevitable in the process of structural reorganisation and, naturally, to preserve at least some jobs, since jobs are what support production. I think that it is rather clear to everyone sitting in this room that implementing such a strategy is impossible without the establishment of a legal mechanism to secure loans. If there is no system for securing loans, there will be no real investments in production.

Meanwhile, it is perfectly clear that if there is no way to attract investment, potential buyers of such lots will have no interest in buying. It is therefore clear that only a favourable climate will make it possible to implement the strategy. Everyone is familiar with one smoothly functioning mechanism for attracting investments, it is the mechanism of the mortgage loan. In other words, a loan secured by real property. This is no accident. Real property is a unique object of ownership that, to a certain extent, depends on processes

linked to the inevitable decline in the value of a currency. In this instance we are talking not just about the rouble, but about any currency of any country. The experience of Poland, as the esteemed Professor Dwight informed us, is that bankruptcy mechanisms have been placed at the end of the line. There exists a rather unique, I would say, result, if the collateral pledged is the output that an enterprise produces. It is probably not fatal if the collateral is real property that is apart from the basic production cycle. But today, unfortunately, we encounter instances in which, either by virtue of insufficient competence or ill intent, property and equipment that are a direct part of an enterprise's basic production cycle may serve as collateral. In this situation, the removal of a portion of that property will inevitably lead to the shutdown of a production facility that may be operating normally in principle and be potentially capable of making a profit.

For this reason, it seems to us that the strategy and mechanisms proposed by the Federal Bankruptcy Administration could prove more civilized and more suitable to Russian conditions, when as a result of the liquidation of a legal entity i.e., an insolvent business, we are nonetheless able, while satisfying creditors' claims, to preserve as many elements of still-sound production as possible. We therefore believe that the procedure for satisfying creditors' claims in the liquidation of debtor enterprises in both judicial and extrajudicial procedures, in the event that the property and assets are insufficient for satisfying the claims of all creditors since there is no problem if such assets are sufficient, should be uniform and establish a single order of priority in satisfying claims.

At the same time, the rights of creditors whose obligations are secured by a pledge must be specially stipulated in this mechanism and procedure. The order of priority for satisfying creditors' claims is currently established in Article 36 of the bankruptcy law. It says that the claims of creditors holding pledges are to be satisfied in a pre-emptive fashion, which is to say that they are outside the general order of priority for satisfying creditors' claims. In my opinion, this is a good standard, these are rather serious guarantees. And this standard fits in well with the Federal Administration's concept that I spoke to you about. But, unfortunately, Article 64 of the new draft Russian Federation Civil Code states that a pledgee becomes a third priority creditor. And now this standard is on the verge of becoming the law in our country, since the first part of the Civil Code, as you know, has already had its third reading in the Duma and will be published and enter into force in the near future.

I do not think this is the best standard that could have appeared in that section, it could, of course, influence the reduced intensity of investment policy in Russia, but we feel, nevertheless, that without violating even this standard of civil legislation, we will be able to establish rather good guarantees for creditors' obligations to whom are secured with pledges in the course of further work on changes in the bankruptcy law and the development of the regulatory base for implementing this regulation and others that will appear.

On account of limited time I cannot, of course, describe in detail the mechanisms that we are currently studying, and so I will only outline the areas in which we are working to solve this problem. First, in any case we are going to divide property pledged as security into a separate lot in the process of forming a competitive mass. Second, if property has been pledged as security in a way that is detrimental to the possibility of establishing a new efficient business - the examples I cited, the part of the production cycle, the sound production cycle - we are going to provide a mechanism, with the creditor's consent, for replacing the assets pledged as security with assets that have less of an effect on the production cycle, with the creditor's consent, we will replace one lot with another lot in

favour of that creditor. We are also studying the time aspect of the concept of order of priority in satisfying creditors' claims, since the lots could be rather sizeable, in effect independently operating production facilities, and I am not convinced that the sale of the entire competitive mass would be possible at the same time. And so there is something to think about here too: we are looking at mechanisms that will strengthen guarantees for creditors holding pledges with a view to safeguarding their rights.

Finally, we are working on a restrictive mechanism for satisfying the claims of creditors having different priority. For the time being I would like to confine myself to what I have said on this matter.

And in the small amount of time I have left, I would like to talk a little more about another problem. This problem is of a somewhat different character and concerns securing another type of obligation to a somewhat different type of entity. I am referring to current problems in securing obligations to first priority creditors. As you know, this category includes, above all, persons whose health has been harmed by a debtor - to put it plainly, people who have been disabled or injured on the job. In our difficult social and economic conditions today, the disability payments they receive from enterprises are often their sole source of support. At the present time, we have in the bankruptcy law and the new draft Civil Code a standard stipulating that the amount of obligations to creditors of this type is to be calculated on the basis of a temporary capitalisation of payments, to include interest charges. Now please tell me how we are going to calculate the amount of these obligations if they are to be paid, by court order, to the person throughout his lifetime? To determine this, we have only to solve one very simple problem - knowing exactly how long he is going to live. The existence of this standard in the current law and the new draft Civil Code essentially makes this problem insoluble. And I think that the solution to this problem, which you and we must solve together, lies in introducing in Russian Federation legislation a system of insurance and insurance obligations to creditors of this category.

There are various ways of solving this problem - both with and without the involvement of the state, but it will have to be solved by introducing mandatory insurance for this category of citizens and enterprise employees, with a transition to subsidiary liability of the insurer for the category of first priority creditors in the event of an enterprise's bankruptcy. This issue is controversial and difficult. There are differing views and differing positions: I have heard it said that we should limit possible payments of this kind to a certain period. Others, including authoritative legal specialists, have expressed the view that not all obligations are to cease upon a physical person's death, so why should these obligations cease after the liquidation of a legal person. But I think that in Russia's current conditions, this problem is a fundamental one, and it seems to me that its solution should be sought in the insurance mechanism that I spoke of.

9. Registration

**John Schelderup Olaisen,
Director, Norway Group AS, Oslo**

I will do my best to give a compressed representation of the Norwegian system for registration of financial pledges. Let's start with the Norwegian tradition. The process of legal registration of a document is in Norwegian expressed as 'Tinglysing'. Tinglysing goes back to the Vikings and can best be translated as 'public announcement' it includes both the

registration and the certification of the legality of ownership, to pledges, or order of rights or encumbrances. The objective of 'Tinglysing' was and still is to protect one's rights against any other claims from any third party. The 'Tinglysing' was in the old days shouted out by a herald every Sunday at the church. And it could sound something like 'and I hereby declare that Mr. Perelson has acquired real-estate of Beverly Hills by mortgage of first priority for the amount of Norwegian Kroaner one thousand in the favour of Mr. Hansen' that was the old Norwegian register. The 'Tinglysing' was and still is executed and the register kept by the local courts throughout the country. But a lot has changed since then and the Norwegian system today is totally computerised. We will say that the implementation of computerised registers has increased the efficiency of the registration procedures and the registration time is 1.3 days for entry into the real estate register and three days for entry into the register for moveable assets.

Of equal importance to the financial industry is that the system has been simplified for the users allowing easier access to the registry information as well as a better overview. And the ability of quick direct access to reliable updated information has for the banks led to a better security on lending and thereby also increased the borrowing power of the enterprises. But the system has at the same time, not forgotten to secure free access to the public to public information.

The banks in Norway had, up to 1981, few options to secure its lending by taking a charge over the clients moveable assets. This situation was a limitation to the industries' capacity of financing and the industry and the banks had been for some years lobbying for a law reform in this field and by the new collateral law in 1980, we established two separate systems for registers. There is one separate system for real estates which is kept by the eighty eight local court offices throughout the country. And there is another system for moveable assets with a central location for the whole country and its kept by the Brønnøysund Registries, that is a state agency, that was established in 1980.

While the registration of the properties identification numbers and also ownership into the real estate register is compulsory, any registration into the register of movable assets is voluntary. The real estate register includes all information about different properties like real estates, land and also buildings, and it also includes charges to machinery and other assets that is identified by their property ID identification number. The movable assets register include assets like stock or goods, motor vehicles, farming equipment and machinery, livestock and crops, fishing tackles, receivables existing and future. There are, however, some common rules for those two systems and the collateral law of 1980 regulates, or gives regulations, that govern the two systems.

All the registration or pledges and claims is voluntary in both systems. Claims enforced by a court order are however automatically registered. The collateral law also established the principles of the negative credibility, meaning that any claim not registered has no right over other third party claims. And the collateral law also states the rank of priority or states that the rank of priority is ruled by the date of registration. It means that all documents filed for registration on the same day have the same priority and this regulation rules also for enforced claims, taxes or whatever. There are however some minor exceptions almost of no financial importance. The content of information registered per document is the name and address and ID number of debtor, creditor and owner and the object itself. Also the category of the document like pledge, enforced claim, or whatever. There is a description of the object, for real estate and motor vehicles; there is also an ID number. And then the amount and dates. Certified originals of the registered documents are bankable negotiable

documents that can be transferred to a third person and still be valid without registration of the transport. It means that the creditor may change during the lifetime of the document without being registered again. The state is responsible for any mistakes made by the two registers, but we have a record that shows that there are very few mistakes made. To symbolise it we can mention that the total income for the state treasury from the fees paid for the registration from the real estate register was in 1993, about US \$ 215 million. The yearly amount of claims covered by the state treasury has been less than one per thousand of this amount. For the register of movable assets the situation is even better as the amount of covered claims has only been the amount of US \$ 20.000 totally for the period of 1980 to 1994.

Let's then go to the registers. Norway is a fairly small country. It covers about the same area of land as Poland, but when we look upon it, it is much more stretched. And if you measure it from West to East it goes from Amsterdam to the East of St. Petersburg. And from North to South it goes from Oslo to Rome. It means if you turn the map totally around you find Oslo up there and at the bottom you find Rome, it means that when we engineered or decided the Norwegian system we covered a great part of Europe in respect to land. The real estate registers, as I mentioned, is kept by eighty eight court offices throughout the country. It has been computerised since 1992 and it includes 2,6 million properties and as I mentioned the registration of the properties is compulsory. All information is registered on the property level and the court office keeps copies of all the registered documents on file. In 1993 there were 930,000 documents registered. There is a central Norwegian real estate register that contains all information from the local databases. This central register is updated on a daily basis, or more correctly through the night. All information is public information that can be reached free of charge but it means you have to show up in person at the court office. Information at the central register is sold to the professional commercial market, like banks, insurance companies, real estate brokers and so on and delivered by an on-line data communication system. In 1994 there were 600,000 enquiries made through the on-line system and the total fees for the state treasury was US \$ 5 million with a profit margin of fifty percent for the state. The system will, on enquiry, report all properties all over the country owned by a named person, identified by name, address, and ID number. And all pledges, encumbrances whatever, are reported on the property level. From beginning of 1995 this register will be integrated with the GAB, the Ground Address Building Register that comes from the local municipality and includes all technical information about the properties.

The register of moveable assets was established in 1980 and the register was delegating the responsibility for this country-wide register. The registry is also responsible for some other central registers that I will not mention now. The register of moveable assets is voluntary but requires a fee to be paid, with the exception of enforced claims by a court order. The registry covers documents of two types: we have the voluntary agreements like financial pledges or agreements, leasing agreements, marriage settlements, and amendments to previous documents and deletions. The other type is the enforced claims based on court orders only. The registry of moveable assets do not keep any documents or copies of the registered documents; all documents are after the scanning process sent back to the center, or that is normally the creditor, with a certified stamp on it. These certified originals are bankable negotiable documents of value for their holder. The registration gives a legal protection against and about any third party claim, even from the state. When the registration process takes place the system automatically checks the correctness of the name, address, ID numbers by data communication by the other databases Breimas in Office. An

on-line computer data communication by an auto phone or fax, manual phone or fax or by hard paper.

Registers in Norway can both be reached by the professional market of professional users, through the same data communication network. The key element in establishing a register is the ID number, and the ID number is crucial to the quality of the register and also then to the reliability of the screening reports. That again is the basis for the risk management for the financial institutions, so when starting to develop a register system, do not forget to develop the ID systems. By the end of 1993, such voluntary registering of pledges into the promissory registered, counted for three million documents, and the total value of them represented US \$ 50,000 million. This illustrates the increased borrowing power for the industry. You will always be welcome to exploit our experience in developing and operating such registers.

Marina Vit,

**Russian State Duma, Committee on Property and Privatisation and Economic Affairs,
Moscow**

It was of course very interesting to hear the previous speaker and to compare what he said with the state of affairs with registration that we currently have in Russia. Needless to say, we are in a very difficult situation. On the one hand, we want to make up for lost time, and on the other hand, we realise that we are not in a position to create a civilised registration system very quickly. For this reason, the State Duma's Committee on Property, Privatisation and Economic Activity has set up a special commission of representatives of all ministries and departments to draft a law creating a system of registration of property rights and other perpetual rights to real property. The commission has established a standing working group, and on November 22 a hearing will be held at a meeting of the commission on the first working draft of such a law.

First and foremost, we have come to the conclusion that a registration system in Russia should be established in a consistent fashion and in stages. To this end, the government should adopt a special state programme for the stage-by-stage creation of a system for registering rights to real property. In the first stage of the creation of this system, it would be advisable to maintain all the existing state structures that are currently engaged in registering various types of real property. It must be said that a disparate system of registering various types of real property has come about in the various constituent members of the Federation. Land ownership is registered separately, ownership of buildings and structures is registered separately, and ownership of apartments in these buildings is registered separately.

For this reason, we must first of all gradually combine all real property: parcels of land and all other types of real property on them. At present all these things are totally separate. Some constituent members of the Federation have now moved forward and are creating consolidated state structures that register, for example, land and the buildings and structures on that land at the same time. But as a rule, the registration of apartments is still separate. For this reason, taking into account this dissimilar development in our Federation's constituent members, of which there are now 89, and in view of these members' varying degrees of readiness to create registration systems, we have concluded that we need this kind of staged introduction of a unified state system for registering ownership of real property. In the first stage, given this disparate system of registering various types of real

property, the constituent members of the Federation may create - and I say "may" create because all this is essentially at their own expense - a single registration center.

And simultaneously with the development of these registration systems, a unified data base on real property and ownership thereof will be established. It must be said that we currently lack such a data base; we have had and continue to have technical inventory offices in each district and city that have always kept inventories on the technical parameters of various properties. And it must be said that even this inventory system is extremely imperfect, and that for purposes of describing real properties and listing ownership of it, the system can be used only if the information is verified in each individual case. This is because as a rule, the information in it is out-dated, even information about property on the land.

Now let us regard land per se. Land-management agencies have maintained records on land resources. These records on land resources have been better where agricultural lands are concerned; in the cities, land resource records have been extremely deficient. Therefore, even the descriptions of land parcels will be very incomplete when it comes to issuing title deeds of land ownership. We understand this and are now introducing into our system the need to pull together the entire registration system for parcels of land and to assign cadastral numbers to them. But at the same time, we realise that such cadastral numbers can be assigned and should be assigned now, as a rule apart from the performance of land-management work. In our country, land-management work is lagging behind the level of development of land ownership and behind the need to issue deeds and descriptions of parcels of land. For this reason, the cadastral number at present can consist of a code for the constituent member of the Federation, a district code, a city code, and a code within a city or district; the number of a given land parcel per se is then assigned in the registration process. To all intents and purposes, then, the registration number is the final part of cadastral number assigned to a real property. And in describing this real property we will gradually be forced, especially in the process of developing the real estate market, to improve the description of real properties and to supplement the description of these properties in the process of closing transactions involving real property.

Concurrently with these efforts to create registration systems, some constituent members of the Federation are now starting to develop a unified data base on real property and ownership thereof. And again, such a data base can be most reliable only if it is developed in the process of registering ownership of real property. We have a data base that is being established on real properties in the inventory process, but as a rule, this data base will not be able to serve the development of the real estate market and potential owners to a sufficient degree. Therefore, we are making provision once again for the development of this data system. This creation of the data system, like the development of the registration system, will also proceed from the bottom up, from the district, city, and constituent member of the Federation, and sometime in the very distant future we will be able to say that we have an information system - maybe not as perfect as we would like - that approaches the real property information system that Sweden now has. We are in general studying Swedish experience, and in this respect, of course, we would like to strive for a streamlined registration system and streamlined data system on real property like the one in Sweden. In this regard, a register is also of great interest. It is known as either a register of charges or a register of mortgages; the Swedes are now separating it out and making it an independent register, against the backdrop of the register of owners, the register of property rights, and the register of various servitudes.

And so there will be a separate register of pledges. For us, of course, the establishment of such a register is especially relevant, and it would be quite possible to enlist banks in this effort; there are even commercial banks that are interested in creating such a separate register of pledges. And so in this respect we hope that we will be able in the first stage to create such a register of mortgages. But this first stage, which we can be said already to have entered, is of developing a registration system: this first stage is bad in that the state cannot yet guarantee your ownership rights and cannot protect them. There is nobody to protect such rights as yet and no way to do so. We do not have the personnel, the funding or the pertinent legislation. For this reason, the job of protecting these rights is essentially shouldered by the owners, and owners are given an opportunity to defend their rights in court. But we hope that as insurance funds are created and as the registration system is improved in the course of the subsequent stages of the system's development, the state will be able to guarantee such rights and to protect them.

Marina Artamonova,

Senior Adviser, Department of Commercial Operations, Tokobank, Moscow

I would like to welcome those present in this hall and to thank you on behalf of our bank, as we are the only participants in this conference, and to thank the organisers of the conference and, without belittling the contributions of others, in particular our share holders, the European Bank for Reconstruction and Development. I would like to say a couple of words about the bank. Our joint-stock commercial bank, Tokobank, was the first Russian bank to obtain general foreign-currency license No. 1 from the Russian Federation Central Bank. Hence we have exactly five years of banking experience now, and we marked our anniversary on October 31. And so the practice of pledge legislation has a direct bearing on our activity. Since I do not have a lot of time, and some rather authoritative speakers have already covered the practical aspects of registration of pledges, I would like to focus a little attention on their enforcement in practice.

The preconditions are now in place in the Russian Federation for pledges to become all but the chief means of securing a debtor's obligations, above all for banks and lending institutions. The growing role of pledges is being promoted to a significant extent by such negative phenomena, characteristic of the transitional economies, as inflation, declining production growth and the nonpayments caused by that growth. It is also no secret that in current conditions, there has been an inordinate increase in the danger, especially for banks, that a debtor will default. And in the conditions that obtain, trust in a partner to a transaction, including a lending transaction, has now been lost to a considerable extent. And as a result, instead of means of security based on trust in the person of the debtor, we are now having to base this on methods that rely only on trust in objects - i.e., on pledges.

For secured transactions, of course, the most important factor is the recognition of such transactions as valid; in other words, such transactions must be entered into in a manner that complies with the legally established procedure and form. The legally established form is a condition for the validity of a pledge agreement itself and, at the same time, it establishes the moment of its entry into force. For this reason, the adopted Pledge Law, being an act of direct effect, has of course filled the vacuum in the sphere of pledge transactions under the law of obligations, and it represents a major step in this direction; but it has proved so exhaustive for practitioners that it sets forth only the basic provisions of this civil law institution. Pledges can protect the interests of a creditor in the fullest and most reliable way because in such cases any change in the solvency and property situation of a debtor cannot

in this instance affect the satisfaction of the creditor's claims. But since the law introduced state registration of pledge agreements, especially the most reliable types of pledges, while the mechanism for this registration is still currently lacking, for all practical purposes, this situation has confronted practitioners with great difficulties in enforcing such agreements.

The law also provides for notary certification of such transactions. The cost of notary certification is currently set in the amount of 3% of the value of the transaction. Of course, neither the lender nor the borrower, if the transaction is a very large one, wants to pay for notary certification at his own expense. This is especially so if a short-term loan is involved because short-term loans in this situation do not justify such costs for notary certification if there are sufficient conditions that show the creditor rather clearly that the transaction can be enforced. At the same time, it must also be borne in mind that in practice, efforts to properly enforce such orders are unsuccessful solely because this mechanism is lacking. Even obtaining the knowledge that pledges are subject to state registration and create for creditors a guarantee of real satisfaction of all claims that could arise in the event of the debtor's defaulting on his obligations is, in practice, virtually impossible. And so the banks are having to resort to other types of pledges that do not involve state registration and notary certification.

In our situation, our bank has had virtually no precedent in which a lender has applied for recovery of property under foreign-currency transactions, and there has been only a negligible number of cases of recovery in rouble transactions and only for citizens' personal property.

Given the lack of such a mechanism, the bank for the most part, tries in practice to be guided by the parties' agreement, and naturally to avoid a judicial settlement of such disputes, since for banks in this situation, in contrast to all other legal entities, it is preferable to use the funds in clients' foreign-currency accounts and pledges of deposits in these banks as security. In this situation, the bank is authorised by the client himself, in the event that the client fails to perform his obligations on time, with the client's own consent, to use his money in that bank, in a compulsory fashion, to repay these loans. But if the given borrower is a client of that bank, naturally. Of course, a more problematical situation arises if the borrower is not a client of the creditor-bank in question.

In these situations the banks resort to another form of pledge, a pledge of rights, a pledge of rights to contracts, a pledge of rights to the receipt of foreign-currency proceeds from exports, proceeds that also pass through current foreign-currency accounts opened by the client in the creditor-bank itself. Or they have to rely in other cases on the integrity of the debtor himself. Although it goes without saying that in assessing the importance of requirements for the mandatory registration of pledges of certain types of property, it must be borne in mind that the law also permits multiple pledges of the same property to different parties and simultaneously strengthens the principle of priority in obtaining satisfaction.

Consequently, the absence of state registration does very great harm to banks, since the existence of state registration and a strict accounting system could serve as a source of this kind of information for each subsequent creditor. Therefore, the existence of separate provisions relating to pledges in a number of laws, in the special law on foreign trade, on foreign-currency regulation and on banks and banking operations, as well as the large number of publications of mandatory departmental and interdepartmental regulations, the high percentage of the state fee for notary certification of certain types of pledges, the absence of a unified state registration system and of a unified register of pledge agreements

on the territory of the Russian Federation, and the lack of a clear-cut registration procedure and a list of registering agencies and their powers have led to a situation in which for all practical purposes, the articles of the Pledge Law and the law on state registration and notary certification are not working at this time.

During this time, the committee for state property management was one of the first to issue a provisional statute on reconciling pledge transactions, but it deals only with transactions involving pledges of state-owned federal property. It remains for us to hope that Russian Federation legislation will be brought into conformity with the Pledge Law in the near future, so as to bring order to the process of registering pledges of property and property rights and to safeguard the rights of both physical persons and legal entities to access to reliable information on pledge transactions. As a result, in the future, and rather soon, I hope, pledges will be used in the Russian Federation as one of the primary forms of securing the performance of obligations, as they are in all foreign civil-law systems.

Idar Kurbunov,
Chairman of the Legal Department of the Presidents Administration in Azerbaijan,
Baku

Since our time is limited, I am going to tell you briefly about the state of affairs involving the registration of secured commercial loan transactions in Azerbaijan. After hearing the previous speakers, I think that the problems they discussed here are problems that probably await us in the future, because Azerbaijan is distinguished by the fact that until very recently, it did not have a special law on secured commercial loans. Finally, literally a month ago, a Pledge Law was enacted and filled this gap. I will focus only on aspects concerning registration under this law. The law has several general provisions on registration. Specifically, Article 13 says that state registration is a mandatory requirement for pledges of property that has to be registered with state agencies. The registration is to be completed by the agency that is charged with registering the property that is the collateral. The same article stipulates that the procedure for state registration is to be confirmed by the Cabinet of Ministers.

I think that the very problems that have been discussed here are what prompted our legislators to adopt this procedure, because the fact is that the state agencies that carry on registration, mainly of real property, or to be more precise, the structures of these agencies, are not entirely suited and not completely up to the work that is expected of them. And for this reason, in devising the procedure for registering pledges, no doubt the Cabinet of Ministers will reconsider the activities of these agencies; certain structural changes might be made in these agencies, or perhaps some sort of single agency will be created in which the registration of pledges will be concentrated. In any case, Article 45 of the law provides for the keeping of mortgage books, although the law does not state what specific agency is to manage these books. Apparently, this question will be decided by the Cabinet of Ministers too. At the present time the Cabinet of Ministers has not yet finished devising the registration rules. Therefore, it is still too early to say anything.

At the same time, the law has several provisions aimed at avoiding certain problems that were mentioned here today. In particular, the law provides for the mandatory keeping of a registration book by the pledgee in which all information concerning a pledge is to be entered and which the pledgee is required to make available in response to any inquiries, in particular inquiries from the pledgor and third parties. The pledgee can be held liable for

damages resulting from the failure to make this information available or to keep such a book. The legislation also requires registering agencies to provide extracts from the register, again, at the request of the pledgor, pledgee and third parties. A state fee is charged for registration, although the amount of the fee has not been set yet - as I mentioned, the law took effect only a month ago. The law also provides for the possibility of appealing to the courts illegal actions by an agency registering a pledge, and it provides that such agencies can be held liable for damages caused through the fault of its personnel. In general, this small amount of information is all I can give you about the current state of registration of charges in Azerbaijan.

10. Closing Remarks

Mikhail Mityukov,
First Deputy Chairman, State Duma of the Russian Federation, Moscow

Allow me, on behalf of the State Duma and the Federal Assembly of the Russian Federation, to welcome the international conference on commercial loans, mortgages and guarantees in Russia and the countries of the commonwealth.

The problems you are discussing are not only of a theoretical and legal character, but are also directly linked with the economic and political reality of our country. There is no question that the present and future of reform in Russia and the CIS states is, to a certain extent, linked with investments in our economy and credits. And there is a vicious cycle here.

Many of our foreign friends say that as soon as the proper situation is established in the country, the credits will begin flowing. But this situation, in turn, largely depends on economic recovery, in which no minor role is played by investments, including foreign investments. There is no question that legal security is a guarantee of growing trust on the part of foreign investors and creditors in our state and in Russian entrepreneurs. Russia is establishing the legal basis for a market economy in the very contradictory conditions of the transitional period. Legislative acts have been enacted on property, banks, investments, foreign economic activity, foreign-currency operations, mortgages, and private farming.

This first-stage legislation is very contradictory. It must be said frankly that this legislation is the fruit of many political compromises, the fruit of a combination of that which cannot be combined, and of many ideologies, both economic and political. We are now rethinking and adjusting both enacted laws and the outlook for legislative activity in the Federal Assembly as a whole. A good start in this effort was made by the 1993 Constitution and the first section of the Civil Code, which was recently adopted by the State Duma. But this is only a start, an ideology for the second stage of the transitional period. The parliament's immediate plans include, above all, the modernisation of banking legislation.

Two bills are now ready and will be discussed in the near future including investment legislation and the adoption of laws on mortgage, joint stock companies, securities, and improvement of the legal system for resolving economic disputes. New versions of the laws on arbitration courts and of the arbitration procedural code will be adopted. There are a total of 76 legal acts relating to the economic sphere that have to be enacted by December 1995. I would like to say that, unlike the old Supreme Soviet, the State Duma is turning its attention specifically to economic reform. But political passions and debates do not allow it

to take up these important aspects in earnest, and so it is not surprising that presidential decrees are largely filling in the niches and gaps in regulating the economic activity of our country. Many criticise this situation, but I take a very impartial and objective view of it, since as we establish a new parliamentary system, it is hardly possible for the parliament to keep up with the realities of economic life. Not everything is proceeding smoothly. Obviously, major debates lie ahead on the draft of the new land code. The main topic of these debates will obviously be the problem of the boundaries of private land ownership, of how far we should go in this matter. The Agrarian Party, which is to a certain extent the sponsor of the new version of the land code, is naturally trying to limit these boundaries. The democratic factions have proposed their own draft land law, in which they approach this issue from market positions.

It must be said that the outlook for co-operation with the West will largely depend on our legislation, not only legislation regulating the economic sphere, but also legislation regulating the political institutions of our country. Above all, such co-operation will depend on these laws and how they are applied – on the citizenship law, the future law on foreign and stateless persons, and even such seemingly far removed laws as those on elections and referendums. Needless to say, this series of legislative acts that have to be enacted by the end of this year and early next year could be continued. The current conference offers tremendous food for thought for legislators, and we must think about the ideas that have been proposed and the possibility of converting them into not only legal realities but also practices for legal enforcement. Many speakers here, especially in the first section, correctly pointed out that laws can be enacted, but how are they going to function? They could become a dead letter. Yes, the enforcement of our laws largely depends on the level of public consensus that now exists and that will be achieved in our country. Many interesting ideas have been put forward on important aspects of commercial loans, contract law, ownership, mortgages, recovery of property, bankruptcy, and the subjects that are being discussed now – registration of charges, transactions and property. I think that the published proceedings of the conference will be an aid in the lawmaking activity of the State Duma, and we will naturally study them in all the committees. And I hope that this report appears not several months from now, but in the near future. Allow me to thank the conference organisers and the Supreme Arbitration Court for the opportunity to hear these interesting ideas, and also for the criticism on the enforcement of current legislation.

SECOND DAY - 5 NOVEMBER 1994

1. Case Study of a Secured Lending Transaction

Prepared by Melissa Schwartz, Chadbourne & Parke, Moscow

Borrower: Soviet Joint Venture established under Soviet law, which has been transformed into a Russian limited liability company. The Borrower is engaged in manufacturing at a site in Moscow

The current shareholders are a Russian open-type joint stock company ('RCo') and a foreign company which has no other assets in Russia which is subsidiary of a multi-national company ('FCo'). RCo is a former state enterprise which was converted into an open type joint stock company and privatised within the last two years.

Lenders:

1. International lending institution. The funds will be used for purchase of new machinery. The international lending institution will provide US\$ 15 million with a completion guarantee by the parent of the foreign shareholder.

2. Russian bank will provide US\$ 5 million for working capital needs.

Security Requested by Lender 1: The Lender has requested that the Borrower pledge the following:

- Enterprise as a whole (including a first charge on all movable and immovable assets of the Borrower)

Also the Lender has asked for security over the following assets:

- Leasehold interest in factory/office space
- Equipment and other tangible assets
- Receivables under long-term supply agreements to customers
- Main contracts for purchase of new machinery and upgrading of factory facilities
- Assignment of insurance policy with Lender being named as loss payee
- Bank accounts

In addition, the Lender has requested a negative pledge on all assets from the Borrower.

The Lender has also requested that RCo and FCo pledge their shares in the Borrower.

2. The Role of the Banker in Russia and the CIS: Credit Risk and Analysis

Nicolas Ollivant,

Credit Officer, European Bank for Reconstruction and Development, London

I have to say first of all that I am not a lawyer, and so if I say anything regarding the law of secured transactions I will have enough people here ready to correct me. You can look at me as being the entertainment on a Saturday morning after a hard day of legal discussion yesterday. I am the light relief. However I have been asked to introduce the context of discussion of this case study to be able to focus peoples' minds a little on some important issues, credit issues, and issues which affect a bank, specifically with regard to security. I think the key question to ask at this point is why a bank would want to take a security. In a sense what I am going to do is make some comments which are related to the conclusion to the case study, but I will talk about these points first. Then we will go through the case study and come back to the points specifically related to security.

The point about security is that this is not a source of repayment for the bank. When a bank makes a loan, it makes a loan based upon the cash flow of a business as a going concern. The expectation is that the company will operate over a period of time whether it is a short term trade transaction or a long term loan and in the course of the business producing profits will repay the loan facility.

Banks never want to take the collateral and have to sell it. It is a difficult, time consuming, frustrating, and ultimately loss making process. One of the significant problems is the cost of going to court. It is very frustrating to find that you have recovered money under a loan and all the proceeds of the recovery are devoted to legal fees.

So why then do we take security? The reasons for taking security are, as a lender you want to have some measure of control over what the company is doing. If a bank is lending to a major international corporation, then clearly this is simply not possible because the company will have far more leverage than the bank will have. But for the purposes we are talking about, the bank needs to be able to exercise a measure of control during the lifetime of the loan. If the bank has security over the company's assets, over its means of production, over its bank accounts, this does not mean the bank is going to interfere with the running of the company, but it does mean that if the bank starts to see problems with the company, and these problems could be due to poor management, poor market, lack of profits, accidents, there are a variety of reasons why a business can go wrong, the bank can exercise some remedial measures: it can step in and operate if necessary, it can take over the company, and quite possibly it might require a change of management, a change of policy, it might even require additional lending, it might require a rescheduling of the company's debts.

The aim of the bank would always be the continuing operation of the company, so that the loan will be repaid. A company has value so long as it is producing profitably. When a company is broken up into its basic assets it is worth considerably less as it would be as a going concern. Therefore, liquidation is the last resort. A number of speakers yesterday

have approached this subject from different points of view. The bank never wants to liquidate collateral. The idea is that the bank should make a loan in order to help the company develop its business.

I think one of the speakers yesterday referred to legislation with regard to pawn shops. It is important to realise the fundamental distinction between a bank and a pawn shop. A pawn shop, you hand over your collateral and you get your loan. The lender does not care if he ever sees you again, because if you do not appear, the collateral is sold and that is the end of the story. This has been or continues to be an issue with some banks that we are working with in the Russian Federation in some of the smaller cities. They want to be conservative, and so they will often demand 150% or 200% for the value of the loan in the form of security, but then they will never review what the business is doing, they do not spend time understanding what the problems of the company are, and what kind of financing they need. Consequently when there is a default on a payment, the bank moves in and takes the assets, which instead of being worth 200% of the loan, suddenly, magically, become worth maybe 50% of the loan.

The concept of going concern is very important. We have discovered with the banks that we have worked with that a constructive approach to credit analysis, to understanding the credit process, to understanding the company and what it is doing, allow successful repayment of the loans. In fact, in the short period we have been operating with some of these small banks in Nizhny Novgorod, in Tula, or Tomsk we have had a 100% repayment record, which I must say is very satisfactory, however I have to say this is only over the last 12 months or so, these are short term loans. But it is beginning.

Now I would like to just go through the case study. It is a manufacturing company based here in Moscow. The loan is US\$ 15 million for purchase of machinery which will be imported. It will be a hard currency loan because requirement is to buy the machinery from two sources, from a Swedish manufacturer and from one of the partners in the joint-venture. The structure of this facility and this project is kept fairly straight forward, because the purpose of this is to engender a discussion of the requirements, the collateral, and the security, rather than dealing with specific terms like Interest Rate Risk, the strength of the partners, the analysis of the partners and so on. We can come back to the terms of this particular facility as this discussion goes on.

Once I have made some comments on the credit aspect I will come finally to the specific points to do with collateral, at that point Melissa Schwartz will take over to discuss those aspects which I am not qualified to talk about.

Now we are talking about a capital loan which is going to be for a term of about 6 or 7 years. We have a short period of time in the beginning which is known as the grace period, that would normally be appropriate where a manufacturing facility is being constructed or it could be a building where there is no cash flow from the operation. In this particular case, we have a factory which has been producing, and where the participants are going to address the new market, which is the market for airbags for Russian automobiles and for automobiles in Poland and elsewhere in Europe. So 50% of the company is owned by Chicago Resources Russia Limited and the other half is owned by a Russian joint stock company Griboyedov Enterprises, I have chosen Chicago Resources as the U.S. company because, as an aside, I should tell you that my banking career was spent mostly in Chicago with two financial institutions there and also at the business school in Chicago and so if you

have questions about banking, please do not ask me about the English banking system, because I am relatively uninformed about it.

The U.S.\$ 15 million loan is designed to pay for new equipment to manufacture airbags. The 5 million for the buildings and the 5 million for the infrastructure, I assume in this case, come from the partners that already work with this company. This company exists and so we would describe this as being an in-kind contribution of equity.

There is an important question about how you address important issues of valuation here, but this is not the forum in which we need to discuss it, but clearly if a company in Russia is contributing a building, some land or some machinery we have to be able to reach some kind of agreement as to its monetary value.

The other point about this is working capital. We have assumed for the purpose of this case study that not only will an international bank be providing long term capital but there will be a Russian bank, which we have named the Bolshoi Bank which will provide working capital. What do we need that for? We need that because of the fluctuations in the company's ability to produce, its level of sales, its level of inventory and level of receivables. Clearly a company operating in Moscow will need the services of a local bank. In this case we are working on the basis that the local bank will have a U.S.\$ 5 million equivalent in roubles available for working capital needs. This will be an unsecured loan. Clearly in a situation like this where an international bank is making a long term loan, it will wish to have as much security as possible. The local bank that is making the working capital facility available may well require security of its own. In relation to the banks we are working with in Nizhny Novgorod, for example, this is an issue which would be for discussion between the partners and between the two banks. The summary capitalisation shows you the contribution of equity and debt.

Generally speaking when we are reviewing projects at the EBRD, we would like to see a minimum of about one third of the project supported by equity. Clearly the more equity you have the lower the financial risk. Financial risk is based on the fact that if you have debt you have to make repayments of principal and payments of interest, regardless of the company's profitability. The equity holders receive dividends, in theory only when the company is sufficiently profitable. If the company is in a relatively low risk business then clearly it can support a higher level of debt because it has a consistent income.

A company that is involved in high tech manufacturing, in a new process, in markets that are difficult such as fashion clothing, their profitability is going to be higher, but their financial risk is also going to be higher. In projects of that sort, we would expect to see more equity and a lower level of debt. In this case under discussion we have one third equity and two thirds debt, which would seem about right for a manufacturing company.

The issues that we come to shortly, the issues that Melissa Schwartz will address, are the legal issues of how you secure the loan, but also the issues of the structure of the company. We are assuming that this company was originally set up as a joint-venture under Soviet legislation and has recently been transformed into a joint stock company. In fact there are a number of projects the EBRD is looking at where there is the issue of whether or not the company wishes to convert, to make this conversion from the joint-venture status to a limited liability joint stock company, because there are major legal issues, there are expenses and so on, and this is something the bank, and specifically the bank and its lawyers will want to address in detail.

Coming onto the key credit issues, these relate specifically to the ability of the project to continue to operate. Now in the case of this project, where we are assuming that there is some building work to be done, the installation of machinery and so on, we want to make sure, as a bank, that this project will actually come together in a meaningful way. Generally speaking we will require a completion guarantee. Now this is not a guarantee of the loan it is a guarantee by one of the participants, in this case Chicago Resources, that if additional money is needed to complete the project, that the money will be forthcoming, either in the form of equity or inter company debt. The last thing the bank wants to have is a project which is two-thirds complete and where the partners walk away, where we have neither an ongoing business nor a completed assets. No bank is in the business of manufacturing airbags. The technical experts are in this case Chicago Resources and Griboyedov Enterprises so a completion guarantee is always vital.

Now in this case we are saying 'well, the completion guarantee is from a company based in Chicago which has a credit rating of, for example, A+ by Standard and Poors. Are we happy that they will be able to put in additional cash if necessary?' The way we would determine this is by conducting a credit analysis of the U.S. company. If we were talking about a privately owned company, or a company that was relatively weak, we might conclude that we did not have enough certainty, in which case we would seek support possibly from the Chicago company's bank. We would say 'please, would you get us a standby letter of credit or guarantee from your bank saying that if you have to put in the additional cash that in the event, you, Chicago Resources are unable to do that, then the bank will put the money in instead.' In this case there will be a limit of say one, two, or three million, whatever is appropriate. The financial statements of the company itself to which we are lending.

In this case, we have a company which has been unprofitable for the last couple of years, it has an accumulated deficit. We need to know what is going on with the company. For this particular project, I have assumed that the financial statements have been compiled by an international auditor. Now a compiled statement may look like an international set of statements produced according to the Generally Accepted Accounting Principles or any other international standards. The problem is that a compilation means simply that the accounting firm has taken information from the company and presented it in a standard format. It does not mean that there has been an audit of the company, a review to make sure that the information provided by the company gives a fair and accurate picture of what the company is doing.

In a case like this, the bank might well require that an audit be conducted of this particular borrower. This is an additional expense and so this would be another point for negotiation between the bank and the borrower. These are the issues of technology, the market, how many airbags can the company sell, who will buy them, if we have an off-take agreement, how can we assure ourselves that the entity which has contracted to buy the product of the company will be able and willing to pay for the product. So it may require the credit analysis of the companies who are the customers of Moscow Manufacturing.

I mentioned earlier the subject of management. This is absolutely crucial. If the management is not competent or management changes during the period of the life of the loan, this can have a dramatic effect on the company's profitability.

There is the issue of the credit worthiness of the local bank. If the local bank has problems we do not want our customer to lose cash balances and indeed we want to make sure that the working capital line remains available. We may have to do an analysis of the local bank. In this case we have assumed that the local bank, the Bolshoi bank, is a shareholder in the Griboyedov Enterprises, so it has a strong interest in ensuring that the working capital facility is available.

This is, such is the structure of the loan whether the loan should be fixed rate or floating rate, whether the loan should be in dollars or DM, or Swedish Krona, these are all the issues which have to be discussed in order to assure ourselves that the financial risks that the company is taking on are manageable.

The last point of the key credit issues is the fundamental issue that the support of the company by the shareholders is vital. If the shareholders have contributed a significant amount of equity, if they have spent management time involved in the company, of technology, we can assume that if problems arise than shareholders, instead of walking away and leaving the bank to pick up the mess, will take whatever action is necessary to ensure that the company continues.

At this point, I would like to just conclude by summarising a couple of points from yesterday's presentation as to why bank needs security. We heard about the certainty and comfort with the respect to ownership. Security is required for comfort. The bank does not want to possess the company. It does not want to have to run it, it does not want to have to liquidate it. It is an ongoing business to which the bank is lending. If the business ceases to be ongoing, then the value of the security is dramatically reduced. Security is the last resort for the bank to get paid. I made this part of the beginning and want to conclude by stressing it: the bank will take possession of or liquidate security as last resort, otherwise there is no guarantee the bank will get its loan back. And even if it does get its loan back, the amount of time and effort and management concern that the bank has to put into it will ensure that although the principal may be repaid the actual value to the bank of having a loan on its books for a period of years or they will effectively be completely lost. The cost of administering a bad loan is extremely hard even when the bank can be assured that it will be able to recoup its principal completely. At this point I would like to hand over to Melissa, who will go to the points about the types of security that we will be looking for in this particular case in order for that the bank can have some measure of control over the company and can assure itself that the company will continue to operate.

3. The Role of the Lawyer in Russia and the CIS: Creating Security under Russian Law

Melissa Schwartz,
Attorney, Chadbourne & Parke, Moscow

I am going to try and cover the legal issues that relate to what Nicolas has just explained, going through the case study. There are three points that I want to go through which are the typical points that we would look at if we were brought in to advise the lender or the borrower on this transaction.

The first is the standing of the borrower and of the shareholders. The second has to do with the actual terms of the loan and any approvals or licences that are needed. And finally, and

probably most importantly, for today's discussion, is looking down the list of security requested by the bank and seeing whether the borrower can provide that security under Russian law today. When I go through these issues I know I am going to raise more questions than I can answer, especially with respect to tax issues. And my goal is not to answer all the questions but just to flag the issues especially with respect to the tax side, so that when you are looking at the transaction you at least know when to be sure and to call in the tax specialist.

With respect to the borrower the first thing to look at is: does the borrower legally exist. As Nicolas mentioned in this case and has happened in many other cases, the borrower was a joint venture created under the Soviet rules of Decree 49, and the following question comes up: what happens if the borrower does not want to re-register in one of the forms that is permitted under current legislation. On the books there is a rule that says that the Soviet joint-ventures must re register, but there are no sanctions, on the books, in the case that they do not re-register in a different form. In the past we have found in loan transactions that the lender typically will require the borrower to transform itself, and there are basically two popular types of legal entities – either limited liability partnerships, or joint stock companies. They are both private, enjoy limited liability, and the important thing to check is that legal succession is provided for, so that all the rights and obligations of the joint venture transfer over to the new legal entity.

What we would ask to see to ensure that the borrower legally exists are all of its foundation documents, its charter, registration certificates any amendments to their documents, we would look at both local and federal registration certificates. Unfortunately in Russia today you cannot get a draw down, you cannot get some sort of certificate of good standing. So the best that you can do, is to see that the company was registered – let us say 1 year ago – and to check those registration certificates and ask for representations and warranties that the company is in compliance with all laws. It may be possible to get a certificate from the tax authorities that the taxes have been paid or that at least as far as they know nothing is outstanding. But in our experience, the registration authorities will not issue a certificate saying as of today the company is legally registered, there is a difference.

The second step is to look at who are the shareholders of the borrower with respect to the Chicago company. It is fairly simple. The US is more accustomed to providing the kind of documents that the bankers are looking for. With respect to the Russian partner, you need to go a little deeper. In the scenario that we have created the Russian partner is a former state enterprise. As it has been privatised, you need to look at their charter, their privatisation plan and more registration certificates to be sure that the privatisation was completed in accordance with the law, and to be sure that it cannot be undone. And you have to make sure that at the time that the joint venture was formed that they had all of the appropriate approvals to form the joint venture.

In our hypothetical case here, it was a Soviet joint venture under Decree 49. The Russian partner at that time was probably a state enterprise. Did they get all the proper state approvals both to participate in the joint venture and to make its contribution to the charter capital? With respect to that, if there is a lease, if they are providing the factory space, if they contributed certain equipment, who actually owned it at the time the joint venture was formed is very important so that you can be sure they had the appropriate state approvals.

When they were privatised along the way, I am sure their name changed; an amendment should be made to the charter of the joint venture reflecting the changes in the corporate status of that shareholder.

The third point to look at with respect to the borrower, is whether it has all of the authorisations and licenses to carry out its business. Our case is a little similar, intentionally so, because we selected manufacturing. If this were a telecommunications joint-venture for instance, it would be very important to look at the license that the joint-venture has, to try and get some sort of certificate from the Ministry showing that the license was still in effect.

One point that I just want to raise here, and then set aside, because it does not relate to this case study, is that licenses, including licenses from the Ministry of Communications, are not transferable. Nearly all of these licenses say at that bottom in large letters that the license 'May not be transferred, assigned, or pledged' and a few more descriptive words so the question for the bank is if the company goes into default and you have a pledge of the enterprise, and you want to run the company, what risk do you have that the license will be revoked.

The fourth point relating to the borrower relates to their management. Many times clients have come to me and said, we are a partner in a joint-venture, we have operating control, it is a fifty/fifty joint venture (like our case here) but we control this joint venture. And then I look at the documents, what I see is a deadlock on every important issue. Under Russian law there is a small group of issues that must be decided by three quarter vote. That involves change of charter capital, liquidation and changes to the charter. Aside from those there are other operating decisions that typically the charter will say need to be made by majority vote. Fifty/fifty does not give you control.

What some joint ventures have written in their documents is the partner A gets to nominate the general director but it is subject to confirmation by partner B. And if there is no mechanism for a deciding vote, I do not see operating control. It is very important if you are looking at management, to see who can break the tie. Typically it is the Chairman of the meeting of participants of the shareholders meeting, of the board of directors, who is key to look at that.

In this scenario, one of the things Nicolas and I were talking about is the idea of a technology assistance agreement. This would enable the Chicago company to provide certain technological assistance to the joint-venture, to ensure that the project is completed successfully. There are two issues relating to this that really need to be focused on. First is the people who are coming in, who are going to be on the ground, providing the assistance, who do they answer to? How much flexibility do they have under the terms of this technology assistance programme. How much flexibility, how much authority, and what happens if there are disputes between these people being sent in and current management.

The second set of issues relates more to the Chicago company: if they earn income from providing technological assistance in Russia they are subject to Russian tax, which as an aside is something they should really be considering.

Once you have gone through all that and you know, the borrower exists, the shareholders exist, the management structure is suitable to achieve the goals of the project, the next big area to look at is the actual loan. In this case because the equipment is not a capital

contribution it is subject to customs duties, it is going to be subject to Value Added Tax, and when the bankers are calculating how much money is needed for all the equipment, it is again important to look at the tax side. That brings me to security, probably the most important part of my talk.

I have compiled a laundry list of security that I believe would be asked for in this transaction, and discussing it with the other panellists, we think this is very comprehensive. My conclusion is that most of the securities that will be requested can be provided under Russian law. The question due to high notary fees and registration requirements relates to the cost and time needed to create enforceable security interests.

The first thing typically requested by the lender is a pledge of the enterprise as a whole. The Law on Pledge specifically allows the pledging of an enterprise as a whole, the pledge would extend to all of the assets, all of the valuables on the balance sheet, and then you have got the whole package. You have also got a notary fee in the amount of 3% of the value of the enterprise, and you have a requirement for registration of the pledge. One thing to consider is do you need the pledge of entire enterprise or would the pledge of certain components be sufficient to meet the needs.

The second thing typically asked for is a pledge of the leasehold interest. In our scenario we presumed that the joint venture leases its factory space. In this case my presumption is this is typical in many manufacturing joint ventures, is that the leases between the joint venture and the Russian shareholder. If the Russian shareholder actually has title to the building, to the factory, then state approvals may not be needed, especially in our case where the Russian partner has been privatised. You need to take a careful look at the lease agreement to determine whether the lessor's consent is required for the pledge, but in many cases it will not be necessary. In this case, because it is manufacturing specifically a pledge of the receivables will be important. In this case, it has been proposed that the bank receive a pledge of the receivables under the long term supply agreements. Again, the Pledge Law specifically allows the pledge of rights; this is a right to receive funds in the future and it is acceptable to provide a pledge of receivables right now under Russian law. Likewise it is possible to pledge other main contracts for the purchases of the new machinery that will be required. You can pledge the equipment and other assets of the company.

The next item on the list is typically an assignment of the insurance policy benefits. This too does not present a problem. Under the Russian Law on Insurance this is permitted. The lender should just be named as a loss payee under the insurance policy.

The lender typically wants a pledge of bank accounts. This raises two different issues: if the bank account is in a Russian authorised bank, it can be pledged. If the pledge is of a bank account in a foreign bank it can also be pledged, but the lender should just note that Russian companies must have a license in order to have an off shore bank account. The licenses for off shore bank accounts, typically contain a series of conditions for the maintenance of the account. It will provide where the money can come from, where the money can go to and you need to be sure that your pledge is not going to interfere with the terms of the license.

A negative pledge on all future assets is also permitted under the law, and finally, a pledge of the interests in the joint venture by the shareholders is permitted. This is true under the old Civil Code, the new Civil Code. With respect to the pledge of the shares, there is one important point to be made. In our case, where the joint venture has now been re-registered, it is no longer a joint venture, let us say it is a limited liability company, the

interests are not deemed to be securities under Russian law. So the pledge of the interests is not subject to registration. If the joint-venture were re-registered as a joint stock company then the shareholding interests would be securities and you would have to register. In terms of the comfort level of the bank, it may be better if it is registered but you should note that the pledge agreement does not become effective until the date of registration.

4. Putting It All Together: Documentation and Registration

**Alexei Zverev,
Linklaters & Paines, Moscow**

Melissa Schwartz spoke in detail about the role of the attorney in Russia in giving advice and providing consultation services to bankers, Western bankers who are extending secured loans to Russian enterprises. You heard about the difficulties that confront lawyers and about their problems. I would like to add a few words about these difficulties. It was just said that there exist at least two levels of legislation in Russia: federal legislation and local legislation. As for the system of mortgage legislation, it too is being developed at several levels. In my opinion, federal legislation regulates these issues in an extremely meagre fashion. As for local legislation, I must admit that the Moscow government has gone somewhat further - issues relating to security in Moscow are somewhat more developed.

In addition to the complexities relating to the existence of several levels of legislation, there is also the difficulty posed by the existence of various types of authorisations that must be obtained by the lawyer or banker who intends to extend or obtain such a loan. These authorisations, to be more precise, the quantity of them, sometimes reaches an absurd number. Several days ago one of the newspapers carried an article about how one of the largest oil companies, Lukoil, had to go through 49 agencies and obtain approval from 49 agencies in order to build just one fuel station in Moscow.

In addition, there are difficulties posed by different legal regulations governing mortgages. The regulations governing personal and real property and pledges of rights are completely different. Incidentally, this is in contrast to the model law that was drafted by specialists from the European Bank for Reconstruction and Development, which proposes a single set of regulations, as John Simpson just said.

Another problem confronting lawyers in this case is the lack of an enforcement mechanism in many instances. This was discussed in a fair amount of detail yesterday, and this has to be brought up again and again in order to finally bring legislation to the required understanding of the problem. The Anglo-Saxon legal school has the institution of representation and warranties. In Russia the rights of investors have to be protected by the investors themselves, for the most part, since this institution is lacking. So this has to be done by either the bankers themselves, as in our case study, or by lawyers who work on their behalf, representing their interests, and verifying all the information that has to be verified. What has to be verified by the bank in our example and by its lawyers, where do they find the information, and how is the security registered - these are perhaps the primary issues confronting lawyers.

And there is one other question: why does all this have to be done? But I think that all the conference participants have been answering this question for two days now.

The fact is that the importance of securing the performance of obligations for investors, foreign and domestic alike, is hard to exaggerate. And as is rightly noted in the introduction to the Model Law on Secured Transactions drafted by the European Bank, guarantees of the repayment of invested amounts are in many cases the first and main concern of investors. Perhaps the key issue here is the registration of secured transactions. It is the registration of a pledge that creates legal consequences in the form of a security interest in real property or other types of property or rights, a pledge of which is subject to state registration. The fact is that in practice real property has been registered up until now, which is to say that the technical registration of parcels of land or buildings has been carried out. But the registration of rights to this real property has been virtually absent or not carried out. Moreover, there has been no acceptable mechanism for verifying encumbrances with respect to various properties.

And so, it is no accident that various types of amusing situations arise in practice. One such curious incident was mentioned yesterday by Lane Blumenfeld, when a Soviet-Hungarian joint venture was able to obtain loans from five different banks secured by the same building. However, legal optimism is offered by recent efforts, in particular by the Moscow government, to streamline the system for registering transactions involving property, registering mortgages, and introducing a unified register of mortgage agreements. For example, Moscow Government Resolution No. 788 of September 20, 1993, "On Introducing a Unified System of Registration of Mortgages [Pledges] and a Unified Register of Mortgage [Pledge] Agreements on the Territory of Moscow," specifies the pertinent regulating agencies charged with state registration of mortgage agreements on the territory of Moscow. It provides for the introduction of a unified register of charges, establishes a list of types of property subject to mandatory registration, stipulates instances in which registration of mortgages is to be denied, and establishes liability of registering agencies for failing to observe registration regulations and failing to ensure accurate and full information.

It is noteworthy that, as stated in the introduction to the Moscow Government resolution, this statute pursues the aim, among others, of safeguarding the rights of physical persons and legal entities to obtain reliable information regarding mortgages. And so what agencies will be contacted by the lawyers representing the interests of our bank, that is the bank in our case study, and what are the functions of those agencies? There are currently about 12 registering agencies in Moscow; they are divided by areas of registration, which are classified mainly in terms of types of property and their specific attributes.

The main such agencies of interest to us in here, in this example, are now before you. Ranking first is Moscow's Property Management Committee. It registers mortgages of buildings, structures and nonresidential buildings and authorises the registration of mortgages of enterprises that constitute state municipal property of the city of Moscow and real property assigned to them. It is followed by the Moscow Municipal Technical Inventory Office, which was already mentioned today and is discussed in the Moscow Times article that Lane Blumenfeld mentioned. The Moscow Municipal Technical Inventory Office and its district offices register mortgages of residential buildings, buildings, structures and non-residential facilities that are not part of the city of Moscow's municipal property. I have put in third place, not in terms of importance, but simply in terms of order, the Moscow Land Committee and its district offices. In accordance with the delimitation of powers established by Moscow acts, it registers mortgages of tracts of land, as well as mortgages of buildings, structures, facilities, enterprises, and greenbelts and

other groups of trees that are not included in the forest fund, along with the tract of land. Then comes the Moscow Registration Chamber.

The Moscow Registration Chamber simultaneously maintains the unified register of mortgages. It registers mortgages of enterprises of any type of ownership, if the mortgage relates to the enterprise as a whole and its structural units and divisions as property sets, including sets that include material and nonmaterial assets, personal and real property, and the enterprise's debts, and it forwards information on the registration of a mortgage of an enterprise directly relating to land to the Moscow Land Committee. In addition, the Moscow Registration Chamber conducts voluntary registration of pledges at the request of pledgors or pledgees. As the agency that maintains the unified register of pledges, the Moscow Registration Chamber keeps a data bank, operates a unified archive of copies of mortgage agreements, assigns a number or code in the register of pledges, operates an automated information service system, maintains entry books, and so forth.

And so as I mentioned, there are about 12 different agencies in Moscow at present, each one specialising in a given sphere. In connection with the fact that mortgages of real or other property, as well as mortgages of rights, are subject to different legal regulations, and in connection with the fact that the procedures for registering various types of property have their own specific features, the bank in our case study could and should have sought advice on drawing up not one but several mortgage agreements.

Melissa Schwartz spoke about the types of these agreements: they would be, it seems, a separate agreement pledging real property, and a separate agreement pledging a bank account and pledging future proceeds and goods in circulation; in addition, the new draft Civil Code also provides for a pledge of goods in circulation. Since the Mortgage Law leaves the regulation of very many issues to the parties, the concrete form of these agreements is the subject of a separate discussion, and I will not go into this.

Let us go back now to the registration of mortgage agreements pertaining to property, any mortgage of which has to be registered. There is a certain list of requirements that must be met in order for a mortgage to be deemed registered. The mortgage agreement or the mortgage itself is deemed to be registered when, first of all, a code number of the unified register of pledges has been assigned to it; second, when the mandatory entry of the mortgage's registration has been made in the aforementioned register; when the required number has been entered on the mortgage agreement and the affidavit; and when the proper, executed copies have been forwarded to the unified mortgage agreement archive and to the agency maintaining that register, which is confirmed by the signatures of officials of the registering agencies and their stamps. The written consent of the Moscow Property Committee to a mortgage is required in instances in which the mortgage of a building, structure, facility, or enterprise that constitutes state municipal property is being registered. The same written consent to a mortgage or consent of the property owner or its duly authorised agency is required in instances in which a mortgage of an enterprise is being registered. It is also necessary to append documentation on the valuation of the collateral, and, in ninth place, a description of the documents submitted, since, as you can see, there are nine points requiring documents: a very, very large number. What are these documents to be submitted to the registering agency?

First, there is the mortgage registration application, which must be submitted in two copies. Second, there is the mortgage agreement and two notarised copies of it. Next come all the documents mentioned in the mortgage agreement, two notarised copies of them. There are

receipts showing that the state fee has been paid, and the geographical code certificate, which shows the characteristic geographical points of the property, if the mortgage of an enterprise, parcel of land or other type of real property is being registered.

About five months, just under that, have passed since the mayor of Moscow issued Directive No. 288 of June 16, 1994, on the registration of transactions involving the property of physical and legal persons in the city of Moscow. During that time the property registration administration has registered nearly 50 mortgage transactions. Is that a little or a lot? I think it is an extremely small number. The fact is that only very sophisticated investors and their lawyers are taking advantage of the possibility of verifying the correctness of the documents drawn up and checking to see how clearly the rights of their partners have been registered. I hope that this situation will be rectified in the near future above all in Moscow where, in my opinion, most of the work is going on although, it is true, I am not very familiar with the practice of other cities, and that new acts will be adopted at the federal level to protect investors' rights and interests more fully.

5. Conclusions and Summations

David Fagelson,

Director for Law and Governance, IRIS Center, University of Maryland

This conference has highlighted numerous crucial elements of a regime of property institutions that are necessary to free up the vital credit that is necessary for investment. Russia and the other member states of the CIS are moving steadily to building the necessary institutions, protecting the secured interests, but the very realisation of how important it is to take these steps reminds me of an incident that a colleague of mine mentioned to me on a visit to another country with a much different attitude about property and the enforcement of property and contract rights. He was meeting with the Minister of Justice of this country and who told this person that the lack of protection of property rights and the lack of provision of security interests made their country's laws unfriendly to investors from within the country and from without. He said to him he doubted whether anyone would risk their money without those protections. And the Minister replied, 'We don't want anybody to invest in our country for profit or to protect their property, we want our investors to invest because they love our country'.

Well I think that this conference has shown us, if it has shown us nothing else, that love is not enough, it is not a sufficient incentive to make people invest their money and to risk it. But while love may not be enough, it does appear that comfort and security is a main motivation for people to put their money at risk. And in order to achieve this comfort, this conference has discussed the important legal and political and administrative mechanisms and institutions that are necessary to be put in place. Some of the main elements that were discussed to provide this security were the clear title and ownership of property, the enforcement of property rights, and the ability to establish and to enforce priority of secured interest. There was a second theme which also was discussed, which was implicit in the discussions of this conference, and which was mentioned by Professor Makovsky and speaker Mityukov, who bracketed the first day's discussion. That was that the economic goals of a secured property regime are shaped by the political institutions and the political preferences and the history of the country that is establishing this regime. These issues are now being debated by the political institutions and by the people of the member states of the Commonwealth. And it is of course for them to decide on their own what direction that will

take. But to the extent that this conference has helped to suggest some of the technical elements of secured lending and what the implications of it would be if taking one path or the other then it will have played a vital and instructive role.

I would like to thank the organizations who have made this conference possible, in particular I would like to mention the Inter-Parliamentary Council, the Assembly of the Member Nations of the Commonwealth of Independent States, the High Arbitration Court of the Russian Federation, who have generously hosted our proceedings, the Research center for Private Law, the European Bank for Reconstruction and Development, and the US Agency for International Development. If any of you, or your colleagues who were unable to attend the conference, would like to refer to the discussion that took place these past two days, they will be available in both Russian and English from the IRIS center, or the European Bank for Reconstruction and Development.

Andre Newburg,
General Counsel, European Bank for Reconstruction and Development, London

Allow me to thank the hosts and organisers of this conference. We have learned quite a lot in the past two days about security legislation in Russia and in the other CIS states, and about achievements in this field. I hope that the subjects of the conference, as well as the European Bank's model law, were useful. I expect that such exchanges of views will be useful in the future as well.

I believe some key points have been made during this conference. Security plays an important role in financial transactions. Even though a bank may not be relying principally on collateral in determining whether to make the loan, the collateral, as we have seen today in the case study, provides the kind of comfort without which banks are unlikely to lend. In order to attract the type of financing that is going to be required for Russia and the other CIS countries, it is therefore necessary to have effective and simple security laws. Significant progress has been made in Russia, other countries of the CIS and the other neighbouring countries in creating a legal framework. But, as this morning's study shows, there remain practical problems of implementation and enforcement, especially in the area of extra-judicial enforcement.

Let me repeat my thanks to our hosts. I especially want to thank IRIS and Lane Blumenfeld for the tremendous organising work that they did. And to thank all of you for participating.

*Джонатан Бэйтс, Лейн Блюменфельд, Данил Фогельсон,
Владимир Федоров, Дмитрий Лабин, Ян-Хендрик М Ровер, Джон Л Симмонс (Ред.)*

**Международная Конференция
по Коммерческому Заему, Залогу и Гарантии
в Содружестве Независимых Государств**

4-5 ноября 1994 года
Москва, РФ

Материалы Конференции

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие	95
Организационно-спонсоры	96
ПЕРВЫЙ ДЕНЬ - 1 НОЯБРЯ 1994 ГОДА	102
1. Приветствия	102
Андре Ньюберт, генеральный юридический советник Европейского банка реконструкции и развития, Лондон	102
Чарльз Катвелл, директор центра ИРИС Мериллендского университета	103
Олег Бойков, первый заместитель председателя Верховного арбитражного суда Российской Федерации	104
2. Закон о кредитовании с обеспечением в России и СНГ	105
Профессор Александр Маковский, заместитель председателя Исследовательского центра частного права при Президенте Российской Федерации, Москва	105
Валентин Боровцов, "Боровцов и Салей", Минск	110
Вильям Уткин, партнер-управляющий, Baker & McKenzie, Москва	113
3. Практика кредитования с обеспечением в России и СНГ	116
Милкаженко Хорват, президент Ситибанк Т.О., Москва	116
Мелисса Шварц Чарбери энд Парк, Москва	119
4. Договорные и имущественные права в рыночной экономике - концептуальные рамки	120
Аллан Фарисверт, профессор права Колумбийского университета, Нью-Йорк	120

5. Кредитование с обеспечением в рыночной экономике - права и практика	125
Джеймс Уайт, профессор права Мичиганского университета, Анн-Арбор	125
Йн Хендрик Дальхюзен, исполнительный директор IJL International plc, профессор права Утрехтского университета	128
Рональд Дуайт, директор ИРИС Польши, Варшава	134
Вопросы и Ответы	140
6. Специфические аспекты обременения имущества	140
Йн-Хендрик Ровер, юрист-консульт Европейского банка реконструкции и развития, Лондон	140
Дэвид Симпсон, заведующий отделом Европейского банка реконструкции и развития, Лондон	143
Лени Блюменфельд, директор ИРИС Россия, Москва	147
7. Обеспечение исполнения	150
Василий Витрянский, заместитель председателя Верховного арбитражного суда, Москва	150
Виктор Кузуба, заместитель председателя Высшего арбитражного суда Молдовы	152
Стефан Брайтенбах, профессор права Европейского университета Viadrina, Франкфурт-на-Одере	155
8. Аспекты несостоятельности	159
Йн Хендрик Дальхюзен, исполнительный директор IJL International plc, профессор права Утрехтского университета	159
Ричард Коли, партнер-управляющий Latham & Watkins, Москва	164
Виктор Годубев, заместитель председателя Российского федерального агентства по делам о несостоятельности (банкротстве), Москва	167

9. Регистрация	171
Джон Шельдеруп Олайсен, директор Norway Groups AS, Осло	171
Марина Вит, советник комитета Государственной думы России по имуществу, приватизации и экономическим вопросам, Москва	174
Марина Артамонова, старший советник управления коммерческих операций Точобанка, Москва	176
Ильдар Курбанов, заведующий юридическим отделом администрации Президента Азербайджана	178
10. Заключительное выступление	179
Михаил Митюков, первый заместитель председателя Государственной думы Российской Федерации, Москва	179
ВТОРОЙ ДЕНЬ - 5 НОЯБРЯ 1994 ГОДА	182
1. Конкретный пример операций кредитования с обеспечением (Южная стенограмма этого раздела имеется только на английском языке).....	182
2. Роль банкира в России и СНГ - кредитный риск и кредитный анализ	182
Николаас Олливант, кредитный инспектор Европейского банка реконструкции и развития, Лондон	182
3. Роль юриста в России и СНГ - создание обеспечения по российскому праву	188
Мелисса Шварц, Чарбери энд Парк, Москва	188
4. Оформление - документация и регистрация	191
Алексей Зверев, Динкленгерс энд Цейнс, Москва	191
5. Выводы и итоги	206
Давид Фателсов, директор по вопросам права и управления центра ПРИС Мэрилендского университета	206
Андре Ньюберг, генеральный юридический советник Европейского банка реконструкции и развития, Лондон	208

Предисловие

Международная конференция по коммерческому кредитованию с обеспечением в Содружестве Независимых Государств состоялась в Москве в Верховном арбитражном суде Российской Федерации в ноябре 1994 года. В ходе конференции юристы, парламентарии, банкиры и предприниматели из России и других стран-членов СНГ обсуждали вопросы коммерческого кредитования с обеспечением с ведущими специалистами по праву и банковскому делу из Соединенных Штатов Америки и Европы. Конференция была своевременной, ибо состоялась незадолго до принятия первой части нового гражданского кодекса России, в котором содержится положения об операциях с обеспечением.

Конференция являлась результатом работы Европейского банка и Центра IRIS по содействию созданию и защите залоговых и прочих имущественных прав в Российской Федерации и во всем СНГ. Такая защита существенно необходима, для того чтобы кредиторы предоставляли кредиты вновь возникающим частным предприятиям.

Вначале на конференции по вопросам организационных и правовых помех кредитованию с обеспечением выступили ведущие юристы, судьи, практикующие адвокаты и банкиры из России и СНГ. После этого видные знающие специалисты рассказали об элементах, необходимых для защиты залоговых прав в США и Европе. Специалисты из региона и Запада рассмотрели также такие конкретные вопросы, как исковая сила, несостоятельность и регистрация.

На второй день конференции участники рассмотрели на этой основе гипотетическую деловую ситуацию. Это конкретное исследование вылилось в активную дискуссию среди участников из СНГ относительно соответствующей базы кредитования с обеспечением в их странах и дало возможность применить к конкретному случаю результаты обсуждений, состоявшихся в первый день конференции.

Отчет о конференции публикуется на английском и русском языках. В этой публикации содержится все выступления первого дня конференции, а также основные части обсуждения конкретного примера, состоявшегося во второй день. Спонсоры надеются, что публикация будет способствовать улучшению понимания соответствующих проблем и способствовать дальнейшей дискуссии относительно средств построения эффективного режима коммерческого кредитования с обеспечением в странах СНГ.

Андре Ньюбург

Чарльз Кедуэлл

Генеральный юридический
советник
Европейского банка
реконструкции и развития

Директор
Центра информационных реформ и
неформального сектора
Мэрилендского университета

Май 1995 года

Организации-спонсоры

Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств

Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств была создана в Алматы в марте 1992 года. Межпарламентская Ассамблея призвана осуществлять законодательную деятельность в рамках СНГ, проводить форумы для обсуждения жизненно важных вопросов и реализации совместной деятельности в тесном взаимодействии с законодательными органами государств-участников. По инициативе Ассамблеи, которая располагается в историческом Таврическом Дворце, в Санкт-Петербурге, также проводятся конференции и семинары по насущным проблемам вставшим перед Содружеством.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

Согласно Конституции Российской Федерации Арбитражный Суд является ветвью судебной системы РФ и создан для разрешения исключительно экономических споров. В систему арбитражных судов входят: Высший Арбитражный Суд, который является судом высшей инстанции, восемьдесят один региональный суд в республиках, краях и областях. Судебная система Российской Федерации состоит из трех ветвей. Помимо арбитражных судов в Российской Федерации также имеются Конституционный суд и суды общей юрисдикции в гражданской и уголовной юрисдикции.

Согласно Конституции Российской Федерации Высший Арбитражный Суд является высшей судебной и апелляционной инстанцией по экономическим спорам. Высший Арбитражный Суд расположен в Москве.

Научно-консультативный центр частного права Содружества Независимых Государств

Для восстановления экономических связей и перестройки торговых отношений в рамках СНГ требуется координация и некоторая стандартизация в развитии гражданского законодательства. Для этих целей в апреле 1994 года лидерами государств-членов Содружества Независимых Государств был создан Научно-консультативный центр для моделирования гражданского законодательства. Созданный Центром модельный гражданский кодекс был одобрен Межпарламентской Ассамблеей СНГ в октябре 1994 года, а сейчас Центр работает над созданием модельных законов об акционерных обществах, о залоге, о кондоминиуме и о регистрации недвижимой собственности. Эта совместная работа является важной чертой как для гармонизации торгового права в рамках СНГ, так и для самих экономических реформ в этих странах с переходной экономикой.

ЕВРОПЕЙСКИЙ БАНК РЕКОНСТРУКЦИИ И РАЗВИТИЯ

Цель и функции

Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР) был учрежден в 1991 году, чтобы содействовать переходу к открытой экономике, ориентированной на рынок, а также развитию частной и предпринимательской инициативы в странах Центральной и Восточной Европы, приверженных основополагающим принципам многопартийной демократии, плюрализма и рыночной экономики и проводящих их в жизнь.

Банк стремится оказывать содействие странам операций в осуществлении структурных и отраслевых экономических реформ, включая демонополизацию, децентрализацию и приватизацию с учетом конкретных потребностей стран, находящихся на различных этапах перехода. В своей деятельности он содействует развитию частного предпринимательства, укреплению финансовых учреждений и правовых систем, а также созданию необходимой инфраструктуры в целях поддержки частного сектора.

ЕБРР поощряет софинансирование и осуществление прямых иностранных инвестиций частным и государственным секторами, способствует привлечению отечественного капитала и обеспечивает техническое сотрудничество в соответствующих областях. Он тесно взаимодействует с международными финансовыми учреждениями и иными международными организациями. Банк содействует экологически здоровому и устойчивому развитию во всех областях своей деятельности.

Членство и капитал

Членами Банка являются 57 стран, а также Европейское экономическое сообщество и Европейский инвестиционный банк - всего 59 членов, включая 25 стран Центральной и Восточной Европы и бывшего Советского Союза.

Первоначальный подписной капитал его составляет 10 млрд. ЭКЮ, 30% которого является оплаченной долей капитала. Кроме того, Банк осуществляет заимствование средств в различных валютах на мировых рынках капитала.

Организация

Полномочия Банка являются прерогативой Совета управляющих, в состав которого каждый член Банка назначает одного управляющего и одного его заместителя. Совет управляющих делегировал полномочия Совету директоров, состоящему из 23 членов, избираемых управляющими на трехлетний срок. Совет директоров несет ответственность за руководство общей деятельностью Банка, в том числе определяет политику, принимает решения по проектам и утверждает бюджет Банка. Совет управляющих выбирает Президента на четырехлетний срок. Вице-президенты назначаются Советом директоров по рекомендации Президента.

Финансирование

Одной из сильной сторон Банка является то, что он может действовать как в частном, так и государственном секторах. Предоставляя финансирование частным или могущим быть приватизированными предприятиям, а также на проекты по материальной или финансовой инфраструктуре в поддержку частного сектора, он применяет принципы и практику как торговых банков, так и банков развития.

ЕБРР стремится в гибкому использованию широкого диапазона финансовых инструментов с учетом специфики проектов. К формам предоставляемого им финансирования относятся кредиты, инвестиции в акционерные капиталы и гарантии. Во всех своих операциях Банк исходит из здоровых банковских и инвестиционных принципов. Условия предоставляемого ЕБРР финансирования составляются таким образом, чтобы позволить ему взаимодействовать как с иными международными финансовыми учреждениями, так и с государственными и частными финансовыми учреждениями путем заключения договоренностей о софинансировании.

По состоянию на конец августа 1994 года Банк утвердил 217 проектов на общую сумму 4,6 млрд. ЭКЮ. Из них 169 проектов уже подписаны.

Крупным аспектом деятельности ЕБРР является техническое сотрудничество, связанное с реализацией проектов. По состоянию на конец августа 1994 года в этих целях Банк заключил с двусторонними донорами 32 соглашения об использовании фондов сотрудничества на общую сумму свыше 210 млн. ЭКЮ; по 670 проектам взяты обязательства на общую сметную сумму свыше 152 млн. ЭКЮ.

Операции

Операции ЕБРР осуществляются по линии его банковского департамента, состоящего из отделов, укомплектованных специалистами Банка по вопросам частного и государственного секторов. Последовательная реализации разработанных Банком стратегий по странам обеспечивается территориальными отделами, которые подкрепляются отраслевыми отделами и отделами операционной поддержки, укомплектованными квалифицированными специалистами.

К числу других структурных подразделений Банка относятся следующие департаменты: финансовый, кадрово-административный и оценки проектов, генеральный секретариат, департаменты генерального юридического советника и главного экономиста, а также отделы внутренней ревизии и внешних сношений.

Штаб-квартира ЕБРР находится в Лондоне, а постоянные представительства Банка открыты в 12 странах операций.

ЦЕНТР ИРИС

Центр по институциональным реформам и неформальному сектору (ИРИС), являющийся филиалом Мэрилендского университета в Колледж-Парке, штат Мэриленд, и финансируемый Агентством международного развития Соединенных Штатов Америки (АМР США), развернул свою деятельность в 1990 году. Цель проекта - ускорение реформ правовых, политических и экономических институтов в странах, находящихся в процессе перехода от плановой экономики к рыночной. Чтобы выполнить эту задачу, ИРИС развивает и расширяет накопленный институциональный опыт, а также помогает как правительственным организациям и организациям частного сектора, так и отдельным лицам, работающим над проблемами институционализма в своих странах. ИРИС занимается институциональными реформами в различных странах мира - в Новых Независимых Государствах бывшего СССР, в Центральной и Восточной Европе, в Азии и Африке.

Сотрудники центра ИРИС - это юристы и экономисты, в специализирующиеся в области реформирования центральных институтов в направлении рыночной демократии. ИРИС исходит из того, что качество правовых и политических институтов страны в значительной мере определяет экономику этой страны. Правительства могут позволить работать рынкам капиталов, но это не принесет ощутимых доходов до тех пор, пока не будет защищено право собственности каждого конкретного лица и не будет обеспечено выполнение договоров правовыми институтами. Таким образом, признавая важность всех других факторов, таких как обеспеченность страны природными ресурсами и капиталом, ИРИС также считает, что без проведения качественных институциональных реформ невозможно достичь успехов в экономике, будь то в России или в других бывших советских республиках, в Восточной Европе или в странах третьего мира.

ИРИС уже работает в других странах, в частности, в Польше - по вопросам создания и развития системы гарантий и обеспечения гарантий, в Монголии - по вопросам земельного и антимонопольного законодательства, форм юридических лиц и договорному праву в Непале, по вопросам регистрации предприятий и создания программ улучшения таможенного контроля в Чаде, а также антимонопольного законодательства на Украине, экспертизы и анализа экономики в Армении, развития коммерческого права, экономических исследований и программы регулирования естественных монополий в России. Конечно же, решающую роль в этих странах играют собственные эксперты и официальные лица. ИРИС же направил в эти страны своих советников, чтобы проводить экспертизу правовых и экономических аспектов хода реформ.

ИРИС - РОССИЙСКИЙ ПРОЕКТ

ИРИС - Российский проект, офис которого расположен в Москве, работает по широкому кругу проблем экономических и правовых реформ. Вся программа ИРИС - Российский проект поделена на три проекта, финансируемых АМР США: "Реформа коммерческого права", "Экономические отношения и институциональные структуры" и "Реформа рыночной инфраструктуры".

Коммерческое право

Целью инициативы реформ коммерческого права состоит в том, чтобы помочь и обучить на федеральном уровне законодателей, судей и юристов-практиков, которые создают базовый правовой режим для перехода России к рыночной экономике. Среди прочих своей деятельности ИРИС консультирует президентскую комиссию, которая работает над проектом нового гражданского кодекса. Гражданский кодекс создаст правовую основу всем гражданским отношениям в России.

Экономика и институциональные структуры

ИРИС и Институт экономических проблем переходного периода (ИЭПП) соединяют свои усилия в проекте "Экономика и институциональные структуры" для работы с российскими экономистами и политиками над проблемой перехода России от плановой экономики к рынку. Согласно этой программе ИРИС будет поддерживать российских исследователей, работающих в области изучения проблем экономики и права, проводить семинары и конференции для политиков по проблемам экономики, коллективному выбору и правовым институтам рыночной экономики, а также будет предоставлять помощь молодым экономистам, работающим в области исследования переходного периода.

Рыночная инфраструктура

ИРИС имеет контракт с АМР США по поддержке реформ рыночной инфраструктуры в Новых Независимых Государствах бывшего СССР. Этот контракт состоит из двух составных частей: создание правовой инфраструктуры и экономическое образование.

В России ИРИС осуществляет программу по естественным монополиям, в которой принимают участие Рабочий центр экономических реформ при правительстве РФ и министерство экономики. Главная цель программ - это помочь российскому правительству в разработке и экспертизе альтернативных способов регулирования естественных монополий и сценариев реформирования данных отраслей.

Агентство международного развития США (АМР США)

Агентство международного развития Соединенных Штатов Америки (АМР США) создано в 1963 году и финансируется из федерального бюджета США по просьбе стран, нуждающихся в американской технической помощи и содействии. В настоящее время АМР США активно действует примерно в 70 странах и осуществляет содействие во многих отраслях, включая сельское хозяйство, здравоохранение, энергетику, охрану окружающей среды и образование.

В конце 80-х годов, с началом в России исторических реформ, состоялся ряд советско-американских и российско-американских встреч на высшем уровне. Результатом этих встреч стали совместные усилия двух стран по сотрудничеству, направленному на содействие рыночным реформам в России. В настоящее время АМР США сотрудничает с правительством России в таких областях, как охрана окружающей среды и развитие технологий, здравоохранения, структурная перестройка экономики, переподготовка специалистов и энергетика. В каждой из этих отраслей АМР США осуществляет конкретный проект, разработанный и осуществляемый при сотрудничестве с российским правительством и направленном на нужды, определенные правительством.

Также как и США, Россия - обширная и разнообразная страна. В ходе рыночных преобразований в России возрастает роль регионов. Поэтому американская помощь распределяется равномерно и осуществляется не только в Москве и некоторых других легко доступных городах, но и в других регионах, в том числе и на Дальнем Востоке. Разнообразие России проявляется еще и в том, что в различных регионах реформы происходят разными темпами: в одних уже идут полным ходом, а в других только начинаются. Американская помощь сосредоточена в основном там, где реформирование осуществляется более успешно и где усилия по преобразованию экономики наиболее заметны.

Первый день - 4 ноября 1994г.

Андре Ньюберг, генеральный юридический советник Европейского банка реконструкции и развития, Лондон

- Уважаемые дамы и господа, позвольте мне приветствовать вас от имени организаторов на открытой международной конференции, посвященной коммерческому кредитованию с использованием залоговых операций в странах СНГ. Меня зовут Андре Ньюберг. Я генеральный юридический советник от Европейского банка реконструкции и развития. Одним из поводов для настоящей конференции явилось составление Европейским банком реконструкции и развития типового закона об операциях с обеспечением. Роль Европейского банка реконструкции и развития - оказывать поддержку странам Центральной и Восточной Европы в процессе перехода к рыночному хозяйству. Операции с обеспечением исключительно важны в контексте финансирования проектов любой рыночной экономики. А теперь разрешите мне представить организаторов конференции: Межпарламентскую ассамблею государств-участников СНГ, Высший арбитражный суд Российской Федерации, Исследовательский центр частного права при Президенте Российской Федерации, Центр «ИРИС», Агентство по международному развитию США и моих коллег из Европейского банка реконструкции и развития. В особенности я бы хотел поблагодарить Олега Витальевича Бойкова за его активное участие в нашей работе и за возможности проводить совместный семинар в этом прекрасном помещении. Наша конференция продлится два дня, которые будут иметь различную повестку дня. Первый день будет организован в традиционном для подобных форм стиле и пройдет в форме нескольких семинаров. Второй день конференции будет посвящен изучению конкретного примера с применением финансового и правового анализа кредитной сделки с обеспечением. Этот пример будет представлен на ваше рассмотрение сегодня в ходе предстоящего заседания. Мне думается, что я достаточно утомил вас своим русским языком, и с тем, чтобы не оставлять переводчиков без работы, позвольте мне перейти на английский язык.

- Дамы и господа, вначале я хотел бы сказать несколько слов относительно нашей программы на сегодня. Мы начнем наше утреннее заседание с обзора законодательства и форм кредитования с использованием залоговых операций, существующих в настоящее время в России и странах СНГ. После этого мы перейдем к более широкому рассмотрению законодательства и форм кредитования под обеспечение в других странах, а затем прослушаем вводное сообщение к нашему завтрашнему заседанию, которое будет посвящено изучению конкретного примера сделки с обеспечением. Во второй половине дня мы услышим о различных элементах операций с обеспечением и о видах собственности, которые могут использоваться в качестве залога, обращении взыскания или реализации залога, последствиях несостоятельности должника и процедуре регистрации заложенного имущества. Затем будет сказано несколько слов о развитии системы залогового кредитования в СНГ с учетом того, что российский Закон о залоге 1992 года и соответствующие положения проекта Гражданского кодекса были взяты за основу при разработке аналогичных нормативных актов во многих других странах Содружества Независимых Государств.

В этом отношении достигнут уже значительный прогресс, однако на практике, особенно в плане внедрения законодательства, многое еще нуждается в развитии. Мы надеемся, что вы сможете разработать законодательную базу и что-то извлечь для себя из типового закона, разработанного Европейским банком реконструкции и развития, в котором описана полная система залоговых прав и процедур их регистрации. Этот закон уже дал импульс разработке предложений в других странах, например, в Венгрии, а также стимулировал работу «ЮНИДРО» по предложенной модели типового законодательства. Модель ЕБРР переведена на русский язык и представлена в распространенном между вами материалах. Также она переведена на румынский и латышский языки, хотя я не думаю, что эти материалы имеются сегодня в наличии. Материалы этой конференции должны быть опубликованы на русском и английском языках, и мы надеемся, что то, что будет здесь говориться в течение двух ближайших дней послужит стимулирующим фактором для работы по очень важной проблеме обеспечения коммерческих кредитов в экономических условиях переходного периода. Благодарю вас за внимание и желаю нам всем успешной работы на конференции.

Чарльз Кадвелл, директор центра ИРИС Мерилендского университета

- Доброе утро. Меня зовут Чарльз Кадвелл, я являюсь директором Центра «ИРИС» и рад возможности присоединиться к Андре Ньюбергу и приветствовать вас в связи с началом этой двухдневной конференции. Исторически, вне зависимости от географического положения, экономический рост и общее благосостояние граждан достигались в тех странах, которые предоставляли гарантированные права собственности и обеспечивали безусловное выполнение обязательств по договору. И поэтому для меня особенно приятно открывать сегодняшнюю конференцию, в центре внимания которой будут ключевые идеи, позволяющие придать ценность институту собственности, а также то, что эта конференция проводится именно здесь, в здании, служащее которого призваны беспристрастно обеспечивать выполнение коммерческих соглашений. Деятельность Центра по институциональным реформам и неформальному сектору («ИРИС»), работающего при факультете экономики Университета штата Мериленд, связана с этой идеей, то есть с тем, что системой мер, или, как говорят экономисты, институты, посредством которых общество организует свою коммерческую деятельность, являясь основным фактором его развития. Эта идея является объединяющей для нашей деятельности не только в России, но также и на Украине, в Польше, Монголии, Индии, Непале и других точках земного шара. Мы заинтересованы не только в принятии законов, но и в их выполнении. Хотя так трудно согласовать и принять закон через орган законодательной власти, история пестрит примерами принятых, но невыполненных законов, законов, которые не работают. Наша сегодняшняя программа свела вместе как разработчиков законов, так и практиков, и это дает нам основания ожидать, что два дня наших обсуждений окажутся как интересными, так и полезными. Особенно важным мне представляется то, что в нашем зале присутствуют специалисты из всех стран СНГ, из Литвы, Польши, Норвегии, Германии, Объединенного Королевства и Соединенных Штатов. Для меня особенно приятно отметить присутствие в этом зале двух ведущих ученых в области коммерческого законодательства из Соединенных Штатов - Джеймса Уайта и Аллана Фарисверца. Их профессиональная и преподавательская деятельность дала очень многое всем тем из нас, кто учился в Соединенных Штатах. Я хотел бы также воспользоваться представившимся мне в связи с открытием конференции

случаем поблагодарить как Агентство международного развития США, без чьей финансовой поддержки не была бы возможна ни наша работа в России, ни эта конференция, так и ЕБРР, за оказанное обеими организациями содействие. Но в первую очередь я хотел бы выразить благодарность Высшему арбитражному суду за его радушие и гостеприимство, за организацию нашей конференции, а также приема, который состоится сегодня вечером и на который, как я хочу еще раз подчеркнуть, приглашены все участники. В заключение, позвольте мне представить вам нашего хозяина, Олега Бойкова, заместителя председателя Высшего арбитражного суда.

Олег Бойков, первый заместитель председателя Верховного арбитражного суда Российской Федерации, Москва

У нас так уж получилось, что хозяина представляют гости. Но думаю, что от этого по-существу ничего не меняется. И позвольте мне от имени Высшего арбитражного суда поздравить вас с открытием конференции и пожелать успешной ее работы. К сожалению, председатель Высшего арбитражного суда находится в командировке, поэтому он сам не смог этого сделать. И вот он поручил мне от его имени поздравить участников конференции. Высший арбитражный суд, в помещении которого вы находитесь, является в соответствии с российской Конституцией высшим судебным органом по рассмотрению экономических споров. И это, как вы понимаете, определяет наш интерес к данной проблеме и наше участие в качестве организаторов конференции. Как вы заметили из предыдущих выступлений, все хвалили за активное участие в подготовке конференции других, но, естественно, не самих себя. Я тоже должен выполнить, видимо, эту миссию и отметить, что большой вклад в подготовку настоящей конференции в качестве организаторов и спонсоров конференции внесли Европейский банк реконструкции и развития, Центр по институциональным реформам и неформальному сектору, Агентство международного развития США. Я уже сказал о том, что данная тематика чрезвычайно актуальна. Она действительно актуальна с точки зрения состояния российской экономики. Мы знаем, что в настоящее время страна переживает сложный экономический период. В этот период немалую роль играет коммерческий кредит, как один из рычагов, который был бы в состоянии вывести экономику из сложного положения. Конечно, есть экономические причины, прежде всего, инфляция. Но есть и правовые причины, которые, тем не менее, сдерживают использование этого средства в экономике. Мы, как судебный орган, особенно остро на себе ощущаем эти негативные правовые факторы. Речь, прежде всего, идет о том, что наше законодательство в этой сфере крайне несовершенно. И здесь я не отдаю дань моде, сейчас у нас модно критиковать законодательство, особенно тогда, когда нечего сказать. Я просто констатирую факт, поскольку в данном случае мы являемся правоприменителями, и можем об этом говорить в качестве действительного факта. Законодательство, как вы знаете, формировалось в разный период времени. Оно и внутренне противоречиво, и по уровню его принятия также имеется масса несогласований и противоречий. К нам, в Высший арбитражный суд, другие арбитражные суды немало обращаются за разрешением споров по этой категории дел. При этом, одни считают, что к нам слишком часто обращаются, что свидетельствует о неупорядоченности правовых отношений в данной сфере. Другие, наоборот, полагают, что к нам редко обращаются, что говорит как раз о том, что, видимо, еще не совсем надлежащий у нас уровень законности. Мы полагаем, что к нам обращаются ровно столько, сколько надо, исходя из состояния нашего

законодательства, законности и правовой культуры. Еще раз хочу отметить при этом: вы будете обсуждать эту тему два дня, что действительно здесь есть сложнейшие вопросы, которые не урегулированы правом. Мы с ними сталкиваемся каждый день. Идет поиск, в том числе для правоприменительной практики полезен будет и зарубежный опыт. Ведь нам приходится сталкиваться подчас с причудливыми формами защиты коммерческого кредита. Я имею в виду попытки, они широко распространены, его обеспечивать через так называемое страхование ответственности самого заемщика. Мы думаем, что данная конференция будет иметь большое значение не только для правоприменения, она будет иметь еще большее значение для развития законодательства. В этом зале, мы об этом знаем хорошо, находится как те, кто непосредственно работает над текстами новых законов, особенно Гражданского кодекса, его второй части, а также банковского законодательства, а также и те, от кого зависит само принятие решений по этим законам. Поэтому я думаю, что у нашей конференции хорошие перспективы реализации ее рекомендаций. И позвольте мне еще раз от имени Высшего арбитражного суда пожелать успеха вашей работе. Благодарю за внимание.

Александр Маковский, заместитель председателя Исследовательского центра частного права при Президенте Российской Федерации, Москва

- Уважаемый председатель, уважаемые господа. Я вижу свою задачу, и собственно о ней мы говорили с организаторами конференции, в том, чтобы попытаться сказать несколько слов о новых нормах, которые появляются сейчас в будущем Гражданском кодексе, с целью более эффективного обеспечения кредита. Обычно, когда говорят о значении права в коммерческом кредитовании, то выстраивают цепочку. Развитие экономики невозможно без инвестиций, инвестиции невозможны без кредита, кредит невозможен без обеспечения, а обеспечение невозможно без хорошего законодательства. И поэтому, наверное, уже в начале перехода России к рыночной экономике началась работа над законом о залоге. Закон этот появился, как вы знаете, довольно быстро, и к сожалению, надо сказать сегодня прямо, он не решил тех задач, которые ставились перед этим законом, не оправдал тех надежд, которые на него возлагались. Является ли это следствием недостатков только самого этого закона? Да, в этом законе много недостатков. И я скажу о некоторых из них, которых мы попытались в Гражданском кодексе избежать. Но дело совсем не только в недостатках этого закона. Дело, конечно, прежде всего, в состоянии нашей экономики. Такие формы обеспечения кредита, как залог, прежде всего, как залог недвижимости в особенности, ипотека, да и такие формы обеспечения, как банковская гарантия, как поручительство, нормальное, обычное, не будут достаточно хорошо развиваться при том инфляционном состоянии экономики, которое мы, к сожалению, имеем. Второе, о чем надо сказать, говоря о недостаточной эффективности этого закона о залоге, это то, что он не решил и не мог решить двух задач, которые вообще лежали за его пределами. Но мы тогда не очень хорошо, наверное, это понимали. И первая задача, которая лежит за пределами закона о залоге и, должен сказать, что лежит в принципе даже и за пределами гражданского законодательства вообще, это задача создать в стране нормальную, хорошо работающую систему регистрации недвижимого имущества и сделок с недвижимым имуществом. До тех пор, пока такая система не будет создана, а создать ее не просто и достаточно дорого, залог не будет являться нормальным и эффективным способом обеспечения обязательств, потому что всегда будет оставаться у кредитора сомнение, не подвергается ли он опасности обмана.

опасности мошенничества, беря то и или иное имущество в залог. Вторая или второе обстоятельство, лежащее и за пределами тоже закона о залоге, и за пределами Гражданского кодекса, но связанный естественно с законодательством, которое тоже не было в должной мере учтено при создании закона о залоге, это создание в достаточной мере эффективной системы реализации имущества, обращение взыскания на заложенное имущество. Это то, что у нас решалось и решается еще сегодня, прежде всего, в гражданско-процессуальном кодексе, который никаким изменениям в этом отношении не подвергался, и правила которого вообще в этой части ни в какой мере не учитывают перехода России к рыночной экономике. По-существу, если вы попытаетесь применить эти правила об обращении взыскания на имущество к частной собственности, то единственное, что там более или менее подходит, когда речь идет потом о продаже этого имущества, единственное, что более или менее подходит для сегодняшнего дня, это продажа жилого дома, принадлежащего гражданину. Эти правила применить, строго говоря, к продаже другого имущества, в общем-то, наверное, было бы невозможно. Готовя проект Гражданского кодекса и готовя правила об обеспечении обязательств, в том числе об обеспечении кредитных договоров, естественно, те, кто работал над этим проектом, постарались по возможности сделать эти правила эффективно работающими. И здесь авторы проекта находились между шиллой и хорибой, так сказать, между двумя опасностями, которых нужно было избежать. С одной стороны, нужно было, конечно, дать возможность кредитору достаточно быстро и достаточно эффективно прибегать к этим правилам, в том числе, если нужно, так сказать, иметь достаточно эффективные возможности обращения взыскания на предмет залога. И с другой стороны, нужно было защитить интересы залогодателя, которыми у нас сегодня в значительном числе случаев выступают не предприниматели, а обычные граждане, граждане, которые имеют в собственности достаточно уже ценное имущество в виде земельных участков и в виде квартир, и в виде домов, но, как правило, кроме этого имущества, ничего другого в собственном кармане не имеют. И заложив это имущество, а впоследствии лишившись его вследствие обращения взыскания, эти граждане могут оказаться практически вообще без чего-либо, оказаться выброшенными на улицу. Надо иметь в виду, так сказать, особенности нашего общества, особенности, связанные с тем, что гражданин привык полагаться на защиту его со стороны государства. Вспомните, что хотя у нас в законе существовала возможность выселения граждан из квартир, в том числе, скажем, за неуплату квартирной платы, но практически таких случаев, когда гражданина выбросили бы на улицу за неуплату квартирной платы или по каким-либо другим причинам, практически таких случаев наша практика не знала. Если мы сегодня скажем, что можно очень легко обратить взыскание на заложенное им имущество и выбросить его на улицу, я думаю, что это вызвало бы достаточно серьезные возражения с точки зрения очень широких кругов нашего общества. Поэтому, готовя эти правила, законодатель и те, кто готовил проект закона, старались с одной стороны, создать какие-то в достаточной мере эффективные правила об обеспечении взыскания и вообще о залоге, и с другой стороны, в общем защитить вот эту слабую сторону в этих отношениях, которой является очень часто залогодатель. Что принципиально нового содержится в Гражданском кодексе, который сейчас уже прошел через Государственную Думу и находится на рассмотрении в Совете Федерации в отношении обеспечения обязательств и обеспечения кредитных обязательств? Ну я должен прежде всего сказать, что там вообще появилось два новых способа обеспечения обязательств, которых раньше наше законодательство не знало. Это банковская гарантия, гарантия, которая

отличается от поручительства, я не буду говорить о ней подробно, потому что те, кто знает правила о гарантиях, разработанных Международной торговой палатой в Париже, они легко себе представят себе, о чем идет речь. И второй способ, которого вообще наше законодательство раньше не знало, это право удержания кредитором имущества должника. У нас это было в законодательстве, как частный случай в транспортном законодательстве: перевозчик мог удерживать груз до тех пор, пока он не получил плату за перевозку. У нас это было в законодательстве о комиссии: комиссионер мог удерживать имущество комитента до тех пор, пока не получил вознаграждение по договору о комиссии. Сейчас появилось генеральное правило - институт удержания имущества должника кредитором. Но наиболее, пожалуй, существенные изменения, которые имеются в этой части Гражданского кодекса, касаются изменения законодательства о залоге. Закон о залоге, который я уже упоминал, который действует в Российской Федерации, с введением в действие первой части Гражданского кодекса не будет отменен, но он в значительной мере утратит уже свое значение в связи с тем, что многие его положения как бы перекрыты положениями Гражданского кодекса. Окончательно, очевидно, этот закон будет отменен тогда и утратит силу, когда будет принят нашим парламентом закон о залоге недвижимого имущества, об ипотеке. И здесь надо сказать, что Гражданский кодекс содержит общие правила о залоге вообще и предусматривает существование трех специальных видов залога: это залог недвижимого имущества, ипотека, это залог имущества в ломбардах, который может быть не очень интересен для данной аудитории, и залог товаров в обороте. Для первых двух кодекс предусматривает издание в дополнение к Гражданскому кодексу специальных законов. Закон об ипотеке разрабатывается одним из комитетов Государственной Думы, закон о ломбардах пока не разрабатывается, но это очевидно должен быть небольшой сравнительно закон. Вместе с тем, хотя кодекс и предусматривает создание таких специальных законов, он в то же время сам содержит некоторые специальные нормы, касающиеся залога недвижимого имущества, ипотеки, и касающийся залога имущества в ломбардах. Наиболее существенное значение для залогов, обеспечения кредита, для залога, который имеет значение для отношения в сфере предпринимательской деятельности, конечно, имеет залог недвижимости, ипотека. Это наиболее серьезное обеспечение обеспечение на долгий срок выдаваемого кредита. И здесь надо сказать, что кодекс меняет несколько само понятие недвижимости, которое уже содержалось в нашем законе, в Основах гражданского законодательства 1991 года. Наряду с тем понятием, которое содержалось там, понятием, которое включает землю и все, что прочно с ней связано, кодекс прямо относит к недвижимому имуществу подлежащие государственной регистрации морские, воздушные суда, суда внутреннего плавания. Хотя вы понимаете, что конечно с точки зрения чисто физической эти объекты являются движимым имуществом, но юридически закон относит их к имуществу недвижимому. И далее, когда кодекс говорит о том, какой же залог подлежит регистрации, он говорит, что регистрации подлежит залог недвижимого имущества. Тем самым, он уже меняет положение Закона о залоге, который в частности предусматривал регистрацию всех транспортных средств. Этого больше не будет. Регистрации подлежит только залог недвижимости, в том числе и тех транспортных средств, которые сам кодекс признает недвижимым имуществом. В кодексе заложена основа для создания в будущем, я повторяю, в будущем, не сегодня, эффективно работающей системы регистрации недвижимого имущества и сделок с недвижимым имуществом, в том числе и конечно сделок по залого. Есть специальная статья, которая предусматривает создание такой системы,

это статья 131 кодекса, где имеется в виду, что должен быть в принципе создан единый в стране государственный реестр недвижимого имущества, реестр компьютеризованный, позволяющий легко получать соответствующую информацию, находясь в любой точке нашего государства. И предполагается возложение этой обязанности по регистрации на правовые органы, органы юстиции, потому что регистрация сделок может быть квалифицирована, осуществлена только лицами, имеющими юридическое образование. Это вопрос не сегодняшнего дня, и закон о введении Гражданского кодекса сохраняет существующую систему регистрации до тех пор, пока не будет принят специальный закон о регистрации недвижимого имущества и сделок с недвижимым имуществом. Говоря о залоге недвижимого имущества, об ипотеке, надо сказать о некоторых специальных правилах, которые решают вопрос о залоге земельных участков и находящихся на земельных участках зданий и сооружений. Здесь могут возникать и будут возникать довольно сложные коллизии, связанные с тем, что собственник земельного участка может заложить только земельный участок, и в договоре ипотеки может не фигурировать находящееся на этом участке здание или наоборот, и связанный с тем, что сам земельный участок и находящееся на нем здание могут принадлежать разным лицам. Вот статья 340 Гражданского кодекса, она решает эти коллизии, дает правила о том, как эти коллизии должны решаться. Она устанавливает одно правило во всяком случае императивное. Это императивное правило заключается в том, что залог здания или сооружения невозможен без залога участка, части по крайней мере земельного участка, на котором это здание находится, той части, которая функционально обеспечивает возможность эксплуатации этого здания или сооружения. Если собственник здания или сооружения не является собственником земельного участка, то заложено должно быть то право, на котором он пользуется этим земельным участком. Иными словами, закон сразу исключает возможность залога здания, висящего как бы в воздухе. Что касается залога земельного участка, то закон исходит из того, что в принципе, если стороны не договорились иначе, залог земельного участка не предполагает одновременного залога находящейся на нем недвижимости, если только это прямо не предусмотрено в договоре. И тогда, при последующем обращении взыскания на земельный участок, в договоре о залоге которого ничего не сказано о том, что происходит с находящимися на нем зданиями и сооружениями, естественно, возникает вопрос - как быть? Вот здесь кодекс дает ответ на этот вопрос. Он говорит, что в этом случае собственник здания или сооружения сохраняет право пользования той минимальной частью этого участка, которая необходима для функционирования, для обеспечения деятельности этого здания и сооружения. Это должно побудить всех кредиторов очень внимательно относиться к заключению договоров о залоге, договоров ипотеки земельных участков с тем, чтобы не оставить нерешенным вопрос о том, что происходит с находящимися на этом земельном участке зданиями и сооружениями. Я, естественно, излагаю многие вещи гораздо более, может быть, примитивно, чем они в действительности установлены, предусмотрены в законе, но просто недостаток времени мне не позволяет сделать это более детально. По другому, чем это сказано сегодня в законе о залоге, решает кодекс вопросы обращения взыскания на заложенное имущество. Сегодня, как вы знаете, закон о залоге говорит, что обращение взыскания на предмет залога, если соответствующий договор, кредитный договор не исполнен, возможно только по решению суда. Это положение, которое первоначально было включено и в проект Гражданского кодекса, подвергалось очень оживленным обсуждениям и дискуссиям, как с участием наших специалистов и практических работников, так и с участием наших

иностранных экспертов. И в итоге было решено от него в известной мере отказаться. И сегодня кодекс подходит по-разному к вопросу об обращении взыскания на предмет залога в зависимости от того, что является предметом залога - недвижимое или движимое имущество. Что касается недвижимого имущества, то для него в принципе сохранен судебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество. Однако, сделано исключение: стороны залогодержатель (кредитор) и залогодатель (должник) могут договориться, но договориться на той стадии, когда уже возникло основание для обращения взыскания на это имущество, договориться о том, что взыскание будет обращено без суда. И думаю, что такие соглашения вполне реальны, потому что обращение взыскания влечет дополнительные расходы, и эти дополнительные расходы в конечном счете лягут ведь на плечи залогодателя, потому что они будут удержаны из тех денег, которые будут выручены от продажи заложенного имущества. Что касается движимого имущества, здесь кодекс подходит к этому еще более либерально и он говорит: да, взыскание обращается по решению суда, но если стороны не договорились иначе. То есть практически в договор о залоге движимого имущества, а это сегодня автомашины, это сегодня подвижной состав железных дорог, это сегодня любое оборудование, в договор о залоге движимого имущества уже с самого начала может быть заложено условие об обращении взыскания на это имущество, минуя судебные органы, без суда. И есть еще одна фраза, которая, строго говоря, может быть не была необходимой юридически в кодексе, но она дает какую-то ориентацию в этом отношении, в отношении обращения взыскания на движимое имущество. Эта фраза предусматривает, что, если речь идет об обращении взыскания на движимое имущество, которое было передано залогодержателю, то здесь взыскание может быть обращено в порядке, установленном договором о залоге, если законом не установлен иной порядок. Здесь принципиально ничего другого отличного от того, о чем я говорил, нет, но такая фраза, тем не менее, в кодекс была включена. И наконец, надо сказать еще об одной вещи, это об очередности удовлетворения требований кредитора в вопросе, который тоже в действующем законодательстве не решен удовлетворительно, потому что он решается в законодательстве гражданском процессуальном, как я говорил, законодательстве, которое изменениям, к сожалению, не подверглась. Если вы посмотрите в наш гражданский процессуальный кодекс и увидите, как определены эти очереди кредиторов, имеющих право на возвращение своих кредитов и стоимости имущества должника, то вы увидите, что там на одном из первых мест стоит государство. И практически, если выдерживать эту очередь, то реально кредитор, как правило, ничего уже не останется после того, как государство заберет все причитающиеся ему налоги, заберет все платежи во внебюджетные фонды и многое может быть еще другое. И сегодня мы попытались решить эту задачу, эту проблему в материальном законе. Она решена в двух статьях кодекса, она касается случаев обращения взыскания на имущество индивидуального предпринимателя и случаев обращения взыскания на имущество юридического лица, и здесь эта очередность выстроена несколько иначе. На первом месте стоят те, кто имеют право на получение возмещения вреда, причиненного жизни или здоровью, т.е. это те, кто имеет право на получение денег по случаю потери кормильца или собственного увечья, полученного на производстве или вследствие иного несчастного случая. На втором месте стоят те, кто имеет право на получение заработной платы. Да, это довольно большая категория, но сегодня их тоже нельзя отодвинуть на какое-то более низкое место в этой очередности. Может быть когда-то с изменением менталитета нашего общества такие изменения будут сделаны.

сегодня это невозможно. На третьем месте стоит залогодержатель, третья очередь это залогодержатель. Причем, вы понимаете, первых двух очередей может и не быть, во всяком случае число лиц, попадающих в первую и вторую очередь, может быть очень невелико. И только на четвертом месте стоит государство. Это очень серьезная реформа очередности удовлетворения требований. На четвертом месте стоит государство с его налогами и другими причитающимися ему платежами. Я очень коротко сказал о тех изменениях, которые в целях обеспечения кредита, обеспечения обязательств, внесены сейчас в Гражданский кодекс. Есть и другие изменения. В частности, очень подробно очерчены те случаи, когда залогодержатель имеет право на досрочное погашение, досрочное исполнение кредитного договора, когда он имеет право на досрочное исполнение кредитного договора и досрочное обращение взыскания на заложенное имущество, т.е. немедленно, не ожидая никаких сроков истечения того и другого договора. Есть и целый ряд других правил, которые заслуживают внимания. Но, заканчивая, я хотел бы сказать об одном существенном здесь в этой аудитории обстоятельстве. Мы, распавшись на ряд государств, начали каждое строить свое законодательство независимо от друг от друга. И я должен сказать, что такие попытки строить свое законодательство, не глядя на то, что делается у соседа, в том числе и в России, не глядя на то, что делается на Украине, в Белоруссии, в Казахстане, в Грузии, они существуют и сегодня. Сегодня, скажем, в России подготовлено четыре или пять проектов транспортных уставов, в том числе проект устава железных дорог, который сделан совершенно не глядя на то, что делается в соседних государствах. И мне очень интересно, как жило бы наше министерство транспорта или министерство путей сообщения после того, как вошел бы в силу этот российский устав железных дорог. Сегодня мы в значительной мере сохраняем возможность единой транспортной сети благодаря тому, что действует единое транспортное законодательство. И вот также мы, к сожалению, начали строить и наше законодательство, касающееся обеспечения кредитных договоров, наше законодательство о залоге. К счастью, может быть мы довольно быстро опомнились и нашли структуры. Одна из них это межпарламентская ассамблея, которые занялись вопросом о гармонизации этого законодательства. И сегодня мы уже имеем ряд положительных шагов в этом направлении. В частности, несколько дней тому назад межпарламентская ассамблея одобрила модель первой части Гражданского кодекса для стран содружества, модель, которая была разработана с участием практически всех стран содружества, очень активным, я бы сказал, очень заинтересованным участием. В планах межпарламентской ассамблеи на начало будущего года стоит подготовка модели закона о залоге недвижимости, об ипотеке. И вот в этом отношении, в этом вопросе, в этом направлении та конференция, которая создана при активном содействии и поддержке такого ряда авторитетных организаций, как ИРИС, ЕБРР, Высший Арбитражный Суд и другие. Естественно, что все, что здесь будет говориться, должно будет быть учтено и использовано при подготовке модели закона об ипотеке, работа над которой, очевидно, начнется уже в очень недалеком будущем. Спасибо.

Валентин Боровцов, "Боровцов и Салей", Минск

- Вначале конференции было сказано, что очень важно, что в данном мероприятии принимают участие как представители законодательных органов и ученой общественности, так и практикующие юристы. Я не знаю к какой категории себя отнести. Дело в том, что 25 лет я был государственным служащим, работал в

Совете Министров, в Верховном Совете, потом я был директором в Институте по так называемым вопросам законодательства в Верховном Совете. Институт, сейчас он как-то переименован, по-другому выглядит. Последние полгода я уже практикующий юрист, в том смысле, что я создал собственную частную юридическую фирму. Поэтому я не знаю, это будет синтезом моих, так сказать, представлений о нашем законодательстве, или же это будет некоторая эклектика. Это уже вам судить. Закон принят был примерно в конце 93-го года, т.е. собственно говоря, после российского закона, как обычно и случается в бывших союзных республиках, и я не мог бы сказать, что он так уж резко отличается от российского закона, точно также, как украинский или казахский закон, имеющий большие отличия от российского, чем наш, то он не имеет каких-то принципиальных различий. Ну, как скажем, различия, которое меняло бы концепцию данного законодательного акта, хотя, конечно, отличий достаточно много. В материал, который вы получили в папочке, имеется статья, которую я написал вместе с г-ном Ньюджином Сульваном, американским юристом, о сравнительном анализе белорусского закона о залоге, российского, украинского, и немного казахского. Правда, эта статья, прошла такие, несколько странные метаморфозы. Писалась она по-русски, переводилась на английский, адаптировалась под английский, американского, вернее, так сказать, потребителя, потом она переводилась обратно, и вот в результате этого может быть какой-то ущерб, в ней и произошел. Я бы хотел отметить, что закон был введен с первого апреля этого года, поэтому обширной практики, скажем так, судебно-арбитражной практики, мы еще не имеем. Преимущественно закладываются объекты для получения банковского кредита в сделках применяется такое обеспечение обязательств, как залог, достаточно редко. Сложности, очевидно, в применении на практике этого документа не только в том, что он сделан без должного, может быть, учета зарубежной практики, может быть без должной адаптации этой зарубежной практики к нашим экономическим условиям, и в том, что сами эти экономические, политические условия, социально-психологическая атмосфера в нашем обществе, белорусском в частности, не благоприятствует, что ли, достаточно полному применению этого закона. Давайте скажем так. У нас сегодня программа Белоруссии, программа приватизации разворачивается крайне медленно. Поэтому до нынешнего времени по крайней мере 80% имущества находится в собственности государства. По нашему законодательству, предоставление и передача в залог имущества возможна с согласия собственника, применительно к государственной собственности, это выглядит следующим образом. По имуществу, находящемуся в оперативном управлении или в хозяйственном ведении предприятий, все практически недвижимое имущество, предприятия, здания, сооружения, сегодня это и транспортные средства, могут быть сданы в залог в том же порядке, что и отчуждены. То есть либо с согласия Совета Министров в отдельных случаях, либо с согласия министерства по государственной собственности, приватизации, либо по наиболее мелким объектам с согласия собственно министерства. Сами понимаете, что если руководитель юридического лица государственного, хотел бы что-то сдать в залог, то он будет поставлен перед достаточно сложной проблемой получить соответствующее разрешение. Если он, директор завода, скажем, заинтересован заключить какой-то договор, получить кредит, даже сдав свое имущество, отдав его под залог, то это нельзя сказать в той же мере об скажем, чиновнике министерства, который озабочен тем, чтобы если это имущество уйдет потом из ведения государства, его никто в этом не упрекнул. Вполне естественно. Надо сказать,

отметить и другое обстоятельство: в нашем законе существует указание о том, что не подлежат залому целый ряд, скажем так, объектов. В частности, это объекты, которые вообще не могут находиться в частной собственности, могут находиться только в государственной собственности. Это объекты, которые не подлежат приватизации, во всяком случае в обозримом будущем, это объекты, которые представляют собой культурную, историческую и иную ценность. Собственно, это вполне нормально, что государство заботится о том, чтобы объекты, представляющие историческую и культурную ценность, не становились предметом торга. Вот когда в нашем законе появляется слово и иную ценность, насколько я помню, такого указания в российском законе нет, меня это очень смущает. Потому что это дает повод, дает основание, законодательное основание тому же, скажем, тому же Кабинету Министров, включить в этот перечень любой объект, который с его точки зрения, скажем, очень дорогой и представляет собой для государства интерес. Это ограничивает, естественно, сферу применения залога. Правда, может быть эти опасения несколько беспочвенными оказались, потому что, когда правительство принимало перечень объектов, которые не подлежат залому, в частности, по тем основаниям, что они представляют особую ценность для государства, оно так далеко не пошло, как я вот сейчас предположил, а недолго, собственно говоря, думая, написало таким образом: вооружение, оружие, боеприпасы, имущество, принадлежащее, скажем так, силовым министерствам, ну и в порядке некоего реверанса в культурной сфере, любые дворцы, клубы, которые существуют за счет государства, колхозные, совхозные и всякие прочие. То есть, это первая проба первого правительства. Посмотрим, как это будет. Как я уже говорил, институт залога не получил особенно широкого применения, во всяком случае перед отъездом сюда я заинтересовался, насколько широка наша судебная практика. Наш хозяйственный суд это аналог арбитражного суда в России. На уровне областей подобные дела по залому уже возникли. Что касается Высшего хозяйственного суда, то у них имеется в производстве два дела в порядке надзора, которые еще не рассмотрены, не получили никакой оценки. Здесь было сказано, что действительно чрезвычайно важно наладить было бы систему регистрации договоров залога и систему регистрацию имущества, недвижимого имущества в частности. Это действительно так, потому что я уже столкнулся со случаем, когда залогодатель или залогодержатель, скажем так, оказывались в очень сложном положении, поскольку залому подвергалось имущество, которое, очевидно, вообще не могло оказаться в собственности или под большим сомнением могло оказаться в собственности залогодателя. Вот я один пример могу вам привести. В нашем пограничном городе Бресте министерство обороны решило распродавать имущество. Есть объекты, которые ему уже были не нужны, в частности, некие транспортные объекты, они имели значение, когда была группа войск в Германии, войска в Польше, сегодня они не представляют для министерства обороны особого военного интереса. И одно совместное предприятие выразило желание приобрести подобный объект. Небольшой объект, где-то двести тысяч примерно долларов с небольшим. Но так как покупатель, покупатель, естественно, денег не имеет, то он обратился в банк за получением кредита, а под залог взял, как это у нас практикуют широко, будущий объект, который он намерен купить. Но это необязательно вытекает из нашего закона, и практика именно в этом отношении пошла, закладывается имущество не реальное, а будущее имущество. И вот он заложил будущее имущество. Он намерен купить, а в то же время выяснилось, так скажем, поскольку нет еще окончательного решения суда, мы не скажем, что выяснилось, а начало выясняться, что это имущество вообще не могло быть продано, отчуждено

министерством обороны, поскольку Верховный Совет, там проблема по срокам, несколько дней было разницы, наложил, так сказать, запрет на реализацию всякого имущества министерства обороны на какое-то, скажем, время, поскольку растраживание получило широкие масштабы. А сейчас, строго говоря, банк дал под залог двести с чем-то тысяч долларов, а получит ли завтра, совершенно не ясно, непонятно. Быть может, следовало было остановиться еще на нашем залоге, на той части, которая касается залога земли. Здесь есть некоторые отличия нашего законодательства от российского, вызванное, как я понимаю, двумя обстоятельствами. Во-первых, скажем в порядке самокритики, желание иметь некую национальную особенность, и иногда это сделано несколько необдуманно, в погоне за индивидуальностью. А во-вторых, вызвано тем, что концепция собственности, и вообще собственности на землю, весьма отличается. У нас частная собственность на землю касается исключительно, скажем так, той земли, которая реально находится уже у гражданина в пользовании. Сегодня это приусадебные земельные участки, это дачные участки и это в каких-то ограниченных пределах участки, территория, арендуемая фермерами. И залог касается только в отношении вот этого имущества, которое перейдет и далеко не все перешло в собственность граждан, потому что не выданы еще государственные свидетельства на владение собственностью земель. Причем, тут есть еще две особенности. Во-первых, залог земельного участка, во-вторых уже, допускается это только под банковский кредит, ни на какие иные цели, за исключением банковского кредита. Во-вторых, поскольку число собственников ограничено, то становится очень сложно реализовать потом вот этот договор о залоге позднее. Скажем так, продать земельный участок зарубежным предприятиям нельзя, иностранному предприятию, потому по нашему законодательству иностранные инвесторы пока правом не получение в собственность, покупку земельных участков не пользуются. Продать юридическому лицу нельзя, потому что у нас, по нашему закону, юридические лица не имеют право на собственность на землю. Продать можно только местному совету. По какой цене никто не знает, и захотят ли его покупать. И во-вторых, продать его опять-таки, гражданину, и опять-таки с сохранением его первоначальной ценности, заложенной в земельный участок. Что касается предпочтений, т.е. порядка очередности взыскания на имущество в случае имущества должника, то у нас вообще любопытный порядок. У нас пять отличий от других порядков предпочтений, они отражены в гражданско-процессуальном кодексе, он примерно похож на российский. Второе у нас отражено в законе о предприятиях.

Вильям Аткин, партнер-управляющий, Бэйкер энд Маккензи, Москва

- В порядке вступления я хотел бы сказать, что сейчас для меня наступил поистине пугающий момент моей жизни. Я ощущаю себя почти как физик-первокурсник, читающий лекцию по теории относительности Эйнштейну. Многие из вас имеют большой практический опыт и хорошо известны как специалисты в области залогового кредитования и связанных с этим операций. Я же во многом новичок и я думаю, что меня попросили принять участие в этой конференции отчасти для того, чтобы я мог поделиться своим опытом практика, человека, изо дня в день общающегося с клиентами по этим вопросам и дающего советы относительно того, предоставлять ссуду или нет, и того, какие виды залога они могут, а какие не могут получить в России. Теперь, в порядке вступления, о том, почему я так испуган. Здесь две книги, которые я вожу с собой по всему миру - в течение двух лет я работал в Венесуэле от фирмы «Бэйкер энд Маккензи», четыре года жил и

работал на Тайване, третий год работаю в России. Из этих двух книг, которые я беру с собой в каждую свою поездку, одна - это Кодекс профессиональной ответственности, то есть правила юридической этики, а вторая - это трактат профессоров Уайта и Саммерса по вопросам ЕКК, Единый коммерческий кодекс. Прошлым летом сюда приехал профессор Уайт, который работал с одним из моих коллег в США и должен был посетить посольство США для юридического заверения документа. Я воспользовался случаем и послал ему мой экземпляр трактата с ассистентом юриста, который с ними работал, чтобы он мог поставить на книге свой автограф. Теперь это одна из самых ценных вещей в моем офисе. Я не был уверен в том, с какой стороны лучше всего подходить к этой проблеме в России, потому что Россию я называю страной приятных и неприятных новостей. К примеру, этим утром приятной новостью было то, что в нашем номере была вода, а неприятной - что она была только холодной. Приятной новостью было то, что да, я оказался вовлечен в работу по проведению кредитно-залоговых операций с российскими клиентами, а неприятной - то, что эти операции всегда имели оффшорный характер. Приятной новостью было наличие в России закона о залоге, а неприятной - то, что он выполняется далеко не полностью, если выполняется вообще. И я подумал, что то, чем я мог бы поделиться с вами сегодня утром как работающий в этой области практик - это немного рассказать о своих наблюдениях относительно того, почему на сегодняшний день люди в России весьма сдержанно относятся к возможности опоры на российское законодательство и почему их гораздо больше устраивает размещать свои залоги за рубежом, а также поделиться с вами моими надеждами и ожиданиями относительно того, как это законодательство развивается и будет развиваться. Я полагаю, что в ходе конференции у вас будет много возможностей подробно обсудить российское законодательство и законодательства некоторых других стран СНГ, поэтому сегодня утром я хотел бы представить вам обзор некоторых существующих проблем и тех попыток, которые предпринимаются для их разрешения. Как я уже упоминал, при проведении залоговых операций, чем я занимаюсь с моими клиентами, - а мы представляем собой транснациональную компанию, осуществляющую деловые операции в России, - залог всегда предоставляется за рубежом. На это есть много причин, но основной причиной является недоверие к существующим в России правовым основам кредитования под обеспечение. В основном операции проводятся в следующем порядке, и в каждом случае это требует разрешения со стороны Центробанка, но ссуды, как на приобретение оборудования, так и на проектное финансирование, предоставляются компаниям, которые имеют некий доход в виде твердой валюты за пределами России, и обеспечение кредита всегда оформляется посредством либо передачи этих доходов в доверительное управление, либо их условного депонирования на счет третьего лица, что потом регулируется законами какой-либо иной юрисдикции. И это было общим способом проведения практически всех операций из числа тех, которыми я до сих пор занимался. Теперь - почему не используется российское законодательство и почему люди не чувствуют себя в безопасности, размещая обеспечение здесь в России. Наша юридическая фирма на протяжении четырех или пяти месяцев работала с правительством города Москвы. Московское правительство очень заинтересовано в своем вхождении в международную систему финансирования и хотело бы использовать многие объекты собственности, которые оно имеет в Москве, в качестве обеспечения кредитов от иностранных банков. Нам было предложено изучить вопрос, какие структурные изменения необходимы для того, чтобы расширить возможности создания некой упорядоченной программы

кредитования, обеспеченного городским имуществом. Здесь возник ряд вопросов, полный список которых я приводить не буду, чтобы не утомлять вас, но в совокупности было выделено четыре или пять областей, которые были обозначены как проблемные области в отношении к реализации любой такой программы кредитования. В первую область входили преимущественно все те проблемы, которые до сих пор возникают в связи с правами собственности в Российской Федерации. Интересно то, что это никак не связано с законом о залоге и нормативными актами, регулирующими ипотечные сделки. Здесь мы имеем дело с более глубокими и более фундаментальными проблемами. Несмотря на принятие новой Конституции, несмотря на указ Т 2278 от декабря прошлого года, в отношении прав собственности существует еще много открытых вопросов, в том числе классификация видов землепользования, которая была отменена указом Т 2278, но так ничем и не заменена. Точно так же остается открытым вопрос о праве иностранных граждан на владение собственностью, несмотря на изменения, внесенные указом Т 2278, и несмотря на то, что в новом Гражданском кодексе существуют соответствующие положения. Наконец, и это немаловажно, во всей сфере отношений собственности на землю полностью отсутствуют четкие определения. Как бы вы определили право на владение недвижимым имуществом в Российской Федерации? Тесно связаны с проблемами собственности на землю и проблемы, относящиеся непосредственно к российскому залоговому законодательству, и то же самое можно сказать и о процедурах регистрации. Самая большая трудность, с которой сталкиваются кредиторы при решении вопроса о том, обеспечены ли гарантии в отношении их заложенных активов нормами российского залогового законодательства, связана с процедурой регистрации, в особенности залога движимого или личного имущества. И, наконец, одним из вопросов, который наиболее беспокоит наших клиентов, является возможность принудительного обеспечения их прав в рамках российской правовой системы. Теперь, заканчивая обсуждение этой темы, я хотел бы сказать, что для меня очевидно, что мы не должны концентрироваться только на залоговом законодательстве и проблемах его реализации, но также мы не должны забывать и о том, что залоговое законодательство является всего лишь надстройкой, верхним слоем по отношению к правам собственности, по отношению к системе обращения взыскания в судебном порядке, системе средств судебной защиты, и эти области также должны быть в фокусе нашего внимания и прорабатываться параллельно с проблемами залоговых прав. Когда я впервые приехал в Россию несколько лет назад, у меня состоялась встреча с президентом Российской юридической ассоциации. Это была очень интересная встреча, поскольку мы обсуждали перспективы сотрудничества между несколькими юридическими ассоциациями США и Московской юридической ассоциации, а также говорили о разработке российского законодательства, в особенности коммерческого. Мой собеседник произнес фразу, которую я назвал бы затрагивающей суть вопроса. Он сказал, что мы в России возводим новое правовое здание, но начали с крыши, а теперь возвращаемся к фундаменту. Он имел в виду обилие уже принятых законодательных схем, при недостатке и это не было связано с недостатком усилий или внимания, это была просто невозможность, или невозможность, связанная с недостатком времени на то, чтобы вернуться к самым основам правовой системы. Теперь опять вернемся к приятным и неприятным новостям. Приятной новостью было то, что в России много работали над новым Гражданским кодексом, и теперь он обеспечивает тот фундамент, который необходим для поддержки уже существующей крыши, и, хотя, возможно, эту крышу еще придется латать, но

фундамент уже строится. В дополнение к новому Гражданскому кодексу, московское правительство предпринимало активные попытки внедрить залоговое законодательство и этой осенью они внедрили систему регистрации залогов. Это очень приятная новость, особенно в совокупности с новым Гражданским кодексом, и я думаю, что люди почувствуют гораздо большую заинтересованность в использовании законодательства о залоге в России как инструмента кредитования под обеспечение. Кроме того, мы надеемся на то, что процесс реформирования законодательства в отношении правовых титулов будет продолжаться, а также надеемся на продолжение реформ и дальнейшее просвещение граждан в отношении судебной системы и принудительного осуществления по суду конкретных прав. Также будет приложено много усилий к разрешению вопроса о защите залоговых прав по закону о залоге и в соответствии с новым Гражданским кодексом. Новым Гражданским кодексом установлены некоторые очень полезные в этом отношении нормы. Он открывает возможность взыскания залога во внесудебном порядке, и я полагаю, что это окажется очень важным фактором повышения доверия к существующему законодательству о залоге. Теперь, в качестве краткого заключения, я хотел бы заметить, что, думая о происхождении терминов «обеспечение» и «кредитование под обеспечение», я пришел к выводу, что в их основании лежит просто слово «уверенность», ведь «обеспечение» и «уверенность» по своему значению сопоставимы. С точки зрения юриста, наша работа заключается в том, чтобы дать нашим клиентам уверенность в том, что их законные права защищены, и очень важно, чтобы закон обеспечивал такую уверенность. Наши клиенты хотят иметь гарантии и уверенность в отношении права собственности. Они хотят иметь гарантии и уверенность в отношении процедур регистрации и реализации предпочтений, которые они получают одновременно с заложенными активами и ипотекой. Они хотят уверенности в отношении обращения взыскания на заложенное имущество в рамках судебной системы. Получив такую уверенность, такие гарантии, они начнут заниматься кредитными операциями, опираясь при этом на залоговое законодательство. Россия прошла большой путь, и закон о залоге - это современный закон, и закон прогрессивный, и все, что было сделано с момента его внедрения, дает нам, как практикам, работающим в этой сфере, уверенность в том, что наши клиенты смогут и сейчас, и в дальнейшем, по мере развития законодательства, больше опираться на него. Благодарю вас за ваше время и внимание.

Милкаженко Хорват, президент Ситибанк Т.О., Москва

- Доброго утра вам всем, благодарю вас. Я займу только десять минут вашего времени для того, чтобы рассказать вам о том, что все вы уже знаете. Я не думаю, что поделюсь с вами какими-либо потрясающими откровениями, и также мне очень трудно вообразить ситуацию, что кто-либо из присутствующих в этой комнате в один из следующих двух дней встанет и скажет - нет-нет-нет, я думаю, нам не нужен ни закон о залоге, ни система его реализации в судебном порядке, и т.д. и т.п. Я думаю, все здесь присутствующие единодушно уверены в том, что нам это нужно, и нужно даже больше, чем один только закон. Вопрос только в том, как это получить. Будучи скорее клиентом правовой системы, нежели человеком, который принимает участие в ее создании, я ограничусь тем, что расскажу вам, чем мы занимаемся, что мы думаем по этому поводу и что от нас потребуется для того, чтобы получить то, что мы хотим. Так что я попытаюсь ответить на некоторые из этих вопросов. Во-первых, что мы сейчас делаем в России в сфере залогового

кредитования. Кратким ответом на этот вопрос было бы «не так много». Как уже сегодня сказал г-н Аткин, проводится очень много залоговых операций, но в качестве обеспечения выступает залог, размещенный за рубежом. Я оставляю эту проблему и останавливаюсь только на тех видах залога, которые предоставляются в России. Мы не делаем все, на что мы способны не потому, что нам не предлагается или нас не просят заниматься залоговыми операциями в России и не предоставляют залогов. Напротив, в качестве залога нам предлагает все что угодно - от недвижимого имущества и прав интеллектуальной собственности до более неожиданных вещей, таких как животные, муниципальная собственность в различных периферийных районах страны и многое другое. В настоящий момент мы просто не в состоянии работать со всем этим по нескольким основным причинам, которые всем вам известны и которые были названы предыдущими ораторами. Отвечая на вопрос, чем бы мы хотели заниматься в сфере кредитования под обеспечение в России, я бы ответил, что мы хотели бы делать множество вещей. Я быстро приведу несколько примеров и объясню, почему в первую очередь и главным образом нас интересует недвижимое имущество. Позвольте мне сказать вам одну вещь, которую я многократно говорил многим нашим посетителям в России. Представьте себе, что вы банкир и едете по Москве. В чем вы видите отличие между городом Москвой и центральной частью Лондона, Токио или Нью-Йорка? Или другими словами, все, на что бы вы ни взглянули, заложено, причем большая часть имущества предоставлена в виде обеспечения банкам, выдавшим кредиты. Во время поездок по Москве я всюду видел не обремененное залогом имущество, а для меня необремененное имущество прежде всего означает кредитоспособность. Но кредитоспособность только в том случае, если существует некоторая базовая юридическая инфраструктура, которая позволяет мне давать в кредит. Конечно, вы можете сказать, что это имущество стоит не так уж много. Я не знаю, какова его стоимость; возможно, в расчете на квадратный метр она действительно очень мала. Но зато я увидел такое имущество в огромном количестве, что позволяет мне надеяться, что в будущем это станет вполне осуществимым. Может быть, имеет смысл рассказать вам немного об организации, в которой я работаю, чтобы вы смогли понять причину нашей заинтересованности. Помимо того, что наш банк является самым крупным в Америке и вероятно самым международным, поскольку наши отделения функционируют в 95 странах мира, он также представляет собой самый крупный ипотечный банк в США, предоставляющий кредиты под залог имущества, в том числе недвижимого. И хотя опыт работы в течение нескольких последних лет на рынках недвижимости в Соединенный Штатах показывает, что это не всегда является поводом для гордости, тем не менее, факт остается фактом. В самом ближайшем будущем мы станем крупнейшим ипотечным кредитным учреждением на зарождающихся рынках. Мы с большим энтузиазмом относимся к нашим жилищным программам в Малайзии, где наш банк, впервые в этой стране, открыл комплексный торговый центр, предоставляющий все виды услуг людям, желающим приобрести в основном городские дома. В соответствии с такой программой мы полностью финансировали организацию-застройщика, выдавая ей кредит на строительство жилья. А когда в центр приходили люди, чтобы купить городской дом, иногда даже вместе с кухонным оборудованием и холодильником, и получить всю информацию о переезде в этот дом, их также ожидал служащий банка, который записывал основные сведения о доходах потенциальных покупателей и другие финансовые данные. После этого покупатели здесь же заполняли необходимые документы для получения средств на приобретение своего дома. До нашего появления в Малайзии

с описанными выше программами в этой стране вообще не существовало ипотечного кредитования. Мне известно, что сейчас Малайзия переживает бум ипотечного кредитования, выгодность которого смогли ощутить на себе многие и многие молодые специалисты со средним уровнем доходов. Именно такие программы мы бы хотели развернуть здесь. Кроме того наш банк является крупнейшим в мире учреждением, выдающим кредиты на осуществление грузовых перевозок, а также самым активным банком в данной области. Мы также принадлежим к числу крупнейших учреждений, предоставляющих кредиты авиатранспортным компаниям и авиалиниям. Мы занимаемся самыми разнообразными операциями, связанными с долгосрочной арендой, расширяя свою деятельность в данной сфере во многих странах и перенося ее основные концепции на другие типы рынков. И мы бы хотели заниматься всем этим и в России. Это станет возможным при наличии нескольких основных условий, которые позволили бы нам при предоставлении кредита не волноваться о том, сможем ли мы, в случае неуплаты, обратиться взыскание на имущество должника, предложенное в качестве обеспечения кредита. Я не хочу повторять еще раз, в чем состоят эти основные условия, поскольку о них уже говорилось в предыдущих выступлениях и наверняка будет говорить снова и снова в течение двух следующих дней. Но есть два основополагающих момента. Большинство присутствующих в зале, хотя и не все, являются юристами. И вы скажете мне, что существует юридическая процедура, призванная защитить право кредитора на изъятие заложенного имущества и на свободное распоряжение этим имуществом. Это и является условием номер один, предпосылкой номер один. Предпосылка номер два -- это судебный прецедент. Мы должны убедиться в том, что суды действительно рассматривали дела подобного рода и подтверждали право кредитора, закрепленное законом. Буква закона -- это одно, а то, как она применяется на практике, -- совсем другое. В условиях зарождающейся рыночной экономики, которые имеют место в сегодняшней России, нам чрезвычайно важно убедиться в наличии судебного прецедента, показавшего, что обсуждаемые нами вещи прошли проверку на практике и действительно работают. Мы совсем не гонимся за славой первооткрывателей ипотечного кредитования на том или ином рынке. Что нас действительно интересует -- это крупный, или потенциально крупный рынок, а совсем не желание оказаться в числе самых первых или самых опытных. Мы подождем, пока несколько случаев такого рода не будут рассмотрены в суде. Так, например, мы посмотрим, какое решение примет суд по делу, о котором недавно сообщалось в газетах, когда пять человек ухитрились зарегистрировать право залога на один и тот же объект недвижимости. И в зависимости от того, какое решение вынесет суд по данному делу, мы сможем рассчитать наиболее правильный момент для вступления на российский рынок. И последнее замечание, которое я бы хотел сделать просто для создания определенной атмосферы. Для чего же все-таки России так необходима данная система? Если только для создания своего собственного общего фонда накоплений, а не для привлечения средств в страну из других фондов накоплений, -- в этом случае вы действительно добились некоторых успехов. Но какой в этом смысл? Другими словами, вы все приготовили к приходу гостей, а к вам никто не приходит. Следует помнить, что такие организации, как наш банк и многие другие соседней целью, в России прежде всего привлекает масштабность. Если существует рынок недвижимости, который действительно функционирует и имеет все необходимые условия для осуществления кредитования под залог недвижимости, для моей организации не будет большой проблемой получить 300, 400 или 500 миллионов долларов в виде недвижимого имущества в течение 6

месяцев или одного года. Нам нравится масштабность, мы любим масштабность, потому что наш банк является крупной организацией. Это как раз то, к чему мы стремимся. Итак, суть моего замечания сводится к тому, что приготовления к приходу гостей не означают создания таких условий на рынке, при которых эти гости в лучшем случае могли бы выдавать кредиты под залог недвижимости на общую сумму в 10 или 20 миллионов долларов. Речь идет о том, что если приготовления будут действительно сделаны в соответствии с нашими потребностями, это будет означать количественный скачок, с точки зрения тех накоплений, которые мы собираем по всему миру, с точки зрения вкладов, вливаемых в этот рынок, поскольку этот рынок способен приносить высокую прибыль при вполне приемлемой степени риска на вкладываемые накопления. Таким образом, цель данного упражнения состоит не просто в приготовлении того, чем никто не воспользуется. Мы воспользуемся этим, если это будет существовать. Мы очень заинтересованы в использовании этого, и мы с нетерпением ожидаем, когда в результате усилий, подобных описанным выше, будет создана критическая масса, которая позволит нам сделать это. Как я уже говорил, вряд ли кто-то из присутствующих в зале поднимется и скажет, что нам не нужен закон о залоге или что нам не нужна эффективная система регистрации имущественных прав. Все мы прекрасно понимаем, что нужна. И все же необходимо наличие критической массы, которая сдвинет процесс с мертвой точки. И я надеюсь, что настоящая конференция внесет свой вклад в создание этой критической массы, и в конечном результате у нас будет все необходимое для осуществления кредитования под залог. Благодарю за внимание.

Мелисса Шварц, Чарбери энд Парк, Москва

- Спасибо. Я занимаюсь юридической практикой в Москве чуть более двух лет, и одна из первых сделок, над которой я работала, было залоговое финансирование совместного предприятия в Москве. И в течение следующих 10 минут я бы хотела остановиться на тех проблемах, которые нам пришлось решать в данном случае и во всех последующих случаях, касающихся залогового кредитования. Это те вопросы, на которые нам необходимо ответить, чтобы такие люди как вы могли чувствовать себя спокойно, вкладывая свои средства в залоговое финансирование. В сущности, первое, на что мы смотрим, это прочность положения кредитора. Если, как это было в первом случае финансирования, оно является совместным предприятием, учрежденным в соответствии с прежним советским законодательством, мы прежде всего проверяем, можно ли считать его действительно существующим с точки зрения нового законодательства. Если это предприятие является экономической единицей нового типа, образованной в последние два года, например товариществом с ограниченной ответственностью или акционерным обществом, мы должны убедиться в том, что компания существует с юридической точки зрения на день предоставления кредита. Мы изучаем список акционеров предприятия по всей стране. Сегодня во многих совместных предприятиях партнерами с российской стороны являются бывшие государственные предприятия, и очень важно убедиться в том, что они были приватизированы должным образом. Мы делаем все возможное для того, чтобы убедиться в прочности и стабильности положения данного предприятия в настоящий момент. Чтобы кредитор чувствовал себя более спокойно, мы смотрим, кто контролирует компанию, какова структура органов управления -- это те вопросы, которые мы более подробно обсудим завтра. Если сегодня российская компания желает

получить кредит в России, особенно в случае кредита в твердой валюте, сразу же встает вопрос лицензии. Чтобы получить валютный кредит на срок более шести месяцев, компания должна обратиться в Центральный банк за лицензией. В зависимости от вида деятельности компании иногда может потребоваться лицензия на право осуществления тех или иных операций. Например, в случае совместного предприятия в области телекоммуникаций скорее всего будет нужна лицензия, выданная Министерством связи. Таким образом, мы должны проверить, насколько лицензия данного предприятия остается в силе на сегодняшний день. Еще один вопрос, который всегда задает кредитор, звучит следующим образом: если мы возьмем компанию под свой контроль и управление в результате невыполнения долговых обязательств, что случится с лицензией? В большинстве случаев, особенно в области телекоммуникаций и некоторых других отраслей, лицензия не может быть передана другому лицу. Она остается у заемщика, и в подобных случаях многие кредиторы хотели бы, чтобы в виде обеспечения кредита были предоставлены акции компании. Это влечет за собой другую интересную проблему. Если компания-заемщик является товариществом с ограниченной ответственностью, доли участия акционеров не могут быть предоставлены в качестве обеспечения, поэтому для них не предусмотрена регистрация. Если же компания-заемщик является акционерным обществом, ее акционерный капитал может служить обеспечением и поэтому должны существовать средства регистрации залога. Занимаясь некоторыми сделками вместе с Европейским банком реконструкции и развития, а также другими кредитными учреждениями, мы составили подробный перечень типов обеспечения, на которых настаивал кредитор. Закон о залоге очень хорошо работает в отношении практически всех позиций данного перечня. Он оговаривает все виды имущества, которые могут быть предложены в качестве залога. Например, на первом месте в списке требований кредитора стоит, как правило, предприятие заемщика в целом. Закон разрешает это. Так же обстоит дело и с правом на аренду и другими крупными договорами. Счета к получению, негативный залог на все виды активов, все имущество, которое предприятие собираются приобрести в будущем, могут быть предложены в качестве обеспечения в соответствии с законом о залоге. Завтра мы постараемся рассмотреть конкретный пример с точки зрения разных заинтересованных сторон, подробно разбирая те проблемы, которые я только что перечислила. Цель этого анализа -- определить, как в условиях ныне действующего российского законодательства мы можем создать действующую кредитно-залоговую систему, которая бы позволила далее развивать такую область, как финансирование под обеспечение. Благодарю за внимание.

Аллаи Фарисверц, профессор права Колумбийского университета, Нью-Йорк

- Спасибо. Я был чрезвычайно польщен приглашением выступить перед такой выдающейся аудиторией, состоящей из специалистов во многих областях деятельности. Если вы вдруг уснете во время моего краткого сообщения, то сможете найти его текст на английском языке у входа в зал заседаний. Если вы считаете, что текст сообщения может оказаться вам полезным во время лекции, вы можете потихоньку выйти из зала и взять экземпляр при одном условии -- вы должны вернуться не позднее, чем через 10 секунд. Мое сообщение называется «Основные принципы кредитования под залог личного имущества», что имеет самое непосредственное отношение к предмету нашего сегодняшнего обсуждения. Кто из присутствующих здесь никогда в жизни не испытывал сожаления по поводу данного обещания? Предположим, что я являюсь фирмой-изготовителем и что я

пообещал заплатить вам 100 000 долларов, но сейчас я очень сожалею о своем обещании, поскольку мне будет совсем нелегко выплатить эту сумму. Возможно, в тот момент, когда я давал обещание, я несколько заблуждался в отношении рентабельности своего предприятия, на чем и основывал свою уверенность в том, что я сумею расплатиться с кредитором. Или, может быть, ситуация изменилась и наступили тяжелые времена. Какова бы ни была причина моего сожаления о данном обещании, главное заключается в том, что сейчас я бы очень хотел не быть связанным этим обещанием, я бы хотел взять назад свое слово. Но если бы я всегда мог отказаться от обещания, как только захочу, разве вы согласились бы ссудить мне 100 000 долларов, если бы я не взял на себя официальное обязательство возратить эти деньги? Рассматривая проблему с данной точки зрения, я не могу не прийти к выводу, что для меня оказывается гораздо более выгодным давать обещания, от которых я не могу отказаться, в обмен на вещи, которые мне необходимы в условиях рыночной экономики. Возьмем, к примеру, Соединенные Штаты. На протяжении большей части прошлого века, закон не мог принудить американское правительство выполнять свои обещания благодаря доктрине иммунитета суверена. Оно не могло давать обещания, выполнение которых было бы обеспечено правовой санкцией. В самом деле, если правительство нарушало свое обещание, пострадавшая сторона была вынуждена обращаться в Конгресс, требуя принятия специального закона, который бы обязал правительство заплатить причитающуюся сумму. Эта ситуация оказалась настолько невыгодной для нашего правительства, что оно заставило Конгресс принять закон, по которому правительство можно было обязать выполнять свои обещания, несмотря на доктрину иммунитета суверена. Кроме того, был создан специальный орган, который в принудительном порядке заставлял правительство платить свои долги. Но обычным гражданам такой закон не нужен. Наше договорное право, точно так же, как ваш Гражданский кодекс, разрешает нам давать обещания, имеющие обязательную силу, в обмен на какие-либо другие вещи. Таким образом, система договорного права является необходимым компонентом моего права играть значительную роль в рыночной экономике. Но система договорного права является хотя и необходимым, но все же не достаточным условием. Вы можете не испытывать большого желания занять мне 100 000 долларов, даже если я возьму на себя обязательство вернуть вам долг. Если я не выполню данное обязательство, вам придется обратиться в суд, чтобы он заставил меня заплатить. В конечном итоге, у вас на руках окажется судебное решение, обязывающее меня вернуть долг. Если же я и тогда откажусь платить, вам придется попытаться взыскать причитающуюся сумму из принадлежащего мне имущества. Но к этому моменту может обнаружиться, что существует еще несколько человек, с которыми я также связан невыполненными обещаниями и которые также имеют решение суда, обязывающее меня вернуть долг. Таким образом, вы вступаете в спор с другими кредиторами, которые также имеют право на часть моего имущества. Для того, чтобы избежать такого поворота событий, вы можете потребовать от меня не только обещание вернуть долг, имеющее обязательную силу, но и некоторое обеспечение. Например, вы можете просто попросить меня найти другого надежного человека, который бы пообещал вернуть мой долг, если я не сумею этого сделать сам. Такое поручительство является наиболее простым и распространенным видом обеспечения кредита. Этим утром я уже узнал, что подобный пункт имеется в вашем новом Гражданском кодексе. Но если в случае невыполнения мною долговых обязательств мой поручитель также не сможет вернуть вам деньги, не исключена вероятность того, что вам придется пройти через

описанную выше процедуру в отношении моего поручителя и с тем же печальным результатом. Следовательно, в условиях рыночной экономики вы скорее всего постараетесь получить от меня обеспечение какого-то другого вида, прежде чем предоставите мне кредит. Возможно, я являюсь владельцем машины, которую использую в процессе производства и стоимость которой превышает величину предполагаемого кредита. Я мог бы предоставить эту машину в качестве обеспечения ссуды. Такой залог личного имущества имеет существенное значение для успешного функционирования рыночной экономики. Поэтому в условиях рыночной экономики система законов о кредитовании под залог личного имущества представляется таким же необходимым элементом, как и система договорного права. Для вас самым простым способом получить мою машину в качестве залога было бы добиться ее передачи вам как залогодержателю и удерживать ее до тех пор, пока я не погашу выданный мне кредит. Из выступления профессора Маковского на сегодняшнем утреннем заседании я понял, что у вас есть законы, касающиеся ломбардов. Такого рода залог приводит к возникновению залогового права с передачей заложенного имущества залогодержателю. Это право подразумевает, что вы как кредитор имеете право на вступление во владение моей машиной. Даже в случае такого примитивного залога закон предусматривает, что, во-первых, предмет залога, т.е. машина, должен принадлежать мне по праву собственности и, во-вторых, что я могу передать вам частичное право собственности на машину, так что мы оба будем иметь право на владение этой машиной. Если я не верну вам деньги, вы будете вправе продать машину третьему лицу, которое станет ее владельцем. Если вы выручили за проданную машину больше денег, чем одолжили мне, то вы можете удержать только ту сумму, которую предоставили мне в виде кредита, а остаток выручки от продажи будет по праву принадлежать мне. Главным неудобством такого залога является то, что я больше не могу использовать свою машину для производства продукции и получения доходов от ее продажи, которые могли бы пойти на погашение взятого у вас кредита. Следовательно, мы оба заинтересованы в создании залогового права без передачи заложенного имущества залогодержателю. Такое право подразумевает, что вы как кредитор не вступаете во владение моей машиной, но тем не менее имеете на нее то же самое частичное право собственности, которым бы обладали при ее непосредственной передаче ее вам как залогодержателю. Система кредитования под залог личного имущества, наделяющая вас залоговым правом без передачи предмета залога, призвана защитить вас от пяти различных потенциальных соперников. Во-первых, от меня, вашего должника. Во-вторых, от моих кредиторов, ссуды которых не обеспечены залогом. В-третьих, от управляющего моим имуществом в случае банкротства. В-четвертых, от других обеспеченных кредиторов. И в-пятых, от лиц, которым я мог бы продать свою машину. Итак, первый соперник -- это я как должник. Если я не погашу кредит, что вы можете предпринять, помимо предъявления мне иска и получения судебного решения? Поскольку я все еще владею своей машиной, система законов о кредитовании под залог личного имущества предусматривает переход прав на предмет залога к вам. То есть, вы должны вступить во владение моей машиной точно так же, как если бы она была предоставлена вам в виде обычного залога. Далее, эти законы должны разрешить вам продажу машины с целью использования выручки для возмещения кредита и передачи остатка мне. Второй ваш соперник -- мои необеспеченные кредиторы. Предположим, большинство моих необеспеченных кредиторов считают, что еще не пришло время погашения вашего кредита, но один из них предъявляет мне иск, добивается вынесения соответствующего судебного решения и рассматривает мою

машину как возможный способ удовлетворения своего искивого требования. Система кредитования под залог личного имущества должна оградить вас от возможности подобных притязаний. Но могло бы показаться несправедливым укрывать машину от необеспеченных кредиторов, у которых на руках есть решения суда о взыскании долга, если они видят, что машина все еще находится в моем владении и ничего не знают о существовании вашего залогового права на эту машину. Следовательно, закон должен предусмотреть механизм, который позволил бы кредиторам узнать о существовании такого залогового права, т.е. наличие системы регистрации залога в специальных книгах или реестрах, которые были бы доступны для всех заинтересованных сторон. Третий потенциальный соперник -- это управляющий моим имуществом, или конкурсной массой, в случае моего банкротства, добровольного или инициированного моими необеспеченными кредиторами. Задачей управляющего является ликвидация, или распродажа, моего имущества с целью удовлетворения требований необеспеченных кредиторов. Если управляющий объявит машину частью моего имущества, вы можете потерять свое залоговое право на нее, а значит и обеспечение своего кредита. Следовательно, система кредитования под залог личного имущества должна оградить вас от этой третьей возможности. Например, она могла бы предусмотреть, что этого не должно случиться, если вы предприняли некоторые необходимые шаги, такие как оформление вашего залогового права в соответствующем учреждении, что призвано защитить вас от необеспеченных кредиторов, имеющих решения суда о взыскании с меня причитающихся им сумм, если только дело не дошло до банкротства. Вы также должны быть защищены от притязаний управляющего конкурсной массой, подлежащей ликвидации в случае моего банкротства с целью удовлетворения требований необеспеченных кредиторов. Четвертым вашим соперником являются другие обеспеченные кредиторы. Предположим, что еще не настал срок погашения вашего кредита, но вы вдруг узнаете, что другой кредитор заявляет свои права на ту же самую машину. Причем, его залоговое право было зарегистрировано позже, чем ваше. Возможно, с моей стороны было нечестно предоставить вам обоим в качестве обеспечения одну и ту же машину. Но вопрос заключается не в этом. Определяющим моментом является порядок очередности ваших прав, который и определяет, чье залоговое право имеет приоритет над другими. И система кредитования под залог личного имущества должна дать ответ на этот вопрос с учетом того, что у вас была возможность зарегистрировать свое залоговое право в соответствующем учреждении, чтобы любой другой потенциальный кредитор мог об этом узнать. И наконец, вашим пятым соперником является лицо, которому я мог бы продать машину, предоставленную в качестве обеспечения вашего кредита. Предположим, что я, не сообщая никому о вашем залоговом праве, продаю машину третьему лицу, которое выплачивает мне ее полную стоимость и объявляет себя ее непосредственным владельцем с момента покупки. Потеряли ли вы при этом свое залоговое право? И опять, система кредитования под залог личного имущества призвана дать ответ на этот вопрос с учетом того, что у вас была возможность зарегистрировать свое залоговое право в соответствующем учреждении, где предполагаемый покупатель мог бы получить необходимую ему информацию по данному вопросу. Следующая практическая проблема требует особо пристального внимания. Все это время мы говорили о машине, которую я использую на своем предприятии в процессе хозяйственной деятельности. Но предположим, что я являюсь не производителем, а оптовым продавцом ковров. На арендуемом мною складе я храню не оборудование, а товарно-материальные запасы, т.е. ковры, которыми я торгую. Если я хочу взять кредит в размере 100 000 долларов, могу ли

я предложить свои товарно-материальные запасы в качестве обеспечения точно так же, как бы это сделал производитель в отношении своего оборудования? Здесь могут возникнуть два возражения. Первый довод против связан с тем, что поскольку залоговое право предусматривает передачу права собственности, я могу передавать только то, что находится в моем владении в данный момент времени. А это означает, что при поступлении на склад каждого нового ковра мне пришлось бы совершать новый акт передачи. Второе возражение вызывает тот факт, что ваше залоговое право на мои товарно-материальные запасы не может рассматриваться как имеющее реальную силу, так как вы не только оставляете ковры в моем владении, но и предоставляете мне свободу продавать ковры по своему усмотрению, не обращаясь к вам каждый раз за разрешением на продажу. И система кредитования под залог личного имущества должна найти ответы на оба этих вопроса. Вы, вероятно, уже поняли, что та система кредитования под залог личного имущества, которую я описываю, представляет собой упрощенное и слегка искаженное изложение американского Единого коммерческого кодекса. Этот кодекс регулирует все те вопросы, о которых я говорил. В действительности, он регулирует их настолько успешно, что одним лишь росчерком пера я мог бы предоставить вам залоговое право без передачи предмета залога на все мое личное имущество, включая как товарно-материальные запасы, так и оборудование. И это залоговое право оказалось бы достаточно защищенным от притязаний большинства из перечисленных мной соперников. Важным исключением явилась бы незащищенность вашего залогового права на мои товарно-материальные запасы от покупателей, которым я продаю свои ковры. Это чрезвычайное право закладывать свое имущество и укрывать его от необеспеченных кредиторов вызвало к жизни ожесточенные теоретические споры по поводу самой основы нашей системы законов о кредитовании под залог личного имущества. Почему, спрашивают теоретики, эта система имеет право на существование? Как я, будучи должником, могу улучшить свое финансовое положение, предоставив вам залоговое право на свое имущество? Правда, это может позволить вам получить кредит на более выгодных условиях благодаря тем специальным правам, которые я уже описал выше. Но как только я заложу все свое имущество, предоставив вам залоговое право на него, другие кредиторы, узнав об этом, согласятся ссужать мне деньги без обеспечения только на гораздо более жестких условиях. Таким образом, утверждают теоретики, моя чистая выгода в системе кредитования под залог личного имущества оказывается нулевой, если только я не рассчитываю на то, что всегда найдется некоторое количество потенциальных кредиторов, ничего не знающих о существовании залогового права на мое имущество. У многих практиков, воспринимаящих нашу систему залогового кредитования как непреложный жизненный факт в условиях рыночной экономики, приведенный теоретический аргумент вызывает в памяти результаты научных исследований, которые гласят, что шмель с его относительно крупным туловищем и маленькими крыльями не может летать, но поскольку он сам об этом не знает, то продолжает летать как ни в чем не бывало. Точно так же можно предположить, что американская система кредитования под залог личного имущества будет продолжать летать, какие бы доводы против не приводили теоретики. Я надеюсь, что настоящая конференция позволит такой системе летать и ваших странах. Благодарю за внимание.

Спасибо. С одной стороны, я польщен оказанной мне честью выступить здесь перед вами, а с другой стороны, я чувствую некоторую робость и желание быть осторожным. В некоторых отношениях сегодняшняя Москва, в которой работает множество западных специалистов и бизнесменов, должна напоминать Москву послереволюционного периода 1920-1921 годов. Когда раньше нам говорили, что в Москве работает много людей из западных стран, речь скорее всего шла не о таких капиталистах, как Аллан Фарисверц или я, а о коммунистах и социалистах, которые продолжают оставаться нашими коллегами в Нью-Йорке и Анн-Арборе, но больше не приезжают сюда. В любом случае, в то время Аижелика Белабапова, Секретарь Коминтерна, утверждала, что каждого представителя Запада, прибывающего в вашу страну, можно отнести к одной из четырех категорий, причем названия всех этих категорий имели явно отрицательную коннотацию: поверхностные, наивные, честолюбивые или корыстные. Я могу с уверенностью причислить себя по крайней мере к первой категории, а может быть и ко второй. И сейчас меня больше всего волнует вопрос, действительно ли мы, приезжая сюда и рассказывая о западных законах представителям того общества, о котором мы сравнительно мало знаем, говорим вещи, которые могли бы быть адаптированы к вашей действительности без внесения существенных изменений. Тем не менее, я собираюсь выполнить свои обязанности и рассказать вам о некоторых моментах, относящихся к статье 9 Единого коммерческого кодекса (ЕКК), которая, конечно же, представляет собой закон о частной собственности в Соединенных Штатах и которая была принята почти без изменений в некоторых других местах, прежде всего в нескольких канадских провинциях. Я думаю, что во многих отношениях статья 9 ЕКК является одним из наших величайших вкладов в развитие частного права нынешнего века. В соответствии с широко распространенным требованием настоящего момента, чем более современным и соответствующим требованиям настоящего момента, чем большинство законов о личной собственности, действующих в других странах, даже в Западной Европе и Азии. Я хочу остановиться на четырех или пяти отличительных чертах статьи 9, которые считаются наиболее необычными, или по крайней мере считались таковыми, когда этот закон был принят в США 30 лет назад. Первое, что отличало этот закон от предшествующего ему в США и от аналогичных законов во многих других странах, это то, что он предусматривает единый правовой режим залога, независимо от вида имущества, предлагаемого в качестве обеспечения. До принятия статьи 9 существовало несколько отдельных законов, которые регулировали операции с различными видами материальных активов, нематериальных активов, или же для каждого типа обеспечения существовали свои собственные правила, причем в некоторых случаях эти законодательные акты, призванные регулировать конкретные типы обеспечения, делали ошибки просто неизбежными. В результате существовала большая вероятность того, что кредитор неправильно составит документы, подаст их не в то учреждение, скажет неверные вещи и в конечном итоге окажется, что у него нет права на имущество, предложенное в качестве обеспечения. Статья 9 предусматривает единое право, которое называется правом кредитора вступить во владение имуществом, предложенным в качестве обеспечения, независимо от характера самого обеспечения. Так, если бы я, будучи банком, захотел получить это право по отношению к вашему патенту, или вашим счетам к получению, или вашей лошади, или трактору, я должен был бы подписать один и тот же документ, называемый договором о залоге, который имеет

одни и те же основные положения, независимо от типа обеспечения. Это означает, что совсем необязательно быть специалистом в данной области, чтобы понять общую идею и получить право кредитора на имущество, предложенное в качестве обеспечения. Второй важной отличительной чертой статьи 9 является то, что она придает первостепенное значение содержанию, а не форме. Статья четко оговаривает, что любые соглашения между сторонами, включая договоры об аренде, о консигнации и многие другие, которые содержат экономические формулировки, по сути представляющие кредитору право на владение предметом залога, рассматриваются как договоры о залоге и подпадают под действие статьи 9. Западные юристы считают само собой разумеющимся, что одной из их задач является достижение целей клиента путем переноса некоторых положений, например касающихся аренды или консигнации, из одного раздела законодательства в другой в надежде получить желаемый результат, избежав при этом нежелательных последствий, вытекающих, например, из выполнения договора о залоге. Необычность статьи 9 для американского законодательства в целом заключается в том, что она в значительной мере игнорирует форму конкретной сделки и требует от судов рассмотрения ее сути. А если в основе сделки лежит договор о залоге, то эта сделка рассматривается именно как договор о залоге. Таким образом, это является существенным новшеством в системе нашего законодательства. Третьим положительным нововведением статьи 9 является простота документов. Я могу предоставить вам право на владение моей машиной, предложенной в качестве обеспечения, написав одно-единственное предложение на клочке бумаги. Нет никакой необходимости в нотариальном заверении моей подписи, нет никакой необходимости в специальных волшебных словах, словах о передаче права собственности или о праве кредитора на предмет залога. Это может быть сделано очень просто с помощью очень простых документов. Четвертая отличительная особенность статьи 9 - система регистрации, которая после появления статьи 9 была принята многими американскими штатами. Как уже сказал Аллан, эта детально разработанная процедура регистрации представляет собой важную часть нашей системы. Разумеется, все еще имеют место споры о том, кто пользуется данной системой регистрации или насколько она вообще необходима. Но я думаю, что большинство американских юристов и ученых согласятся с важностью того, что пользователи системы могут хоформить свои залоговые права путем регистрации и получить информацию об уже зарегистрированных правах. Во время недавнего пересмотра статьи 9 было выдвинуто предложение об изменении данной системы и об использовании возможностей электронных средств для накопления, хранения и передачи данных. Например, сейчас в штате Луизиана стала возможной передача в столицу штата данных о регистрации в любом из округов данного штата, после чего эти данные могут быть извлечены из любого компьютерного терминала в любом другом округе штата. Также в некоторых штатах стал возможным поиск через компьютерные сети файлов, заносимых в компьютер в удаленных районах. И я уверен, что в ближайшие несколько лет мы станем свидетелями кардинальных перемен в системе накопления, хранения и поиска данных, имеющих отношение к регистрации в соответствии со статьей 9 ЕКК, что позволит всем последующим покупателям и кредиторам в какой-либо точке США получить всю необходимую информацию о регистрации залоговых прав на имущество конкретного заемщика. Несомненно, в этой области существует немало интересных проблем. Например, я думаю, что компания «Дэниш Хэкерс», которая недавно проникла в Метеорологическую систему США, могла бы причинить нам некоторое беспокойство, если бы им

пришло в голову стереть за одну ночь все данные о регистрации в штате Небраска. Итак, здесь могут возникнуть некоторые проблемы, то есть электронные средства хранения данных вызовут к жизни определенные проблемы, но они также несут с собой интересные возможности, которыми смогут воспользоваться многие штаты. Пятым отличительным свойством статьи 9 является то, что в ней не говорится ничего, или почти ничего о невыполнении долговых обязательств не является невыполнением долговых обязательств, это вопрос соглашения между сторонами. Однако шестое отличие от традиционного законодательства о залоговом кредитовании, которое в некоторой степени применимо к ситуации с личной собственностью в России, заключается в том, что статья 9 допускает самостоятельное вступление кредитором во владение имуществом должника, если только это не чревато нарушением общественного спокойствия и если частная распродажа его имущества осуществляется без судебного вмешательства. Авторы статьи 9 полагали, и, на мой взгляд, совершенно обоснованно, что судебное вмешательство в процесс продажи имущества должника совсем необязательно должно повысить качество торговой сделки или ценность самого товара. А в некоторых случаях эффект вообще будет прямо противоположным, так как судебное разбирательство занимает определенное время и значительно увеличивает издержки на совершение сделки. Итак, американский закон о личной собственности имеет четыре или пять отличительных свойств. Первое это то, что единый правовой режим, единый договор о залоге или право на вступление во владение предметом залога распространяется на все формы имущества. Второе - то большое значение, которое придается системе регистрации залогового права кредитора в соответствующем государственном учреждении. И наконец, разрешение распродажи имущества должника частным образом, а также частный характер общего процесса реализации предмета залога после наступления неплатежеспособности должника. Позвольте мне повторить некоторые вещи, о которых уже говорили сегодня утром другие докладчики, прежде всего о возведении крыши при незаложенном фундаменте. Статья 9 во многих отношениях зависит от общего уровня развития нашей экономики, судебной системы и системы регистрации. Бессмысленно принимать в качестве обеспечения такой предмет, который не пользуется спросом на рынке. Следовательно, пока не будет существовать рынок для того или иного вида товара в России или другой стране, трудно определить действительную ценность права кредитора на владение предметом залога. Поэтому мне кажется, что система кредитования под залог личного имущества прежде всего зависит от существования рынка для того товара, который предлагается в качестве обеспечения. Во-вторых, она, конечно же, зависит в некоторой степени от порядка очередности удовлетворения требований кредиторов, который должен быть определен либо соответствующим законом, либо в результате регистрации залоговых прав. Американцы придают большое значение системе регистрации. Я знаю, что в некоторых западноевропейских странах аналогичная система регистрации разработана гораздо менее детально, и тем не менее в этих странах система кредитования под залог личного имущества функционирует вполне успешно. Поэтому я не рискну настаивать на необходимости системы регистрации, хотя американцев было бы трудно разубедить в этой необходимости. И наконец, система залогового кредитования, несомненно, зависит от наличия такой судебной системы, которая была бы доступна для всех заинтересованных сторон и надежно обеспечивала бы соблюдение прав кредитора по отношению к должнику, а также прав кредиторов, претендующих на один и тот же предмет залога. Нам еще предстоит увидеть, как законодательство о залоговом кредитовании, часть которого

должна скоро стать законом Российской Федерации, будет толковаться российскими судами. И в заключение я хочу сказать, что поскольку я приехал в Россию как представитель категории людей с наивным представлением о российской экономике, то я, может быть, в силу этой наивности надеюсь, что новый закон, разработанный профессором Маковским и членами его комитета, в конечном итоге приведет к созданию и развитию прочной и эффективной системы здесь в России. Благодарю за внимание.

Ян Хендрик Дальхюзен, исполнительный директор "IBV International", профессор права Утрехтского университета

- Разрешите мне начать с признания. Я работаю в данной области в течение 25 лет. Я написал несколько научных трудов, занимался юридической практикой, работал в банке. И я совсем не уверен в том, что после всего этого я могу считать себя самым опытным специалистом в этой сфере деятельности. В Западной Европе, в пределах относительно небольшого региона, существуют сильно отличающиеся друг от друга системы совершения операций под залог личного имущества, которые вполне успешно сосуществуют. Очевидно, что ни одна из них не является абсолютной истиной. Этот пирог можно разрезать на куски самыми разными способами. Местные традиции кредитования оказывают самое непосредственное влияние на конечный результат. Меня всегда поражал тот факт, что юристы, практикующие в области международных договорных отношений, неизменно испытывают безмерную гордость по поводу результатов собственной деятельности и всегда уверены в том, что эти результаты не идут ни в какое сравнение со всеми остальными. Я говорю все это только для того, чтобы утешить и ободрить вас. И я надеюсь, что то преимущество, которое у вас есть - возможность начать все с нуля, не имея никаких традиций в данной области - придаст вам смелости и оптимизма. На мой взгляд, вы сейчас находитесь в самом выгодном положении. В настоящее время западноевропейские системы существенно отличаются друг от друга, и все они являются следствием исторически сложившихся обстоятельств. Так, германская система выросла в основном из прецедентного права. Французская система разнотканна, несколько обновленная за последнее десятилетие, имеет в своей основе частично прецедентное право и частично статутное право. У нас в Нидерландах раньше действовала система, очень сходная с германской. Но потом мы разработали нечто абсолютно новое, что нельзя сравнить ни с какой другой системой. Бельгийская система сильно напоминает французскую и при этом совершенно непохожа на голландскую. Система в Англии опять же не имеет ничего общего с другими системами. Общей проблемой всех стран является то, что вследствие экспортирования от 30 % до 50 % их национального продукта за границу залоговые права часто оказываются утерянными, поскольку трудно найти какие-либо концы после того, как предмет залога пересек границу именно по причине отсутствия единообразия. Оказывается, однако, что мы вполне в состоянии ужиться с этими проблемами. Банкиры обычно настаивают на системах, особенно, как мне кажется, в сфере международного финансирования, предусматривающих досрочное погашение кредита в случае возникновения каких-либо проблем. Тем не менее я думаю, и об этом уже говорилось сегодня утром, что залоговые сделки и залоговые права являются в большинстве случаев просто вопросом удобства и спокойствия для кредитора. Я считаю, что ни один банкир не захотел бы рассматривать их в качестве окончательной гарантии. Банкир скорее предпочел бы вернуть свои деньги раньше установленного срока, если он вдруг почувствует, что

что-то неладное. Если позволите, я хотел бы подвести итог вышесказанному и показать, что мы имеем на данный момент. К началу нынешнего столетия мы, в действительности, имели дело только с двумя традиционными типами залога: залог движимого имущества с передачей предмета залога залогодержателю и фидуциарный ипотечный залог движимости. Ключевым, естественно, являлось право владения. В противном случае сделка носила не совсем официальный характер, и почти всегда оказывалось крайне сложно определить, к какому именно долгу относится конкретный залог. Вполне понятно, что кредитор с правом владения заложенной движимостью обычно стремился удержать ее в своих руках до момента погашения кредита. Ни один банкир или другой кредитор не захочет вернуть заложенное имущество залогодателю до той поры, пока последний не погасит кредит полностью. Естественно, с этим всегда было связано немало проблем. У нас все еще сохраняется право кредитора на владение заложенными оборотными документами, и в этой области описанный выше механизм передачи залога по-прежнему сохраняет свое значение, и это в равной степени относится к акциям и облигациям. Если бы не эти случаи, я бы охарактеризовал залоговое право с непосредственной передачей предмета залога кредитору как давно отжившее свой век понятие. Фидуциарный ипотечный залог движимости представляет собой залоговое право без передачи предмета залога кредитору. Чаще всего предметом такого залога становилась движимость, традиционно подлежащая регистрации, например, суда, а в наше время - самолеты. Оформление такого обеспечения осуществлялось через системы регистрации залога, которые не имеют ничего общего с современными системами регистрации. В условиях такой крайне ограниченной системы существовала необходимость расширения предмета залога в ряде областей. Прежде всего, появилась потребность в обеспечении исков, в первую очередь денежных, и счетов к получению. И это делалось в форме передачи права. Передача права на предмет залога имела своим неизбежным результатом рост числа случаев изъятия заложенного имущества. Здесь речь идет совсем не о правовом механизме обращения взыскания в результате судебного разбирательства. Основной целью данного вида обеспечения было предоставить вам право на изъятие заложенного имущества до того, как его получит податель иска. Таким образом, данная система действительно может считаться формой внесудебного изъятия заложенного имущества. Затем возникла необходимость в более широком кредитовании под залог основных и оборотных фондов, что привело к возникновению такого механизма, как удержание правового титула (т.е. права на владение и использование заложенного имущества). Этот механизм широко применялся во всех западноевропейских странах: в Германии, Голландии, значительно позднее в Англии. Во Франции данный механизм имел существенные недостатки до тех пор, пока в соответствующее законодательство около десяти лет тому назад не были внесены некоторые поправки. Позднее возникла необходимость использовать в качестве предмета залога имущество, применяемое в процессе хозяйственной деятельности заемщика, т.е. оборудование, товарно-материальные запасы и счета к получению за уже реализованный товар. Это привело к возникновению некоторых форм условной продажи или же, в некоторых странах, например в Нидерландах, к введению подлежащего регистрации залогового права без передачи предмета залога кредитору. Последнее, по сути, явилось развитием идеи фидуциарного ипотечного залога движимости. После этого появилась потребность во включении в перечень видов залога и замещаемого имущества. Под этим подразумевались товары, которые при их реализации превращались в счета к получению и замещались новыми товарно-материальными запасами. А затем банки,

основные принципы которых оставались практически неизменными во все времена, захотели видеть в качестве обеспечения и другие виды имущества, прежде всего будущее поступления всех типов, все, что может быть приобретено заемщиком в будущем, или же изменяющееся залоговое право на все предприятие и его хозяйственную деятельность, которое в Англии включало в себя даже недвижимость, что является довольно редким случаем. Все эти страны сейчас стоят перед классическим набором проблем, которые Единый коммерческий кодекс США, может быть, и сумел разрешить за счет более широкого использования концепционных категорий, но с которыми нам и даже новому голландскому кодексу все еще приходится сражаться. Прежде всего необходимо иметь возможность свободной продажи большей части тех видов имущества, которые используются в хозяйственной деятельности должника. Вполне очевидно, что этого можно достичь двумя путями. В общем и целом, можно получить подразумеваемую лицензию на торговлю или же можно защитить добросовестного покупателя. Но в последнем случае могут возникнуть проблемы у третьих лиц, залог которых становится общезвестным. По этой причине большинство предпочитает остановиться на подразумеваемой лицензии на торговлю, которая представляется более современным механизмом. Кроме этого, существует еще четвертый вопрос - о регистрации или опубликовании, в случае необходимости. В этом отношении не существует единой европейской традиции. Так, например, во Франции есть перечень наиболее распространенных видов обеспечения или залогового права, которые должны быть зарегистрированы в местных судах, в то время как централизованная система регистрации отсутствует. В Германии вообще нет системы регистрации. И это верно в отношении многих других стран. Только в Великобритании существует система регистрации изменяющегося залогового права в отношении юридических лиц, но она слишком уникальна. У нас в Нидерландах система регистрации совсем не является системой опубликования. Эта система предусматривает регистрацию всех договоров о залоге в местной нотариальной конторе с указанием даты заключения договора. Это требуется для того, чтобы установить очередность удовлетворения требований кредиторов и их статус. Но никакого опубликования не требуется. Следовательно, системы регистрации без опубликования имеют полное право на существование. Поэтому, если вы слышали о том, что в Нидерландах сейчас существует единая система регистрации, то это в большой степени верно, однако, она не совсем единая, и я вернусь к этому через минуту, но что абсолютно точно, так это то, что она не предусматривает никакого опубликования. Итак, в общем и целом, европейская традиция отрицательно относится к идее регистрации и опубликования. Мы чувствуем себя вполне удобно и без этих систем, и опять же их отсутствие не причиняет нам особого вреда. Все эти неопубликованные залоговые права и скрытые права удержания, по всей видимости, вполне успешно существуют в наших странах. Итак, поступать таким образом вполне допускается. В любом случае, при наличии систем регистрации или опубликования главный вопрос заключается в том, каково основное назначение этих систем. Играют ли они роль источника сведений для широкой общественности? Предназначены ли они для определения очередности удовлетворения требований кредиторов? Или их цель состоит еще в чем-то? Я останавливаюсь на этом вопросе потому, что английское изменяющееся залоговое право, хотя и подлежит опубликованию, не устанавливает приоритетности в удовлетворении требований кредиторов. Оно служит источником общей информации для всех заинтересованных лиц, но не оказывает прямого влияния на определение приоритетности кредиторов. Следующий вопрос заключается в том, действительно ли имущественное право формируется

посредством указанных залоговых прав. Можно ли предъявить иск по этим правам против любого лица, или, по крайней мере, против залогового права, зарегистрированного позднее? Предусматривают ли они отдельное право на исполнение судебного решения в отношении заложенного имущества. Если да, предусмотрено ли обращение взыскания на заложенное имущество, т.е. официальное судебное разбирательство, включая продажу имущества должника для покрытия долга, или это можно сделать неофициальным путем, и в обращении взыскания путем судебного разбирательства нет необходимости? Могут ли эти права быть присвоены, и, конечно, традиционным примером присвоения является удержание правового титула. Во всех западноевропейских системах удержание правового титула ведет к приобретению права собственности. Если кто-то удерживает правовой титул, т.е. право собственности, а покупатель не платит, как правило вы можете просто забрать назад свои товары. Допускается предъявление иска о незаконном обогащении по поводу любых денег, уже выплаченных в счет конечной суммы, однако товары возвращаются к продавцу в случае нарушения обязательств. В Соединенных Штатах дела обстоят совершенно иначе. И конечно, проект Европейского банка реконструкции и развития также предусматривает систему обращения взыскания на заложенное имущество. А как обстоят дела с правом залоговых кредиторов, которые на самом деле представляют собой нечто менее значимое, чем вещные права. Во французском законодательстве они называются привилегиями, или преференциями и не предполагают индивидуального права на взыскание заложенного имущества. Вам приходится пройти через процедуру или по крайней мере дождаться судебного приказа об исполнении решения в отношении имущества должника, и только после этого вы можете рассчитывать на получение своей доли из доходов от продажи имущества должника, причем в полном соответствии с порядком очередности удовлетворения требований кредиторов. И разумеется, в случае банкротства вашего должника вам придется ждать, пока управляющий конкурсной массой не получит судебного решения о наложении ареста на имущество должника или продаже этого имущества, что может произойти через год, два или даже три. И только после этого вы сможете получить свою соразмерную долю доходов от продажи имущества. Вы не можете проявить какой-либо индивидуальной инициативы, чтобы открыто защитить свои права. Это особенно важно, когда предмет залога являются замещаемые товары. Например, в случае удержания правового титула вполне обычной является ситуация, когда вы забираете назад проданный товар, если покупатель не может за него заплатить, как я уже говорил минуту назад. Но если предмет залога являются замещаемые товары, ситуация существенно меняется. Возможности вернуть неоплаченный товар практически не существует. У вас остается только право на получение части доходов от продажи имущества должника по решению суда, в результате чего вы вполне можете понести существенные убытки. Еще один вопрос, вызывающий горячие споры, состоит в том, до какой степени можно формировать залоговое право на будущее имущество заемщика. Прежде всего, проблема заключается в определении и отделении объекта имущества после смещения кредитов, полученных из разных источников, и превращения их в другие продукты. Но это не единственная проблема, касающаяся будущего имущества заемщика. Остается неясным, можно ли предложить в качестве залога урожай, который предполагается собрать в следующем году или через два года. Могут ли служить предметом залога будущие счета к получению, договора о которых еще не существует? Очевидно, что чем больше неясностей в этой области, тем больше ваше залоговое право будет зависеть от дополнительных

неучтенных факторов. Возможно, в этом случае наиболее сильно ощущается потребность в системе регистрации того или иного типа. Может быть, хотя я и не уверен в этом, но все же вполне возможно, что в Европе необходимость регистрации является менее острой, потому что мы обычно более точны в своих требованиях к тем объектам имущества, которые могут быть предложены в качестве обеспечения кредита. Мы хотим, чтобы эти объекты можно было легко определить и отделить от общей массы. У нас возникают проблемы с передачей прав сразу на весь портфель счетов к получению или на всю совокупность активов, как настоящих, так и будущих, не имеющих четкого определения. И если эти активы не определены достаточно четко, они не попадают в число гарантированных активов и, следовательно, не могут являться частью залога. И я думаю, что в Западной Европе мы все склонны к более существенным ограничениям, чем американцы. И может быть, это является дополнительной причиной, по которой американцам приходится полагаться на систему регистрации и опубликования в гораздо большей степени, чем нам представляется необходимым. Итак, мы подходим к решению данных проблем несколько с другой стороны. Следующий вопрос: какие долги могут быть обеспечены залогом? Разумеется, настоящие долги, будущие долги, менее надежные, поэтому возникает вопрос о том, как быть с любыми долгами или требованиями, которые вы получите от должника через два-три года. И опять я думаю, что в этом вопросе Западная Европа проявляет большую нерешительность, чем наши американские коллеги: нам не нравится эта идея. В отношении прошлого долга ответ может быть положительным. Но и в этом случае нам приходится ограждать себя от того, что мы называем незаконными преимущественными правами. Если прошлому долгу таким образом отдается приоритет над другими существующими кредиторами, тогда мы склонны отставить в сторону эти преимущественные права как обманные преференции, т.е. действия, направленные в пользу одного из кредиторов в ущерб остальным. Разумеется, залоговое право в отношении прошлого долга в целом является достаточно сложной проблемой, если оно ведет к ущемлению интересов любого другого кредитора. Другим спорным вопросом является необходимость обратной передачи залогодателя прав на предмет залога при прекращении обеспеченного залогом обязательства, т.е. после погашения долга. Если, например, в процессе условной продажи имущество передано кредитору, долг которому впоследствии погашается, должен ли кредитор вернуть имущество заемщику путем юридической процедуры или же имущество автоматически возвращается в руки прежнего владельца? Суть этого вопроса заключается в том, что если кредитор становится банкротом в тот момент, когда предмет залога находится в его владении, он оказывается не в состоянии законным путем вернуть имущество залогодателю, даже если последний погасил свой долг. В этом случае предмет залога становится частью конкурсной массы прежнего кредитора, а прежний заемщик, хотя он и покрыл свой долг полностью, становится всего лишь одним из конкурирующих претендентов на доходы от продажи имущества ставшего банкротом кредитора. При этом он никогда больше не увидит своего имущества, составлявшего предмет залога. В настоящее время большинство систем предусматривают механизм автоматического возвращения имущества в собственность прежнего должника после погашения им долга. Исключением является Германия. Следующий вопрос касается дополнительного характера залога, что особенно важно в ситуации, когда кредитор продает счет к получению факторинговой компании. В этом случае кредитор получает плату, а следовательно, право залога прекращается, и факторинговая компания не будет иметь обеспечения, если только оно не останется дополнением к

долгу. Здесь опять же французское законодательство допускает возможность дополнительного характера залога, в то время как голландские законы не предусматривают этого. Другой спорный вопрос касается того, что в некоторых странах принято называть финансовыми операциями соглашения об обратной покупке. И опять, на эту тему можно было бы прочесть целую лекцию. Сейчас я могу только обозначить ключевые проблемы в этой области. Эти основные финансовые продукты в последние несколько лет стали чрезвычайно важными и актуальными. Я не возьму на себя смелость говорить от лица моих американских коллег, но все же я полагаю, что эти продукты породили в Соединенных Штатах различные проблемы, сходные с нашими. И главный вопрос, вероятно, состоит в том, подпадают ли они под действие статьи 9. Сам я склонен считать, и я часто об этом говорю, что там, где нет должным образом оформленного кредитного соглашения, такие финансовые сделки не должны рассматриваться как договора с обеспечением. И наконец, давайте обратимся к самим системам, и здесь я постараюсь быть кратким. В целом, ни в одной европейской стране нет единой системы. Наши системы являются достаточно раздробленными, что обусловлено традициями и местной культурой. В новом голландском кодексе мы предприняли некоторые попытки решить эту проблему. Этот кодекс претендует на создание единой системы, но нам все же пришлось оставить за пределами этой системы такие понятия, как сохранение правового титула и переход в собственность взятого напрокат предмета, который рассматривается как разновидность условной продажи, имеющей своим результатом присвоение имущества после неуплаты долга должником. Они не проходят через крайне сложную и длительную процедуру обращения взыскания на имущество и его продажи. Они являются разновидностями условных продаж и требуют совсем иного подхода. Я уже упоминал факторинговые операции, и нет нужды повторяться. Я бы только хотел сказать о том влиянии, которое оказывает на наши системы выход описываемых процессов за рамки одного государства. В пределах Западной Европы или, по меньшей мере, в пределах ЕС, мы не можем избежать последствий интернационализации. Огромное количество товаров пересекает границы между странами, размеры которых очень малы. Все большая и большая доля национального продукта каждой из этих стран уходит в другие государства, и это движение повышает единообразие систем всех этих стран, вернее, оно должно повышать единообразие. До сих пор ничего подобного не произошло. Я уже говорил вам о Нидерландах, которые пошли в этой области своей дорогой, проведя два года назад беспрецедентные преобразования. В рамках Европейского Союза были предприняты некоторые робкие попытки унификации. Наш коллега г-н Маковский сегодня утром уже говорил о необходимости и возможности унификации законодательства в пределах СНГ, что мне кажется особенно важным в настоящий момент, когда вы начинаете все с самого нуля. В Западной Европе мы уже очень далеко от этого. Мы должны посмотреть, что из этого выйдет. Возможно, вскоре в порядке вещей будет гораздо более интенсивное движение финансовых продуктов, которые в силу своего характера являются интернационализированными и которые могут быть признаны в каждой из этих национальных систем как повседневная реальность и практика. Это приводит к доктринарским замечаниям по поводу того, может ли открытие имущественных систем и неформальное введение новых видов имущественных прав быть признаны реальностью без принятия соответствующих законов, а также могут ли они вписаться в национальные системы обеспечения и приоритетов. Я оставляю вам этот вопрос как тему для размышлений. Мы сами еще практически не начинали думать

о возможных последствиях и смысле этого. Но я совершенно уверен в том, что в ближайшие годы мы вплотную столкнемся с этой проблемой. Благодарю за внимание.

Рональд Дуайт, директор ИРИС Польша, Варшава

- Большое спасибо. Обсуждение предыдущими докладчиками различных систем в пределах Европы напомнило мне о том, что, когда я впервые приехал в Польшу, я сказал моим польским коллегам: у вас есть существенное преимущество - вам не нужно заново изобретать колесо. В одной области законодательства американцы несомненно обладают здравительным преимуществом, и эта область - операции с обеспечением. Мне кажется, многие полагают, что американцы склонны придерживаться во всем традиции общего права. Но в данной конкретной области мы, на мой взгляд, придерживаемся гражданского права в большей степени, чем многие европейцы. Потому что мы собрали воедино все эти случаи, эти традиции, эти сложности и преобразовали их в очень рациональную и хорошо организованную систему, которая, на мой взгляд, прекрасно работает как единой целое с точки зрения здравого смысла. И если я понимаю правильно, это именно те преимущества, на которые претендуют специалисты в области гражданского права и в которых они отказывают системе общего права. Итак, я считаю, что в данной области мы придерживаемся принципов общего права в более значительной степени, чем многие юрисдикции, основанные на гражданском праве. Я думаю, что поляки были бы очень польщены тем, что я включен в состав данной секции по залоговому кредитованию в условиях рыночной экономики. Польша добилась существенных успехов на пути перехода к рыночной экономике, и я как экономист думаю, что основная причина этих успехов заключается в том, что Польша имела определенные правовые преимущества по сравнению с многими другими странами бывшего социалистического лагеря. У нее были достаточно прочные правовые традиции, которые прервались всего на 45 лет. В результате польские компании смогли сформироваться и начать функционировать сравнительно быстро. Но если вы позволите мне провести аналогию с пловцом, то я бы сказал, что мы предоставили людям, желающим плыть в капитализм, место для переодевания, где бы они смогли сменить одежду и выглядеть как капиталистические компании. Мы также дали им трамплин для прыжков в воду, и они смогли нырнуть, но в результате оказалось, что они плавают в цементе. Потому что, когда дело доходит до операций с обеспечением, Польша оказывается страной с далеко не рыночной экономикой. Сейчас я сообщу вам плохую новость о том, что представляет собой ситуация в Польше в настоящее время. Я кратко остановлюсь на стратегии правовой реформы, чтобы показать, почему потребовалось так много времени для изменения ситуации в данной области. И, наконец, я сообщу вам приятную новость о том, какие законодательные акты будут, как мы надеемся, приняты в Польше в ближайшее время. Плохой новостью о положении дел в Польше является то, что несмотря на все заверения польских юристов, имеющие своей целью привлечение иностранных инвестиций, о существовании системы залогового обеспечения кредитов, о том, что после подписания множества бумаг инвесторы могут получить право владения имуществом, предложенным в качестве обеспечения, реальным фактом остается то, что действующее польское законодательство практически не предусматривает системы залогового кредитования. В силу большого количества причин, некоторые из которых я назову, как уже отмечали предыдущие докладчики, порядок очередности удовлетворения требований кредиторов в Польше

представляется еще более невыгодным для залоговых кредиторов, чем в других странах, о которых мы сегодня говорили. В Польше, если вы являетесь залоговым кредитором и вам действительно удалось точно определить предмет залога и его местонахождение, предъявить иск вашему должнику, заплатив огромные судебные издержки, и выиграть процесс, то в результате вы окажетесь перед списком лиц, чьи требования должны быть удовлетворены до того, как имущество должника будет распределено среди необеспеченных кредиторов и иных групп, каждый из которых в общем случае получает не более 25% на доллар стоимости имущества. Таким образом, если у вас хватит сил пройти эту длинную дорогу до конца, в итоге вы окажетесь именно в такой ситуации. В ситуации, где судебный исполнитель (или "коморник") следит за тем, чтобы должник выплатил, во-первых, полное содержание всем работникам своего предприятия; во-вторых, все причитающиеся зарплаты и пенсии; в-третьих, все налоги, срок выплаты которых наступил; в-четвертых, все платежи по аренде земли в соответствии с польской арендной системой; в-пятых, все банковские кредиты, независимо от того, были ли они предоставлены под обеспечение или нет; и только на шестом месте стоят залоговые кредиторы. Вполне возможно, что многие залоговые кредиторы являются банками и таким образом могут оказаться кредиторами пятой очереди. Но под номером 3 в списке подразумеваются не только налоги, перечисленные в некотором конкретном документе. Сюда могут относиться и налоги, о которых не знает никто, кроме некоего чиновника Министерства финансов. Они указаны в каком-нибудь маленьком регистре, доступ к которому для рядовых граждан закрыт. Поэтому здесь следует говорить не просто о налогах, а о том, что мы называем правом взыскания секретных налогов. На самом деле, в Польше любой объект собственности может вдруг оказаться в распоряжении Министерства финансов. И жители не раз имели возможность убедиться в этом, понеся при этом значительный ущерб. Бывают случаи, когда кто-то покупает объект недвижимости у должника и получает гарантию от некоторого министерства, которое, возможно, являлось владельцем данного государственного предприятия, в том, что надлежащий правовой титул переходит к нему. А несколько лет спустя, когда новый владелец построил новую фабрику, вдруг появляется представитель Министерства финансов и говорит: «Дело в том, что должник не погасил всей задолженности по налоговым платежам, и хотя мы вам ничего не сказали, мы забираем правовой титул на данный земельный участок на счет уплаты этих налогов». Пострадавшие новые владельцы неоднократно пытались оспорить такие решения в суде, но суд исходил из того, что по польским законам Министерство финансов обладает неоспоримым залоговым правом на имущество в обеспечение уплаты налога. В результате неудачливому покупателю оставалась единственная возможность - предъявить иск министерству, предоставившему гарантию или поручительство. Такие истории пересказываются по всей стране, и поэтому жители Польши не испытывают большого желания давать кредиты под обеспечение, поскольку практически нельзя быть уверенным в том, что вы действительно имеете обеспечение. Обращение бороться с укоренившейся коммунистической традицией, по которой вот уже в течение почти 50 лет никто не может быть выселен из своего дома, если ему взамен не предоставляется равноценная квартира с точно таким же метражом. Около двух лет назад в соответствующий польский закон были внесены изменения. Сейчас банки, ипотечные кредиты которых не погашаются в срок, теоретически имеют возможность изъять квартиру должника, не предоставляя ему взамен новой квартиры. Но, насколько мне известно, еще не было ни одного прецедента в этой

области. До сих пор никто не осмелился обратиться в суд с подобным иском. Мы надеемся, что какой-нибудь воротила частного бизнеса окажется не в состоянии погасить ипотечный кредит и будет выселен из своего дома. Но дело в том, что большинство бизнесменов в Польше расплачиваются наличностью, и у них нет необходимости брать кредиты под залог недвижимости. Таким образом, мы имеем ситуацию, где отсутствует историческая традиция обращения взыскания на имущество должника в судебном порядке. Итак, у вас есть некоторый закон, но он далеко не совершенен, поскольку отсутствует правовой механизм обращения взыскания. В результате, с правовой точки зрения ситуация представляется очень плохой. А сейчас позвольте мне несколько подробнее остановиться на процессе правовой реформы. Я думаю, необходимо признать, что в большинстве этих стран реформа гражданского права сталкивается с существенными трудностями, прежде всего потому что в пропорциональном отношении число специалистов по гражданскому праву здесь значительно ниже, чем в западных странах. В годы коммунистического правления гораздо более важным являлось уголовное право. Большая часть студентов высших учебных заведений юридического профиля изучала уголовное право. Это не означает, что в данных странах совсем нет хороших специалистов по гражданскому праву, просто их количество крайне мало. Поэтому, когда вы приступаете к осуществлению реформы гражданского права, вы обнаруживаете, что вам прежде всего нужна небольшая группа специалистов, которые бы действительно знали гражданское право этих стран вдоль и поперек, во всяком случае на достаточном уровне для того, чтобы разработать такой сложный закон, как закон о залоге. Мой личный опыт показывает, что такие преобразования не могут быть осуществлены иностранными гражданами. Это может быть сделано крупными объединениями специалистов в их собственной стране. На мой взгляд, в этот процесс должны быть вовлечены ученые-теоретики, практикующие юристы, банкиры, правительственные чиновники. Вам также нужно подключить к этому процессу большое количество гражданско-правовых институтов, которые являются частью процесса правовой реформы и которые заинтересованы в ее скорейшем вступлении в силу. Совершенно очевидно, что иностранные граждане могут оказать в этом существенную помощь, и я надеюсь, что смог оказаться полезным для Польши. Иностранные граждане могут финансировать научные исследования, направлять в эти страны своих специалистов, организовывать заграничные поездки для местных специалистов для ознакомления с функционированием других правовых систем, например в Финляндии, Норвегии, Англии. Но в конечном счете, сам процесс должен осуществляться большими группами местных специалистов, если вы действительно заинтересованы в его успехе. Разрешите мне закончить свое выступление хорошей новостью о Польше. Польские специалисты работают в течение двух лет - и им действительно понадобилось два года, возможно это можно было сделать несколько быстрее, но процесс оказался довольно длинным - я бы сказал, что было разработано порядка десяти проектов закона о залоге. Конечно, в центре стояла основная группа разработчиков. И в настоящий момент у нас есть завершённый законопроект, который был направлен на рассмотрение Министра юстиции и сейчас ожидает его подписи, чтобы быть переданным в польский Совет министров. Законопроект предусматривает очень современную процедуру, с моей точки зрения, просто революционную для Польши. Мы стараемся представить ее как акт о сельскохозяйственном оборудовании 1994 года, который должен позволить фермерам получать кредиты на покупку сельскохозяйственных машин. Он предусматривает, что банкам и другим организациям, членом которых является Польша, будет разрешено регистрировать

эти залогов. Он предусматривает возможность принятия в будущем постановлений, которые бы разрешили другим учреждениям принимать залогов в качестве кредиторов. На мой взгляд, поляки совершенно правильно понимают, что в условиях настоящей политической ситуации было бы слишком революционным шагом позволить частным лицам выдавать ссуды под обе лечение, регистрировать свое залоговое право и затем добиваться его выполнения путем внесудебного разбирательства. Поэтому для начала они собираются предоставить такие права только финансовым учреждениям, которые имеют лицензию на ведение подобных операций. Указанный законопроект также предусматривает создание эффективной системы регистрации, так как в Польше обман банков является очень острой проблемой. И я думаю, именно огромное количество случаев мошенничества является одной из основных причин создания централизованной системы регистрации в этих странах. Ее основная цель - защитить банки и банковские депозиты от людей, неоднократно закладываящих один и тот же объект имущества в различных банках и городах. И наконец, данный законопроект предусматривает если и не полное, то хотя бы частичное внесудебное изъятие заложенного имущества должника. В наиболее типичных случаях банку и должнику будет позволено договориться самостоятельно о том, имеет ли банк право прийти и забрать предмет залога, избежав длительного судебного разбирательства, естественно, при условии, что это не нарушит общественного спокойствия. Я полагаю, что превысил лимит времени, отведенного на мое выступление, и сейчас мы можем перейти к вопросам. Благодарю за внимание. Позвольте мне только добавить, что у меня есть вариант польского закона на английском и польском языке. Если кто-то желает получить копию, обращайтесь ко мне.

Рональд Дуайт

- Я вижу, что вопросов нет, тем более, что пять минут осталось до заранее заготовленного перерыва, поэтому я, может быть, одно замечание, или два выскажу. Я вижу, что проблемы у нас во всех республиках одинаковы, и как не удивительно, в Польше тоже очень похожи, видимо, не только в Польше. Наверное, это социалистический менталитет оказывает определяющее значение на состояние гражданского права в частности, а в Польше, насколько я знаю, Гражданский кодекс действовал еще с докоммунистических времен, не отменялся, нового не было, так мне говорили. Я хотел бы одно такое частое замечание. Здесь говорилось о том, что сложности с взысканием, скажем так, реализацией заложенного имущества вызваны, в частности, тем, что у хозяйствующих субъектов и у людей в сущности нет или мало собственности. Тем более собственности зафиксированной, надлежащим образом установленной. В этом смысле приходится накладывать взыскание на имущество в тех случаях, которое в других случаях и не надо было бы очевидно взыскивать, скажем, на единственный жилой дом. Вы знаете, что по нашему гражданскому процессуальному законодательству, по уголовному законодательству в частности, да не в частности, а именно, не допускалось наложения взыскания на жилой дом, который является единственным жилым домом, который предназначен для проживания и используется для проживания членов семьи. И вот нашим законом о залоге сделана такая отсылка на законодательство, что не допускается залог имущества, на которое в соответствии с правилами Гражданского процессуального кодекса не будет обращено взыскание. В частности, на жилой дом. Но когда писались ГК и Гражданский кодекс, тогда никто не думал о том, что будут приватизированные квартиры, в многоквартирных

домах в частности. И в нашем законе о залоге получилось интересное противоречие: дом собственный нельзя заложить, квартиру в многоквартирном доме заложить можно. Никаких по этому поводу пока еще коллизий, конфликтов не было, а то, что они могут быть, совершенно бесспорно. Я сейчас, сидя в зале, прочитал, так скажем, проект, типовой закон о залоге, просмотрел очень бегло. Если я правильно понял, там существует правило, которое позволяет определять в качестве предмета залога лишь то имущество физических лиц, которым они пользуются как хозяйствующие субъекты, в процессе осуществления предпринимательской деятельности, т.е. не собственный дом, не единственную корову, грубо говоря, которая пока прокормленным служит, а именно то имущество, которое работает на них как на хозяйствующего субъекта. Вот эта проблема, если действительно я правильно понял, видимо, заслуживает особого обсуждения, рассмотрения в каких-то частных наших локальных беседах, не сейчас, конечно. Спасибо.

Профессор Ян Хендрик Дальхюсен

- Я выражу свою личную точку зрения. На мой взгляд, совершенно бесполезно копировать чью-либо систему. Я не хочу сказать, что это всегда приводит к плохим результатам. Но система, создаваемая в той или иной стране, должна явиться продуктом культуры кредитования, развивающейся в данной стране, и этот процесс потребует немало времени. Разумеется, законодательство может создать юридическую базу для этой системы, но я склонен считать, что первоначальные законы придется снова и снова пересматривать, прежде чем они примут окончательную форму после становления процедур кредитования. Вполне понятно, что никто не захочет сшить себе куртку, которая сразу оказалась бы слишком мала, но шить куртку, которая может оказаться слишком велика, тоже нет никаких оснований. Основная цель законодательства - исправлять и направлять. Я не вижу такой системы, которая бы оказалась безусловно лучше остальных. Я совсем не предлагаю кому-либо копировать голландскую систему, она является самой новой. Я не хочу сказать, что она плоха. Но если что-то хорошо для них, с какой стати это должно оказаться хорошим и для вас? Американская система, конечно, очень популярна в среде ученых-теоретиков, так как она отличается концептуальной простотой. Но в ней все же есть некоторая изощренность, которая может быть... скажем так, которая иногда намного превышает потребности Западной Европы. Поэтому я полагаю, что нужно прежде всего исходить из того, что вам нужно в данный момент времени. А сейчас я хотел бы сказать несколько слов по поводу проекта Европейского банка реконструкции и развития. Я совершенно уверен, что его разработчики и сторонники будут не жалеть сил отстаивать его на сегодняшнем заседании после обеда. Проект Европейского банка реконструкции и развития представляет собой замечательный каталог вопросов, на которые необходимо найти ответы. Я опять же не собираюсь убеждать вас в том, что все эти вопросы совершенно правильные. Эти вопросы носят многоплановый характер, и они предполагают возможность более чем одного ответа. И поэтому вполне возможно, что будет найден тип равновесия, существенно отличающийся от того, который предлагают сейчас разработчики проекта ЕБРР. Не воспринимайте мои слова как критику проекта. Я действительно считаю его замечательным документом. Но мне он прежде всего представляется замечательным каталогом всех тех вещей и проблем, с которыми нам приходится сталкиваться. Мы говорим о его достоинствах, и эти достоинства действительно велики. И возвращаясь к тому

вопросу, который возник сегодня утром: должен ли существовать закон о залоге применительно к частной собственности? Задумавшись над этой проблемой, я пришел к выводу, что все действительно зависит от того, что может считаться частной собственностью. Например, если у кого-то есть дача, он должен иметь право на получение ипотечного кредита под залог этой дачи, чтобы направить полученные деньги на вложения в экономику. Это представляется вполне справедливым. Если же владелец дачи закладывает ее, чтобы получить деньги для покупки потребительских товаров, его неминуемо ждет катастрофа. Такой вид ипотечного залога я бы запретил. Потому что мы уже видели на примере Англии, к каким острым социальным проблемам приводит использование вторых закладных на жилье, доходы от которых использовались для приобретения машин, телевизоров и других подобных товаров. По истечении срока погашения кредита выясняется, что люди не в состоянии покрыть долг, который они получили, не понимая сути такого механизма, как вторая закладная. Все это привело к обвальным судебным процессам по поводу принудительного отъема заложенного жилья и, как следствие, к волне скандалов. Поэтому каждая компания в Англии, и это разрешено законом, несмотря на систему, с этим ничего нельзя сделать... Но я прекрасно понимаю, что система кредитования в стране, население которой не очень-то привыкло пользоваться ее услугами, и в таком случае это было бы совершенно справедливо. Возможно, пройдет еще десять или даже двадцать лет, прежде чем каждый будет знать, что значит иметь закладную или вторую закладную на свое жилье. И только тогда мы сможем позволить себе некоторые послабления в правилах. Я думаю, что не следует стремиться сделать все за один день. Вот что я хотел сказать по данному вопросу.

- Как уже упомянул в своем сообщении Джим Уайт, несколько канадских провинций адаптировали к своим условиям нашу девятую статью, и если вас интересует американское законодательство об обеспечении кредитов, вы можете вполне обратиться и канадскому варианту. Однажды я допустил промах, показав канадский вариант некоторым из своих американских студентов, и все они сразу же изъявили желание сдавать экзамены по соответствующему канадскому закону, потому что его гораздо легче понять, чем американский. Кроме того, сейчас осуществляется проект, цель которого - приспособить нашу девятую статью к условиям Пуэрто-Рико, где традиции гражданского права имеют по крайней мере некоторую историю. Мне кажется, что версия девятой статьи, которая разрабатывается для них, выглядит еще более упрощенно и еще более легка для понимания, чем канадский вариант. Я точно знаю, что специалисты, работающие над пуэрториканским проектом, с большой готовностью согласятся поделиться своими соображениями о том, как наша девятая статья или по крайней мере ее отдельные положения могут быть применены в других регионах и правовых системах. Благодарю за внимание.

- Хью Пиггет, английский специалист по банковской деятельности, сказал мне, что в Англии когда-то была создана комиссия для пересмотра сложной английской системы. Эта комиссия порекомендовала взять за образец девятую статью Единого коммерческого кодекса США. Этого, конечно, не произошло, но тогда Шотландия пошла дальше. И сейчас у них есть очень хороший закон о залоге, представляющий собой американский вариант, адаптированный к местным условиям. Я не стал бы утверждать, что ни одна из этих систем не может быть принята здесь. Но я уверен, что если Россия желает ввести у себя систему

кредитования, основанную на имуществе, эта система должна быть прежде всего простой в применении, т.е. не требовать больших затрат, например огромных сборов за право пользоваться ею. Эта система должна предусматривать правовые механизмы защиты от мошенничества, а также механизмы обращения взыскания, которые отличались бы простотой и эффективностью. Если эти условия не будут выполнены, то, что бы вы ни делали, эта система не сможет выполнить своего основного предназначения, т.е. обеспечить понадавание кредитов в руки тех людей, которые действительно в них нуждаются. Мы написали небольшую статью об основных принципах залогового законодательства, мы назвали ее «Трактор». Это своего рода притча о человеке, покупающем трактор, о механизме этого процесса и его основных моментах. У нас есть экземпляры на английском и русском языках для всех желающих.

- Я полагаю, сегодня после обеда у нас будет обсуждение, посвященное различным аспектам современного закона Европейского банка реконструкции и развития. Поэтому, наверное, не стоит обращаться к этому вопросу сейчас. Но если у кого-то остались какие-то вопросы или комментарии, прежде чем мы прервемся на обед... Мы готовы к перерыву? Готовы. Хорошо. Большое спасибо. Я хочу поблагодарить всех участников утреннего заседания за столь интересный разговор. Спасибо.

- Дамы и господа, почему бы нам не продолжить нашу работу? Меня зовут Чарльз Кадвелл, и мои обязанности во время этого заседания... Мне поручили только одну задачу - следить за тем, чтобы мы не выходили за рамки регламента. Поэтому мои обязанности будут состоять в том, чтобы рывкать на докладчиков, если они превышают лимит отведенного им времени. Это заседание будет посвящено некоторым специфическим аспектам операций с обеспечением залога. И наша первая группа выступающих состоит из трех докладчиков. Первым выступит молодой Генри Ровер, юрисконсульт Европейского банка реконструкции и развития. Затем слово будет предоставлено его коллеге Джону Симпсону. И последним выступит Лэйн Блюменфельд, директор коммерческого проекта ИРИСа в Москве. Итак, позвольте мне пригласить на трибуну Ян-Хендрика Ровера.

Ян-Хендрик Ровер, юрисконсульт Европейского банка реконструкции и развития, Лондон

- Меня зовут Ян-Хендрик Ровер, и сегодня я представляю здесь Европейский банк реконструкции и развития. На утреннем заседании вы уже слышали, что ЕБРР разработал современный закон об операциях с обеспечением. Вы также слышали о чрезвычайно разнообразии систем, регулирующих операции с обеспечением в Америке и Западной Европе. Я хотел бы напомнить вам замечание профессора Далхьюсена о том, что существующие системы основаны, как правило, на историческом прецеденте. Мы подготовили современный закон, который призван служить ориентиром в попытках создать современную базу для последующей работы - базу, которая бы сохранила все достоинства существующих систем и избежала бы по крайней мере некоторых из их недостатков. Новый закон избрал в себя наиболее существенные и простые концепции, и все же я хотел бы поговорить с вами об этих концепциях еще раз, применительно к понятию обремененного залогом имущества. Различные правовые аспекты обремененного имущества будут регулироваться путем расширения десяти общих концепций. Перечень этих концепций содержится в розданных вам материалах конференции и выглядит

следующим образом. Этот перечень будет также показан с помощью кинопроектора. Итак, концепция номер один. Обременение вещи залогом представляет собой право собственности. Эта первая концепция подчеркивает тесную взаимосвязь между обремененным имуществом и характером обременения. Залоговое право - это право на точно указанный объект имущества, которое позволяет залогодержателю продать данное имущество, если обеспеченный этим имуществом кредит не был погашен. Таким образом, обязательства залогодателя сводятся к объекту имущества, предложенного им в качестве залога. И для операций с обеспечением является вполне типичной ситуация, когда стороны уделяют основное внимание аспектам обремененного имущества. Поэтому будет вполне уместно начать данный раздел о конкретных проблемах с некоторых размышлений по поводу обремененного имущества. Позвольте мне перейти к концепции номер два. Она гласит: предметом залога может служить любой вид имущества. Вторая концепция особо подчеркивает тот факт, что законодательство об операциях с обеспечением работает наиболее эффективно, если оно имеет дело со всеми видами имущества. Понятие имущества здесь используется в широком смысле. Следует различать две группы видов имущества, которое может быть предложено в качестве залога. К первой группе относятся традиционные виды имущества, могущего служить обеспечением. Существует довольно длинный перечень вещей, которые могут стать предметом залогового права. Эти вещи, в свою очередь, можно разделить на движимость и недвижимость. Ко второй группе относятся менее традиционный тип обеспечения - залог прав. Однако, роль этого типа обеспечения все больше возрастает в настоящее время, что должно быть надлежащим образом отражено в законодательстве об операциях с обеспечением. Важность прав как предмета залога особенно наглядно проявляется в операциях с обеспечением, называемых проектным финансированием. Суть проектного финансирования заключается в том, что в качестве основного источника покрытия кредитов рассматривается поток денежных поступлений после завершения проекта. Представьте себе электростанцию недалеко от Владивостока. Хотя ее строительство может обойтись в несколько сотен миллионов долларов, сама по себе она не представляет какой-либо ценности для человека, который не может управлять этой станцией и получать прибыль от ее работы. Следовательно, самой поразительной чертой этих кредитов является то, что инвестор, желающий получить обеспечение под свой кредит, заинтересован не столько в материальных активах, сколько в прибыли, которую должна давать электростанция после ее введения в эксплуатацию. Он стремится получить адекватное залоговое право на поток ожидаемой прибыли. Перед нами не что иное, как залоговое право на счета к получению, иными словами, одна из разновидностей залога прав. Положения российского Гражданского кодекса, касающиеся залогового кредитования, ставят в центр внимания движимое имущество и права. Таким образом, российский Гражданский кодекс предусматривает достаточно широкий подход к данной проблеме с точки зрения концепции номер два. Теперь перейдем к концепции номер три. Заемщик не может предложить в качестве залога предмет, владельцем или держателем которого он не является. Лицо, предлагающее имущество в качестве залога, должно быть владельцем или держателем этого имущества - эту концепцию мы также находим в новом российском Гражданском кодексе. Имеет ли залогодержатель право на продажу предмета залога, что является правом, неразрывно связанным с правом собственности? Только владелец или держатель может стать создателем залогового права. Страны Центральной и Восточной Европы все еще могут сталкиваться с некоторыми трудностями при установлении собственника тех или иных прав или вещей, особенно если речь идет

о недвижимости и предприятиях. Эти проблемы приобретают особенно большой размах применительно к обременению залогом предприятий, обладающих большим количеством разнообразных фондов, что делает задачу удостоверения права собственности чрезвычайно сложной. Даже если право собственности на вещи и права может быть удостоверено до такой степени, которую залогодержатель считает для себя достаточной, остается риск того, что право собственности не может быть последовательно защищено в судебном порядке против других. Теперь я подхожу к концепции номер четыре, которая гласит, что предмет залога может служить будущее имущество. В свете предыдущей концепции скорее всего покажется достаточно странным, что будущее имущество заемщика может быть предложено в качестве обеспечения. Будущее имущество может представлять собой еще не существующее имущество. Например, это имеет место в случае здания, которое еще только должно быть построено. Будущее имущество также может быть уже существующим в данный момент имуществом, которое еще не находится во владении залогодателя. Залогодатель может планировать приобрести машину через две недели после заключения сделки, но в данный момент у него еще нет этой машины. В обеих ситуациях ключевым моментом является тот факт, что залогодатель еще не является владельцем данного имущества. Однако, он должен иметь право предложить это имущества в качестве залога. Участники сделки смотрят на те вещи и права, которые представляют собой или будут представлять объект имущества залогодателя. Будущее имущество является важнейшим элементом для залогового кредитора и может представлять для него действительную ценность. Давайте обратимся еще к одному примеру. Кредитор предлагает финансировать предприятие по изготовлению автомобилей. Изготовитель собирается заключить серию долгосрочных контрактов с различными оптовыми продавцами автомобилей. С точки зрения обеспечения кредита, права на получение денег за автомобили в соответствии с предполагаемыми контрактами представляют большую ценность как для изготовителя, так и для кредитора. Эти будущие права могут быть включены в состав обремененного имущества, хотя они реально не существуют на момент получения кредита. В этих случаях залогодатель еще не является владельцем обремененного имущества в тот момент, когда стороны заключают договор о залоге. Законодательство об операциях с обеспечением должно установить специальное правило, которое позволило бы невладелцу предлагать будущее имущество в качестве предмета залога. Это правило может иметь разные формы. Например, закон может разрешать формирование залогового права непосредственно в момент заключения договора о залоге, даже если предмет залога еще не приобретен залогодателем. Или же закон может запретить формирование залогового права до той поры, пока предмет залога не будет приобретен залогодателем. По всей видимости, российский Гражданский кодекс придерживается именно этой точки зрения. Или же закон может предусмотреть, что залоговое право создается только после приобретения объекта имущества, но, в целях установления очередности удовлетворения требований кредиторов, это право может считаться сформированным в момент регистрации. Теперь я очень кратко остановлюсь на концепции номер пять. В состав обремененного имущества могут быть включены объекты имущества и права, неотъемлемые от обремененного имущества. Некоторая сложность здесь состоит в том, что вещи могут быть тесно связаны с другими вещами, которые в этом случае рассматриваются как часть обремененного имущества в силу закона. Законы о залоговых правах обычно требуют тщательно проверять, не включает ли в себя вещь, которая на первый взгляд кажется единым целым и функционирует как единое целое, каких-либо

других вещей, которые при более внимательном рассмотрении могут оказаться отдельными вещами. Это может иметь место, например, когда два объекта движимого имущества скреплены вместе таким образом, что выглядят как единой целое. Аналогично, недвижимое имущество, например здание, может иметь прикрепленное к нему движимое имущество. Обремененное имущество должно автоматически включать в себя те вещи, которые прикреплены или тесно связаны с первоначальным объектом. При переходе прав собственности эти вещи передаются вместе с основным предметом залога. В российском Гражданском кодексе критерием для установления того, какие вещи должны рассматриваться как единое целое, является то, служат ли они достижению единой цели хозяйственной деятельности. Но что интересно, российский кодекс позволяет заключать контракты, в которых оговариваются отступления от этого положения. Другим примером данной концепции является статья 140 российского Гражданского кодекса, которую упоминал сегодня профессор Маковский. На этом я хотел бы остановиться и передать слово Джону Симпсону. Спасибо за внимание.

Джон Симпсон, заведующий отделом Европейского банка реконструкции и развития

Как известно, послеобеденный период обычно считается временем сна. Выступая сегодня утром, профессор Фарисверц был настолько любезен, что предложил любому, кто уснет во время его доклада, получить его отпечатанную копию у входа в зал заседаний. Боюсь, что я не смогу предложить вам того же, но в качестве альтернативы я мог бы порекомендовать вам заглянуть в свою папку и найти там экземпляр типового закона, если вам действительно захочется вздремнуть. Этот типовый закон достаточно короткий и легко читаемый. Между прочим, если у вас есть экземпляр современного закона на английском языке, а вы говорите только на русском, или наоборот, обратитесь, пожалуйста, к нам, потому что у нас он есть на обоих языках. Просто скажите об этом Жан-Хендрик Ровер или мне. Прежде чем перейти к оставшимся пяти концепциям, касающимся обремененного имущества, я хотел бы кратко объяснить вам, зачем мы с моим коллегой рассказываем вам об этих концепциях и почему типовый закон мы писали вдвоем. В Соединенных Штатах и Великобритании правовая система основана на так называемом общем праве, в то время как континентальная Европа живет по нормам гражданского права. И хотя, как мы уже слышали сегодня утром, достигнутые в разных системах результаты могут оказаться очень сходными, способы их достижения существенно отличаются друг от друга. Работая над типовым законом, мы старались, там где это возможно, оставить в стороне различия, являющиеся следствием несовпадения двух правовых систем, и вместо этого сосредоточиться на фундаментальных концепциях, одинаково важных в любой системе. Кроме того, в процессе совместной работы мы, специалист по гражданскому праву и специалист по общему праву, получили некоторое представление об основных проблемах коммуникации. Хорошо известно, что правовые концепции с трудом поддаются переносу из одной страны в другую. Как уже отмечалось, у юристов действительно есть странная привычка считать свою собственную систему единственно хорошей и верной. Именно поэтому мы попытались свести все наши идеи и представления к основным концепциям. Ведь если основные концепции окажутся понятными, будет совсем нетрудно внести необходимые дополнительные детали и усложнения с учетом конкретных обстоятельств той или иной правовой системы. А теперь давайте вернемся к основным концепциям. Следующая концепция - номер шесть. Обремененным

имуществом может являться совокупность фондов. До сих пор мы подразумевали, что разговор идет только об индивидуальном имуществе, и это, конечно же, выражает наиболее традиционный подход в системах гражданского права. Любое залоговое право формируется в отношении единичного объекта имущества, и в системах гражданского права мы редко имеем дело с обременением группы вещей или прав именно как группы. Однако существуют два различных типа залогового права, которые мы можем охарактеризовать как статический и динамический типы обеспечения. Если обремененное имущество не подвержено изменениям с течением времени например если кто-то владеет зданием или даже десятком зданиями, тогда имеет смысл сформировать конкретное залоговое право в отношении этого единичного объекта имущества. Но существует и динамический тип обеспечения, или изменяющийся залог, наиболее наглядным примером которого может служить залоговое право на товарно-материальные запасы предприятия. Запас товаров в руках торговца постоянно изменяется, он динамичен. Торговец ежедневно продает свои товары и ежедневно приобретает новый запас товаров. С точки зрения торгового предпринимательства, кредитор желает получить залоговое право на запасы товаров, которые находятся в руках торговца в любой момент времени. Вот почему мы считаем, что любой закон о залоге должен допускать возможность залогового права в отношении динамической, изменяющейся совокупности фондов. Крайним выражением этого принципа может считаться обременение залогом предприятия. Вы должны иметь право, как это установлено в российском Гражданском кодексе, предложить в качестве залога предприятие в целом. Предприятие - это объект, подверженный постоянным изменениям, в каждый следующий момент времени оно уже не является тем, чем было всего минуту назад. Но этот факт не должен помешать вам принимать предприятие в качестве обеспечения кредита. Переходим к концепции номер семь. Наименование обремененного имущества должно быть определено либо конкретно, либо в общем виде. Очевидно, что эта концепция тесно связана с предыдущей концепцией. Обремененное имущество должно быть точно обозначено - это очень важно для участников кредитной сделки, и это важно для третьих лиц, которые могут иметь дело с залогодателем. Сам принцип определения залога не столь важен; главное - чтобы он был определен. Разрешите мне привести в качестве примера библиотеку. Вы можете взять каталог библиотеки и перечислить все содержащиеся в нем книги. Или же вы можете говорить о библиотеке в целом. В действительности, выбор одного из этих двух способов не имеет принципиального значения, потому что каждый из них описывает библиотеку и таким образом определяет наименование имущества. Скорее всего вам покажется более простым ссылка на библиотеку в целом, чем перечисление всех книг в каталоге. Как правило, выбор конкретного или общего способа описания обремененного имущества зависит от характера этого имущества, а часто и от степени важности конкретных компонентов имущества. Иногда наиболее уместным оказывается сочетание этих двух способов определения, т.е. наложение конкретного описания на общее. Например, залоговое право на три конкретно обозначенные машины и на все остальные машины и оборудование, используемые в процессе производства. Но если существует возможность залогового права на совокупность фондов, о чем мы только что сказали, следовательно, эта совокупность может быть описана в общем виде. Например, все товарно-материальные запасы торговца или, в случае проектного финансирования, вся ожидаемая прибыль от проекта. Теперь перейдем к концепции номер восемь. Залогодатель сохраняет право пользования имуществом, предложенным в качестве обеспечения кредита. Об этом уже подробно говорилось сегодня утром, когда

упоминалась такая сравнительно примитивная форма залогового права, как переход предмета залога к залогодержателю. Конечно, если мы рассматриваем залоговое право с точки зрения хозяйственной деятельности, в большинстве случаев залогодателю необходимо оставить предмет залога в своем распоряжении, чтобы продолжать хозяйственную деятельность. Если торговец предлагает в качестве обеспечения кредита несколько золотых слитков, он скорее всего не будет возражать против помещения этих слитков в какое-нибудь хранилище, в результате чего он не сможет пользоваться ими до прекращения обеспеченного залогом обязательства. Но большинство торговцев, большинство торговых предприятий не собираются предлагать золотые слитки в качестве обеспечения. Если у них есть золотые слитки, им, вероятно, не потребуется предлагать их в качестве залога. Скорее всего, они предложат в качестве обеспечения свои запасы товаров и сырья, оборудование, имущество и счета к получению. Во всех этих случаях им необходимо сохранить право пользования предметом залога для продолжения хозяйственной деятельности. Сохранение права пользования может иметь несколько различных форм. Так, оно может выражаться в обладании правом собственности на здание и оборудование. Это также может быть пользование в смысле потребления сырья и материалов. Или же это может быть распоряжение запасом товаров, т.е. продажа запаса товаров в процессе обычной хозяйственной деятельности. Очень трудно точно определить в законодательном порядке, до какой степени залогодатель может владеть предметом залога. Степень пользования обремененным имуществом, степень его потребления, степень распоряжения им при продаже - это те вещи, которые в основном должны быть согласованы участниками кредитной сделки с обеспечением при заключении этой сделки. Очень желательно, чтобы это соглашение допускало значительную степень коммерческой гибкости. Но основной принцип состоит в следующем: пользование, потребление или продажа предмета залога разрешается, если это необходимо для продолжения нормальной хозяйственной деятельности залогодателя. Следующая концепция. Залогодержатель должен быть защищен от возможной порчи или утери заложенного имущества. Вполне понятно, что главная забота залогодержателя заключается в том, чтобы ценность предмета залога не снижалась на протяжении всего периода действия залогового права. В этом отношении залогодержателя подстерегают две опасности. Первая - это то, что имущество может потерять свою ценность в результате амортизации или в результате уменьшения его рыночной стоимости по причине некоторого повреждения. Вторая опасность - это то, что имущество может быть вообще потеряно для залогодержателя либо вследствие передачи прав на него другому лицу, либо вследствие его уничтожения. И опять закон об операциях с обеспечением должен содержать некоторые положения, направленные на защиту залогодержателя от этих опасностей. Но наиболее важное положение закона состоит в том, что он предусматривает значительную гибкость, разрешая сторонам включать в договор о залоге любые пункты, которые они сочтут необходимыми для сохранения ценности предмета залога. Принимая тот или иной объект имущества в качестве залога, кредитор должен определить степень риска, которому подвержен данный объект. После этого участники кредитной сделки должны рассмотреть различные варианты договоров, которые они могли бы использовать в целях защиты от этого риска. Например, они могли бы регулировать пользование обремененным имуществом, предусмотрев, что залогодатель вправе использовать данное имущество только в строго определенных целях. Они могли бы договориться, что обремененное имущество должно быть застраховано. В этом случае они, очевидно, должны предусмотреть и то, что страховое пособие должно

быть включено в залоговое право. Они также могли бы обязать залогодателя сохранять ценность обремененного имущества. Если речь идет о товарно-материальных запасах, можно было бы оговорить тот факт, что залогодатель в любой момент времени должен иметь на руках запасы товаров на сумму не ниже установленного минимального значения. Это также довольно часто имеет место, когда предметом залога являются акции. Если рыночная цена акций падает, в состав залога должны быть включены дополнительные акции для поддержания общей стоимости залога на прежнем уровне. И снова задачей закона является создание правовой основы и предоставление сторонам достаточной гибкости при заключении договора, с тем чтобы они могли вписать в него все, что сочтут необходимым применительно к своим конкретным обстоятельствам. И наконец, концепция номер десять. Движение по направлению к единой концепции залогового права облегчает пользование предметом залога и повышает выгодность коммерческого финансирования для всех участвующих в нем сторон. Этот вопрос мы уже затрагивали сегодня утром. На мой взгляд, это чрезвычайно важный момент, и на нем будет основано одно из преимуществ, которые вы получите, создав новую систему залоговых прав. В развитии современного законодательства об операциях с обеспечением наблюдается тенденция к сокращению разновидностей залогового права на различные виды имущества. В результате создается то, что мы называем единым правовым режимом залога. И современное законодательство о залоговом кредитовании действительно видоизменяется в данном направлении. Этот процесс уже достиг той стадии, на которой мы свели все разновидности обеспечения к двум основным типам: залог прав и движимого имущества, с одной стороны, и залог недвижимости, прежде всего земельного участка. Новый правовой режим для сделок с обеспечением, принятый в России, является примером этого процесса, и он проводит то же самое различие. Тенденция к созданию единого правового режима залога означает, что залоговое право на различные виды имущества формируется в принципе по одним и тем же правилам. По сути, залоговое право представляет собой один и тот же юридический инструмент, независимо от характера предмета залога. И с моей точки зрения, это одинаково относится к залого земельного участка. В принципе разница только в формальной стороне дела, и ваш закон о залоге признает это. Я бы хотел закончить свой доклад некоторыми общими замечаниями об основных принципах, лежащих в основе всех тех концепций, которые мы обсуждаем. Во-первых, я хотел бы вернуться к абсолютным основам. Основной целью операций с обеспечением является стимулирование кредитной деятельности. Обеспечение призвано убедить кредиторов предоставлять ссуды, причем на более долгий срок и под менее высокие проценты. Эта цель может быть достигнута только в том случае, когда обеспечение действительно представляет определенную ценность для кредитора. Этим утром говорилось о том, что обеспечение призвано позволить кредитору чувствовать себя более комфортно. Но эта комфортность должна относиться не только к форме, но и к содержанию. Вполне возможно, что банкир вовсе не собирается пользоваться имуществом, предложенным в качестве обеспечения кредита; он рассматривает его только как средство на крайний случай. Но если он понимает, что при наступлении этого крайнего случая он вряд ли сумеет получить какое-нибудь возмещение от продажи предмета залога, минимальной способности рассуждать логически окажется достаточно для того, чтобы он отказался принять такое имущество в качестве обеспечения кредита. В то же время, обеспечение не должно сковывать заемщика необязательными ограничениями. Я думаю, многие рассматривают обеспечение как нежелательный элемент, так как оно создает

множество препятствий на пути осуществления хозяйственной деятельности. Возможно, в прошлом в силу несовершенства некоторых систем дело именно так и обстояло. Но я не вижу причины, которая помешала бы нам избежать этого в современном законе, разработанном с учетом всех этих факторов. Все эти задачи можно решить создав простую и гибкую правовую базу для операций с обеспечением, которые заемщики и залогодаты могут адаптировать к условиям конкретной сделки. Благодарю за внимание.

Лейн Блюменфельд, директор ИРИС Россия, Москва

- Добрый день. Сегодня я хотел бы говорить о трех аспектах собственности по российскому законодательству. Во-первых, какие формы собственности могут выступать в качестве залога. Во-вторых, остановиться на тех проблемах, которые связаны с каждой из этих форм. И если время будет, я хотел бы сказать о трех общих проблемах, таких как ипотечный кредит, регистрация и взыскание.

- (тот же докладчик, говорящий по-английски) Какие виды имущества могут быть предложены в качестве залога по российскому закону? Разрешите мне обратиться к общей схеме российского Закона о залоге, принятого в мае 1992 года, и остановиться на некоторых изменениях в этой области, которые предполагается зафиксировать в новом Гражданском кодексе. Закон о залоге гласит, что любой вид имущества может быть предложен в качестве обеспечения кредита, если только это имущество может быть отчуждено. Это довольно широкое определение, позволяющее кредитору принимать в качестве залога практически любой вид имущества. Сюда входят недвижимость, личное имущество, имущественные права, будущее имущество, а также контракты или обязательства. Каковы же конкретные примеры данного вида имущества? Во-первых, у нас есть ипотечный залог предприятия в целом. Во-вторых, это широкое определение видов имущества, могущих быть предложенными в качестве залога, распространяется и на запасы товаров в обращении, а на стадии производства - запасы сырья и материалов. Сюда входят также разнообразные виды движимого имущества, например оборудование, трактора, телевизоры. И кроме того, речь может идти о залоге прав, договорных прав, таких как право на аренду, счета к получению или банковские счета. Существует вид договора между банком и клиентом, в соответствии с которым банк предоставляет клиенту некоторые услуги по его просьбе. Или же ценные бумаги, например акционерные сертификаты также могут быть заложены. Земельные участки и здания также могут служить предметом залога, если они были приватизированы. И наконец, закон идет так далеко, что включает в свою сферу негативный залог, т.е. соглашение о том, что заемщик не заложит в будущем то же самое имущество другому заемщику, я имею в виду другому кредитору. Сейчас новый Гражданский кодекс, который был в прошлом месяце принят в третьем чтении Государственной Думой, предусматривает некоторые существенные изменения в Законе о залоге. Но, возможно, в этой области изменения как раз окажутся минимальными по сравнению с другими областями, прежде всего потому, что старый Закон о залоге разрешал формирование залогового права на достаточно длинный перечень видов имущества. Единственным нюансом в определении видов имущества, могущих служить предметом залога в соответствии с новым Гражданским кодексом, является следующий. Предметом залога может служить любое отчуждаемое имущество, за исключением видов имущества, которые выводятся из сферы гражданских операций в соответствии с отдельным законом,

который не является частью данного кодекса. Другое различие между Гражданским кодексом и старым законом о залоге заключается в том, что закон о залоге содержит конкретные положения об ипотечном залоге. Гражданский кодекс оставляет все вопросы, касающиеся ипотечного залога, будущему закону об ипотеке. Позвольте мне остановиться на некоторых проблемах, которые несет с собой каждый из этих конкретных видов имущества. Почему банки на практике не склонны принимать этот вид имущества в качестве залога, хотя это и разрешается законом? Какова ситуация с валютными вкладами в банках? Разумеется, для банков американские доллары являются очень привлекательным предметом залога. Но проблема заключается в том, что постановления Центрального банка в 1994 году существенно ограничили эти возможности. Своим письмом Тщ.70 Центральный банк в январе 1994 года запретил банкам принимать валютные вклады на уже существующие валютные счета своих клиентов, тем самым исключив возможность принимать валюту в качестве обеспечения. Письмо Тщ.107, разосланное в сентябре этого года, пошло еще дальше, поскольку оно, хотя это и не было выражено в ясной форме, было истолковано многими банками как распоряжение заморозить любые выплаты валюты с валютных счетов клиентов. Естественно, эти два ограничения привели к тому, что банки практически перестали принимать твердую валюту в качестве обеспечения кредитов. А как обстоят дела с рублевыми вкладами? Я думаю, совершенно ясно, что пока ситуация на валютном рынке не стабилизируется после того падения рубля, которое мы наблюдали в прошлом месяце, банки вряд ли согласятся принимать рубли в качестве обеспечения кредита любого вида. А как насчет земли? Как правило, земля является очень популярным видом залога. Она стабильна, практически не падает в цене и не может двигаться. Здесь существуют две проблемы. Во-первых, предприятия малого и среднего бизнеса, которые чаще всего нуждаются в финансировании или кредитовании, в общем случае не владеют земельным участком, достаточным для обеспечения кредита. И во-вторых, пока не станет окончательно ясно, кто какой землей владеет, банки вряд ли будут рассматривать землю как надежный вид обеспечения. Что касается зданий, проблемы здесь практически те же самые, особенно в случае малых и средних предприятий, которые, как правило, не имеют собственного здания, а владеют им на правах аренды. Право на аренду само по себе может служить предметом залога. Но я опять же полагаю, что пока не будет установлена точная принадлежность зданий тому или иному собственнику, банки будут очень неохотно принимать их в качестве обеспечения. А какова ситуация с индивидуальными ссудами? Если вы как частное лицо хотите дать кому-либо ссуду или получить ссуду в банке? Для большинства людей, как в Соединенных Штатах, так, вероятно, и здесь, самым крупным объектом собственности является их жилье, их квартира. В России квартиры достаточно трудно использовать в качестве обеспечения по нескольким причинам. Во-первых, из-за системы прописки. Может оказаться, что правом проживания в одной и той же квартире обладают сразу несколько человек. Далее, оформление прав на проживание в данной квартире является довольно запутанной и неточной процедурой. И наконец, возвращаясь к тому, о чем только что говорил Джон Симпсон, банк вряд ли согласится предоставить вам ссуду под залог вашей квартиры, если только не будет уверен в том, что в случае неисполнения должником своих обязательств банк сможет выселить его из заложенной квартиры. Я полагаю, что в настоящее время банки не имеют большой уверенности в том, что суд вынесет решение о принудительном выселении жильца из его квартиры. Движимая собственность имеет существенные недостатки, с точки зрения банков. За ее перемещениями трудно проследить, и она

может легко исчезнуть, поэтому здесь требуется гораздо более строгий контроль, чем в случае залога земельного участка. А что можно сказать о залоге предприятия в целом? Я думаю, основная проблема здесь связана с некоторой неразберихой в данном вопросе. Если мы обратимся к закону о залоге 1992 года, то увидим, что он предусматривает два возможных пути, с помощью которых банк может изъять в свою собственность предприятие, не сумевшее погасить кредит. Во-первых, он может взять предприятие под свой контроль и продолжать управлять им в надежде получить достаточную прибыль для возмещения своего кредита. Если этот путь не приведет к получению достаточной прибыли, банк может продать предприятие с аукциона. Проблема заключается в том, что закон не содержит четких указаний на то, в каком случае банк получает право на проведение аукциона, что именно может квалифицироваться как неудачная передача управления, требующая или позволяющая проведение этого аукциона. Все эти моменты рассматриваются в новом Гражданском кодексе менее подробно, чем в законе о залоге. Я надеюсь, что им будет уделено больше внимания в законе об ипотеке. Позвольте мне сказать всего лишь несколько слов о трех барьерах общего характера на пути залогового кредитования. Первый - это засвидетельствование. В соответствии с действующим законодательством, договор о залоге должен быть нотариально засвидетельствован в следующих случаях: при залоге земельного участка или зданий, при ипотечном залоге предприятия, при залоге самолета, подвижного железнодорожного состава или морских судов, а также когда залог служит обеспечением контракта, подлежащего нотариальному заверению. Это не должно являться проблемой. В США нотариальное заверение контракта стоит примерно два доллара. В России соответствующая цифра составляет три процента от суммы сделки. Независимо от того, являюсь ли я банкиром или заемщиком, любым участником сделки, в этот момент я откажусь от ее заключения. Три процента могут убить любую сделку в зародыше, потому что это непомерная цена. И какие бы реформы правовой системы, судебной системы не проводились в России, пока будет оставаться эта цифра в три процента от суммы сделки, залоговое кредитование не сможет развиваться в необходимом масштабе. Далее, регистрация. Здесь я бы просто хотел обратить ваше внимание на статью, появившуюся недавно в российской прессе. Основные факты выглядят следующим образом, и я думаю, что они говорят сами за себя. Компания предоставила в качестве обеспечения пяти различным банкам одно и то же здание, владельцем которого она являлась. Пять кредитов, пять банков и один предмет залога. Как говорилось в статье, по крайней мере три из указанных банков зарегистрировали этот залог в залоговом реестре. Ни один из этих банков не обнаружил в реестре упоминаний о предшествующем залоговом праве, о предшествующем кредиторе. В настоящий момент это дело рассматривается судом, как сказал г-н Хорват из Ситибанка сегодня утром. Все банки очень внимательно следят за ходом судебного разбирательства. И наконец, старый Закон о залоге требовал вынесения судебного решения об обращении взыскания на имущество несостоятельного должника. Судебное разбирательство вряд ли может вдохновить банки на кредитование под обеспечение, так как оно отнимает много времени и слишком дорого стоит. До недавнего времени истцу приходилось платить за судебные издержки сумму, составляющую 10 процентов от суммы иска. Сейчас эта сумма несколько уменьшена, но раньше она составляла 10 процентов. Кроме того, пока суд вынесет решение, ценность вашего денежного требования уменьшается, особенно если ваш кредит был выдан в рублях и инфляция ускоряет этот процесс. Таким образом, банки не будут выдавать кредиты под обеспечение залогом в таких суровых условиях, а если и будут, то прибегнут к частным механизмам.

обеспечивающим принудительное изъятие заложенного имущества. Новый кодекс предусматривает существенные улучшения в данной области. Новый Гражданский кодекс разрешает банкам и другим кредитным учреждениям внесудебное изъятие заложенного имущества, если соответствующее положение содержится в кредитном соглашении. Конечно, такое изъятие не должно нарушать общественного спокойствия. Но основным достоинством этого положения является то, что оно позволяет банкам и стимулирует банки принимать движимое имущество в качестве обеспечения кредита. Это должно сделать систему кредитования гораздо более доступной, особенно для малых и средних предприятий, для которых движимость является одним из основных видов имущества. Мне кажется, я обозначил большое количество проблем, присущих ныне действующей системе. И в заключение разговора о том, почему банки не хотят принимать в залог все виды имущества в качестве обеспечения кредита, я хотел бы сказать, что в настоящий момент наметился определенный прогресс как в развитии законодательства, так и в поведении некоторых учреждений, например сокращение платы на покрытие судебных издержек с 10 процентов до 5 процентов и ниже. Все это должно ускорить развитие залогового кредитования в России.

Василий Витрянский, заместитель председателя Верховного арбитражного суда, Москва

- Моя задача, уважаемые коллеги, открыть разговор о взыскании по обеспеченным обязательствам. К сожалению, я буду больше говорить о проблемах, нежели о реальной судебной практике. Несмотря на то, что закон о залоге действует уже два года, должен сказать, что мы не можем говорить о какой-то стабильной судебной практике по рассмотрению дел, связанных с обращением взыскания на заложенное имущество. Может быть причина в том, что закон о залоге чересчур усложнил процедуру обращения взыскания на заложенное имущество. Я напомню, что, как правило, взыскание обращается на заложенное имущество по решению суда, кроме того, допускается в случаях, установленных законодательством, обращение взыскания на имущество по исполнительным надписям нотариуса, и в случаях, установленных законом, взыскание обращается на имущество во внесудебном порядке. Скажем, очень широко используют налоговые органы, налоговые службы, налоговая полиция возможность обращать взыскания на имущество по недоимкам по налогам. Они имеют на это право в соответствии с законом об основах налоговой системы Российской Федерации. В связи с этим, новый Гражданский кодекс Российской Федерации предусматривает несколько иной порядок обращения взыскания на имущество, более четкий порядок. В статье 349 рассматриваются четыре различных случая обращения взыскания на имущество. Первая ситуация, когда предмет залога является недвижимое имущество. Сохраняется общее правило, что взыскание производится на недвижимое имущество в соответствии с решением суда. Однако, предусмотрена возможность обращения взыскания на предмет ипотеки во внесудебном порядке. Для этого кодекс требует наличия соглашения между залогодержателем и залогодателем. Соглашение должно быть заключено после момента возникновения у залогодержателя права на обращение на взыскание имущества, и кроме того, такое соглашение должно быть нотариально удостоверено. Вторая ситуация, остальное имущество, движимое имущество. Здесь, в отношении этого имущества предусмотрены диспозитивные нормы о том, что взыскание обращается на предмет залога по решению суда, если иное не установлено соглашением сторон. Это означает, что стороны вправе в своем

соглашении, может быть непосредственно в договоре залога установить иной взыскательный порядок обращения взыскания на такое имущество, третья ситуация, когда предмет залога передан залогодержателю. В этом случае порядок обращения взыскания на заложенное имущество определяется сторонами в договоре. И наконец, четвертая ситуация, имеется в статье 319 норма, предусматривающая определенные случаи, когда взыскание на заложенное имущество производится исключительно по решению суда. В качестве таких случаев кодекс предусматривает те ситуации, когда требовалось согласие третьего лица для заключения договора залога, для передачи в залог имущества. Скажем в такой ситуации в качестве залогодателя оказывается государственное предприятие, поскольку требуется разрешение собственника, я имею в виду государственное унитарное предприятие. Вторая ситуация, когда предмет залога представляет историческую, художественную либо иную культурную ценность. И наконец, третья ситуация, когда отсутствует залогодержатель, и место его нахождения установить невозможно. Вот таков кратко порядок обращения взыскания на предмет залога в соответствии с новым Гражданским кодексом Российской Федерации. Однако, я не уверен, что новая редакция соответствующих норм позволит сказать, что у нас будет богатая судебная практика по вопросам, связанным с обращением взыскания на заложенное имущество. Другой способ обеспечения обязательств, это гарантия. Мы наблюдаем тенденцию к сокращению, значительному сокращению количества споров, связанных с предъявлением банками кредиторам исков гарантам. Полагаю, что первая причина заключается в том, что в соответствии с основами гражданского законодательства договор поручительства и гарантии употребляются как синонимы. Мы не можем гарантийное письмо банка теперь, учитывая эту норму, рассматривать как одностороннюю сделку. Мы вынуждены рассматривать это гарантийное письмо в качестве оферты по договору поручительства. Договор поручительства может считаться заключенным, только если последует акцепт банка кредитора. Единственное, может быть, исключение, которое делает судебная практика, заключается в том, что в качестве акцепта признается указание банком-кредитором в кредитном договоре на то, что кредит выдается под конкретное гарантийное письмо банка-гаранта. Поэтому я думаю, что в этих отношениях трудности основные заключаются не в обращении взыскания, не в предъявлении требования гаранта и удовлетворение этих требований, а в трудности определить отношения сторон как отношения по гарантии. Хотя здесь есть трудности. Я имею в виду трудности в предъявлении требований, поскольку сохраняет действие до сегодняшнего дня норма, устанавливающая в преклюзивный срок для требований кредитора гаранта в три месяца. Гражданский кодекс расширяет возможности и срок расширяет до одного года. В этом плане новый Гражданский кодекс предусматривает совершенно новый институт, для российского законодательства новый институт, в параграфе 6, главе 23 предусмотрен целый ряд статей, посвященных банковской гарантии. Я не буду раскрывать содержание, у меня времени не так уж много, не буду раскрывать содержание этого института, но самое главное, что требование банка-кредитора, который выступает в роли бенефициария, гарант, который выдал банковскую гарантию, на связаны с основным обязательством, с кредитным договором, с исполнением заемщиком принципом вот этого основного обязательства. Думаю, что это тоже расширит возможности для широкого применения института банковской гарантии, как способа обеспечения обязательства, хотя, повторяю, я не уверен, что и этот способ будет широко применяться. Дело в том, что реальная банковская практика в России всегда ищет какие-то свои своеобразные пути, и то обстоятельство, что такие

традиционные способы обеспечения обязательства как залог, гарантия, поручительство применяются редко, не означает, что банки не находят способа обеспечения своих кредитных договоров. Реально банковская практика пошла по пути использования каких-то совершенно особых способов обеспечения обязательств. Мы сталкиваемся в последние годы с огромным количеством споров по искам банков к страховым организациям. Я не оговорился, когда сказал, что это особый способ обеспечения обязательств. Поскольку трудно назвать договором страхования отношения, когда предметом договора является не риск, когда в качестве страхового события рассматривается не то событие, которое может наступить вероятно, а может не наступить. Реально в этих отношениях страховым событием указывается, и так это фиксируется в договорах страхования, является невозвращение суммы кредита и процента в установленный срок, установленный кредитным договором. Именно невыполнение страхователем, заемщиком своих прямых обязательств по договору кредитному с банком рассматривается в качестве страхового события. Наверное, можно было бы нам квалифицировать эти отношения как особый способ обеспечения обязательств, поскольку это не договор страхования. Но мы лишены сегодня такой возможности, поскольку статья 68 основ гражданского законодательства установила закрытый перечень способов обеспечения обязательств, к сожалению. Поэтому в судебной практике сложилась очень любопытная ситуация. Прекрасно понимая, что мы имеем отношение не с договором страхования, мы не можем применять по аналогии нормы, регулирующие способы обеспечения обязательств, а мы вынуждены применять нормы закона о страховании. Более того, я вам скажу, что заинтересованы в таких договорах страхования как банки так и страховые организации. Во множестве дел мы встречаемся с так называемыми договорами о совместной деятельности, которые банки заключают со страховыми организациями. По этому договору банки, в частности, берут на себя обязательства не выдавать кредитов и не заключать кредитных договоров с заемщиками до тех пор, пока они не принесут в банк страховой полис конкретной страховой организации. Обе стороны довольны, я имею в виду стороны по договору о совместной деятельности. На наш взгляд, договоры эти должны признаваться недействительными, правда прямых исков практически нет. Они нарушают права третьих лиц, заемщиков, зато с гарантией получения прибылей остаются и страховые организации и банки, ибо банки выполняют свою услугу по направлению к страховой организации заемщиков, естественно, за плату. Вот по такому пути пошла практика обеспечения исполнения кредитных договоров в Российской Федерации. И может быть именно поэтому, и в этом самая главная причина, не находят широкого распространения нормальные способы обеспечения обязательств, такие как залог и такие, как банковская гарантия. Поэтому я полагаю, что задача тех лиц, юристов, которые будут работать над второй частью Гражданского кодекса и в частности над нормами, посвященными договору страхования, будет состоять и в том, чтобы исключить использование договоров страхования в качестве подобных уродливых способов обеспечения обязательств. И напротив, дать возможность развиваться нормальным способам обеспечения обязательств, таким как залог и таким как банковская гарантия. Спасибо за внимание.

Виктор Кужба, заместитель председателя Высшего арбитражного суда Молдовы

- Прежде, чем перейти к взысканию, я немножко остановлюсь на той законодательной базе, которая имеется у нас в республике в сфере залога. В

законодательстве республики Молдовы понятие залога содержится в Гражданском кодексе 1964 года, указе Президента республики 29 октября 1994 года о залоге, которым было утверждено временное положение о залоге, введенное в действие с 15 декабря 1993 года. Также постановление правительства республики от 31 января 1994 года о мерах по реализации временного положения о залоге. Залог упоминается как средство, гарантирующее возврат кредита также в законе о банках и банковской деятельности, который был принят в республике в 1991 году. Следует отметить, что разработка и принятие нового Гражданского кодекса в республике Молдовы немножко затянулось. Постановление парламента Молдовы от 22 сентября 1994 года предусматривается на 1995 год только образование рабочей группы по разработке соответствующего проекта. Однако, с принятием межпарламентской ассамблеи модели Гражданского кодекса, в разработке которого принимала участие и делегация Молдовы, будем надеяться, что работа в этом направлении будет активизирована. Отдельного закона о залоге нет и разработка его не планируется. Что же содержит временное положение о залоге от 29 октября 1993 года? В этом положении определена сфера применения залога, они прямо перечислены в этом положении. В том числе имеется и банковский залог. Временное положение о залоге предусматривает, что предметом залога может быть любое имущество, которое может быть отчуждено залогодателем, имеются в виду вещи, ценные бумаги и имущественные права. Государственная собственность может быть предметом залога только с согласия фонда госимуществу, а подлежащая приватизации с согласия департамента по приватизации. В настоящее время эти ведомства объединены в одно министерство приватизации и управления госимуществом. В части предмета залога прав отражено, что они могут быть принадлежащие залогодержателю права владения и пользования, в том числе права арендатора, другие права, требования, вытекающие из обязательств, и другие имущественные права. В договоре о залоге прав, не имеющих денежной оценки, стоимость предмета залога определяется по соглашению сторон. В части предмета залога ценных бумаг они могут быть только ценные бумаги, выпущенные государством Республики Молдова, либо допущены к обращению государственной комиссией по рынку ценных бумаг. Договором также может быть предусмотрено распространение залога на вещи, которые могут быть приобретены в будущем. Положение дает понятие и заклада, когда заложенное имущество передается залогодержателю товаро-транспортного документа в залог товара, находящегося в обороте и переработке. Форма договора о залоге письменная. И в случаях, предусмотренных законодательством и временным положением о залоге, установлено, что договор о залоге подлежит нотариальному удостоверению, в частности договор о залоге гражданских воздушных и речных судов, подвижного железнодорожного суда и других транспортных средств должен быть нотариально удостоверен. Временное положение предусматривает также регистрацию договоров о залоге. При этом предусмотрено, что отказ в регистрации или незаконное совершение регистрации залога заинтересованное лицо вправе обжаловать в арбитраж или суд по месту нахождения органа, осуществляющего регистрацию. Договоры залога подлежат удостоверению и регистрации нотариальными конторами по месту нахождения имущества предмета залога или по месту жительства собственника имущества, физического лица. Регистрация осуществляется путем внесения сведений в реестр, форма которого также утверждена правительством. Временное положение предусматривает, что залогодателем может быть лицо, которому принадлежит предмет залога,

принадлежит на праве собственности. Сведения о том, могут или не могут быть предметом залога, право оперативного управления имуществом временное положение ничего не содержит. Залогодатель обязан вести книгу записи залогов. Порядок ведения книги записей определен правительством. Форма соответствующая утверждена правительством. Последующие залогов уже заложенного имущества не допускаются до исполнения основных обязательств должником. В случае, когда предусмотрено договором сторон, нотариальная контора одновременно с удостоверением договора налагает запрет на отчуждение предмета залога. Обращение взыскания на заложенное имущество производится по решению суда или арбитража, если иное не предусмотрено договором сторон. Обобщением, изучением практики применения залога как средства обеспечения возврата выданных банками ссуд установлено, что предметом договора залога, как правило, являются товары, т.е. движимое имущество. Государственная собственность из-за процедуры, т.е. согласование с Фондом Госимущества, Департаментом по приватизации, практически предметом залога не является. Банки, коммерческие структуры прибегают чаще к обеспечению возврата кредита путем страхования риска, хотя действующий в республике закон о страховании 1993-го года больше защищает интересы страховых организаций и компаний. Практика подтверждает, что залог как средство обеспечения исполнения обязательств применяется только в сфере кредитных отношений. При этом, практику можно подразделить на период до принятия временного положения и после. Хотя не так уж много времени прошло с введения в действие временного положения, но сказать, что такое активное применение залога как средства обеспечения исполнения обязательств не наблюдается. До принятия временного положения, т.е. когда отсутствовал порядок регистрации залога, банки подходили к договорам залога больше формально, т.е. не изучалось и не проверялось наличие самого предмета залога. В договорах отсутствовали условия сохранности, содержания заложенного имущества. С введением регистрации залога в отдельных случаях и нотариальное удостоверение, положения в сфере применения залога изменились. Но с отсутствием надлежащего регламентированного механизма обращения взыскания на предмет залога удовлетворение требований за счет заложенного имущества данное положение является неэффективным, и банковские организации прибегают к этой форме обеспечения исполнения обязательств. Арбитражных дел по вопросам обращения взыскания на предмет залога в 1994 году было очень мало, три-четыре дела. Предметом залога была консервная продукция, транспортные средства, механизмы. Было одно интересное дело, хотя не связанное с залогом, но имеющее отношение к обеспечению своевременного возврата кредита, это случай, когда правительство, а точнее руководители правительства, вице-премьер правительства, Министерство финансов выдавали национальному банку республики гарантийные письма, обеспечив тем самым возврат кредита, который национальный банк оказывал сельскохозяйственным предприятиям, предприятиям перерабатывающей промышленности. При этом гарантии давались за счет государственного бюджета, превышая тем самым свою компетенцию, правительства или министерства финансов. По решению арбитража эти письма были признаны недействительными. Практика также показывает, что экономические агенты охотнее идут на взыскание задолженностей даже при наличии залога путем объявления должника банкротом. Хотя процедура объявления банкротом у нас в республике немножко длительная, решение выносится по истечении шести месяцев. Общий срок рассмотрения споров один месяц. Дело о банкротстве у нас на сегодняшний день более ста таких дел. Решения вынесены по тридцати делам. Для обращения в арбитраж процедура

немного изменилась, и со 2 сентября 1994 года уменьшена ставка госпошлины, она составляет три процента от суммы иска вместо действующих до 2 сентября 10. В настоящее время работают эксперты с участием итальянских специалистов по вопросу и подготовлен уже проект внесения изменений и дополнений в закон о банкротстве. В этом проекте предусматривается возможность сократить процедуру объявления банкротства до трех месяцев в отдельных случаях и другие изменения. Надеемся, что с принятием нового Гражданского кодекса, завершения приватизации, укрепления рыночных отношений в республике отношения в области залога улучшатся, получат надлежащую правовую регламентацию и станут действенным средством обеспечения обязательств, в том числе и в сфере кредитных отношений. Спасибо.

Стефан Брейденбах, профессор права Европейского университета Viadrina, Франкфурт-на-Одере

- Рыночная экономика приводится в движение капиталом, но капитал не будет предоставляться банками, если они будут опасаться за его возврат. Создание правового и институционального механизма обеспечения гарантий возврата кредитов является ключевым элементом для осуществления успешного перехода к рыночной экономике.

Возврат долгов по кредитам зависит от трех основных факторов: прежде всего, лучшей гарантией возврата занятых средств служит наличие надежной концепции предпринимательской деятельности, лежащей в основе конкретного финансового соглашения. Второй фактор касается наличия инструментов, при помощи которых можно застраховаться от возможного риска при предоставлении финансовых займов, что уже в основном обсуждалось сегодня. Также необходимо разработать быстрые и эффективные методы привлечения имеющегося капитала и необходимых залоговых гарантий. И наконец третий фактор, на котором я хочу сосредоточить особое внимание - возврат долга не может гарантироваться лишь простым наличием залога. Если нет механизма принудительного взыскания долга, это значит, что кредитор не имеет гарантий возврата своих средств. При отсутствии механизма принудительного взыскания долгов любые претензии будут бесполезны. Механизм принудительного взыскания переводит таким образом законодательную норму в плоскость реальности.

Далее я хотел бы разделить свои комментарии на четыре части:

- 1 часть - задачи принудительного взыскания,
- 2 часть - модели правовых норм для взыскания долгов,
- 3 часть - общие замечания по моделям взыскания долгов,
- 4 часть - основные этапы процесса взыскания долгов.

Остановимся на 1 части - задачах принудительного взыскания долгов. Самой главной задачей этого процесса является практическая реализация правовой нормы. Принудительное взыскание долга применяется в случае неплатежей и, таким образом, дает инвестору право обратиться к имуществу и основному капиталу должника. То есть, принудительное взыскание долгов фактически применяется в том случае, когда должник не может обеспечить надежный возврат средств. Для того, чтобы принудительное взыскание долгов не выходило за рамки правовых норм, в этой процедуре должны исполняться определенные правила, и она должна

соответствовать определенному кодексу поведения. Прежде всего, взыскание должно проводиться как можно быстрее. Чем быстрее вкладчик сможет получить назад свои средства, тем защищеннее он себя чувствует. Во-вторых, расходы на процедуру принудительного взыскания долгов должны быть минимальными. Расходы на эту процедуру являются частью общих расходов вкладчика и входят таким образом в общий пакет капиталовложений. В-третьих, процедура взыскания должна быть максимально упрощена. Чем сложнее эта процедура, тем большее количество формальных ошибок могут подвергнуть риску весь процесс.

При взыскании долгов необходимо убедиться в реальном наличии достаточных средств, эквивалентных взыскиваемым суммам, с тем, чтобы заручиться полной гарантией возврата кредитов. И наконец, ввиду того, что в данных обстоятельствах может быть несколько инвесторов, стремящихся получить компенсацию из тех же средств, должны существовать определенные правила распределения выручки от реализации. В частности, необходимо заранее знать о существовании кредиторов или субъектов, которые пользуются преимущественным правом получения средств от реализации товаров или услуг. Эти правила взыскания долгов представляют собой только одну сторону проблемы. С другой стороны, механизм взыскания средств должен также защищать должника от потерь, которые он несет в результате неправильного или противоправного поведения, либо антисоциальных действий со стороны кредиторов. Например, в некоторых странах существует такой инструмент защиты должника как обязательная отсрочка исполнения решения о возврате платежей, однако, отсрочки в этих процедурах ведут к увеличению процентов и затрат предприятия-должника, и кроме того, в течение таких отсрочек фонды могут потерять свою ценность. Таким образом, законодатели должны как следует представлять себе последствия применения этого метода, они должны убедиться в необходимости обязательных отсрочек при принудительном взыскании долгов для защиты интересов предприятия-должника. Особенно это касается корпоративных структур, на которых я делаю особый акцент. Кредитное учреждение обычно играет роль инвестора, за которым осуществляется надзор с тем, чтобы можно было посмотреть на процедуру защиты предприятия-должника в другом свете.

Теперь переходим ко второй части - модели правовых норм принудительного взыскания долгов. Такие нормы представляют собой некую постоянную величину между двумя полюсами. С одной стороны существуют правовые нормы, которые относят любую меру в процессе взыскания долгов к судебным процедурам. С другой стороны, существуют нормы, которые предусматривают меры взыскания долгов в пользу обеспеченного залоговыми гарантиями инвестора и подразумевают таким образом опору на собственные силы.

В юридической практике некоторых стран, например в Германии, эта система ориентирована на судебный контроль, и приоритетным направлением является защита предприятия-должника посредством принудительного взыскания через юридические органы, а также путем организации открытых аукционов вместо применения гибких законодательных норм, регулирующих распродажу взыскиваемого имущества. Но на практике были найдены способы передачи имущества доверенному лицу, действующему в роли поручителя. В таких случаях эти права реализуются при помощи неофициальной распродажи имущества. Таким образом немецкая модель применения правовых норм в отношении взыскиваемого

движимого имущества привела к тому, что в банковской практике это практически потеряло всякое значение.

В судебной практике других стран, особенно в типичной долевой нормативной системе, применяются методы самообеспечения. Вкладчик, обладающий гарантиями, пользуется довольно гибким набором мер в том случае, если документ, гарантирующий защиту вложений, составлен надлежащим образом. Права инвестора включают такие меры как неофициальную распродажу активов, а также приобретение всего бизнеса в собственность. При такой юридической практике права вкладчика не игнорируются, а защита должника гарантируется наложением на вкладчика обязательства о справедливой реализации требований.

Третья часть - общие замечания, касающиеся моделей принудительных мер взыскания долгов. В свете вышеупомянутых правил взыскания долгов, и при наличии формализма в судебных процедурах или на аукционных продажах, едва ли удастся избежать задержек, расходов и усложнения всего процесса. Практически в любой судебной практике наблюдаются серьезные задержки судебных процедур по причине перегруженности судов. Что касается судов восточноевропейских стран, то, кроме проблемы перегруженности, им приходится работать в условиях постоянных и неизбежных изменений в системе законодательства, которые характерны для фазы перехода этих стран к рыночной экономике. Таким образом, рискованно полагаться на суды в деле обеспечения защиты гарантий возврата средств, по крайней мере в условиях корпоративной структуры. Отсрочки, которые могут растянуться на годы, делают гарантии практически бесполезными. Даже в тех случаях, когда неофициальная распродажа имущества, как это сейчас происходит в России, насколько нам известно, включена в систему расчетов, необходимо все же удостовериться, что данная система вообще способна работать таким образом.

Разрешите мне проиллюстрировать это на примере Чехии, где я работал членом правления первого частного банка. Самый важный элемент в рамках правового обеспечения финансовых операций, а именно, нормативное регулирование залогов, до сих пор отсутствует в Чешской республике. Поскольку самым главным капиталом, который могут предложить многие фирмы, является недвижимость, в банковской практике Чехии применяется своеобразная система залоговых обязательств. Типичная процедура принудительного взыскания долгов через судебные органы занимает как минимум два года, что ставит в опасное положение банки с небольшим уставным капиталом. Поэтому банки разработали пакет документов, гарантирующих защиту вкладов посредством неофициальной распродажи имущества должника для удовлетворения требований вкладчиков и кредиторов. Однако при этом они не учли реакцию со стороны земельного кадастра. Столкнувшись с угрозой судебного взыскания платежей, эти люди спросили землевладельца, который уже дал свое согласие на распродажу в поручительском договоре, не будет ли он возражать против продажи конкретного объекта. Разумеется, во многих случаях удивленные, но обрадовавшиеся должники, возражали против продажи, и банкам пришлось обратиться в суд с иском, основанным на письменных гарантиях, с целью получения разрешения на продажу. Таким образом, чрезвычайно важно понимать, что при предоставлении коммерческих займов, в случае обращения взыскания на предмет залога, нужно очень осторожно прибегать к помощи судов, если невозможно вообще отказаться от их участия.

В четвертой части моего выступления я попытаюсь дать более подробный анализ того, как практически защитить интересы вкладчика в процессе взыскания его залоговой доли, не ущемляя при этом основных прав предприятия-должника. Для этого нам надо подробнее рассмотреть этапы процесса принудительного взыскания долгов.

Итак, 4 часть - основные этапы процесса удовлетворения требований вкладчиков. В общих чертах можно выделить два основных этапа этого процесса - защита взыскиваемого имущества и его последующая реализация. Это различие между двумя этапами четко обозначено в юридических нормах, принятых в настоящее время в Европейском банке реконструкции и развития (ЕБРР).

На первом этапе процесс принудительного удовлетворения требований вкладчиков не может быть эффективным без наличия у инвестора права на защиту залоговых активов, взыскиваемых с должника, особенно в плане предотвращения использования каким-либо образом данных активов должником или третьей стороной, также обладающей залоговыми гарантиями. Защита подразумевает такие меры как осуществление права распоряжения движимым имуществом, либо принятие мер по предотвращению использования данного имущества лицами, владеющими им или предъявляющими на него свои права. В некоторых случаях, когда у вкладчика нет полномочий для применения определенных мер, например, при особой территориальной юрисдикции данного объекта, может возникнуть необходимость назначить третью сторону, имеющую соответствующие полномочия, для принятия надлежащих мер, что также отражено в действующих нормах ЕБРР. Любые отсрочки в применении таких мер, возникающие в ходе судебных процедур, могут нарушить эффективность всего процесса. Часто быстрота действий является важнейшим фактором, способствующим защите залогового имущества.

Этап реализации обычно заключается в продаже взыскиваемого имущества и передаче должником прав распоряжения своими фондами покупателю. На этом этапе особенно важно сбалансировать конкурирующие интересы должника и вкладчика, обеспеченного залогом. С одной стороны, вкладчик должен обладать правом продажи взыскиваемого имущества без дополнительного решения суда, и следовательно, здесь не должно быть никаких отсрочек и ненужных формальностей. Чем большая гибкость действий предоставлена вкладчику или кредитору, тем эффективнее выполняется задача удовлетворения их требований. Таким образом, может быть достигнута быстрота взыскания, можно избежать дополнительных расходов, обеспечить конфиденциальность и надлежащую форму распродажи, гарантирующую получение эквивалентной выручки, без ненужных формальностей, усложняющих процесс, и ошибок, которые подвергают риску конечный результат всего процесса. С другой стороны, предприятие-должник также может быть защищено двумя способами. В этом случае можно либо предотвратить распродажу, либо, если это сделать не удастся, обеспечить гарантии распродажи активов должника по определенным ценам, которые являются справедливым эквивалентом утерянного имущества. Что касается первого варианта, то его можно осуществить не только судебными методами. Например, можно предоставить должнику определенный период времени после начала процедуры принудительного взыскания до того как будет осуществлена официальная передача предприятия в другие руки. В течение этого периода предприятие-должник или третья сторона может принимать различные меры, включая обращение в судебные органы. Если на

первом этапе защиты взыскиваемого имущества вкладчик сможет предпринять эффективные меры защиты, обязательная отсрочка и этап реализации пройдут легче. Если же дело доходит до распродажи, то тут применяются два вида правил, в соответствии с которыми можно установить адекватные цены на взыскиваемые активы. Один из вариантов - это ввести процедуру распродажи к формальным публичным торгам. Второй вариант позволяет вкладчику самому определить форму продажи. В этом случае защита предприятия-должника гарантируется наложением на него обязанности осуществлять распродажу разумным и надлежащим способом. Такие меры защиты предприятия-должника будут достаточными, при этом также должна присутствовать возможность требования компенсации в случае невыполнения вышеизложенных обязательств.

В заключение хочу дать последний совет в отношении процедуры принудительного взыскания платежей с предприятий-должников (независимо от того, какую правовую норму выбирает законодатель) «делайте это как можно проще, и чем глубже, тем лучше». Спасибо за внимание.

Йн Хендрик Далхьюсен

- Я хотел бы продолжить обсуждение вопросов, которые я уже затронул сегодня на утреннем заседании. Они касаются процедур взыскания платежей при исполнении судебных постановлений в случае банкротства, исполнения постановлений вне рамок банкротства и осуществления процедуры банкротства как таковой, т.е. фактически два типа процедур.

Прежде всего я хотел бы сосредоточить внимание на принципах определения первоочередности удовлетворения требований кредиторов. Это довольно сложный вопрос, и здесь можно выделить четыре принципа.

Первый принцип - это временная очередность удовлетворения требований кредиторов и вкладчиков. Т.е., в первую очередь удовлетворяются требования того, кто раньше их предъявил. Я думаю, что этот принцип должен быть главным. Его придерживаются повсюду в той или иной форме, хотя, как и следует ожидать, здесь существует ряд проблем. Первая проблема заключается в том, в какой именно момент назначаются платежи по долгам. Один вариант - делать это во время заключения договора о залоговых гарантиях. Что касается такой юридической практики, при которой применяется система регистрации и публикации данных, то там в большинстве случаев, хотя и не всегда, процедура взыскания платежей оговаривается в момент регистрации и публикации. Однако, во многих подобных системах также применяется и резервный период. Этот период может составлять, к примеру, 30 дней, в течение которых обрабатываются все условия предоставления гарантий, даже при том, что никакая последующая регистрация не производится. В этот промежуток времени могут быть устранены все недостатки. Естественно, возникают проблемы с будущими активами, когда взыскиваемые платежи рассчитываются в соответствии с ними. То есть, вопрос заключается в том, следует ли определять взыскиваемые платежи во время регистрации или только в момент возникновения активов, который может наступить на несколько лет позже. Большинство регистрационных систем придерживаются в этом механизме даты регистрации даже в тех случаях, когда активы еще не созданы. Я полагаю, что они делают это для упрощения процедуры. Далее возникает еще одна весьма сложная проблема, а именно проблема будущего долга. Если долг предприятия еще не сформировался, можно ли заранее отнести активы на счет этого будущего долга

через регистрационную систему и предварительную запись соответствующих данных. Некоторые страны допускают такую практику, в то время как другие сталкиваются со сложностями при использовании такого механизма. Таким образом, еще раз повторяю, основное правило заключается в удовлетворении требований того кредитора, который имеет преимущество по времени.

Тем не менее, существуют, как и следовало бы ожидать, особые правила. Некоторые специфические платежи, взыскиваемые с должников, могут превалировать над обычными платежами. В случае, если наблюдается конкуренция между сохранением права собственности и ранее сформировавшейся текущей задолженностью предприятия-должника, право собственности должно превалировать над ранее поданным требованием о погашении задолженности. По всей видимости, такая практика широко применяется почти во всех странах. Даже в тех случаях, когда сохранение титула собственности не регистрируется в соответствии с теми юридическими нормами, которые применяют регистрационную систему.

Третий принцип заключается в том, что иногда владельческие платежи преваляют над всеми другими требованиями. Особенно это касается соответствующих документов на право собственности и переуступленных прав, применяемых в США. Иначе говоря, если вы обладаете правом взыскания владельческих платежей, например, в отношении пакета акций, и даже если эти платежи были затребованы гораздо позже, чем обычные невладельческие платежи, ваше право преваляет над другими, но не всегда. Как я уже сказал, такая практика весьма распространена, особенно когда речь идет о переуступленных правах.

Кроме того, существуют требования, согласованные контрактом, которые также могут превалировать над уставными привилегиями, например, налоговые или уставные гарантийные средства или какие-либо другие категории уставных привилегий, о которых я говорил в своем предыдущем выступлении и которые часто становятся правом при принудительном взыскании доходов, но не имущественным правом. Таким образом, требования, согласованные в контракте, в целом будут превалировать над уставными требованиями. За исключением тех случаев, которые распространены во многих странах, когда сборщик налогов может предъявить свои преимущественные претензии, в результате чего его права будут превалировать над любым типом контрактных требований или имущественных прав. Говоря об активах предприятия, мы называем эту первоочередность налоговых ведомств сверхпривилегией.

Далее у нас также существует проблема залоговых гарантий, предоставляемых иностранными субъектами предпринимательской деятельности. Каким образом в конкретную систему вписываются иностранные гарантии? Можно ли их признавать? Каким образом следует их признавать? Как их приспособить к конкретным условиям данного субъекта деятельности, чтобы эти гарантии вписывались в иерархию приоритетов, зафиксированную в законодательстве о принудительном удовлетворении требований кредиторов? Как я уже говорил в предыдущем выступлении, эта сфера является для нас совершенно новой, и исследования здесь только начинаются. Проблема эта непростая, хотя и общая для всех. Если какой-либо товар экспортируется с сохранением правового титула, который создается в форме нового права, разрешающего его приобретение, кредитор вернет его обратно продавцу в случае обнаружения какого-либо дефекта. Если же данный товар

попадает в страну, юридические нормы которой требуют принудительного взыскания платежей в судебном порядке, то возникает вопрос, преобразуется ли данное имущественное право в новой стране таким образом, чтобы сохранилось право собственности на вышеупомянутый товар или вы можете его приобрести в соответствии с законом страны происхождения имущества.

Таким образом вы можете столкнуться с проблемой утери права собственности. Сможете ли вы вернуть это право, не подвергаясь процедуре продажи, или вам придется продавать собственность в другой стране - вот вопрос, который может возникнуть и от которого многое зависит.

А сейчас позвольте кратко остановиться на процедуре продажи. Нас интересует, может ли покупатель приобрести на распродаже имущество или активы предприятия-должника, не обозначенные правами владельца, или необходимо решать эту проблему в связи с другими платежами, взыскиваемыми по данному имуществу.

Второй вопрос, который я хочу затронуть здесь - это ситуация с косвенными залогами. Прежде всего процедура судебного зачета, благодаря которой предприятие-должник может предъявить встречный иск кредитору. Как работает этот механизм? Обычно здесь имеется ряд ограничений. Эта процедура чаще всего применяется в отношении денежных исков, то есть можно зачесть только два встречных иска, выраженных в денежных единицах и обычно в одной валюте. Вы не можете выставить иск в долларах против иска в рублях, и кроме того, оба иска должны быть с наступившим сроком платежа. Нельзя выставлять иск с наступившим сроком платежа против иска, по которому такой срок наступит через год или два. Таковы наиболее типичные ограничения, характерные для данной процедуры.

Следует отметить также право удержания активов. Например, при ремонте часов существует право удержания затрат на ремонт. В общепринятой практике он (мастер) не может, и по традиции не имел права продать имущество, так как занимал положение лица, не имеющего достаточного значения. Он мог также держать это имущество в своей собственности, и при этом никто не имел право ничего с ним сделать, никто не имел право взыскать с него это имущество до тех пор, пока ему не заплатили за это, в данном случае за ремонт. Данные права удержания, в частности право удержания активов, в большинстве юридических норм ограничены целым рядом условий, таких как профессиональные выплаты, возмещение затрат на ремонт и т. д. В некоторых странах неисполнение платежа должником приводит к расторжению контракта но в других странах расторжение контракта о продаже также позволяет продавцу предъявить свои права на имущество, так, что имущество автоматически переходит к нему по закону. Таким образом, активы автоматически переходят к продавцу в силу уставных норм. В частности такая практика применялась в Голландии. Здесь мы наблюдаем автоматический возврат права собственности, при котором нет необходимости применять механизм сохранения права собственности. Я имею в виду, что в этом случае право собственности сохраняется даже при неисполнении платежа должником, т.е. автоматически возвращается к владельцу в результате расторжения контракта. Таковы общие черты косвенных залоговых гарантий, которые играют определенную роль при исполнении судебных решений о взыскании имущества с должников.

Однако, нас больше интересует, каким образом мы можем расширить косвенные гарантии путем совершенствования контрактных обязательств. Возвращаясь к вопросу о судебном зачете, остановимся на механизме взаимной компенсации требований и обязательств. Эта тема стала очень популярной по многим причинам. Как я уже говорил выше, при взаимной компенсации требований зачет обычно ограничивается денежными исками в одной и той же валюте, причем оба иска должны быть с наступившим сроком платежа. Но в некоторых контрактах стороны могут сформулировать процедуру зачета для таких ситуаций, где имеется один денежный иск и другой иск на оказание определенных видов услуг. Тем самым договаривающиеся стороны пытаются, используя некую формулу, свести иски к денежному выражению для того, чтобы судебный зачет был практически осуществим. Однако это нельзя назвать денежным иском, особенно в тех случаях, когда иски предъявляются в валютах разных государств, например, рубль против доллара. Кроме того, необходимо включить в контракт какую-либо формулу обмена и также попытаться осуществить эту процедуру в случае, если иски имеют разные сроки зрелости. При этом необходимо свести иск, по которому срок платежа еще не наступил, к денежному выражению, что естественно потребует разработки формулы определения процентных ставок. Таковы в общих чертах методы контрактного подхода к проблеме зачета, которую мы обычно называем взаимной компенсацией требований и обязательств. Что касается права удержания средств или активов, оно также может быть адаптировано к определенной ситуации при помощи системы договорных обязательств. Эта практика широко применяется банками, когда они удерживают все активы должника, которые имеются на счету, до полного удовлетворения всех долговых обязательств. Весьма часто в банках применяется универсальная система удержания всех средств, которые имеются на их счетах. Что касается права удержания в тех странах, где местные юридические нормы не требуют судебного взыскания платежей, то исходя из данного права, там также пытаются взыскивать долги при помощи договорных обязательств, чтобы в конечном итоге добиться распродажи имущества несостоятельной компании.

Расторжение договоров в тех странах, где это применяется местным законодательством, приводит к автоматическому возвращению права собственности, и таким образом, контракт между договаривающимися сторонами помогает им восстановить право собственности. Разумеется, вы можете записать в контракте все, что угодно, но самый главный вопрос заключается в том, позволяет ли закон о принудительном взыскании платежей с предприятий-должников применять конкретные положения данного контракта. Это может представлять большую проблему, поскольку закон в некоторых случаях не позволяет сделать то, что вам хочется. Например, если мы посмотрим на законодательство Великобритании, трудно сказать, можно ли применять усовершенствование договорных механизмов для приспособления концепции судебного зачета к процедуре банкротства - может быть это возможно, а может быть и нет. Похоже, что апелляционный суд Великобритании скорее склоняется к негативному ответу на этот вопрос. И нам понятно, почему он выносит такое решение - потому что, действуя таким методом, вы можете неограниченно расширять сферу действия своего права первоочередности, и спектр применения этих косвенных гарантий обычно очень широк, а взаимная компенсация требований и обязательств является главным приоритетом.

Имея активы в своих руках, вы тем самым имеете главный приоритет в этом активе, и можете, таким образом, свободно применять право удержания. Т.е., ваше положение будет весьма надежным, если вы можете расширить понятие удержания активов в контексте права. Именно для этой цели и применяется формализация контрактных обязательств.

Наконец мы подошли к самой процедуре банкротства. Существует два типа банкротства - первый тип подразумевает механизм очередности залоговых обязательств, существующих вне рамок процедуры банкротства, и он работает в системе обычной очередности. При втором типе банкротства иерархия очередности меняется, что видно на примере ликвидации предприятий, а также при процедуре банкротства, ведущей к ликвидации. В исключительных случаях, а именно в процессе ликвидации несостоятельных предприятий, можно наблюдать возникновение других приоритетов. Как правило, доверенные лица, а также профессиональные консультанты предъявляют исключительно высокие требования при выработке приоритетов. Например, обязательства, предлагаемые доверенным лицом в процессе предстоящей ликвидации, для того, чтобы предприятие могло какое-то время продолжать свою деятельность, требуют очень высокой степени очередности. И наконец мы подошли к таким процедурам банкротства, которые ведут к реорганизации предприятий. В этом случае весь механизм банкротства направлен на то, чтобы дать конкретной компании шанс перестроить свою работу. В главе II закона о банкротстве США вы найдете совершенно другой подход, в особенности в части залогового обеспечения финансовых операций и привилегий, включая привилегии налоговых ведомств. В этих нормах описывается общее состояние всех дел, связанных с процедурой банкротства. Там говорится, что кредитор, обеспеченный залогом, не может воспользоваться своим залоговым обязательством вне процедуры банкротства и вне процесса реорганизации предприятия. Таким образом, он теряет свое индивидуальное право, и ему приходится терпеливо ждать, пока доверенное лицо, осуществляющее процедуру банкротства, примет решение в отношении активов компании. Вполне понятно, почему именно это делается таким образом - ведь если каждый кредитор будет немедленно взыскивать все причитающиеся ему долги, компания распадется сразу же. Поэтому, для того, чтобы реорганизация имела какой-то смысл, необходимо осуществлять задержку всех взыскиваемых платежей в первой фазе процесса банкротства. Что касается второй фазы процесса, то особенно в тех странах, где нормы позволяют использовать настоящие и будущие активы в качестве взыскиваемых платежей, там может присутствовать излишнее залоговое обязательство. Как банкир могу вам сказать прямо - банки всегда пытаются захватить как можно больше, иногда в 2-3 раза больше, чем необходимо. Поэтому эти излишки или избыточное залоговое обязательство, могут и должны быть использованы в процессе реорганизации для привлечения дополнительных средств. Если имеется избыточное залоговое обязательство, то обычно в процессе реорганизации вы обнаружите, что доверенное лицо, осуществляющее процедуру банкротства, обладает определенными правами для сокращения этого избытка и освобождения средств с целью привлечения дополнительных фондов в самом начале этапа реорганизации. Причем при этом на данном этапе мы можем не знать, будет ли успешной реорганизация, т.е. этот механизм предоставляет большую гибкость действию доверенному лицу.

В процессе реорганизации возможны такие ситуации, когда приостанавливаются все отдельные исполнения решений по взыскиваемым долгам, таким образом, весь процесс не только приостанавливается, но окончательные расчеты задерживаются до тех пор, пока доверенное лицо не примет решение в отношении дальнейших действий. Банки являются основными поставщиками финансовых средств в процессе реорганизации и возможно, им должно быть отведено предпочтение, даже в отношении выплаты всего долга, как некая компенсация за их помощь. В планировании этого процесса можно также предусмотреть, чтобы кредиторы, обеспеченные залогом, также присоединились и приняли на себя альтернативное залоговое обязательство. Например, если поручитель по делу о банкротстве хочет, несмотря на план, продать заводы, на которые имеются залоговые обязательства, даже в случае эквивалентного залога, с тем, чтобы завод мог быть продан. Таким образом, в процесс вступает эквивалентный залог, и при этом в некоторых странах допускается ущемление в правах кредиторов, обеспеченных залогом. Вот, я думаю в общих чертах все, что я хотел сказать.

Ричард Коин, партнер-управляющий Latham & Watkins Москва

- Спасибо вам большое, добрый день, уважаемые господа. Ну что делать, один человек говорит по-русски, другой по-английски. Я не знаю, что делать сегодня. Я думаю, что, наверное, лучше говорить по-английски, потому что я американец и так будет немножко легче мне. Но после этого, если у вас будут вопросы, можно, конечно, задавать их на английском или на русском языке. Все будет нормально.

Возможно, вы не ожидали, сегодня мы собираемся поговорить о центральной проблеме российской экономики, фактически это как бы сердце любой экономики в капиталистическом обществе. Я имею в виду закон о банкротстве, которому отведены последние часы этого дня. Рассматриваем ли мы процесс реабилитации предприятия, при котором компания продолжает существовать, или мы говорим о ликвидации, в результате чего компания прекращает свое существование, а его активы распродаются, центральным вопросом структуры экономики является проблема несостоятельности предприятия. Почему это так? Это объясняется тем, что независимо от того, являетесь ли вы необеспеченным кредитором, который занимается своим бизнесом и продает услуги другим компаниям, или вы обеспеченный кредитор, предоставляющий денежные средства и другие ценности в обмен на залоговую долю, вся ваша деятельность будет определяться в конечном итоге тем, как с вами поступят, если все развалится и пойдет с молотка. Иными словами, прежде всего вы должны посмотреть, как отразится на вашем клиенте законы конкретной страны о несостоятельности предприятий. Если в России имеются юридические нормы, которые защищают кредиторов, обеспеченных залогом и гарантией, такие кредиторы приедут в Россию. Если Россия не имеет таких норм, обеспеченные кредиторы не будут активно действовать на этом рынке.

На сегодняшний день Россия имеет очень мало частных долларовых инвестиций в свою экономику, поскольку, как нам известно, эта страна пока не обеспечивает надлежащей защиты кредиторов, имеющих залоговые гарантии. Это не значит, что в этом вопросе не достигнут прогресс, и мы сегодня еще поговорим об указе Президента Ельцина, который был издан приблизительно год назад, в отношении законов о банкротстве. Однако, основополагающий момент заключается в том, что

частные инвестиции не идут в экономику той страны, где обеспеченные кредиторы не защищены законом.

Давайте рассмотрим несколько базовых положений этой проблемы, чтобы быть уверенными, что мы все правильно понимаем друг друга. Что такое клиент, имеющий гарантии в самом обычном понимании этого термина? Это значит, что деньги были одолжены под обещание возврата. Если деньги не возвращаются, кредитор имеет право на какие-то конкретные средства, которые он может забрать для того, чтобы пользоваться ими или продать. В чем заключается разница между обеспеченным и необеспеченным гарантиями кредитором? При проведении процедуры банкротства необеспеченный кредитор может обращаться лишь к общим фондам компании. Он не может обращаться к каким-либо конкретным фондам данной компании.

Давайте рассмотрим простой пример. Допустим имеется предприятие стоимостью 5 млн. долларов, т.е. у него имеется на банковском счету 5 млн. долларов. Иски, выставленные этому предприятию, составляют 50 млн. долларов, т.е. это все товары, которые были проданы, и все, что делалось без каких-либо гарантий. Таким образом, каждый из необеспеченных кредиторов получит, грубо говоря, с каждого доллара, причитающегося ему, только 10 центов. Другими словами это значит, что если вы оказали какие-либо услуги или дали деньги данному предприятию и при этом у вас нет доли, гарантированной залогом, вы получите только 10 процентов от того, что вы дали этой компании. Если же, с другой стороны, вы были достаточно благоразумны и обеспечили себе гарантии, например, приобрели залоговую долю в форме здания, принадлежащего данной компании (о том, как получить свою залоговую долю мы сейчас поговорим), и это здание стоит 500 тыс. долларов, а вы ссудили данной компании, скажем, 1 млн. долларов, то вы являетесь кредитором, обеспеченным на сумму 500 тыс. долларов. Значит в результате исполнения всех решений по процедуре банкротства вы возможно получите ваши 500 тыс. долларов плюс 10 процентов на оставшиеся 500 тыс. долларов в качестве платежей, взыскиваемых по таким же необеспеченным искам.

Я говорю здесь не только о теории этого вопроса, здесь важно подчеркнуть коренное различие между ситуациями, при которых можно получить назад свои средства, и самым неблагоприятным развитием событий, т.е. при банкротстве предприятия. Сегодня здесь уже говорилось о таком понятии как оформление залоговой доли. В России понятие оформление доли не значит абсолютно ничего. Поэтому остановимся на этом понятии. В делах о банкротстве, которые осуществляются в США и в других странах, чьи юридические нормы схожи с американской структурой, защите подлежат только те истцы, которые имеют оформленную залоговую долю. Оформленная залоговая доля означает, что было публично объявлено о том, что конкретный кредитор имеет конкретную залоговую гарантию определенного типа. Возвращаясь к тому зданию компании, о котором я говорил, можно сказать, что даже в случае договоренности о наличии у кредитора оформленной залоговой доли в данном здании, но при этом никто в мире не знает об этом, никто также и не узнает, имея дело с этой компанией, что данное здание не является частью активов компании, а фактически принадлежит заемодателю. Концепция оформленной доли означает, что имеется некий метод, посредством которого можно сообщить всему миру о том, что данное здание принадлежит мне,

и если кто-либо захочет заключить сделку с этой компанией, он должен понимать, что это здание не может быть частью платежей по искам вкладчиков к компании, если последняя не в состоянии выплатить свои долги.

Существует множество различных способов оформления залоговой доли. В России, однако, по-моему таких способов не существует. У нас имеются законы о залоговом имуществе, которые в действительности не устанавливают механизм оформления залоговой доли.

Подытоживая то, что я хотел сказать, в России необходимо разработать определенный механизм, который позволил бы всем юристам, работающим в сфере финансовых операций и всем тем, кто присутствует здесь, каким-либо образом знать, что они приобрели оформленную залоговую долю. Это необходимо для того, чтобы Россия могла двигаться дальше, используя некоторые юридические нормы, которые уже были разработаны. Это необходимо для того, чтобы в случае рассмотрения дел о банкротстве суд признал гарантированную залоговую долю кредитора и позволил бы вам вернуть гораздо большую часть средств, чем вы могли бы получить, не будучи кредитором, обеспеченным оформленным залогом.

Давайте рассмотрим далее ситуацию, в которой вы выступаете обеспеченным кредитором и вам приходится участвовать в процедуре банкротства. Мы уже кратко останавливались на понятии иста, имеющего залоговые гарантии. Это не является абсолютным статусом. Возвращаясь к тому примеру со зданием стоимостью 500 тыс. долларов, давайте теперь возьмем сумму 400 тыс., чтобы вы четче видели разницу. Итак, здание стоит 400 тыс. долларов, вы дали компании 1 млн. долларов, и вы имеете оформленную залоговую долю в виде этого здания. При таком раскладе ваша доля оформлена только на сумму 400 тыс. долларов. В юридической практике любых государств, которые имеют базовое законодательство о банкротстве, вы столкнетесь с судебными процедурами, через которые необходимо пройти для того, чтобы определить стоимость вашего залога. Ведь я, в качестве залогодержателя, могу пойти в суд и заявить, что здание стоит 165 млн. долларов, из которых мне причитается 1 млн. долларов. Представители компании со своей стороны также обратятся в суд и скажут, что стоимость здания оценивается в 100 тыс. долларов, а оставшиеся 900 тыс. долларов представляют собой необеспеченное залогом требование кредитора, с которых он получит из расчета 10 центов с каждого доллара. Поэтому одна из проблем, которая пока еще не решена законодательством, это проблема оценки залогового имущества, необходим специальный механизм, который позволил бы быстро и точно определять ценность залоговой доли.

А сейчас кратко остановимся на проблеме первоочередности и роли требований кредиторов, обеспеченных залоговыми гарантиями. Здесь уже говорили только что о проблеме приоритетов и первоочередности, хотя акцент там был несколько иной. Я хочу остановиться сейчас на проблеме первоочередности удовлетворения требований кредиторов в процессе выплаты по искам в делах о банкротстве. В российских законах, как и в законах многих других стран, есть положение, в соответствии с которым обеспеченный иск не является фактической частью имущества, подлежащего банкротству, т.е. заложенное имущество не входит в общую собственность компании. Я думаю, что это очень хорошая информация для кредиторов, ибо это означает, что кредитор теоретически не обязан проходить

через судебную процедуру для того, чтобы получить свое имущество. Но если вы спросите меня верю ли я в это, я отвечу вам - нет. Нам еще предстоит понаблюдать за тем, что происходит в Российских судах, как при рассмотрении дел о банкротстве, так и в обычных гражданских судебных процессах, и посмотреть, сколько времени понадобится кредиторам, чтобы получить свое имущество. Однако есть два положения в российских нормах, на которые я хотел бы обратить ваше внимание. Одно из них содержится в статье 6 раздела 4 Закона о банкротстве, принятом Верховным Советом как раз незадолго до этого, нет таких благоприятных для кредиторов норм. Тем не менее в настоящее время в России склонны скорее применять закон, введенный Президентом Ельциным. Что же предстоит сделать России, чтобы обеспечить необходимую защиту кредиторов и других вкладчиков, имеющих залоговые гарантии на предоставляемые ими ссуды. Первое, что нам всем нужно, это приобрести некоторый опыт, нам предстоит понаблюдать за тем, как проходят судебные дела о банкротстве, нам также нужно убедиться в том, что судьи обладают достаточной квалификацией для вынесения решений по таким делам, мы хотим быть уверены в том, что в этих делах нет коррупции, что все делается точно и своевременно, мы хотим убедиться в том, что при оформлении залоговых долей, мы могли бы каким-либо образом знать, что клиент приобрел эту оформленную залоговую долю в том или ином виде имущества.

Но можно сделать вывод, что дело продвигается в нужном направлении, т.к. Россия уже начинает принимать законы с помощью таких организаций как ПРИС, ЕБРР и других, которые в настоящее время работают в Москве, с тем, чтобы создать организационную структуру работы с обеспеченными исками в процедурах банкротства. Объединив усилия всех работающих в этой области, и присутствующих на этом заседании, мы можем надеяться, что добьемся хороших результатов в будущем и выполним поставленные задачи.

Ну а если вы раздумываете сейчас над тем, стоит ли вкладывать капитал в Россию под залоговые гарантии, то, я думаю это надо делать с большой осторожностью. Спасибо вам большое за внимание, буду рад ответить на вопросы после перерыва.

Виктор Голубев, заместитель председателя Российского Федерального агентства по делам о несостоятельности (банкротстве), Москва

- Здравствуйте, уважаемые коллеги. Зовут меня Голубов Виктор Васильевич. Я благодарен организаторам за то, что вы пригласили меня принять участие в столь интересном собрании. Очень благодарен выступившим передо мной коллегам, которые посвятили свое внимание проблемам, связанным с обеспечительными и обязательственными отношениями в процессе ликвидации несостоятельных предприятий. Позвольте мне высказать свою личную, ну и в значительной части личную позицию Федерального управления по банкротству по главному вопросу. Вопрос обеспечения обязательств через систему залога имущества активов субъектов предпринимательской деятельности в процессе удовлетворения требований кредиторов несостоятельного должника с одной стороны является составной частью общей проблемы обеспечения гарантий займа, и мы в этом отдаем себе в полной мере отчет, но с другой стороны, особенно с учетом сегодняшних российских реалий эта задача является важнейшей самостоятельной проблемой обеспечения привлечения частных инвестиций в российскую промышленность. Немного статистики. Начиная с августа месяца, после выхода

соответствующих нормативных документов, когда мы начали вести перечень неплатежеспособных предприятий, мы перейдем на юридический язык, предприятий, имеющих неудовлетворительную структуру баланса, т.е. обладающих одним из основных признаков несостоятельности, таковыми сегодня признаны уже под тысячу предприятий. В отношении нескольких случаев таких предприятий либо уже приняты решения, либо в настоящий момент подготовлены и ждут утверждения уже подготовленные решения, либо в настоящий момент эти решения прорабатываются. Реализация принимаемых федеральным управлением решений в отношении таких предприятий должников уже сегодня реализуется и будет реализовываться как в рамках судебных процедур, определяемых ныне действующим законом о несостоятельности и банкротстве, так и в рамках существенно более широкого спектра внесудебных процедур, определенных указами Президента Российской Федерации Т 2264, Т 1114 о продаже предприятий-должников, а также постановлением правительства Т 1001 об особенностях продажи предприятий-должников и Т 490 от 20 мая. За это время нами разработано около сорока нормативных и методических документов, основные из них можно прочитать в специальных экономических изданиях. Но что уже сегодня можно сказать, по различным оценкам от 30 % до 50 % российских промышленных предприятий имеют неудовлетворительную структуру баланса и могут быть подвергнуты как судебному, так и внесудебным процедурам, в том числе и ликвидационным процедурам. В любом случае, с учетом вот такого нынешнего состояния российской экономики и российских промышленных предприятий речь может идти о ликвидационных процедурах в отношении нескольких тысяч предприятий. Когда мы говорим сегодня о банкротстве предприятий в терминах российского законодательства, то в частности федеральное управление по делам о несостоятельности и банкротстве в первую очередь имеет в виду ликвидацию бизнеса, т.е. ликвидацию юридического лица. И в последнюю очередь ликвидацию производства, на базе которого строился данный бизнес. Дело в том, что менталитет, преобладающий ныне в российском обществе, к сожалению, как правило, ассоциирует понятие предприятие с понятием производства. Мы же совершенно четко для себя определили, что мы ассоциируем понятие предприятие с понятием бизнеса. И та стратегия, которая будет осуществляться федеральным управлением о банкротстве, будет выражаться в том, что даже в процессе конкурсного производства мы будем стараться таким образом формировать конкурсную массу, чтобы, если хотя бы это малейшим образом только возможно, формировать лоты для продажи таким образом, чтобы они представляли для себя самостоятельное значение, так либо начала, так для продолжения бизнеса данного собственника. Это конечно же, несомненно, по нашему мнению, должно способствовать уменьшению неизбежного в процессе структурной перестройки спада производства и естественно сохранению хотя бы частично рабочих мест, поскольку рабочие места как раз обеспечивают производство. Думаю, что всем сидящим здесь в зале достаточно очевидно, что реализация такой стратегии невозможна без создания правового механизма обеспечения гарантий по кредитам. Если не будет системы обеспечения гарантий кредитов, не будет реальных инвестиций в производство. При этом совершенно очевидно, если не будет возможности привлечь инвестиции, то потенциальные покупатели таких лотов не будут иметь никакого интереса приобретать именно такой лот. Поэтому ясно, что только благоприятный климат позволит реализовать стратегию.

Так всем хорошо известен такой хорошо работающий механизм обеспечения привлечения инвестиций, это механизм ипотечного кредита. То есть кредита, выдаваемого под залог недвижимости. Это не случайно. Недвижимость является уникальным субъектом собственности, которая в известной степени зависит от процессов и прочих процессов, связанных с неизбежным уменьшением стоимости денежной единицы. В данном случае речь идет не только о рубле, а о денежной единице любой страны. Опыт Польши, как информировал нас уважаемый профессор Дуайт, показывает, что механизмы банкротства поставлены в конец очереди. Существует достаточно своеобразный, я бы сказал, результат, если предмет залога является производимая продукция предприятия. Наверное, не смертельно, если предмет залога будет недвижимость, которая находится в стороне от основной технологической цепочки производства. Но мы сегодня, к сожалению, сталкиваемся со случаями, когда либо в силу низкой квалификации, либо в силу злого умысла иной раз предметами залога могут служить имущество и оборудование, находящееся в непосредственной основной технологической цепочке предприятия. В этом случае изъятие части такого имущества неизбежно приведет к остановке производства, в принципе нормально работающем, потенциально способном приносить прибыль. Поэтому нам представляется, что стратегия и механизмы, предлагаемые федеральным управлением по делам несостоятельности могут оказаться более цивилизованными, более подходящими для российских условий, когда в результате ликвидации юридических лица, то бишь несостоятельного бизнеса, нам, тем не менее, удастся с удовлетворением требований кредиторов максимально сохранить элементы еще здорового производства. Поэтому мы считаем, что порядок удовлетворения требования кредиторов при ликвидации предприятий-должников как в судебных, так и во внесудебных процедурах в случае нехватки имущества, активов для удовлетворения всех требований кредиторов, поскольку если таких активов хватает, то и проблемы нет, должно быть единым и предусматривать единую очередность удовлетворения требований и его порядок. При этом, права кредиторов, обязательства которых обеспечены залогом, должны быть особо оговорены в этом механизме, в этом порядке. Сегодня очередность удовлетворения требований кредиторов определена 30-й статьей закона о банкротстве. Там сказано, что требования залоговых кредиторов удовлетворяются внеочередным образом, т.е. они выведены из общей очередности удовлетворения требований кредиторов. По моему мнению, это хорошая норма, это достаточно серьезные гарантии. И данная норма хорошо вписывается в частности в ту концепцию федерального управления, о которой я вам уже говорил. Но, к сожалению, в 64-й статье проекта нового Гражданского кодекса Российской Федерации залогодержатель становится кредитором в третьей очереди. И сегодня данная норма без пяти минут у нас стала законом, поскольку первая часть Гражданского кодекса, как вы знаете, прошла третье слушание в Думе, и в ближайшее время будет опубликовано и вступит в силу. Я думаю, что это не лучшая норма, которая могла бы появиться в этой части, она, конечно же, может повлиять на уменьшение интенсивности инвестиционной политики в России, но, тем не менее, нам представляется, что не нарушая даже вот такой нормы гражданского законодательства, при дальнейшей проработке в частности изменений к закону о банкротстве, развитие нормативной базы реализации данной нормы и тех норм, которые вновь появятся, нам удастся реализовать достаточно хорошие гарантии для кредиторов, обязательство перед которыми обеспечено залогом. За недостатком времени, конечно, я не могу раскрыть вам все те механизмы, которые нами сегодня прорабатываются, я только обозначаю направления, в которых мы

работаем, чтобы решить эту проблему. Ну прежде всего, в любом случае мы заложенное имущество будем выделять в отдельный лот при формировании конкурсной массы. Второе, если заложено имущество с ущербом для возможности создания нового эффективного бизнеса, примеры я приводил, т.е. это часть технологической цепочки, здоровой технологической цепочки, то в случае согласия кредитора мы будем прописывать механизм замены активов, заложенных на активы, менее влияющие на технологическую цепочку, и с согласия кредитора замены одного лота на другой в пользу данного кредитора. Прорабатывается в том числе временной аспект понятия очередности удовлетворения кредиторов в силу того, что лоты могут быть достаточно значимыми, по-существу, практически самостоятельно действующими производствами, не убежден, что реализация всей конкурсной массы возможна одновременно. Следовательно, здесь тоже есть над чем подумать, и в том числе просматриваем механизмы, которые усилят гарантию кредиторов, обеспеченных залогом, в направлении обеспечения их прав. Наконец, прорабатывается ограничительный механизм удовлетворения требований кредиторов различных очередей. Пока я бы хотел ограничиться по этому вопросу сказанным. А в то небольшое время, которое у меня осталось, еще немножечко поговорить о другой проблеме. Эта проблема носит несколько иной характер и касается обеспечения другого рода обязательств перед несколькими рода субъектами. В данном случае я говорю о имеющихся сегодня проблемах с обеспечением обязательств перед кредиторами первой очереди. Как вы знаете, к этой категории относятся, прежде всего, лица, которым причинен ущерб, должником направлением их здоровья, т.е. по-русски говоря, это инвалиды, инвалиды труда, которые получили увечье на производстве. В наших непростых условиях социально-экономических сегодня зачастую те выплаты, которые они имеют по обязательствам предприятия за причиненный ущерб, являются для них единственными средствами для существования. В настоящий момент в законе о банкротстве, да и в новом проекте ГК, мы имеем норму, когда величина обязательств перед кредиторами такого рода должна вычисляться путем повременной капитализации платежей, с учетом банковской ставки процента. Скажите мне, пожалуйста, каким образом мы с вами вычислим величину этих обязательств, если они должны быть по решению суда выплачиваемы данному субъекту пожизненно? Для того, что это определить, нам с вами придется решить всего лишь навсего простую задачу, точно знать, сколько он проживет. Наличие такой нормы сегодня в законе и в новом проекте ГК практически делает данную проблему тупиковой. И я думаю, что решение этой задачи, которую нам с вами придется вместе решать, лежит через введение в законодательство Российской Федерации системы страхового обеспечения, страховых обязательств перед кредиторами такой категории. Здесь возможны различные пути решения этой проблемы, как с участием государства, так и без участия государства, но ее придется решать путем введения обязательного страхования таких категорий граждан, работников предприятий, с переходом субсидиарной ответственности страховщика на категорию кредиторов первой очереди в случае банкротства предприятия. Вопрос этот спорный, непростой. Здесь имеются различные мнения, различные позиции, в том числе я слышал такие высказывания, как: давайте ограничим неким сроком возможные вычисления суммы этих выплат. Высказывались, в том числе авторитетными юристами, такие мнения, что, мол, ну не все же обязательства должны прекращаться после смерти физического лица, так почему, собственно говоря, эти обязательства должны прекращаться после ликвидации юридического лица. Но думаю, что сегодня в условиях России эта

проблема принципиальная, и мне кажется, что решение ее должно быть найдено через тот механизм страхования, о котором я говорил. Спасибо за внимание.

Джон Шельдерун Олайсен, директор "Norway Group AS", Осло

Уважаемые дамы и господа, я постараюсь дать вам как можно более сжатое представление о норвежской системе регистрации финансовых залоговых обязательств. По традиции процесс юридической регистрации документа по-норвежски называется Тинглеси. Это понятие возникло во времена викингов, и его можно перевести как «публичное объявление». Это понятие подразумевает регистрацию и сертификацию законного владельца по залоговым обязательствам, каким-либо правам или закладным на имущество. Основной целью Тинглеси является защита прав владельца от каких-либо претензий, предъявляемых третьей стороной. В давние времена Тинглеси громко объявлялась глашатаем в церквях по воскресеньям. Это звучало примерно так: «настоящим заявляю, что господин Перельсон приобрел недвижимое имущество в Беверли Хилз под залог первой очереди на сумму одна тысяча норвежских крон в пользу господина Перельсона» - так заносилось в старых норвежских регистрационных книгах. Тинглеси и сейчас повсюду применяется в Норвегии, а местные суды имеют регистрационные книги. Однако, с тех пор многое изменилось, и сегодня норвежская правовая система полностью автоматизирована. Могу сказать вам, что введение автоматизированных регистрационных процедур, увеличило эффективность всего процесса, и на сегодняшний день регистрация недвижимого имущества занимает 163 дня, а регистрация движимых активов занимает 3 дня.

В сфере финансов также очень важно, что наша правовая система была предельно упрощена с целью облегчения доступа пользователей к регистрационной информации и обеспечения лучшего обзора всех данных. Возможность быстрого прямого доступа к достоверной обновленной информации позволила банкам добиться обеспечения более надежных гарантий при кредитовании и тем самым также расширила заемный потенциал предприятий. В то же время система обеспечивает свободный доступ для всех людей к государственной информации. До 1981 года норвежские банки не имели достаточных инструментов обеспечения гарантий при кредитовании, особенно путем взыскания платежей с движимого имущества клиентов. Такая ситуация значительно ограничивала возможности финансирования промышленности, поэтому банки совместно с представителями промышленных секторов в течение нескольких лет добивались изменения законодательства в этой области. По новому закону о залоге 1980 года у нас были созданы две независимые системы регистрации. Одна из этих систем предназначена для недвижимого имущества, по которому 88 местных судебных административных органов по всей стране имеют соответствующие регистрационные книги. И вторая система, предназначенная для движимого имущества, которая управляется из центра, регистрация по этой системе осуществляется государственным агентством Бреннсен Регистр, которое было создано в 1980 году.

В то время как регистрация присваиваемых имуществу номеров, а также владельцев недвижимости является обязательной, регистрация движимых активов осуществляется по желанию владельца. Книга регистрации недвижимости включает в себя всю информацию о характеристиках данного имущества, земли и зданий, и также платежи за использование оборудования и другого имущества, которые

обозначаются соответствующим регистрационным номером. В регистрационную книгу движимого имущества записываются такие вещи как запасы различного сырья или товаров, транспортные средства, сельскохозяйственное оборудование или машины, скот и собранный урожай, рыбные ресурсы, а также текущие и будущие поступления. Однако существуют некоторые правила для этих двух систем. В частности, закон о залоге 1980 года регулирует или скорее направляет основную деятельность в рамках этих двух систем. В обеих системах регистрация залоговых обязательств и исков кредиторов не является обязательной. Однако иски, предъявляемые распоряжением суда регистрируются автоматически.

Закон о залоге также установил принцип так называемого негативного доверия, который означает, что любое незарегистрированное требование не имеет преимуществ по сравнению с требованиями, предъявляемыми третьей стороной. Кроме того, закон о залоге также устанавливает, что очередность зависит от даты регистрации. Имеется в виду, что все документы, поданные для регистрации в один и тот же день, имеют одинаковую очередность. Эта норма также распространяется на судебные иски, взимания налогов и любые другие процедуры.

Существует однако ряд незначительных исключений из этих правил, которые практически не оказывают влияния на финансовые операции. Данные по регистрируемому документу включают имя, адрес и номер удостоверения должника, кредитора, владельца и самого объекта. Сюда также включаются такие категории как залоговое обязательство, судебный иск и тому подобное. Кроме того, вводится описание объекта, а для предметов недвижимости и транспортных средств приводятся также регистрационные номера. Ну и затем данные о количестве и соответствующие даты. Сертифицированные таким образом оригиналы зарегистрированных документов, становятся банковскими документами, которые могут передаваться третьей стороне, сохраняя при этом свою силу без регистрации факта передачи. Иными словами это значит, что документ не нужно перерегистрировать при изменении кредиторов. Ответственность за ошибки в обеих регистрационных книгах берет на себя государство, но в нашей практике было не много таких ошибок.

Чтобы вы имели представление об этой системе, я могу сказать вам, что за 1993 год общая сумма регистрационного сбора по регистрационной книге объектов недвижимости составила приблизительно 215 млн. долларов США. Ежегодный объем исков, удовлетворенных через Государственное казначейство, составил менее одного на тысячу из этого количества. Что касается регистра движимого имущества, здесь ситуация еще лучше, так как за период между 1980 и 1994 годами общая сумма удовлетворенных исков составила всего лишь 20 тыс. долларов США.

Вернемся теперь к самим книгам регистрации. Норвегия - страна небольшая, она занимает площадь приблизительно равную площади Польши, но если посмотреть на карту, то вы увидите, что она значительно более вытянута. Если вы попытаетесь измерить Норвегию с запада на восток, то это будет в направлении от Амстердама до района к востоку от Санкт-Петербурга. Если же будете мерить ее с севера на юг, то это будет направление Осло-Рим. Это означает, что если вы перевернете карту, то сверху у вас будет Осло, а в самом низу Рим, т.е. когда мы разрабатывали норвежскую систему, мы пытались отразить в ней большую часть

Европы в смысле территории. Регистрационные книги по объектам недвижимости, как я уже сказал, находятся в 88 судебных органах, разбросанных по всей стране. Эта Система была полностью автоматизирована в 1992 году, и она включает 266 млн. объектов, и еще раз повторю, регистрация таких объектов является обязательной для всех. Все регистрируемые данные касаются имущества, и судебные органы хранят в своих архивах копии всех зарегистрированных документов. В 1993 году было зарегистрировано 930 тысяч документов. Существует также центральный регистр по всем объектам недвижимости Норвегии, в котором содержится информация, поступающая из местных баз данных. Данные центрального регистра обновляются ежедневно, или, если выражаться точнее, каждую ночь. Все данные являются открытыми для широкой публики, доступ к ним бесплатный, но если вы хотите что-то посмотреть, вам необходимо лично явиться в соответствующий судебный орган. Данные центрального регистра поставляются на коммерческой основе на профессиональный рынок - банкам, страховым компаниям, агентам по недвижимости и т.д., посредством универсальной системы передачи данных. В 1994 году через эту систему было сделано 600 тысяч запросов, и общая сумма платежей за пользование системой, поступившая в государственную казну, составляла 5 млн. долларов США, причем чистая прибыль государства составила около 50 процентов.

Данная система при получении запроса обеспечивает информацию о любом виде имущества в любой точке страны, может сообщить имя владельца, его адрес и номер удостоверения личности. Также предоставляется информация обо всех залоговых обязательствах и залогах, которые наложены на данное имущество.

В начале 1995 года этот регистр будет интегрирован в систему общего Регистра территориальных адресов объектов недвижимости (ГИБ), который черпает информацию из местных муниципалитетов и включает все технические данные по объектам недвижимости.

Регистрационная книга движимого имущества была создана в 1980 году и этот регистр содержал данные о регистрации всего имущества по всей стране. Регистр также включает данные из некоторых других центральных регистров, на которых я не буду сейчас останавливаться, регистрация движимого имущества является добровольной, но не бесплатной, за исключением исков, предъявляемых судебными органами. В регистре отражаются документы двух типов - добровольные соглашения типа финансовых обязательств или контрактов, контракты на аренду, брачные контракты и дополнения и изменения, которые вносятся в уже составленные и ранее зарегистрированные документы. Второй тип документов содержит исключительно иски, предъявляемые на основе распоряжений судебных органов. В регистрационных книгах движимого имущества не содержатся никакие документы или копии зарегистрированных документов, так как сами документы после компьютерного сканирования, заверяются специальной печатью и отсылаются обратно в центр, или как правило самому кредитору. Заверенные оригиналы становятся таким образом официальными банковскими документами, представляющими финансовую ценность для их держателя.

Процесс регистрации обеспечивает защиту интересов документодержателя от претензий третьих сторон или даже от государства. В процессе регистрации система автоматически проверяет правильность внесенных данных - имя, адрес и

номер удостоверения личности - при помощи системы передачи данных из баз данных Бремас в офисе. В эту систему можно войти при помощи различных средств связи, таких как телефон в автомобиле, обычный телефон или телефакс, либо при помощи обычного сообщения, составленного на бумаге. На этом листе вы можете увидеть пример запроса, подаваемого в регистрационную базу данных, но это на норвежском языке. Все реестры в Норвегии не объединены в централизованную систему, а все профессиональные пользователи, работающие на профессиональном рынке, имеют доступ и к тем, и к другим реестрам через одну и ту же систему передачи данных. Основным моментом при создании реестра является кодовый номер, который имеет решающее значение для качества реестра, а также для оценки надежности той или иной фирмы. Исходя из этого, финансовые организации могут более эффективно управлять степенью риска. Поэтому, приступая к созданию системы реестров, не забывайте параллельно разрабатывать систему кодификации. К концу 1993 года такой добровольный реестр перевода залоговых обязательств в векселя содержал три миллиона документов на общую сумму 50 миллионов долларов США. Это свидетельствует о возросшей кредитоспособности предприятий и отрасли в целом, и мы всегда будем рады поделиться с вами своим опытом в создании и ведении таких реестров. Спасибо.

Марина Вит, советник комитета Государственной думы России по имуществу, приватизации и экономическим вопросам, Москва

- Ну, конечно, очень интересно было слушать предыдущего оратора и сопоставлять с тем, какое положение дел по регистрации у нас сейчас в России. Конечно, нам очень сложно. С одной стороны, мы хотим наверстать упущенное, с другой стороны, мы понимаем, что очень быстро создать цивилизованную систему регистрации мы не в состоянии. Поэтому сейчас в Государственной Думе, конкретно в комитете по собственности, приватизации и хозяйственной деятельности создана специальная комиссия из представителей всех министерств и ведомств, специальная комиссия по разработке закона о создании системы регистрации прав собственности и других вечных прав на недвижимость. При этой комиссии создана постоянно действующая рабочая группа, и вот 22 ноября состоится слушание на заседании вот этой комиссии, слушание такого первого рабочего проекта такого закона. Прежде всего, мы пришли к тому, что система регистрации в России должна создаваться последовательно и поэтапно. С этой целью должна быть правительством принята специальная государственная программа поэтапного создания системы регистрации прав на недвижимость. На первом этапе создания такой системы целесообразно сохранить все существующие государственные структуры, которые сейчас занимаются регистрацией различных объектов недвижимости. Надо сказать, что у нас сейчас в субъектах федерации сложилась разрозненная система регистрации различных объектов недвижимости. Отдельно регистрируются права собственности на землю, отдельно регистрируются права собственности на здания, сооружения, отдельно регистрируются права собственности на квартиры, которые находятся в этих зданиях. Поэтому, прежде всего, нам необходимо постепенно собрать воедино недвижимость всю: участок земельный и на этом участке все другие объекты недвижимости. Вот это вот у нас сейчас совершенно разрознено. Некоторые субъекты федерации сейчас пошли уже вперед и создают такие объединенные государственные структуры, которые регистрируют, предположим, одновременно землю и здания и сооружения, которые на этой земле. Но, как правило, регистрация квартир все равно оторвана. Поэтому

мы, учитывая такое неодинаковое развитие наших субъектов федерации, а их у нас 89, и учитывая различную степень подготовленности субъектов к созданию систем регистрации, мы и пришли к необходимости вот такого поэтапного внедрения единой государственной системы регистрации прав собственности на недвижимость. На первом же этапе, при вот такой разрозненной регистрации различных объектов недвижимости, субъекты федерации могут создавать, почему я говорю: могут создавать, потому что практически это за свой счет, субъекты федерации должны решить такой вот вопрос о создании единого центра по регистрации. И параллельно с развитием систем регистрации создается единая информационная база о недвижимости и правах на нее. Надо сказать, что у нас сейчас отсутствует такая информационная база, у нас были и есть бюро технической инвентаризации в каждом районе, городе, которые вели всегда инвентаризацию технических параметров объектов. Надо сказать, что даже эта инвентаризация крайне несовершенна, и для описания объекта недвижимости и описания прав на недвижимость эту систему можно использовать, все-таки проверяя в каждом конкретном случае, потому что, как правило, данные там устарели, даже данные о тех объектах, которые стоят на земле. Теперь что касается самой земли. Органы земельные вели учет земельных ресурсов. Учет земельных ресурсов более совершенен был по землям сельскохозяйственного назначения, а в городах даже учет земельных ресурсов был опять крайне несовершенен. Поэтому даже описание земельного участка сейчас опять будет очень неполным при выдаче свидетельства на право собственности на землю. Практически мы понимаем и вводим сейчас в нашу систему необходимость объединения всей регистрационной системы кадастрового номера земельного участка. Но вместе с тем, мы отдаем себе отчет, что такой кадастровый номер может формироваться и должен сейчас формироваться, как правило, в отрыве от проведения землеустроительных работ. У нас землеустроительные работы опять же отстают от развития собственности на землю и от необходимости выдачи свидетельства и описания земельного участка. Поэтому у нас сейчас кадастровый номер может представлять собой, формирование кадастрового номера с одной стороны - это коды субъектов федерации, код района, код города, код внутри города, района, а дальше номера земельного участка нет, и у нас номер непосредственно земельный участок получает в процессе регистрации. Так что практически регистрационный номер и является завершающим в кадастровом номере недвижимости. И при описании такой вот недвижимости мы постепенно вынуждены будем, особенно в процессе развития рынка недвижимости, совершенствовать описание объектов недвижимости и дополнять описание этих объектов в процессе совершения сделок с недвижимостью. И теперь параллельно с такой работой по созданию систем регистрации уже в некоторых субъектах федерации начинается работа по созданию единой информационной базы о недвижимости и правах на нее. Опять у нас получается, что наиболее достоверной такая информационная база может стать только в том случае, если она будет создаваться в процессе регистрации прав на недвижимость. У нас есть информационная база, которая создается по объектам недвижимости в процессе инвентаризации, но, как правило, эта информационная база недостаточно будет удовлетворять развитию рынка недвижимости и потенциальных собственников. Поэтому предусматривается опять же создание такой информационной системы. Это создание информационной системы, также как и создание регистрационной системы, также пойдет снизу, от района, города, субъекта федерации, и где-то в очень уже далекой перспективе мы могли бы говорить о том, чтобы была такая, может быть, уж не настолько совершенная система информации, но вот мы хотели

бы, чтобы такая наша информационная система приближалась к такой системе информации о недвижимости, которая сейчас есть в Швеции. Вообще мы изучаем шведский опыт, и в этом отношении, конечно, ну хотелось бы стремиться к такой совершенной и системе регистрации, и к такой совершенной информационной системе о недвижимости, которая имеется в Швеции. В этом отношении сейчас тоже большой интерес представляет реестр. Либо он называется залоговый реестр, либо реестр ипотеки, который сейчас вычлениют шведы и делают его самостоятельным реестром на фоне реестра собственников, на фоне реестра прав собственности, еще на фоне реестра по различным сервитутам, и отдельно реестр залога. Для нас сейчас, конечно, создание такого реестра особенно актуально, имея в виду, что здесь вполне возможно привлечь и банки, конкретно даже есть коммерческие банки, которые заинтересованы в создании такого самостоятельного реестра залогового. Поэтому вот в этом отношении мы надеемся, что уже на первом этапе мы также сможем создавать и вот этот реестр ипотеки. Но что у нас получается, чем плох вот пока этот первый этап, в который, можно сказать, мы уже сейчас вошли, мы уже сейчас находимся на первом этапе создания системы регистрации. Этот этап плох тем, что государство пока не может гарантировать ваши права собственности и не может их защищать. Пока защищать такие права нечем и нечем. У нас не ни кадров, ни средств, ни соответствующего законодательства. Поэтому практически сейчас защита прав ложится на плечи собственников, и собственникам предоставляется возможность самим защищать свои права в суде. Но мы надеемся, что по мере создания страховых фондов, по мере совершенствования уже регистрационной системы на последующих этапах создания такой системы государство сможет уже гарантировать права и обеспечивать их.

**Марина Артамова, старший советник управления коммерческих операций
Токобанка, Москва**

- Хотелось бы поприветствовать присутствующих в этом зале и поблагодарить от имени нашего банка, поскольку мы оказались единственными участниками данной конференции, поблагодарить организаторов данной конференции и, не умаляя достоинств других, в частности наших акционеров, Европейский банк реконструкции и развития. Хотелось бы сказать два слова о банке. Наш акционерный коммерческий банк «Токобанк» был первым российским банком, получившим генеральную валютную лицензию номер 1 от Центрального банка Российской Федерации. Поэтому наш опыт на банковской ниве насчитывает сейчас уже ровно пять лет. 31 октября мы отметили свой юбилей. Поэтому практика залогового законодательства непосредственно имеет отношение и к нашей деятельности. Поскольку времени мало, и достаточно авторитетные предварительно выступающие осветили практически вопросы, касающиеся регистрации залога, хотелось бы немного уделить внимание осуществлению их на практике. В настоящее время в российской Федерации сложились предпосылки к тому, что именно залог становится едва ли не самым главным способом обеспечения обязательств должника, и прежде всего, для банков и кредитных учреждений. Возрастающую роль залога в значительной мере способствует собственные экономике переходного периода такие негативные явления, как инфляция, падение роста производства и вызванный этим рост неплатежей. Также не секрет, что в нынешних условиях неизмерно возросла опасность, особенно для банков, невыполнения должником своих обязательств. И в сложившихся условиях доверие к партнеру по сделке, в том числе кредитной, в значительной мере сейчас утрачено.

И в результате вместо способов обеспечения, основанных на доверии к личности должника, в настоящий момент приходится основываться на способах, которые могут опираться только на доверии к вещи, т.е. на залог. Для сделок, заключаемых с обеспечением, конечно, основным является признание этой сделки действительной, т.е. заключение данной сделки с соблюдением установленного законом порядка и с соблюдением формы. Установленная законом форма является условием действительности самого договора о залоге и, вместе с тем, определяет момент вступления его в силу. Поэтому принятый закон о залоге, являясь актом прямого действия, конечно заполнил вакуум в этой области, в области залоговых операций обязательственного права, стал большим шагом в этом направлении, но оказался для практиков настолько исчерпывающим, что определил лишь основные положения этого гражданского-правового института. Залог наиболее полно и надежно мог бы защитить интересы кредитора, потому что в этом случае изменение платежеспособности и имущественное положение должника не могут в этом случае повлиять на удовлетворение требований кредитора. Но поскольку законом была введена государственная регистрация договора залога, особенно более надежных его видов, а механизм данной регистрации в настоящий момент практически отсутствует, поэтому сложились у практиков большие трудности. Относительно реализации данного договора. Закон предусматривает также еще и нотариальное удостоверение данной сделки. Стоимость нотариального удостоверения в настоящее время установлена в размере трех процентов от стоимости сделки. Конечно, ни кредитору, ни заемщику, если сделка будет настолько велика, не хочется в нотариальное заверение собственные деньги, особенно если речь идет о краткосрочных кредитах. Поскольку краткосрочные кредиты в этой ситуации, получается, что они не оправдывают данных расходов по нотариальному заверению. Если есть достаточные какие-то условия, которые кредитору достаточно явно определяют, что сделка может быть реализована. При этом нужно иметь в виду еще, что на практике не удается реализовать должным образом подобные предписания, только потому, что отсутствует этот механизм. Даже осознавая, что залог подлежит государственной регистрации и создает для кредитора гарантию реального удовлетворения всех требований, которые могут возникнуть в случае неисполнения должником своих обязательств, на практике это практически неосуществимо. Поэтому банкам приходится прибегать к другим видам залога, где государственная регистрация, нотариальное удостоверение не предусмотрены. В нашей ситуации в банке практически не было прецедента обращения взыскания на имущество заемщика по валютным сделкам, и незначительное количество обращений взыскания на сделки по рублям только лишь на личное имущество граждан. В основном банк в своей практике, при отсутствии подобного механизма, пытается руководствоваться соглашением сторон, естественно не допускать судебное разрешение подобных споров, поскольку для банков в этой ситуации, в отличие от всех остальных юридических лиц, более целесообразно использовать наличие на счетах валютных средств клиентов, также предоставление в залог депозитов, находившихся в этих же банках, и в этой ситуации банку предоставляется самим клиентом право в случае невыполнения им в срок своих обязательств, с получением согласия самого клиента, в бесспорном порядке использовать в погашении этих кредитов деньги, находившиеся в самом банке. Но если данный заемщик является естественно клиентом данного банка. Конечно, проблематичнее ситуация возникает, если заемщик является не клиентом соответствующего банка-кредитора. Также банки прибегают в этой ситуации еще к одному виду залога, залога прав, залога прав на контракты, залога прав на

получение экспортной валютной выручки, которая также проходит через текущие валютные счета, открываемые клиентом в самом банке-кредиторе. Либо приходится полагаться в остальном на добросовестность самого должника. Хотя несомненно, при оценке значения требований об обязательной регистрации залога отдельных видов имущества, следует иметь в виду, что закон дополнительно допускает неоднократный залог одного и того же имущества разным лицам и одновременно закрепляет принцип приоритетности в получении удовлетворения. И тем самым, конечно отсутствие государственной регистрации очень большой вред приносит банкам, поскольку наличие государственной регистрации, строгой системы учета могла бы служить источником для таких сведений для каждого последующего кредитора. Поэтому наличие отдельных положений, касающихся залога, в ряде законов, в специальном законе о внешней торговле, валютном регулировании, банках и банковской деятельности, также большое количество изданий общеобязательных ведомственных и межведомственных правил, также наличие высокого процента госпошлин за нотариальное удостоверение отдельных видов залога, отсутствие единой системы государственной регистрации, единого реестра договора залога на территории Российской Федерации, и также отсутствие четкого порядка регистрации, списка регистрирующих органов и их компетенции привели к тому, что реально статьи закона о залоге и о государственной регистрации, и с нотариальном заверении в настоящий момент практически не действуют. Единственный в это время был издан документ комитетом по государственному управлению государственным имуществом, который один из первых ввел временное положение о согласовании залоговых сделок, но сделок, касающихся только согласования залога государственного федерального имущества. Остается только надеяться, что законодательство Российской Федерации в ближайшее время будет приведено в соответствие с законом о залоге и о государственной регистрации, и с нотариальном заверении в настоящий момент практически не действуют. Единственный в это время был издан документ комитетом по государственному управлению государственным имуществом, который один из первых ввел временное положение о согласовании залоговых сделок, но сделок, касающихся только согласования залога государственного федерального имущества. Остается только надеяться, что законодательство Российской Федерации в ближайшее время будет приведено в соответствие с законом о залоге и о государственной регистрации, и с нотариальном заверении в настоящий момент практически не действуют.

Ильгар Курбанов, заведующий юридическим отделом администрации Президента Азербайджана

- За ограниченностью времени я коротко расскажу вам о положении дел с регистрацией дел коммерческих кредитов с обеспечением в Азербайджане. Послушав предыдущих ораторов, я думаю, что те проблемы, о которых они говорили здесь, это проблемы, которые нас ожидают, наверное, в будущем, потому что отличительной особенностью Азербайджана является то, что совсем до недавнего времени в Азербайджане не было специального закона о коммерческих кредитах с обеспечением, и наконец-то, буквально месяц назад был принят закон о залоге, который восполнил этот пробел. Я остановлюсь только в тех аспектах, касающихся регистрации в этом законе. В законе предусмотрено несколько общих положений, касающихся регистрации. В частности, в статье 13 предусмотрено, что обязательной государственной регистрации подлежит залог того имущества, который должен быть зарегистрирован в государственных органах. Причем, регистрацию проводит именно тот орган, который должен зарегистрировать объект залога. И там же, в этой же статье предусмотрено, что порядок государственной

регистрации залога утверждается кабинетом министров. Я думаю, что как раз те проблемы, о которых здесь говорили, побудили законодателей принять такой порядок, потому что дело в том, что те государственные органы, которые занимаются регистрацией, в основном проблема касается недвижимости, и те органы, которые занимаются регистрацией недвижимости, они вообще-то, точнее структуры этих органов не совсем удобны, не совсем соответствуют той работе, которая от них ожидается. И поэтому, при разработке порядка регистрации залога, наверное, Кабинетом Министров будет пересматриваться деятельность этих органов, возможно какие-то структурные в этих органах, или даже может быть, будет создан какой-то единый орган, в котором будет сосредоточена вопрос о регистрации залога. Во всяком случае, статья 15 закона предусматривает ведение ипотечных книг, хотя в законе не указано, какой именно орган будет вести эти книги. Видимо, этот вопрос тоже будет решен кабинетом министров. В настоящее время кабинет министров не закончил еще работу по разработке этих правил регистрации. Поэтому сейчас еще рано что-то говорить, трудно сейчас что-нибудь говорить об этом. И в то же время в законе есть несколько положений, которые направлены на то, чтобы избежать некоторых проблем, о которых здесь сегодня говорилось. В частности, законом предусмотрено обязательное ведение регистрационной книги залогодателем, в которой должны быть внесены все сведения о залоге и которые залогодатель обязан предоставить по любым запросам. В частности, запросам залогодержателя и третьих лиц. Предусмотрена ответственность залогодержателя за причиненный вред из-за непредоставления вот этих самых сведений или же несоставлении этой книги. Также предусмотрена в законодательстве обязанность регистрирующего органа выдавать выписки из реестра. Это опять-таки по запросам залогодержателя, залогодателя и третьих лиц. Предусмотрена государственная пошлина за регистрацию, размер пошлины еще не определен, я вам говорил уже, что еще только месяц как закон вступил в законную силу и также в законе предусмотрена возможность обжалования в суд в незаконных действия органа, регистрирующего залог, а также ответственность этого органа за вред, причиненный по вине его сотрудников. Вобщем-то, это то, совсем немного, которое я могу сегодня сообщить вам о состоянии вопроса регистрации залога в Азербайджане. Спасибо за внимание.

Михаил Митюков, первый заместитель председателя Государственной думы Российской Федерации, Москва

Уважаемые господа и дамы, позвольте от имени Государственной Думы, Федерального Собрания Российской Федерации приветствовать международную конференцию по коммерческому кредиту, залого и гарантиям в России и странах содружества. Обсуждаемые вами проблемы носят не только теоретический, правовой характер, но и непосредственно связаны с экономической и политической действительностью нашей страны. Несомненно, что настоящее и будущее реформ в России и государствах СНГ в определенной мере связано с инвестициями в нашу экономику, кредитами. И здесь замкнутый круг. Многие наши иностранные друзья говорят: будет создана должная обстановка в стране - потекут кредиты. Но такая обстановка, в свою очередь, во многом зависит от оздоровления экономики, в чем не последнюю роль играют инвестиции, в том числе и иностранные. Несомненно, что правовое обеспечение - залог укрепления доверия иностранных инвесторов и кредиторов нашему государству, предпринимателям России. Весьма в противоречивых условиях переходного периода в России создает юридическая база

рыночной экономики. Приняты законодательные акты о собственности, о банках, инвестициях, о внешнеэкономической деятельности, о валютных операциях, залоге, фермерском и крестьянском хозяйстве. Это законодательство первого этапа весьма противоречно. Честно надо сказать, что это законодательство — плод многих политических компромиссов, плод присоединения несоединимого, многих идеологий, в том числе, экономических и политических. Сейчас происходит переосмысливание и корректировка как принятых актов, так и в целом перспектив законодательной деятельности Федерального собрания. Хорошее начало в этом положила конституция 1993 года и принятая недавно Государственной Думой первая часть Гражданского кодекса. Но это только начало, это идеология второго этапа, если так можно выразиться, переходного периода. В ближайших планах парламента, прежде всего, обновление банковского законодательства. Сейчас два проекта готовы, они в ближайшее время будут обсуждаться. Инвестиционного законодательства. Принятие законов об ипотеке, об акционерных обществах, ценных бумагах, совершенствование судебной системы, разрешающей экономические споры. Будут приняты новые редакции законов об арбитражных судах и арбитражно-процессуальный кодекс. Всего 76 правовых актов, которые необходимо принять к декабрю 1995 года, затрагивающие именно сферу экономики. Хочу сказать, что, в отличие от прошлого Верховного Совета, Государственная Дума поворачивается именно к экономическим реформам. Но политические страсти, дискуссии не позволяют вплотную заняться этими важными аспектами, поэтому немудрено, что президентские указы во многом восполняют ниши и пробелы в регулировании экономической деятельности нашего государства. Многие критикуют это положение, я на него смотрю весьма беспристрастно и объективно, поскольку в период становления нового парламентаризма вряд ли возможно парламенту поспеть за реалиями экономической жизни. Не все идет гладко. Грядут, видимо, большие дискуссии по проекту нового земельного кодекса. Главной темой этих дискуссий, видимо, явится проблема пределов распространения частной собственности на землю, как далеко идти в этом вопросе. Аграрная партия, которая в какой-то мере, как говорится, инициатор новой редакции земельного кодекса, естественно, пытается ограничить эти пределы. Демократические фракции предложили свой проект закона о земле, где к этому вопросу подходят именно с рыночных позиций. Надо отметить, что перспективы сотрудничества с Западом во многом будут зависеть от законодательства, не только регулирующего экономические сферы, но и от законодательства, регулирующего политические институты в нашей стране. Прежде всего, от таких законов и их применений, как закон о гражданстве, от будущего закона об иностранцах и лицах без гражданства, даже от таких, казалось бы, далеких законов, как законы о выборах и референдуме. Этот ряд, конечно, законодательных актов, который предстоит принять в конце этого года, начале года, можно продолжить. Нынешняя конференция дает громадную пищу для законодателей, нужно поразмышлять на выдвинутыми идеями и возможностями претворения их не только в реалии законов, но и в правоприменительную практику. Правильно отмечалось здесь многими ораторами, особенно в первой части, что закон принять то можно, но как они будут работать? Они могут превратиться в мертвую букву. Да, применение наших законов во многом зависит от того уровня общественного согласия, которое есть и которое будет достигаться в нашей стране. Много интересных идей высказано, затрагивающих важные аспекты коммерческих кредитов, договорного права, права собственности, залога, взысканий на имущество, банкротства и также вот сейчас темы, которые идут, о регистрации залога и сделок и имущества. Я думаю, что опубликованный

отчет о конференции станет одним из пособий в законопроектной работе Государственной Думы, и мы его естественно проработаем во всех комитетах, и хотелось бы, чтобы этот отчет появился не через многие месяцы, а в ближайшее время. Позвольте поблагодарить устроителей конференции и Высший арбитражный суд за возможность услышать интересные идеи, и также критику в применении действующего законодательства. Благодарю за внимание.

Николас Олливант, кредитный инспектор Европейского банка реконструкции и развития, Лондон

Меня попросили представить тему дискуссии, связанной с этим конкретным прецедентом с целью обратить внимание здесь присутствующих на некоторые важные моменты, а именно моменты, связанные с кредитными операциями, и моменты, затрагивающие интересы банков, в особенности в связи с залоговыми операциями. Я думаю, ключевым вопросом, который следовало бы задать на этом этапе обсуждения, был бы вопрос, почему банк может быть заинтересован в получении залога. По сути, я собираюсь сделать несколько замечаний, которые имеют отношение к заключительному этапу нашей практической работы, но я остановлюсь на этих моментах с самого начала. После этого мы перейдем к рассмотрению конкретного прецедента и опять вернемся к этим вопросам, связанным непосредственно с проблемой залога. В отношении залога важно отметить то, что для банка он не является источником погашения кредита. Предоставляя ссуду, банк делает это в основном исходя из потока наличных средств предприятия. Банк ожидает, что компания будет существовать в течение какого-то периода времени, вне зависимости от того, является ли это краткосрочной финансовой операцией или долгосрочным займом, и что получаемая компанией прибыль будет достаточной для погашения займа. Банки никогда не хотят брать залог, чтобы потом оказываться перед перспективой его реализации. Это сложный, требующий временных и нервных затрат и в конечном итоге убыточный процесс. Одна из существенных проблем связана с издержками по обращению в суд. Очень неприятно обнаруживать, что вы получили обратно деньги на погашение кредита, но все мобилизованные таким образом средства должны уйти на выплату судебных издержек. Итак, зачем же тогда мы берем залог? Ответ на этот вопрос состоит в том, что вы, как кредитор, хотите обеспечить себе какую-то меру контроля над тем, что делает компания. Очевидно, что если банк предоставляет ссуду крупной международной корпорации, это просто невозможно, поскольку у компании будет гораздо больше собственных средств, чем заемных. Но в рамках нашего обсуждения можно сказать, что банку нужно до какой-то степени контролировать ситуацию в течение срока, на который предоставлен кредит. Если банк имеет залоговое право на активы компании, ее средства производства, ее банковские счета, это не означает, что банк собирается вмешиваться в процесс управления компанией. Однако это означает, что, если банк начинает выкидать в проблемы компании, - а эти проблемы могут быть связаны с неэффективным управлением, неудачным выбором рынка, отсутствием прибыли, несчастными случаями, - существует много причин, по которым предприятие может работать плохо, - он может что-то предпринять, он может выступить на сцену и включиться в управление компанией, при необходимости даже взять на себя руководство ее деятельностью, и, вполне возможно, может потребовать изменений в ее руководящем составе, изменения ее политики и даже дополнительного займа или изменения порядка выплаты задолженностей. Цель банка всегда состоит в том, чтобы компания продолжила свою деятельность, поскольку в этом случае долг по кредиту будет погашен. Компания представляет ценность до тех пор, пока ее деятельность приносит прибыль. Когда от компании остаются только ее основные активы, она представляет значительно меньшую ценность, чем если существовала

бы в своем прежнем, работающем, качестве. Два слайда, с которых я начну, отражают концепцию источников потока наличных средств, поскольку, как вы понимаете, ликвидация компании — это самое последнее дело. Вчера этот вопрос обсуждался с многих сторон разными выступающими. Банк никогда не заинтересован в том, чтобы ликвидировать залог.

Основная мысль состоит в том, что банк должен предоставить компании кредит, чтобы помочь ей развить производство. По-моему, один из выступающих вчера ссылался на законодательство в связи с ломбардами. Важно понимать фундаментальное различие между банком и ломбардом. В случае ломбарда вы отдаете ваш залог и получаете ссуду. Залогодержателю все равно, встретитесь ли вы хоть еще один раз, поскольку если вы не появитесь, ваш залог продается и на этом история заканчивается. Эта схема реализовалась или продолжает реализовываться некоторыми банками, с которыми мы работали в нескольких небольших городах Российской Федерации. Эти банки хотят действовать осмотрительно и поэтому часто требуют предоставления 150 или 200 процентов от величины займа в форме залога, но при этом они никогда не вникают в то, как работает компания, и не тратят время на то, чтобы разобраться в ее проблемах и в том, какой тип финансирования ей нужен. В результате, когда возникают трудности с выплатами, банк приходит и забирает имущество, стоимость которого, вместо предполагавшихся 200 процентов от стоимости займа, внезапно и как по волшебству оказывается, дай бог, 50 процентов. Концепция продолжения функционирования очень важна. И мы, и банки, с которыми мы работали, обнаружили, что такой конструктивный подход к анализу кредитов, к рассмотрению процесса кредитования, самой компании и ее действий обеспечивает своевременное погашение займов. Так или иначе, в тот короткий период, когда мы работали с некоторыми из этих небольших банков в Нижнем Новгороде, Туле и Томске, мы достигли стопроцентного уровня погашаемости займов, что, должен я сказать, весьма удовлетворительный результат. Впрочем, я также должен отметить, что такой результат наблюдался только на протяжении 12 последних месяцев или около того и это были краткосрочные займы. Но это только начало. Теперь я хотел бы перейти к рассмотрению конкретного прецедента. Есть производящая компания, расположенная здесь в Москве. Сумма займа составляет 15 миллионов долларов, а целью его является закупка оборудования, причем оборудование будет импортировано. Заем будет осуществляться в твердой валюте, поскольку требуется, чтобы оборудование приобреталось из двух различных источников, у шведского изготовителя и одного из партнеров в совместном предприятии. Вы сможете получить практически полную информацию о структуре этого предприятия и проекта в целом, поскольку цель моего выступления состоит в том, чтобы стимулировать обсуждение конкретных требований, залога и процедуры обеспечения, а не специфических терминов наподобие «риска по процентной ставке», сильных сторон партнеров, анализа партнеров и т.д. Мы можем вернуться к условиям функционирования этого конкретного предприятия по мере развития дискуссии. После того, как я сделал несколько замечаний относительно кредитования в целом, я неизбежно приду к вопросам, непосредственно связанным с залогом, и на этом этапе меня сменит Мелисса Шварц, поскольку я недостаточно компетентен в сфере залоговых операций. Сейчас мы говорим о кредите, полученном на рынке долгосрочного капитала, поскольку он будет предоставляться на срок примерно от шести до семи лет. В самом начале у нас будет короткий период, который называется периодом отсрочки платежа, и это обычно считается

приемлемым в тех случаях, когда производственная мощность только строится или когда речь идет о здании, эксплуатация которого не приводит к возникновению потока наличных средств. В нашем конкретном случае мы имеем работающее предприятие, причем партнеры в этом предприятии собираются выходить на новый рынок, а именно рынок камер для российских автомобилей, а также автомобилей Польши и других европейских стран. Итак, 50 процентов участия в предприятии имеет «Чикаго Рисорсиз Рашша Лимитид», а вторая половина приходится на долю российского акционерного общества «Грибоедов Энтерпрайзиз». В качестве американской компании я выбрал «Чикаго Рисорсиз», потому что, в порядке отступления от темы, я должен сказать вам, что большую часть моей профессиональной жизни как банкира я провел в Чикаго, работая с двумя банковскими учреждениями, а также в школе бизнеса в этом же городе, и поэтому если у вас возникнут вопросы относительно банковского дела, пожалуйста, не спрашивайте меня об английской банковской системе, поскольку я сравнительно мало о ней знаю. На следующем слайде представлена обобщенная информация о капитальных затратах, так что это даст вам самое общее представление об одном из возможных способов организации подобного проекта. Как вы увидите в дальнейшем, заем в размере 15 миллионов долларов предполагается использовать на закупку нового оборудования для производства автомобильных камер, причем я предполагаю, что пять миллионов на строительные работы и пять миллионов на развитие инфраструктуры будут предоставлены партнерами, которые уже работают в этой компании. Эта компания существует, и поэтому мы можем относиться к такому вкладу как к виду долевого участия натурой. Здесь есть важная проблема, связанная с выбором подхода к процедурам оценки вклада партнеров, но в нашем случае нет необходимости ее обсуждать. Тем не менее, очевидно, что если какая-то компания в России делает вклад в форме здания, участка земли или оборудования, мы должны прийти к некоторому согласию относительно денежной стоимости такого вклада.

Другим важным моментом является оборотный капитал. В целях нашего рассмотрения мы предположили, что долгосрочный заем будет предоставлен не только международным банком, но что существует и российский банк, обозначенный нами как «Большой Банк», который обеспечит компании оборотный капитал. Зачем нам это нужно? Это нужно для того, чтобы компенсировать колебания в производительности работы компании, ее уровне сбыта, уровне материально-технического обеспечения и размере дебиторской задолженности. Очевидно, что работающая в Москве компания нуждается в услугах местного банка, и в нашем случае мы исходим из того, что у местного банка будет пять миллионов долларов в рублевом эквиваленте, которые он сможет предоставить на создание оборотного капитала. И это будет необеспеченный кредит. Ясно, что в ситуации, когда международный банк предоставляет долгосрочный кредит, он потребует максимально возможного обеспечения. Местный банк, предоставляющий компании средства на создание оборотного капитала, может точно также потребовать какого-то обеспечения, если вернуться к той части моего выступления, в которой я говорил о банках, с которыми мы работали, например, в Нижнем Новгороде. Этот вопрос подлежит обсуждению между партнерами и обоими банками. Эта обобщенная схема капитализации иллюстрирует вклады от долевого участия партнеров и сумму задолженности. В общем и целом, при анализе проектов в ЕБРР мы отдаем предпочтение тем из них, в которых сумма долевого участия партнеров составляет около одной трети. Очевидно, что чем больше сумма долевого участия

партнеров, тем меньше финансовый риск. Концепция финансового риска основывается на том соображении, что если у вас есть долговое обязательство, вы должны производить выплаты по основной части долга и выплаты по процентам независимо от прибыльности компании. В теории, акционеры получают дивиденды только в том случае, если компания приносит достаточную прибыль. Если компания функционирует на сравнительно низком уровне риска, очевидно, что она может принять на себя большие долговые обязательства, поскольку имеет устойчивый доход. Компании, использующие в производстве «высокие технологии» и новые производственные процессы, или работающие на «трудных» рынках, например, на рынке одежды, особенно модной одежды, обычно получают большую прибыль, но и финансовый риск тоже более высок. В этих случаях, сталкиваясь с проектами такого типа, мы ожидаем, что доля партнеров будет больше, а сумма долга - меньше. В нашем случае у нас одну треть составляет сумма долевого участия партнеров, при двух третях долга, что представляется нам достаточно разумной пропорцией для производящей компании. Скоро мы подойдем к рассмотрению вопросов юридического характера, связанных со способами обеспечения кредита, - их представит Мелисса Шварц, - а также рассмотрим структуру компании. Мы предполагаем, что эта компания первоначально создавалась как совместное предприятие по советскому законодательству и недавно была преобразована в акционерное общество. Надо сказать, что ЕБРР имеет дело с большим количеством проектов и вчера вечером я имел беседу с потенциальным клиентом о том, желательно ли для компании это преобразование, связанное с изменением ее статуса совместного предприятия на статус акционерного общества с ограниченной ответственностью. Это связано с большими проблемами юридического характера, это связано с издержками и т.д., и это - тот вопрос, который банк, а точнее, банк и его юристы, захотят изучить во всех деталях. Для кредитора здесь важно то, чтобы предприятие продолжало функционировать. Теперь, возвращаясь к нашему проекту, где, как мы установили, предстоит еще провести некоторые строительные работы, установку оборудования и т.д., мы, как банк, хотим убедиться в том, что этот проект будет реализован в действительности некоторым осмысленным путем. В самом общем виде, нам нужна гарантия завершения проекта. Это не гарантия кредита, это гарантия, предоставляемая одним из участников, в данном случае «Чикаго Рисорсиз», в том, что если на завершение проекта потребуются дополнительные средства, эти средства поступят либо в форме долевого участия партнеров, либо посредством «внешнего» займа компании у третьего лица. Самое худшее, что может себе пожелать банк, - это остаться с завершением на две трети проектом и разбежавшимися партнерами, когда у нас нет не действующего производства, ни до конца созданных активов. Ни один банк не имеет понятия о производстве автомобильных камер. В этом случае в качестве технических экспертов выступают «Чикаго Рисорсиз» и «Грибоедов Энтерпрайзиз», так что гарантия завершения проекта абсолютно необходима.

Теперь, в этом случае, мы говорим - «чудесно, гарантию завершения нам дает компания, зарегистрированная в Чикаго и имеющая, по классификации "Standard and Poors", рейтинг кредитоспособности А+. Но уверены ли мы в том, что эта компания сможет внести дополнительные наличные средства, если таковые потребуются?» Ответ на этот вопрос мы можем выяснить, проведя анализ кредитоспособности американской компании. Если бы мы обсуждали частную компанию, или же компанию, сравнительно слабо стоящую на ногах, мы могли бы сделать вывод, что этой гарантии нам недостаточно и, возможно, стали бы искать

поддержки от банка этой компании в Чикаго. Мы сказали бы: «не могли бы вы быть так любезны предоставить нам резервный аккредитив или какое-либо гарантийное письмо от вашего банка, где было бы сказано, что в случае, если вы, «Чикаго Рисорси», окажетесь не в состоянии сделать это, то ваш банк внесет нужную сумму вместо вас?» В этом случае речь может идти о предельной сумме в, скажем, один, два или три миллиона, в зависимости от конкретного случая. Еще нам нужны финансовые отчеты той компании, которой мы предоставляем кредит. В нашем случае мы имеем дело с компанией, которая была убыточной на протяжении двух последних лет и у нее образовался дефицит. Нам нужно знать, что происходит с компанией. В нашем гипотетическом случае я исхожу из того, что финансовые отчеты подготовлены международной аудиторской фирмой. Тогда сводный финансовый отчет может быть представлен в установленной форме, то есть как набор отчетов, подготовленных в соответствии с общепринятыми принципами бухгалтерского учета или какими-либо иными международными стандартами. Однако, такая компиляция означает всего лишь, что аудиторская фирма взяла информацию у компании и представила ее в стандартизованном виде. Это ни в коей мере не значит, что действительно была проведена аудиторская проверка деятельности компании, то есть анализ ее финансовой деятельности, направленный на то, чтобы убедиться, что представленная компанией информация дает достоверную и точную картину ее текущего состояния. В таком случае банк вполне может потребовать проведения аудиторской проверки этого конкретного заемщика. Такая проверка сопряжена с дополнительными издержками и вопрос об их покрытии обычно выносится на обсуждение между банком и заемщиком. Также существуют вопросы технологий, вопросы рынка, например, сколько камер компания сможет продать, кто будет их покупать, если мы заключаем договор об отчуждении имущества должника, как мы можем удостовериться в том, что сторона, заключившая договор на покупку продукции, будет иметь возможность и желание заплатить за эту продукцию. Для получения ответов на эти вопросы может потребоваться анализ компаний, являющихся заказчиками московского предприятия-изготовителя. Как я уже говорил, ключевой проблемой является проблема управления, поскольку некомпетентность руководящего состава или смена руководства до истечения срока погашения кредита может самым драматическим образом сказаться на прибылях компании. Это уже вопрос кредитоспособности местного банка. Если у местного банка проблемы, то наш клиент может потерять баланс наличных средств, что для нас совершенно нежелательно. К тому же мы хотим быть уверены в том, что кредитная линия на нужды оборотного капитала остается для нашего предприятия открытой. Поэтому нам, возможно, придется проанализировать деятельность местного банка. В нашем случае мы предполагаем, что местный банк, Большой Банк, является акционером «Грибоедов Энтерпрайзиз» и поему весьма заинтересован в наличии у предприятия оборотного капитала. Кроме того, чтобы удостовериться в том, что те финансовые риски, которые берет на себя компания, являются контролируемыми, мы должны обсудить вопрос о структуре займа, то есть будет ли он оформляться по твердой или плавающей ставке, в долларах США, немецких марках или шведских кронах. Наконец, последний и самый важный из числа ключевых моментов кредитования - это реальное участие в деятельности компании ее акционеров. Если акционеры внесли значительную долю в финансирование проекта, если они лично включены в процесс управления или во внедрение технологий, мы можем ожидать, что при возникновении проблем, вместо того, чтобы развернуться и уйти, оставив банк разгребать все последствия катастрофы, они сделают все возможное для того,

чтобы компания продолжала функционировать. На этом этапе я хотел бы подвести некоторый итог, сделав на основе наших вчерашних презентаций пару общих замечаний относительно того, почему нам, как банку, нужно обеспечение. Вчера говорилось о надежности и уверенности в отношении права собственности. Обеспечение необходимо для создания уверенности. Банк не хочет владеть компанией. Он не хочет ни управлять ею, ни ликвидировать ее. Он дает кредит функционирующей компании. Банк предоставляет кредит именно функционирующему предприятию. Если предприятие прекращает функционировать, стоимость обеспечения резко падает. Обеспечение - это последнее средство, к которому может прибегнуть банк для получения средств. И это очень важно понимать... Я начал с этого мое выступление и, завершая его, хотел бы еще раз подчеркнуть, что банк прибегает к отчуждению или ликвидации заложенного имущества как к последнему средству. В противном случае у него нет гарантий, что он возместит сумму кредита. И даже если таким образом он получит назад свои деньги, то, с учетом времени, сил и гнева управленцев, которые банку придется вложить в эту процедуру, можно, тем не менее сказать, что наиболее эффективным способом возмещения кредита является наличие договора о заеме среди прочих документов банка в течение ряда лет, иначе эти деньги будут безвозвратно потеряны. Издержки на возбуждение дела по кредитному договору невероятно велики. Даже в том случае, когда банк может поручиться, что полностью возместит основную сумму займа. И здесь я хотел бы передать слово Мелиссе, которая подробно рассмотрит те виды обеспечения, которые мы хотели бы получить в нашем конкретном случае для того, чтобы банк мог до какой-то степени контролировать деятельность компании и быть уверенным в том, что она будет функционировать и в дальнейшем.

- Это будет обсуждаться между нами и местным банком. Возможно, мы даже позволили бы местному банку получить право на владение залогом, быть может, в форме счетов к получению, имеющихся у компании, или, возможно, банк уже имеет право удержания определенной части имущества компании. Очевидно то, что это представляет собой важный предмет обсуждения между двумя сторонами. Интересы международных банков долгосрочный характер, поскольку известно, что договор заключается на период сроком восемь лет. Местный банк имеет краткосрочную кредитную линию на оборотный капитал, поэтому если его не устраивает то, что происходит с компанией, он может закрыть ее, и это уже будут проблемы компании, поскольку местный банк, осведомленный о ситуации на местном рынке, находится в лучшем положении с точки зрения быстрого погашения своего краткосрочного займа. И это может стать проблемой для второго банка. Мы всегда предпочитаем иметь уверенность в наличии других потенциальных кредиторов, которые могли бы возместить закрытие этой линии. Это абсолютно существенный момент. И также не следует упускать из виду, что между банками должны состояться переговоры, поскольку они могут по-разному понимать ситуацию, и должник не будет иметь никаких обязательств относительно того, на что тратить свои доходы, особенно в том случае, если он не производит выплат по кредиту от старшего банка. Поэтому надо исключить возможность того, что заработанные предприятием деньги могут быть выплачены младшему по очередности кредитору, а старший кредитор не сможет заявить никаких претензий по этому поводу. Последний вопрос, на который меня попросили ответить, заключается в том, как можно гарантировать, что вклад местного лица, сделанный в натуральной форме, а

не в форме денежных средств, не представляет собой, к примеру, оборудование, которое устарело и оценено по завышенной стоимости.

- Обычно в такой ситуации, пытаясь защитить интересы банка, например, ЕБРР, мы нанимаем независимых технических экспертов для анализа того, что именно вносят партнеры. Если речь идет о здании, то обычно довольно трудно оценить его рыночную стоимость. В случае оборудования сравнительно легко установить, какого качества предоставленное оборудование, насколько оно сопоставимо с оборудованием, производящим продукцию аналогичного типа в других странах мира и т.д. Независимая экспертная оценка вклада участников абсолютно необходима. Благодарю вас.

- Следующим выступающим будет Мелисса Шварц, которая уже выступала вчера и все вы ее слушали. Она работает в компании «Чадбери энд Парк».

Мелисса Шварц, Чадбери энд Парк, Москва

- Благодарю вас. Я собираюсь попытаться осветить правовые вопросы, связанные с тем, что вам только что объяснял Николас в ходе разбора прецедента. Я хотела бы остановиться на трех моментах, которые мы обычно рассматриваем в том случае, если мы должны дать рекомендации кредитору или заемщику относительно такой финансовой операции. Первый момент - это финансовое положение заемщика и его акционеров. Второй момент связан с реальными условиями займа и любыми необходимыми разрешениями или лицензиями. И последний и, возможно, наиболее важный момент с точки зрения нашего сегодняшнего обсуждения, - это рассмотрение перечня видов обеспечения, требуемых банком, и анализ того, может ли заемщик предоставить такое обеспечение по существующему российскому законодательству. Я думаю, что в ходе рассмотрения этих моментов я подниму больше вопросов, чем смогу сама на них ответить, особенно в сфере налогообложения. И моя цель - не в том, чтобы ответить на все эти вопросы, а в том, чтобы заострить на них ваше внимание, просто для того, чтобы, работая с подобной сделкой, вы по крайней мере знали, когда надо обращаться к эксперту по налогообложению. Итак, первое, что надо выяснить в отношении заемщика, это действительно ли он существует как юридическое лицо. Как уже говорил Николас и как происходило во многих других случаях, заемщик был совместным предприятием, созданным при советской власти в соответствии с указом Т 49, и возникает вопрос: что происходит, если заемщик не хочет перерегистрироваться как один из типов предприятий, разрешенных в рамках существующего законодательства. В законодательстве сказано, что советские совместные предприятия обязаны перерегистрироваться, но в том же законодательстве не предусмотрено никаких санкций на тот случай, если такой перерегистрации не произойдет. Имея дело с кредитными операциями в прошлом, мы обнаруживали, что кредитор, как правило, требует от заемщика такой трансформации, и в основном существуют два распространенных типа юридических лиц. Это либо товарищества с ограниченной ответственностью, либо акционерные общества. Оба типа предприятий являются частными, оба обладают ограниченной ответственностью, и в данном случае важно проверить сохранение правовой преемственности в процессе перерегистрации, то есть то, что все права и обязательства совместного предприятия переданы новому юридическому лицу. Для того, чтобы удостовериться в существовании заемщика как юридического лица,

обычно мы просим его предоставить все его учредительные документы, его устав, регистрационные свидетельства, как федеральные, так и выданные местными органами управления, а также любые поправки к документам. К несчастью, в сегодняшней России вы не можете получить какое-либо свидетельство о хорошем финансовом положении компании. Поэтому все, что вы можете сделать, это установить, что компания была зарегистрирована, скажем, год назад, проверить соответствующие регистрационные свидетельства и затребовать представления и гарантии, подтверждающие, что деятельность компании осуществляется в соответствии со всеми законами. Иногда возможно получить документ от налоговой инспекции, подтверждающий выплату всех налогов или, по крайней мере, то, что, по их сведениям, задолженности по выплате налогов нет. Но наш опыт показывает, что регистрационные службы не выдают свидетельств, в которых бы указывалось, что компания на сегодняшний день продолжает функционировать как юридическое лицо, вот в чем разница.

На втором шаге надо посмотреть, что представляют собой акционеры заемщика. Применительно к компании в Чикаго это довольно легко, поскольку в США практика предоставления тех документов, которые обычно хотят получить банки, более привычна. В отношении российского партнера вам потребуется заглянуть несколько глубже. В разработанном нами сценарии российский партнер представляет собой бывшее государственное предприятие. Поскольку оно приватизировано, вам нужно посмотреть на его устав, его план приватизации, запросить большее количество регистрационных свидетельств, чтобы удостовериться в том, что процесс приватизации завершен в законном порядке и что его нельзя повернуть вспять. И вы должны удостовериться в том, что на момент создания совместного предприятия у них были все необходимые разрешения на это. В нашем гипотетическом случае это было советское совместное предприятие, созданное по указу Т-49. Вероятно, в это время российский партнер представлял собой государственное предприятие. Получили ли они все необходимые разрешения от государства на участие в совместном предприятии и осуществление вклада в уставной капитал? В этой связи, если речь идет об аренде, если они обеспечивают заводу рабочее пространство, если они вложили некоторую часть оборудования, вопрос о том, кому в действительности принадлежало это имущество на момент создания совместного предприятия, является очень важным, поскольку тогда вы можете быть уверены в том, что у них были все разрешения от государственных органов. Я уверена, что в процессе приватизации они изменили название компании, а также что в устав совместного предприятия должны были быть внесены поправки, отражающие изменение статуса этого акционера. Третий момент, который надо рассмотреть в отношении заемщика, это имеет ли он все необходимые разрешения и лицензии на осуществление своей деятельности. В нашем случае есть некоторые отличия, которые мы ввели преднамеренно, поскольку определили, что компания является производящей. Если бы это было, например, совместное предприятие, работающее в сфере телекоммуникаций, было бы очень важно посмотреть на лицензию, имеющуюся у этого предприятия, и попытаться получить от соответствующего министерства какой-либо документ, подтверждающий, что лицензия до сих пор остается в силе. Здесь я хотела бы отметить один момент, на котором я в дальнейшем останавливаться не буду, поскольку он не имеет прямого отношения к данному прецеденту, а именно, что лицензии, в том числе лицензии Министерства связи, не подлежат передаче. На последней странице любой лицензии большими буквами написано: «Не подлежит

передаче, переуступке, предоставлении в качестве залога» и еще несколько таких слов описательного характера. Так что проблема для банка состоит в том, что если предприятие оказывается не в состоянии выолнить свои обязательства по кредиту, а вы хотите принять на себя управление компанией, вы рискуете тем, что лицензия будет аннулирована.

Четвертый момент, который следует прояснить в отношении заемщика, связан с управлением. Много раз ко мне приходили клиенты, которые говорили - мы являемся партнером в совместном предприятии, у нас есть право на оперативный контроль, это совместное предприятие с равными долями обоих участников (как в нашем случае), но тем не менее мы его контролируем. Однако, при первом взгляде на представленные ими документы я видела, что по каждому существенному моменту возникает тупиковая ситуация. По российскому законодательству существует небольшая группа вопросов, которая решается тремя четвертями голосов. К этой группе вопросов относятся изменение размера уставного капитала, ликвидация предприятия и внесение изменений в устав. Кроме этого, есть еще ряд вопросов оперативно-управленческого характера, относительно которых в уставе обычно говорится, что решение по ним принимается большинством голосов. Соотношение «пятьдесят на пятьдесят» контроля не дает. Иногда в документах совместных предприятий устанавливается, что партнер А имеет право представить кандидатуру на пост генерального директора, но эта кандидатура подлежит утверждению партнером Б. А там, где нет механизма, обеспечивающего наличие решающего голоса, я не вижу возможности оперативного контроля. Поэтому очень важно посмотреть на структуру управления и понять, кто может при необходимости разубить Гордиев узел. Обычно таким лицом является председатель собрания акционеров или совета директоров, и очень важно выяснить этот вопрос. В рамках нашего сценария и я, и Николас обсуждали, среди прочих, идею соглашения о технической помощи. Это позволило бы чикагской компании предоставить совместному предприятию некоторую техническую помощь, необходимую для гарантированного завершения проекта. В этом отношении есть два момента, которые действительно заслуживают обсуждения. Первый момент - кто эти новые люди, которые собираются включиться в деятельность компании в рамках предоставления этой помощи, кому они подотчетны? Насколько большие права они имеют в рамках программы технической помощи? Какие у них есть полномочия? Что происходит в случае, если между новыми людьми и руководством компании возникает спор? Вторая группа вопросов более связана с чикагской компанией. Например, если они получают доходы от предоставления технической помощи, то они подлежат налогообложению по российским законам, что само по себе представляет собой проблему, которую они не могут не рассматривать. После того, как вы разрешили для себя все эти вопросы и удостоверились в существовании заемщика, акционеров, наличии управленческой структуры, которая способна обеспечить достижение целей проекта, следует обратиться к еще одной крупной области, связанной непосредственно с кредитом. В этом случае, поскольку оборудование не является взносом долгосрочного капитала, оно подлежит обложению таможенной пошлиной, оно будет облагаться налогом на добавленную стоимость, и, при расчете того, сколько средств необходимо затратить на оборудование, банку опять полезно обратить внимание на налоги. Это приводит меня к вопросу о залоге, что, возможно, является самой важной частью моего выступления. Я составила пространный перечень видов обеспечения, которые, по моему мнению, могут быть запрошены в рамках данной финансовой операции, и

обсуждение этого перечня с другими членами рабочей группы показало, что он весьма представительен. Я полагаю, большинство видов обеспечения, которые может потребовать банк, может быть предоставлено в соответствии с российским законодательством. В связи с высокими нотариальными сборами и необходимостью регистрации залогов возникает вопрос о получении прав на владение залогом, на которые может быть обращено взыскание. Первое требование, которое обычно предъявляет кредитор, это требование о получении в залог всего предприятия. Закон о залоге содержит специальное положение, разрешающее предоставление в залог всего предприятия, причем залог в этом случае распространяется на все активы предприятия, все обладающие оценочной стоимостью объекты, находящиеся у него на балансе, и тогда вы банкЪ получаете полный пакет. Кроме этого, вы должны уплатить нотариальный сбор в размере трех процентов от стоимости предприятия, а также зарегистрировать полученный залог. В этом случае вам нужно решить, необходимо ли вам получение в залог всего предприятия, или для удовлетворения ваших нужд будет достаточно получения в качестве залога нескольких его компонентов. Второе типичное требование - это залог права на владение имуществом на основе аренды. В рамках нашего сценария мы предположили, что совместное предприятие арендует земельный участок, на котором расположен завод. Наличие отношений аренды между совместным предприятием и его российским акционером является, как мне кажется, наиболее типичной ситуацией для совместных предприятий промышленного сектора. Если российский акционер реально имеет право собственности на здание, на заводские мощности, то в этом случае утверждений от федеральных органов может не потребоваться, особенно если предприятие приватизировано, как это имеет место в нашей модели. Вам нужно тщательно ознакомиться с договором аренды, чтобы выяснить, требуется ли согласие арендатора для оформления залога, но в большинстве случаев это не является необходимым. В нашем случае, поскольку мы имеем дело с компанией-изготовителем, особенно важное значение имеет залог прав на дебиторскую задолженность. В нашем случае было предложено, что банк получает в залог права на все счета к получению, открытые в соответствии с договорами о долгосрочных поставках. Опять же, следует отметить, что закон о залоге содержит особое положение, допускающее залог прав. В нашем случае это право на получение в дальнейшем средств, и по действующему в России законодательству вы можете предоставить в качестве залога права на получение средств по дебиторским счетам. Точно так же возможно предоставить в залог права по другим основным договорам на закупку нового оборудования, если такое требование будет предъявлено. Вы можете предоставить в залог оборудование и иные активы предприятия. Следующим видом залога в нашем перечне является передача прав на получение платежей по страховым полисам. Это также не представляет проблемы, поскольку допускается российским законом о страховании. Единственное, что для этого требуется, - это обозначить в страховом полисе, что кредитор является получателем платежа по страховому убытку. Кредитор обычно хочет получить в залог банковские счета. С этим связаны два различных вопроса. Если банковский счет находится в российском аккредитованном банке, он может быть предоставлен в залог. Если же счет находится в иностранном банке, он также может быть заложен, но кредитору следует учитывать, что российские компании обязаны иметь лицензию на открытие банковского счета за рубежом. В лицензиях на открытие счета в зарубежном банке обычно содержится перечень условий, на которых будет происходить обслуживание счета. Там будут указаны допустимые источники поступления и направления расходования средств, и вам надо

удостовериться в том, что получение вами такого залога происходит в рамках установленных в лицензии условий. Законом также допускаются отрицательный залог, то есть залог всех будущих активов, и, наконец, залог доли акционеров в совместном предприятии. Это так и в старом, и в новом Гражданском кодексе. В отношении залога акций следует сделать одно существенное замечание. В нашем случае совместное предприятие на данный момент прошло перерегистрацию, теперь это уже не совместное предприятие, а, скажем, компания с ограниченной ответственностью, а это значит, что, в соответствии с российским законодательством, акции участников не считаются ценными бумагами. Поэтому залог доли акционера не подлежит регистрации. Однако, если бы совместное предприятие после перерегистрации было преобразовано в акционерное общество, в этом случае акции участников считались бы ценными бумагами и вам пришлось бы их регистрировать. Ну регистрация, вроде бы, обеспечивает банку больше уверенности, однако вы должны иметь в виду, что договор о залоге не вступает в силу до даты регистрации. Есть ли у кого-либо вопросы относительно различных прав на владение залогом?

- У меня вопрос. Вчера нам говорили, что в случае банкротства важно иметь право на владение залогом. В вашем гипотетическом случае вы предполагаете наличие обеспеченного кредита в размере 15 миллионов долларов и 5 миллионов долларов заемных средств в форме оборотного капитала, не обеспеченного залогом. Какие юридические меры вы бы приняли на месте обеспеченного кредитора, чтобы гарантировать, что оборотный капитал не пропадет, если возникла угроза банкротства или неуплаты задолженности? Более конкретно, предположим, что дела на предприятии обстоят довольно плохо и местный банк решает, что для него предпочтительнее отказаться от своих прежних обязательств. Однако, банк, имеющий обеспечение своего кредита, полагает, что, поскольку он имеет большие права, и, как нам объяснял г-н Олливант, не желает ни лишать предприятие права выкупа заложенного имущества, ни закрывать предприятие, ему невыгодно отступать от первоначальных условий договора. Будете ли вы просто надеяться на то, что средства будут предоставлены другими участниками рынка, или есть какие-то правовые меры, которые вы можете принять, чтобы удержать необеспеченного кредитора или каким-то иным образом обеспечить сохранение капитала?

- Отвечая на первую часть вашего вопроса, я должен сказать, что, для того, чтобы избежать полного расходования средств, полученных по займу на создание оборотного капитала, можно предусмотреть в самом кредитном соглашении, вернее, в обоих из них, некоторые ограничения на использование средств. В некоторой мере это предусмотрено российским законодательством - процент по займам на создание оборотного капитала не облагается налогом. Так что это очередная проблема, которую должно решить совместное предприятие в отношении своего потока наличных средств.

Мы избрали самый упрощенный подход к вопросу о земле. Абсолютно необходимо выяснить, кто имеет титул собственности на здание. В Москве вы обычно можете получить поземельную книгу и юр. чечский документ, из которых вы увидите, кому принадлежит титул собственности, и таким образом убедиться, что партнер действительно имеет право аренды. Если это российское приватизированное предприятие, обладающее законным правом на владение зданием и готовое вам это здание арендовать, вы в очень выгодной ситуации. В случае, если совместное

предприятие действительно владеет зданием, вам остается зарегистрировать залог в местных органах, и мой опыт показывает, что в Москве это возможно. Если вернуться к моему замечанию о залоге предприятия в целом, единственное, что склоняет меня к мысли о том, что такого залога вы не получите, - это то, что по крайней мере за это лето я не знаю ни одного прецедента регистрации всего предприятия как заложенного имущества. Но я знаю факты регистрации здания в качестве залога, так что здесь вы, с юридической точки зрения, находитесь на более твердой почве. Исходя из практически всех известных мне договоров аренды, я могу добавить, что если вы арендуете здание у городских властей, то, чтобы оформить залог на арендованное имущество, вам нужно получить согласие этих властей. В отношении земли вы выясните примерно те же позиции. Вам нужно выяснить, кто является действительным владельцем этой земли. На данном этапе я была бы удивлена, узнав, что у совместного предприятия имеется реальный титул собственности на землю, поскольку в большинстве случаев максимум, что они имеют, это право аренды здания, и даже не земли. Я говорю о промышленном секторе. Но вы действуете по той же стандартной схеме, а именно - вы выясняете, кто имеет титул собственности, а затем вы должны зарегистрировать залог права на владение землей. Я приведу один очень любопытный случай, и я надеюсь, что кто-то из здесь присутствующих имеет здесь больше опыта, чем я, чтобы дать совет. Прошлой весной к нам пришел клиент с целью выяснить, каким образом они могут предоставить в качестве залога строящееся здание. Они имели договор аренды с властями города Москвы сроком на 49 лет. Фундамент здания был заложен в течение лета и они хотели привлечь заемные средства на строительство здания. Было совершенно очевидно, что в случае получения кредита строительство здания было бы завершено в ближайшие два года. Но как им следовало оформить залог на строящееся здание? В данной ситуации вопрос о залоге земли стоял очень остро, мы имели такой разговор с собственником земли и соответствующими городскими властями. Они готовы были согласиться на некоторых условиях и мы могли зарегистрировать это. Но строящееся здание не подпадало ни под чью юрисдикцию. В департаменте строительства нам сказали, что в их перечне зданий и сооружений такого здания нет и поэтому зарегистрировать его в качестве залога нельзя. Может быть, кто-нибудь может высказать свои предложения, как это осуществить?

- Это собственно маленькая реплика, замечание. Чтобы понять, что происходит в моей стране, в отношении залогового права на недвижимость и здания. Дело в том, что пока у нас, знаете, в отношении собственности, интересная особенность, есть федеральная собственность. Государственная собственность на недвижимость делится на два вида - то, что принадлежит федерации, во-первых, то, что принадлежит субъектам федерации, а город Москва - субъект федерации, как вы знаете, плюс еще муниципальная собственность. И вот проблема сейчас - разделить на три вида. Я сам работаю в министерстве, столкнулся с таким фактом, кому принадлежит там здание Высшего коммерческого училища. Был судебный спор, то ли федеративная собственность, то ли собственность города Москвы. Значит, первая проблема, она сейчас идет, вот разделить четко объекты собственности. Второй момент, тоже не очень красивый с точки зрения законодательства, но я столкнулся и видно вы столкнулись с таким фактом, что у нас пока нет, мы вчера это слышали, закона об ипотеке «mortgage», но мы идем к этому, и вот это то, что дискуссия, я считаю, очень полезной. Но дело в том, что я беседовал с представителем городского правительства, которое возглавляет Лужков, и он

убеждал меня в том, что их законодательство как субъекта федерации пошло вперед. Может то, что вы говорите, что можно сделать в залог, является как раз отражением, что независимо от федерального законодательства было принято их решение, которое позволяет это сделать. Второй момент, это с чем, очевидно, практика будет сталкиваться, это жалобы. Мы уже сейчас имеем некоторые, действующие как частные компании, в отношении оценки «**evaluation of real estate**» и жалуются специалисты, что пока еще не вредны современные методы оценки. Это тоже проблема, с которой нужно сталкиваться нужно стремиться ввести эти современные методы, правильно оценивать недвижимость с точки зрения современных требований. Спасибо.

- Трудно понять то, что сегодня происходит в Москве, но поскольку мы немножко в тунике, извините, я скажу действительно, что сегодня реально есть. Значит, залог в Москве, право собственности на землю отсутствует. Извините, это по-русски звучит несколько неоднозначно. Я не буду римское право - владение, распоряжение и прочее - рассматривать, я говорю право собственности на землю отсутствует, и в силу разных причин, и мы рассматриваем только право аренды земельного участка. Заложить право аренды земельного участка сегодня нет местных распорядительных документов московского правительства, подзаконных актов, и это право аренды земельного участка участвовать в залоге не может. Залог права собственности на здания или право аренды на здания - да, для этого есть подзаконные акты московского правительства и это происходит.

Алексей Зверев, Линклейтерс энд Пейнс, Москва

Только что Мелисса Шварц подробно рассказала о роли юриста в России. При даче совета, при консультировании банкира, западного банкира, который дает кредит российскому предприятию с обеспечением. Вы слышали, какие сложности существуют перед юристами, какие встают проблемы. Я хотел бы несколько слов добавить об этих сложностях. Только что говорилось о том, что в России существует законодательство по меньшей мере двух уровней: это федеральное законодательство, законодательство местное. Что касается системы залогового законодательства, то оно также развивается в нескольких уровнях: федеральное законодательство крайне, на мой взгляд скупо регулирует эти вопросы, но а что касается местного законодательства, да, я должен признать, что московское правительство ушло несколько вперед, что в Москве вопросы обеспечения несколько более развиты и помимо сложностей с существованием нескольких уровней законодательства есть еще такая сложность, как существование различного рода согласований, которые необходимо юристу или банкиру, который собирается предоставлять такой кредит, получить. Эти согласования, вернее их количество, доходит иногда до абсурдного числа. Несколько дней назад в одной из газет была опубликована заметка о том, что одна из самых больших нефтяных компаний «Лукойл», для того, чтобы поставить всего лишь навсего бензоколонку в Москве, должна была обойти 49 инстанций и получить согласования в 49 органах. Кроме того, существуют сложности такого рода, как различный правовой режим залог. Что касается движимого и недвижимого имущества, что касается залога прав, режим совершенно различный. Кстати, в отличие от того типового закона, который разработан специалистами Европейского банка реконструкции и развития, где предлагается единый режим, о чем только что сказал Джон Симмонс. Еще одна сложность, стоящая перед юристами в данном случае, это отсутствие во многих

случаях механизма исполнения. Об этом достаточно подробно говорилось вчера, и об этом следует еще раз и еще раз говорить для того, чтобы привести в конце концов законодательство к необходимому пониманию проблемы. В англо-саксонской школе права есть такой институт как уверенность сторон, т.е. «representations and warranties».

В России приходится обеспечивать защиту прав инвесторов в основном самим инвесторам, постольку поскольку такой институт отсутствует и поэтому приходится либо самим, в данном случае в нашем примере, банкирам, либо юристам, которые действуют от их имени и представляют их интересы, проверять все те необходимые данные, всю ту информацию, которую необходимо проверить. Что же надлежит проверить банку из нашего примера и его юристам, где найти эту информацию, каким образом зарегистрировать обеспечение - вот, пожалуй, основные вопросы, которые стоят перед юристами. Ну еще есть один вопрос: почему это все необходимо делать, но на этот вопрос, по-моему, все участники конференции отвечают вот уже два дня. Дело в том, что значение обеспечения исполнения обязательств для инвесторов, причем как для иностранных, так и для внутренних, трудно переоценить. И как справедливо отмечено в введении к подготовленному Европейским банком типовому закону об операциях с обеспечением, гарантия возврата вложенных средств во многих случаях становится первой и главной заботой инвесторов. Едва ли не ключевым вопросом здесь становится оформление и регистрация обеспечения. Именно регистрация залога порождает правовые последствия в виде возникновения права залога в отношении, например, недвижимости или иного имущества или прав, залог которых подлежит государственной регистрации.

Дело в том, что на практике регистрировалась до сих пор сама недвижимость, т.е. проводилась техническая регистрация земельных участков или зданий. Но практически отсутствовала и не проводилась регистрация прав на эту недвижимость. Более того, отсутствовал какой-либо приемлемый механизм проверки обременений в отношении того или иного имущества. И не случайно поэтому, что на практике происходят всякого рода курьезы. Один из таких курьезов упомянул вчера Лейн Блюменфельд, когда советско-венгерское совместное предприятие сумело получить в пяти банках кредит под залог одного и того же здания. Однако, правовой оптимизм придают предприятные недавно усилия, в частности, московского правительства, по упорядочению системы регистрации операций с собственностью, регистрация залога и введение единого реестра договоров залога. Так в соответствии с постановлением правительства Москвы от 20 сентября 1994 года Т 788 «О введении на территории Москвы единой системы регистрации залога и единого реестра договоров залога», четко определены соответствующие регистрирующие органы, на которые возложена государственная регистрация договоров о залоге на территории Москвы. Предусмотрено введение единого залогового реестра, определен перечень объектов, подлежащих обязательной регистрации, предусмотрены случаи отказа в регистрации залога, а также ответственность регистрирующих органов за несоблюдение правил регистрации, за точность и полноту сведений. Примечательно то, что, как указано в вводной части постановления правительства Москвы, это положение введено в том числе с целью обеспечения прав физических и юридических лиц на получение достоверной информации о залоге. Итак, какие органы будут запрашивать юристы, представляющие интересы нашего банка, т.е. банка в нашем случае, и каковы

функции этих органов. В Москве на данный момент существует около 12 регистрирующих органов, которые разделены по сферам регистрации, в основном классификация идет по объекту, по специфике этого объекта. Основные из этих органов, которые интересуют нас в данном случае, на данном примере, сейчас перед вами. Этот слайд на русском языке, постольку постольку все мое выступление подготовлено на русском языке. На первом месте здесь стоит комитет по управлению имуществом города Москвы, Москомимущество. Оно осуществляет регистрацию залога зданий, сооружений, нежилых помещений, разрешает регистрацию залога предприятий, закрепленного за ними недвижимого имущества, относящихся к объектам государственной муниципальной собственности города Москвы. Далее идет Московское городское бюро технической инвентаризации, то самое БТИ, о котором уже и сегодня упоминалось и о котором велась речь в той статье в «Moscow Times», о которой говорил Лейн Блюменфельд. МосгорБТИ и его территориальные органы осуществляют регистрацию залога жилых домов, зданий, сооружений и нежилых помещений, не входящих в состав городской муниципальной собственности города Москвы. Далее я поставил на третье место, не по значению, а просто по порядку, московский земельный комитет - Москомзем и его территориальные органы в соответствии с разграниченным полномочиями, установленных актами Москвы, осуществляет регистрацию залога земельных участков, а также залога ипотеки зданий, строений, помещений, предприятий, защитных насаждений и отдельных групп деревьев, не входящих в лесной фонд совместно с земельным участком. Далее идет московская регистрационная палата, Московская регистрационная палата является одновременно держателем единого залогового реестра. Она регистрирует залог предприятия любой формы собственности, если залог предприятия осуществляется в целом, его структурных единиц и подразделений как имущественных комплексов, в том числе включающих в себя материальные и нематериальные активы, движимость и недвижимость, а также долги предприятия, и передает сведения о регистрации залога предприятия, непосредственно связанного с землей, в Москомзем. Кроме того, московская регистрационная палата осуществляет добровольную регистрацию залога на основании заявления залогодержателя или залогодателя.

В качестве держателя единого залогового реестра Московская регистрационная палата формирует банк данных, ведет единый архив, копии договоров о залогах, присваивает единый номер или код единого залогового реестра, ведет автоматизированную справочную систему, книги записей и т.д. Итак, существует, как я уже говорил, в настоящий момент по Москве около двенадцати различных органов, которые специализируются каждый в своей сфере. В связи с тем, что залог недвижимости и иного имущества, а также прав имеют разный правовой режим, в связи с тем, что в порядке оформления различного имущества есть своя специфика, в связи с этим можно посоветовать и нужно было бы посоветовать нашему банку в нашем примере составлять не один, а несколько залоговых договоров. Какие эти договоры, об этом уже сказала Мелисса Шварц, это будет, видимо, отдельный договор о залоге недвижимости, отдельный договор о залоге банковского счета, о залоге будущих поступлений, товаров в обороте, плюс к тому, новый проект Гражданского кодекса предусматривает еще залог товаров в обороте. Пособольку закон о залоге оставляет регулирование очень многих вопросов на откуп сторонам, то конкретное положение таких соглашений - это предмет отдельного разговора, сейчас я не буду останавливаться на этом. Вернемся сейчас к регистрации договоров о залоге того имущества, залог которого требует

регистрации. Есть определенный перечень требований, которые необходимо выполнить для того, чтобы залог считался зарегистрированным. Договор о залоге или сам залог считается зарегистрированным, если, во-первых, ему присвоен код единого залогового реестра, во-вторых, если обязательная запись регистрации залога занесена в вышеуказанный реестр, если на договор о залоге и на свидетельство нанесен необходимый номер, если надлежаще оформленные копии переданы в единый архив договоров о залоге, держателю единого реестра, что подтверждается подписями должностных лиц и печатями регистрирующих органов.

Письменное согласие Москомимущества на залог необходимо в том случае, если регистрируется залог здания, строения, сооружений предприятия, находящегося в составе государственной муниципальной собственности. То же самое письменное решение о залоге или согласие собственника имущества или уполномоченного им органа необходимо в том случае, если регистрируется залог предприятия. Также необходимо приложить материалы по стоимостной оценке предмета залога и на девятом месте - это сама опись представляемых документов, постольку поскольку, как вы видите, документов насчитывается девять пунктов, т.е. весьма и весьма большое количество. Каковы же эти документы, представляемые в регистрирующий орган? Во-первых, это заявление о регистрации залога, оно должно быть представлено в двух экземплярах. Во-вторых, это договор о залоге и две нотариально засвидетельствованные его копии. Далее, это все те документы, о которых говорится в договоре о залоге и две их нотариально засвидетельствованные копии. Это квитанция об уплате государственной пошлины и справка о геокодах, т.е. о характерных географических точках объекта в том случае, если регистрируется залог предприятия, земельного участка и иной недвижимости. С момента распоряжения мэра Москвы о регистрации операций с собственностью физических и юридических лиц в городе Москвы 16 июня 1994 года Т 288 прошло около пяти месяцев, даже чуть меньше. За это время в управлении реестра собственности зарегистрировано около пятидесяти залоговых операций. Много это или мало. Я думаю, что крайне мало. Дело в том, что лишь крайне позорные инвесторы и их юристы на сегодняшний день пользуются преимуществом возможности проверить правильность составленных документов, проверить насколько четко зарегистрированы права их контрагента. Я надеюсь, что в ближайшем будущем это положение будет исправлено. Во-первых, в Москве, где проводится, на мой взгляд, наибольшая работа, правда, я не очень знаком с практикой других городов, но и на федеральном уровне также будут приняты новые акты, позволяющие более полно обеспечивать права и интересы кредиторов. Спасибо.

• Я хочу, чтобы участники конференции предположили, что у нашего должника есть некоторые проблемы. К примеру, спрос на автомобильные камеры оказался не столь велик, как предполагалось вначале, или же он не способен производить их с той эффективностью, которую планировал. Теперь предположим, что произошло следующее - тогда мы сможем обсудить это после перерыва. Во-первых, он не может произвести нескольких выплат по арендному договору и арендодатель угрожает выкинуть его с того завода, на котором он работает. Во-вторых, он не может уплатить некоторые налоги и налоговая инспекция грозит применить к нему все санкции, на которые она способна. В-третьих, он переводит свой банковский счет в другой банк, у которого он кредита не брал, так что влияние местного банка уменьшается. И, наконец, он произвел несколько выплат из средств по счетам к

получению, которые предназначались ЕБРР для осуществления выплат другим необеспеченным кредиторам и местному банку. Мы надеемся, что после перерыва у нас состоится разговор, в ходе которого мы обсудим, сработают ли наши механизмы обеспечения, какую защиту они дадут и чем могут угрожать друг другу кредитор и должник. Теперь пойдём на обеденный перерыв.

- Теперь вернёмся к нашему обсуждению и вспомним, что мы имеем. У нашего должника возникли проблемы с выплатами и он предпринял несколько шагов, и мне сказали, что те несколько шагов, которые я перечислил, должник сделать не мог. То есть, перевести счет из банка в банк нельзя, но в принципе можно его закрыть и открыть новый, с этим вы согласны? Мне сказали также, что должник не может не выплатить налоги, поскольку налоговая инспекция заберет деньги с его счета. Хотя я несколько скептически отношусь у мысли о столь эффективной работе налоговой инспекции. Сейчас мы собираемся начать переговоры. Мелисса и Алексей, какие ответные шаги вы, как кредиторы, собираетесь предпринять в нашем отношении? Допустим, мы приходим и говорим - мы просрочили несколько выплат, мы хотели бы скорректировать наш договор, и мы бы предпочли, чтобы процентная ставка была уменьшена со 120 процентов годовых до 60 процентов, и мы хотели бы накинуть пару миллионов к сумме займа, потому что у нас много проблем с произведением выплат.

- На предложение выступать от лица нашего клиента, наша первоначальная реакция была бы сказать «нет». Но вы должны понимать, что сама по себе ситуация, когда банк внезапно получает от клиента требование об изменении графика выплат по задолженности, весьма удивительна. Обычно банк знает о том, что, несмотря на наличие проблем, руководство компании не делает того, что должно делаться возможно, идет слух, что местные банки, скорее всего, не захотят предоставлять свои кредиты корпорации, и т.д., но банк должен к этому моменту уже предпринять какие-то меры. Хотя это не означает, что он их предпринимает. Очень часто причиной потери денег для банков является не то, что они изначально приняли неверное решение о предоставлении кредита, а то, что предоставив кредит, они о нем забыли, не сумели проконтролировать его, выяснить, что происходит с компанией, понять рыночную ситуацию и действия ее руководства. На этом этапе у вас уже существует крупная проблема, поскольку нормализовать ситуацию становится очень трудно. В этом случае совершенно очевидно, что должен был делать банк с самого начала, и обычно именно это мы пытаемся реализовать в отношении акционеров компаний, которым мы, то есть ЕБРР, предоставляем кредит. Мы должны добиться заключения некоторого вспомогательного соглашения с материнской компанией, в данном случае компанией из Чикаго, и аналогичного соглашения с компанией, работающей в России, то есть "Грибоедов Энтерпрайзиз". В рамках такого вспомогательного соглашения мы хотели бы получить с их стороны обязательство предоставить при необходимости оборотный капитал, в форме, например, нового акционерного капитала, или посредством переноса долговых обязательств низшего порядка в счет кредиторской задолженности компании, или что-то в этом роде. Это будет существенной предпосылкой нормального разрешения ситуации, если мы предполагаем возможность ее возникновения в будущем.

- Мне было интересно проследить ход вашей мысли, что вы не стали бы ждать, пока дело примет настолько плохой оборот, как предположил Джим. И я хотел (

хотела) бы спросить вас, какие законные права по вашему залоговому соглашению с должником вы имеете на проверку финансового состояния вашего должника, а также сколько вы уделяете внимания такому контролю до тех пор, пока не получаете информации о том, что существуют проблемы. Или, если встать в позицию должника, в какой мере мы должны отказываться от той конфиденциальности, которую всегда поддерживаем, давая права обеспеченному кредитору вникать в деятельность нашего предприятия.

- Пожалуй, пусть Мелисса ответит от лица банка, но сам бы я в первую очередь обратился к договору о предоставлении кредита, поскольку в нем должно содержаться много положений о том, что может и чего не может делать заемщик. Обычно в таком договоре имеется важный раздел, в котором устанавливается, какие виды информации заемщик должен предоставлять банку на регулярной основе. Очевидно, здесь будут указаны годовые аудиторские отчеты. Также мы, возможно, потребуем предоставления таких отчетов за полугодие и, может быть, даже за квартал. Это зависит от уровня риска, по оценкам банка. Очевидно, что для нас предпочтительно непрерывное поступление потока информации от компании, и перерыв в поступлении информации, предоставление финансового отчета с опозданием, известие о том, что страховой полис не был продлен, или затруднения в организации встречи банковского служащего, отвечающего за работу с компанией, с руководством последней, - все это симптомы, которые обычно, то есть теоретически, должны вызывать немедленную ответную реакцию со стороны банка.

- Исходя из моего личного опыта участия в кредитных операциях в этой стране, я могу добавить, что в дополнение к этой информации, которая должна поступать к кредитору на регулярной основе, некоторые банки также требуют право на получение реальных выплат по дебиторской задолженности. Это означает, что в случае неуплаты заемщиком задолженности по кредиту заказчику немедленно высылается уведомление о том, что с этого момента он должен направлять свои выплаты не на счет заемщика, а непосредственно в банк. Насколько я обсуждал с людьми во время перерыва проблему неуплаты задолженности по кредиту, такого в нашей практике еще не происходило, и я был бы очень рад услышать реакцию других присутствующих, которые имеют больший опыт в этой области. В случае неуплаты задолженности - если кто-то имел с этим дело на практике, было бы очень интересно узнать, как вы реально поступали с вашим правом удержания залога?

- Давайте предположим, Николас был, безусловно, весьма осторожен, введя оговорку «в теории», и, безусловно, ничего на практике так не происходит, и это к счастью, поскольку тогда для нас, как юристов, просто не было бы работы. Как я говорю моим студентам, если бы банкиры делали все, что, как предполагается, они должны делать, я бы не читал этот курс, поскольку учить было бы нечему. Я имею в виду, что наша жизнь сплошь состоит из патологических случаев, вы согласны? Обращаюсь к тем из нас, кто является профессиональными юристами. Давайте предположим, что у нас проходят переговоры и мы не можем разрешить проблему, или же что мы попали в такую ситуацию, что дальше некуда. А должник продолжает наращивать свою ядерную угрозу, возможно, с саморазрушительными последствиями для себя. Он говорит - «прекрасно, не хотите со мной работать» - ваше право. Они там в Чикаго не дают нам ни копейки (я сейчас говорю от лица

российского партнера). Если мы вылетаем в трубу, наши должники по дебиторским счетам не заплатят вам ничего, поскольку они в курсе, что с нами кончено. Естественно, они прекратят платить. Поэтому посылайте им все, что хотите, а они-то денежки будут придерживать, они-то знают, что мы лопнули и что продукта от нас они все равно не получат. Вы можете попытаться удержать наше право аренды, но это ведь означает, что вы берете на себя и выплату нашей задолженности по арендной плате, и все прочие налоги на арендованное имущество, а бог знает, какие только они еще есть. Ни и конечно, наша продукция, которую мы делаем, она вообще наполовину бросовая и не реализуема на этом рынке, если вы, конечно, не умудритесь изобрести способ, как ее продать. Так что вот вам несколько причин, по которым вам следовало бы задуматься об изменении условий нашего займа, поскольку в ваших интересах задуматься-то.» Теперь, предположим, мы потерпели крах, наше предприятие закрылось, мы с Алланом снимаемся с места в Москве и отбываем в Казахстан. Ни и насколько реальные права вы теперь имеете в Москве, по российскому законодательству? Я думаю, Алексей - тот человек, который может ответить нам на этот вопрос. Что вы можете сделать с той кучей барахла, которую мы намерены вам оставить? Что вы собираетесь делать - взыскивать со всех дебиторских счетов? лишать нас права выкупа залога на право владения арендованным имуществом? закладной на недвижимость? И что вы с этого собираетесь получить?

- Я думаю, быть практикующим юристом здесь, в России, довольно занятно. С одной стороны, вы имеете нормативные акты, но с другой-то у вас - реальность, реальная практика жизни. Замечу, что после моего выступления ко мне на перерыве подошли пара человек и спросили, сталкивался ли я когда-либо со случаем, когда кредитор дошел до той точки, когда он уже может осуществлять свои права в принудительном порядке, я имею в виду обращать взыскание на заложенное имущество, а не на счета к получению, что не очень сложно. И я должен был признать, что я ни разу не слышал о подобном прецеденте, где обращение взыскания реально имело бы место, и, честно говоря, я просто не знаю, с какой стороны к такой ситуации подойти. Проблема в том, что здесь это очень внове и не выработано практики принятия решений, причем не существует и самой юридической практики. И ее нет не потому, что российское законодательство, по которому вы хотите заключать свой договор о предоставлении кредита, непредсказуемо или менее предсказуемо, чем, скажем, англо-саксонское право, или меньше разработано. Возможно, проблема в том, что это континентальная система, а континентальная система, как вы знаете, всегда менее предсказуема, чем англо-саксонская, и это один момент. И второй момент, безусловно, то, что местное законодательство не очень хорошо разработано. Возможно, с чего бы я начал, я бы начал с переговоров с должником, с попыток кредитора убедить его вести себя порядочно, но на втором шаге я бы попытался добиться нужных мне результатов какими-то иными средствами, не приводящими меня к ситуации, когда нам надо принудительно осуществлять свои права, я имею в виду обращать взыскание на заложенное имущество, и только после этого, как следует подумав, возможно, начал бы действовать в этом направлении, с непредсказуемым, повторяю, результатом.

- Вчера мы говорили об обращении взыскания и я хочу задать вам сегодня тот же вопрос. Очевидно, в России существует закон о залоге и когда дело доходит до обращения взыскания, я хочу знать, могу ли я получить свои деньги назад.

Насколько я знаю, в Гражданском процессуальном кодексе есть статья 411, в которой говорится, что вы не можете обратить взыскание на недвижимое имущество, если оно необходимо для осуществления нормальной деятельности компании, и если этот кодекс до сих пор применяется, тогда закон о залоге не предполагает обращения взыскания. И с другой стороны, вчера здесь выступал джентльмен из Федерального агентства по банкротству, который говорил примерно то же самое, а именно, что если дело доходит до банкротства, а имущество необходимо для выживания предприятия, то на него взыскание не обращается. И что вы будете в этом случае делать? У вас на руках корректно составленные и в законном порядке зарегистрированные документы, но что происходит после этого? Вот в чем вопрос.

Александр Маковский

- К сожалению, действительно, ситуация, о которой говорил профессор Уайт, это уже, так сказать, самая неприятная ситуация из всего, что могло случиться. Может быть, надо все-таки было сделать многое до этого. И первое, что мне кажется как надо было сделать, это касается уже вопроса не столько юридического, не столько права, не столько юридической сферы, сколько сферы коммерческих отношений. Мне кажется, что, конечно, выдавая кредит, банк, в зависимости от своих интересов, от размера кредита, должен в договоре очень тщательно обрисовать те возможные меры контроля за деятельностью того лица, которому он даст кредит. И таких ведь мер существует очень много. Вплоть до того, что если кредит выдается на определенную цель, то заемщик реально этих денег никогда не видит. Если вы даете кредит на покупку оборудования, то вы можете ведь обусловить, что все счета идут через вас, вы их оплачиваете, со счета, на который зачислена сумма кредита. Есть много других возможностей контроля за деятельностью заемщика. Банк должен просто подумать хорошо о том, сколь широки, сколь подробны должны быть эти меры контроля, сможет ли он реально их осуществить на практике. Но если, тем не менее, возникла вот эта критическая ситуация, конечно, также как господин Зверев, наверное, я прежде всего на месте банка попытался бы найти какое-то взаимопонимание со своим клиентом, выяснить, может ли он вообще еще дальше жить, и смогу ли я что-то с него получить. И если я увижу, что клиент почему-либо не хочет со мной вести переговоры, то я думаю, что у кредитора не остается ничего другого, кроме как можно быстрее предъявить иск и наложить арест на его имущество. И вот мне кажется, что сделав это, я бы снова попытался вести переговоры с должником. Потому что тогда у вас в руках есть какой-то рычаг, тогда есть, так сказать, возможность более эффективно заставить вашего должника действовать. Если дойдет дело все-таки до судебного процесса и до вынесения решения, то с точки зрения действующего сегодня права можно обратить взыскание на все имущество должника. Вот эта статья 411 Гражданского процессуального кодекса, хотя она формально не отменена, но она не действует, потому что есть много последующих законодательных актов, в которых сказано, что предприятия, организации, юридические лица отвечают всем своим имуществом. Сегодня недвижимое имущество тоже может попасть под меры по взысканию, также как и движимое. 411 - это статья из нашего прошлого, когда действительно основные средства социалистических организаций были забронированы от взысканий. Сегодня это не действует. Сложность, на мой взгляд, во всей этой истории будет заключаться даже не в получении судебного решения. Судебное решение банк получит. И я думаю, что если будет доказано, что эти требования

банка основательны, то он получит решение о взыскании на любое имущество, в том числе и на здания и на сооружения, на все. Но вот что он дальше будет делать, получив это решение? Вот тут начнутся сложности, потому что подходящего для этого случая порядка реализации этого решения, исполнения этого решения, продажи этого имущества вообще-то вот этого порядка сегодня в законодательстве нет. Спасибо.

- Есть одно достаточно эффективное средство, как заставить должника выплатить свой долг. То, о чем говорил профессор Маковский, я немножко разовью эту мысль. Возможно просить суд или арбитраж наложить арест на текущий расчетный счет должника. Я просто перевожу «расчетный счет» «сгккуте фссцитге дословно». Дело в том, что в этом случае должник не сможет вести свою нормальную хозяйственную деятельность. Однако даже и в этом случае, и практика показывает, что, к сожалению такое возможно, к счастью, не моя практика. Однажды, года три назад, мой коллега в один прекрасный день, когда я его встретил, он был очень радостный и сообщил мне с улыбкой на лице, что ему удалось, он представлял интересы своего клиента в арбитраже, что ему удалось получить решение арбитража. Он адвокат, он так говорит - ему удалось. Получить решение арбитража в пользу его клиента и, предвидя возможные последствия и трудности получения взыскания с должника, он в этот же день, адвокат пошел в банк и принес приказ из арбитража о наложении ареста на счет. По тем временам двадцать миллионов рублей была значительная сумма. Когда он пришел в банк, он представил управляющему банка приказ арбитража, поговорив с ним, расстались прекрасно. На следующий день утром, т.е. первое дело, что он сделал утром, он пришел в банк вместе со своим клиентом, чтобы проверить, как обстоят дела, их дела в банке их контрагента. И с удивлением обнаружил, что тех самых двадцати миллионов рублей на счете их контрагента попросту нет. Когда управляющий вызвал главного бухгалтера банка, главный бухгалтер сослался на то, что его вчера, т.е. в тот момент, когда юрист принес приказ арбитража, его вчера в тот день не было на месте и его заместитель, заместитель главного бухгалтера банка по ошибке снял эти деньги. Вот такая ситуация. Видели бы вы лицо моего коллеги на следующий день. К сожалению, такое было, и я не исключаю, что до сих пор такие случаи могут быть. Хотя, конечно, это говорит в определенной степени не об отсутствии законодательного, или не столько об отсутствии законодательного регулирования, сколько еще и, к сожалению, о коррумпированности в некоторых органах, и в банках тоже.

- Я хотел вернуться к комментариям профессора Маковского, которые, на мой взгляд, были очень полезны, но также позвольте мне, Джим, повторить ваше вчерашнее замечание по поводу принципа «помоги-себе-сам». Это важно по крайней мере потому, что когда вы и я относимся к понятию «право на владение обеспеченным» в терминах американского права, мы обычно не предполагаем, что залогодатель обратится в суд или что ему придется прибегать к принудительному правоприменению в судебном порядке. Напротив, мы предполагаем, что залогодатель может сам предпринять какие-то меры, что реально в нашей стране, чтобы восстановить себя во владении какие-то меры, что реально в нашей стране, чтобы восстановить себя во владении без обращения в суд, или реализовать продукцию - также без обращения в суд. Это, возможно, не так важно с объективной точки зрения, но имеет значение в контексте предполагаемых вами переговоров, поскольку в нашей стране люди могут угрожать нам такими мерами, которые сработают, возможно, даже более эффективно, чем угроза обращения в суд

с перспективой долгого судебного разбирательства. Да, я также хотел бы добавить пару слов по поводу того, что сказал профессор Маковский. Устанавливая условия предоставления займа и его рассредоточения, банки, в особенности ЕБРР, обычно практикуют выделение кредита, или направление заемных средств непосредственно поставщику, в данном случае шведскому. Обычно мы никогда не говорим нашему клиенту - вот 15 миллионов долларов, берите и платите своим поставщикам. Более того, мы стремимся к тому, чтобы этого не происходило никогда. Вследствие самого характера нашей организации - многонационального кредитно-финансового учреждения, от нас требуется максимальная осторожность. Если, к примеру, клиент заказывает оборудование и счет на это оборудование оплачивается банком, в некоторых случаях мы говорим поставщику оборудования, что в случае оформления отдельного счета мы, ЕБРР, гарантируем, что вы получите ваши деньги. Так что средства направляются непосредственно от банка к поставщику оборудования, и это очень существенный момент. Если говорить о праве собственности на предприятие, мы обычно стремимся к получению в качестве залога ее акционерного капитала, и, возможно, здесь в разговор могла бы вступить Мелисса, поскольку в этом случае то, что мы можем сделать - это просто вступить в права владения компанией как действующим предприятием, в лучшем случае продать ее кому-либо еще, а в худшем - сохранять некоторый элемент контроля над ее деятельностью без необходимости проверять, правильно ли зарегистрированы ее активы и заставлять суд принудительно осуществлять свое решение. Очень важно то, что мы должны быть способны вступить в свои права владения компанией как действующим предприятием.

- Если говорить о данном конкретном случае, вот Алексей сам предложил хороший вариант заключения нескольких договоров залога, т.е. анализируя до выделения кредита правовые аспекты, пучок прав как юридического лица, так и его имущества, то прогнозируя уже варианты сделки и залога, разных его прав, можно было разделить на то, что сегодня безусловно, если будет обращено взыскание, может перейти кредитору, и то, что будет возможно по решению суда и вот дальнейшей такой длинной истории. Вот тот вариант, который вы сами предложили, он сегодня как раз наиболее оптимален, с моей точки зрения. Потому что права на землю перейдут право аренды, права на здания, если юридическое лицо безусловный собственник этого имущества, конечно, могут перейти по решению суда и проблем не будет. Денежные, конечно, какие-то оборотные средства это все действительно ноль на счете, ну и так далее, все операции этого процесса. Спасибо.

- Профессор Фарисверн говорил о том, что в Соединенных Штатах ситуация, когда кредитор оказывается способен вступить во владение залогом без обращения в суд, встречается чаще, чем обратная. И это гораздо более эффективно. Хорошо это или плохо, но Россия фактически приняла эту систему и ввела ее в свою практику, поскольку я полагаю, что многие из здесь присутствующих, кто живет в Москве, или участвуют в деловых операциях, или просто читают прессу, знают, что кредитор обычно забирает залог либо посредством угроз, либо с применением силы. Отчасти потому, что и система судопроизводства, и принятые на сегодняшний день законы оказываются малоэффективными, люди фактически вынуждаются к тому, чтобы вступать во владение залогом самостоятельно. Поэтому вопрос заключается в том, каким образом можно создать механизм, который либо стимулировал бы кредиторов к использованию системы судопроизводства, повысив

эффективность последней, либо давал бы возможность спокойного обращения взыскания во внесудебном порядке. И проблема лежит именно здесь. Я не думаю, что здесь найдено какое-либо удачное решение.

- Я не думаю, что Аллан сказал то же, что и вы, Лейн. Аллан не говорил того, что в абсолютном большинстве случаев американские кредиторы вступают во владение заложенным имуществом исключительно благодаря собственным усилиям. Это происходит в основном в случае залога автомобилей. Если говорить о деловых операциях в Соединенных Штатах, по нашему законодательству, в случае неплаты задолженности по кредиту, должник обязан отказаться от своих залоговых прав по требованию кредитора. И иногда, если должник не упрямится, он это делает сам. Но если он проявляет такое упрямство в деловых отношениях, вам приходится обращаться в суд.

- Это так, но проблема здесь в том, что есть должник упрямится, кредитор идет не в суд, а опять к должнику.

- Я сразу хотел бы сказать, что мы тоже не свободны от всего этого. Один из наиболее известных в сегодняшней Америке прецедентов, который я разбирал со своими студентами на прошлой неделе, - это так называемый «прецедент Депризно», который имел место в Чикаго. И главное лицо в этом прецеденте, как выяснилось при разборе дела, было убито, застрелено одной из сторон до начала разбирательства. Так что даже при нашей замечательной системе мы не свободны от этих «более эффективных» средств вступления во владение.

- Я полагаю, что очевидным комментарием на это, возможно, слишком очевидным для того, чтобы чем-то вам помочь, было бы посоветовать разработать некоторый механизм, механизм административного разбирательства через суд, который имел бы общий характер, был бы быстр, эффективен и не стимулировал, но уменьшал бы заинтересованность людей в использовании принудительных мер по восстановлению во владении. Мне было любопытно быть свидетелем состоявшейся несколько ранее дискуссии, когда Мелисса упомянула тот способ защиты собственных интересов, который, по моему мнению, применим в случае счетов. Она сказала, что вам следовало бы указать в вашем соглашении, что обеспеченный кредитор может уведомить лиц, имеющих дебиторскую задолженность, то есть заказчиков автомобильных камер, о том, что им следует направлять деньги на счет обеспеченного кредитора. Мне была просто любопытна сама идея начать именно с этого в стране, где традиция таких сделок попросту отсутствует. Разве сам факт получения подобного уведомления не привел бы большую часть заказчиков к мысли, что их поставщик попал в большую беду и что им надо немедленно звонить кому-то в Стокгольм, Франкфурт и бог знает куда еще и узнавать, есть ли у них в свободной продаже автомобильные камеры?

- Когда я говорила о подобной операции, я имела в виду конкретный случай, когда такое положение было включено в документацию по кредиту и его обеспечению. Заказчики в этом случае были в основном иностранными. И даже в том гипотетическом случае, который мы сегодня обсуждаем, есть и российские, и иностранные заказчики. Суть состоит в том, что при подписании залоговой документации вы должны получить подтверждение от всех основных заказчиков, что, в случае получения ими банковского уведомления, они перестанут производить

свои выплаты компании и начнут направлять их в банк. Я думаю, что если обсудить с основными заказчиками этот момент в самом начале переговоров о предоставлении займа, пока все настроены дружелюбно, вы вполне можете договориться.

- Я хотел бы снова вернуться к вопросу по поводу механизма обращения взыскания, о чем упоминал уважаемый профессор Маковский. Я, к сожалению, Валентина Григорьевна, не могу согласиться, что все было бы так просто. Судебное решение вынесено и только исполнять. Действительно, конечно, проблема есть и в деловой этике, о чем говорилось здесь уже. Но сам механизм, он требует, конечно, законодательного оформления. И здесь я хотел бы сослаться опять-таки на вот эту практику, вернее, подготовку модельного закона об обеспечительных сделках, который подготовил Европейский банк. Там есть такой институт, как институт управляющего предприятием, которое было заложено, которое стало предметом залога. Очевидно, при подготовке нашего закона об ипотеке «mortgage» нужно учесть эти законодательные положения, поскольку там есть такие институты, неизвестные пока российскому законодательству, в особенности процессуальной стороне этого дела. Как упомянутый вопрос управляющие заложенным предприятием, так и депозитарии выручки от этого действующего английский термин неразборчиво. По-моему, здесь есть большое поле для российского законодателя в будущем учесть вот именно эти положения, которые не нашли пока отражения ни в проекте нового Гражданского кодекса, но надеюсь, что будут они в будущем учтены. Спасибо.

- Профессор Сулейменов из Казахстана. Я хочу сказать, что здесь много говорилось о коммерческих условиях, о каких-то способах воздействия на должника, но самое главное, поскольку здесь все-таки мы юристы, заключается в том, чтобы разработать механизмы, которые могли бы способствовать выходу из этого положения. Я хочу сказать, что в Казахстане такая ситуация и то, что сейчас единственный способ добиться исполнения залога это применение силы, т.е. рэкет. И сейчас две проблемы я вижу, которые нам надо решать. Первая проблема это проблема исполнения судебного решения, потому что правильно говорили, что самое главное и трудное не в том, чтобы добиться судебного решения, а в том его исполнить. И вторая проблема - разработка механизма внесудебного, т.е. цивилизованные формы внесудебного изъятия имущества. И я хочу сказать что мы в Казахстане уже разработали закон об ипотеке, и главное в этом законе как раз механизмы изъятия заложенного имущества с помощью внесудебного разбирательства. То есть там два порядка предусматривается, это судебный порядок. Но главное внимание уделено в этом проекте закона, это внесудебный порядок, причем банк может сам объявить реализацию этого порядка. И весь закон как раз посвящен механизмам разработки процедуры изъятия вот этого имущества. Закон у нас уже готов, мы его запускаем в ближайшее время в правительство. Я думаю, что пути реализации или поиска выхода мы именно должны искать в направлении разработки юридических механизмов, которые у нас сейчас к сожалению отсутствуют. Спасибо.

- Меня зовут Сергей Баранчиков, я работаю на фирме «Уайт энд Кэйс». Я бы хотел задать очень небольшой вопрос, но это одновременно и обращение к присутствующим здесь, в этом зале, профессорам российским, которые оказывают значительное влияние на развитие законодательства. Вот в нашей практике

существует масса случаев, когда иностранные юридические фирмы, которые представляют иностранных кредиторов, они пытаются заключать договоры о залоге в отношении имущества или прав, которые расположены в России на основе иностранного законодательства. Это в общем подход, который понятен и с точки зрения, скажем так, иностранных бизнесменов, которые работают в России. Однако, при этом, главное, как мне кажется, одна из главных задач, которые пытаются таким образом решить с точки зрения права, это ввести в российскую действительность категории иностранного права. Вот может быть при дальнейшей разработке Гражданского кодекса и так далее нам следует меньше бояться, как уже сейчас говорилось, таких заимствований из англо-американского права, в том числе и включая институт управляющего «receiver» и включая также институт доверительной собственности. Я думаю, так или иначе российская практика придет к тому, что эти институты, они диктуются, их развитие в России диктуется развитием экономики. Конечно хотелось бы, чтобы попытки, скажем так, самообмана, когда эти институты пытаются ввести в нашу систему с помощью иностранного права, они разрешались более конструктивным путем, путем развития аналогичных или похожих институтов российского права. Вопрос один небольшой есть. Вот если договор залога заключается на основе иностранного права, и как это часто бывает в российской практике, юрисдикция предусматривается, скажем, английских судов или нью-йоркских судов, как вы считаете, российский банк, деятельность которого регулируется российским правом, вправе ли он просто игнорировать такой договор о залоге и отказаться, скажем, принимать решение об исполнении залога.

- Если бы я представлял интересы заемщика по данному делу, я бы посоветовал заемщику отказаться от выполнения такого условия, просто хотя бы на том основании, что Россия не является участником конвенции по применению решения иностранных судов, и поэтому тут практически тупиковая ситуация, и напротив, если бы я представлял интересы кредитора, я бы ни в коем случае не посоветовал кредитору списать вот такую арбитражную оговорку, предусматривая в качестве форума английские или нью-йоркские суды. То есть это то, с чего бы я начал. Что касается иных форумов, скажем, иностранный арбитраж, в России решения иностранных арбитражей принимаются и они «enforceable». Что касается все же принципиального вопроса, какое право выбрать, какое применимое право должно быть в случае залога недвижимости. Ответ напрашивается сам собой, постольку поскольку недвижимость находится в России и есть в российском праве требование о соблюдении необходимой формы, в данном случае российской формы, договора, то видимо придется считаться с этим и оформлять этот договор о залоге недвижимости все же по российскому праву. Практически то, с чего я начал свое выступление, и в нашем случае, который мы сегодня разбирали, я думаю, что это было выдвинуто априори, что мы считаем, что все эти договоры будут совершены по российскому праву.

Давид Фагельсон, директор по вопросам права и управления центра ИРИС Мэрилендского университета

- Уже много раз говорилось о том, что для того, чтобы открыть дорогу получению жизненно важных кредитов, являющуюся необходимым условием инвестиций, нужно заложить основы режима функционирования всего института собственности. Россия и другие страны - члены СНГ неуклонно продвигаются в направлении создания

необходимых институтов, большей защищенности залоговых прав, но само осознание всей значимости этих шагов напоминает мне об инциденте, о котором мне рассказал мой коллега во время визита в другую страну с весьма отличным отношением к праву собственности и обращению зысканий на имущество в рамках договорных прав. Мой коллега встречался с министром юстиции этой страны и сказал ему, что недостаточная защищенность прав собственности и отсутствие нормативных актов о залоговых правах сделали правовую систему этой страны неблагоприятной для как для отечественных, так и для иностранных инвесторов. Также он выразил сомнение в том, что кто-либо станет рисковать своими деньгами, не имея таких механизмов защиты. И министр ответил ему - мы не хотим, чтобы кто-либо вкладывал свои капиталы в нашу страну ради наживы или в целях защиты своего имущества. Мы хотим, чтобы в нашу страну средства вкладывали наши отечественные инвесторы, потому что они любят свою родину, сказал он. Я думаю, что эта конференция показала нам, даже если она не дала нам ничего большего, что одной любви недостаточно, что это недостаточный стимул для того, чтобы заставить людей вкладывать свои средства и идти на риск. Но, хотя любви может оказаться недостаточно, в действительности представляется, что надежность и уверенность являются одним из основных факторов, мотивирующих людей рисковать своими деньгами. На этой конференции обсуждались важные юридические, политические и административные механизмы и институты, которые необходимо создать для того, чтобы обеспечить такую уверенность. Среди основных обсуждавшихся нами элементов были четко определенный правовой титул и право владения собственностью, правоприменение в отношении прав на владение имуществом и возможность установить и обеспечить соблюдение приоритетности залоговых прав.

Также в наших дискуссиях неявным образом была затронута и другая тема. Об этом говорили профессор Маковский и докладчик Митюков, выступая на открытии и закрытии первого дня нашей конференции. Сутью ее было то, что экономические цели режима имущественного обеспечения займов формируются политическими институтами, политическими пристрастиями и всей историей страны, устанавливающей у себя такой режим. Эти вопросы сейчас горячо обсуждаются в политических кругах и самими гражданами стран - членов СНГ. И, безусловно, именно им предстоит решать, в каком направлении идти. Но в той мере, в какой эта конференция помогла предложить некоторые технические элементы процедуры кредитования под обеспечение и рассмотреть последствия их введения при выборе того или иного пути, в той мере эта конференция сыграла свою объективно важную и поучительную роль. Я хотел бы поблагодарить всех организаторов этой конференции, тех, кто обеспечил саму возможность ее проведения, в особенности отметив Межпарламентскую ассамблею стран - членов Содружества Независимых Государств, Высший арбитражный суд Российской Федерации, который был радушным хозяином на всех наших мероприятиях, Центр изучения частного права, Европейский банк реконструкции и развития и Агентство международного развития США. Если у кого-либо из вас или ваших коллег, которые не смогли присутствовать на этой конференции, возникнет желание обратиться к тем обсуждениям, которые имели место в эти последние два дня, вы можете обратиться в Центр «ИРИС» или Европейский банк реконструкции и развития для получения материалов как на русском, так и на английском языках. Большое вам спасибо.

Андре Ньюберг

Позвольте выразить признательность хозяевам и организаторам настоящей конференции. За последние два дня мы многое узнали о законодательстве об обеспечении (залоге) в России и других государствах СНГ, а также о достижениях в этой области. Надеюсь, что полезными были как вопросы, обуждавшиеся на конференции, так и типовая закон Европейского банка. Хотелось бы думать, что такие обмены мнениями будут полезными и в будущем.

Позвольте глубоко поблагодарить вас за терпение, которые вы проявили в связи с моим вступительным словом на русском языке.

Представляется, что в ходе конференции был поднят ряд ключевых моментов. Обеспечение играет важную роль в финансовых сделках. Даже если банки и не полагаются при принятии решения о предоставлении кредита лишь на наличие обеспечения, но само обеспечение, как мы видели сегодня во время рассмотрения конкретного случая, обеспечивает банкам такую уверенность, без которой они вряд ли предоставят кредиты. Для привлечения финансирования в масштабах, которые будут необходимы России и другим странам СНГ, поэтому необходимы эффективные и простые законы об обеспечении. В России, других странах СНГ и в других соседних странах достигнут значительный прогресс в создании соответствующей правовой базы. Но как показывает рассмотренный сегодня утром пример, продолжают существовать практические проблемы осуществления и принудительного исполнения, особенно в области внесудебного принудительного исполнения.

Позвольте вновь поблагодарить наших хозяев. Особо хочу поблагодарить Центр ИРИС и Лейна Блюменфельда за проделанную ими огромную организационную работу. Спасибо всем вам за участие.

**INTERNATIONAL CONFERENCE ON SECURED
COMMERCIAL LENDING IN THE
COMMONWEALTH OF INDEPENDENT STATES .. PAGE 1**

**Международная Конференция по
Коммерческому Заему, Залогу и
Гарантии в Содружестве Независимых
Государств стр. 91**

© European Bank for Reconstruction and Development and IRIS Center 1995

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, including photocopying and recording, without the written permission of the copyright holder. Such written permission must also be obtained before any part of this publication is stored in a retrieval system of any nature.

European Bank for Reconstruction and Development
One Exchange Square, London EC2A 2EH
Great Britain

and

IRIS Center
2105 Morrill Hall, College Park, Maryland 20742
U.S.A.