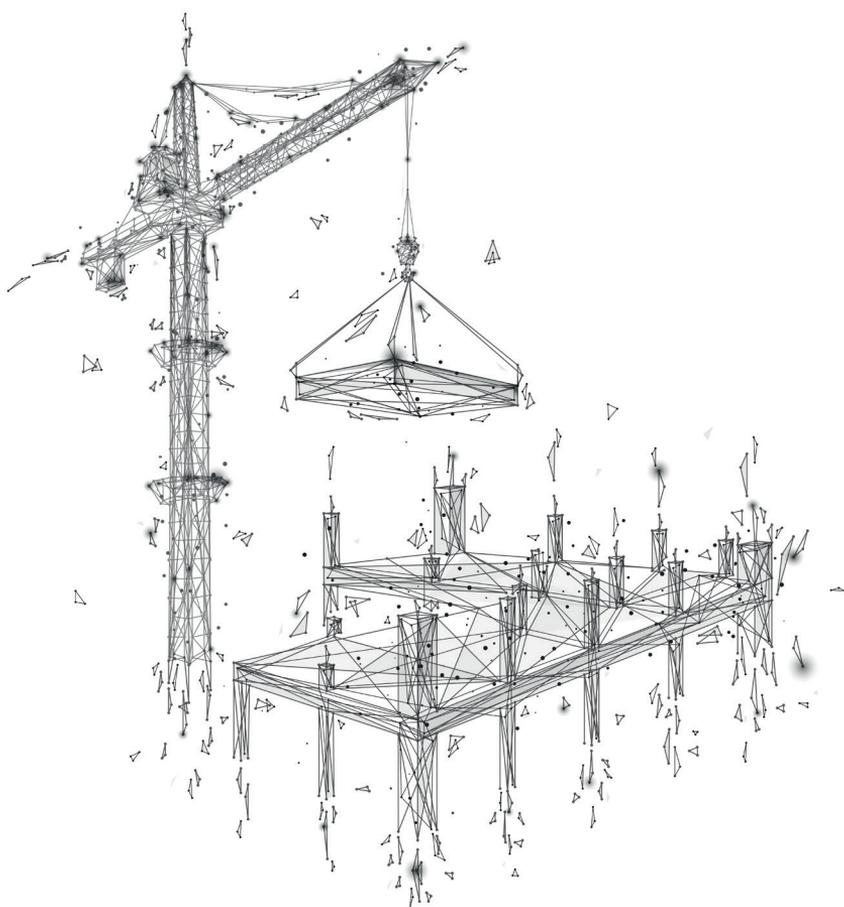




ЦЕНТР МЕЖДУНАРОДНЫХ
И СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫХ
ИССЛЕДОВАНИЙ

КЕЙПТАУНСКАЯ КОНВЕНЦИЯ И ПРОТОКОЛЫ К НЕЙ. ПРЕИМУЩЕСТВА И РИСКИ ПРИСОЕДИНЕНИЯ К МАК-ПРОТОКОЛУ



Москва
Август 2021

О ЦЕНТРЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ И СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ

Центр международных и сравнительно-правовых исследований — некоммерческая неправительственная организация, специализирующаяся на исследовании значимых для Российской Федерации вопросов права.

Проводя комплексные практико-ориентированные исследования и обсуждения с привлечением ведущих российских и иностранных экспертов — специалистов из разных отраслей знаний, Центр способствует диалогу власти, бизнеса и экспертного сообщества и реализует проекты, направленные на популяризацию изучения международного права.

Центр оказывает экспертную поддержку российским делегациям в международных организациях (ISA, UNIDROIT и др.), в качестве наблюдателя принимает участие в работе UNCITRAL.

Также Центр является организатором ежегодной премии для молодых юристов за лучшую научную работу «Международное право в XXI веке», проводит Летнюю Школу по международному публичному праву для граждан России и других государств — участников СНГ с привлечением ведущих мировых специалистов в области международного права.

Постоянно пополняемая библиотека Центра предоставляет доступ к классическим и современным печатным изданиям по международному публичному и частному праву, сравнительному правоведению на различных языках, а также к иностранным и российским электронным правовым базам.

Центр — это пространство знаний, компетенций и диалога по вопросам права.

Кадашёвская наб., 14, корп. 3

+7 495 640 65 65

Москва, 119017, Россия

info@iclr.ru www.iclr.ru

© АНО «Центр международных и сравнительно-правовых исследований», 2021

ОГЛАВЛЕНИЕ

Список сокращений	4
Введение	7
Выводы	8
I. Кейптаунская конвенция и протоколы к ней	12
II. Преимущества и риски присоединения к МАК-Протоколу. Общий анализ	19
1. Оборудование, на которое распространяется Протокол	23
2. Применимое право	25
3. Права на оборудование и недвижимую вещь	27
4. Защита прав	31
а. Временные меры по защите прав	31
б. Заявления относительно способов защиты прав	33
в. Заявления относительно промежуточных способов защиты прав	34
5. Вопросы банкротства	35
а. Процедура удовлетворения требований кредитора	35
б. Оказание помощи в случае несостоятельности	38
6. Регистрация и приоритет международной гарантии	39
а. Регистрация международных гарантий	39
б. Права, обладающие преимущественным характером без регистрации ..	41
.....	
в. Регистрируемые внедоговорные права или гарантии	43
7. Внутренние сделки	44
8. Определение судов	48
9. Переходные положения	48

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ

Авиационный протокол	Протокол 2001 года по авиационному оборудованию к Кейптаунской конвенции
АПК РФ	Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации
ВС РФ	Верховный Суд Российской Федерации
ГК РФ	Гражданский кодекс Российской Федерации
ГС	Гармонизированная система описания и кодирования товаров
ЕГРН	Единый государственный реестр недвижимости
Железнодорожный протокол	Люксембургский протокол 2007 года по железнодорожному подвижному оборудованию к Кейптаунской конвенции
Закон о банкротстве	Федеральный закон от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»
Закон об ипотеке	Федеральный закон от 16 июля 1998 года № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»
Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 158	Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 9 июля 2013 года № 158 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел с участием иностранных лиц»
Кейптаунская конвенция, Конвенция	Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, заключённая в городе Кейптауне 16 ноября 2001 года

Космический протокол	Протокол 2012 года по космическим средствам к Кейптаунской конвенции
МАК-оборудование	Сельскохозяйственное, строительное и горнодобывающее оборудование
МАК-Протокол, Протокол	Протокол 2019 года в отношении сельскохозяйственного, строительного и горнодобывающего оборудования к Кейптаунской конвенции
ОЭСР	Организация по экономическому сотрудничеству и развитию
Постановление Пленума ВАС РФ № 58	Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23 июля 2009 года № 58 «О некоторых вопросах, связанных с удовлетворением требований залогодержателя при банкротстве залогодателя»
Постановление Пленума ВС РФ № 24	Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 июля 2019 года № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации»
Пояснительный доклад	Пояснительный доклад Секретариата УНИДРУА к МАК-Протоколу
УНИДРУА	Международный институт унификации частного права
Федеральный закон № 361-ФЗ	Федеральный закон от 23 декабря 2010 года № 361-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования и Протоколу по авиационному оборудованию к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования»

**Федеральный закон
№ 60-ФЗ**

Федеральный закон от 5 июня 2012 года № 60-ФЗ «О
заявлении Российской Федерации в связи с
Протоколом по авиационному оборудованию к
Конвенции о международных гарантиях в отношении
подвижного оборудования»



ВВЕДЕНИЕ

Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Кейптаунская конвенция) направлена на создание унифицированного правового режима, который позволяет обеспечить исполнение обязательств в области международного кредитования. К настоящему моменту Российская Федерация ратифицировала Конвенцию и Авиационный протокол и рассматривает возможность участия в МАК-Протоколе. Сфера регулирования данного документа распространяется на широкий круг оборудования (сельскохозяйственное, строительное и горнодобывающее), который составляет значительную часть российской экономики.

Целью настоящего исследования является рассмотрение преимуществ и рисков присоединения Российской Федерации к МАК-Протоколу, определение возможных способов нивелирования последних.

Анализ международных обеспечительных механизмов и их соотнесение с соответствующим внутригосударственным регулированием важны для поиска наиболее гармоничного и эффективного подхода к защите прав кредиторов независимо от их национального статуса. Результаты исследования могут быть использованы для выработки решения о ратификации МАК-Протокола и выбора наиболее оптимальных для Российской Федерации и российских участников рынка условий ратификации.

Представленная в исследовании информация актуальна по состоянию на июль 2021 года.

Центр международных и сравнительно-правовых исследований выражает благодарность Антону Диденко, Андрею Ефимову, Виктории Манько, Ольге Мельниченко, Анастасии Пастуховой, Алексею Петренко, Игорю Ястржембскому, принявшим участие в подготовке данного исследования в качестве экспертов.



ВЫВОДЫ

1. МАК-Протокол распространяет конвенционный режим приоритета международных гарантий, вытекающих из договоров залога, предварительной продажи с резервированием права собственности или лизинга, на МАК-оборудование (п. 33 Аналитической справки).
2. С одной стороны, присоединение к Протоколу позволит кредиторам в приоритетном порядке использовать единые и предсказуемые обеспечительные механизмы во всех юрисдикциях, на которые распространяется действие данного документа (пп. 18, 19, 33 Аналитической справки). С другой стороны, распространение таких универсальных механизмов на оборудование, которое функционально не предназначено для трансграничного перемещения, — а в некоторых случаях и конструктивно связано с земельным участком, — вызывает определённые сомнения с точки зрения соответствия первоначальным целям Конвенции, а также потребностям гражданского оборота в унификации регулирования (пп. 20–32 Аналитической справки).
3. Присоединение к МАК-Протоколу предполагает выражение согласия на обязательность ряда его положений, при этом каждое присоединяющееся государство может определить условия присоединения в той мере, в какой это разрешено самим Протоколом (п. 30 Аналитической справки).
4. Конвенция совместно с МАК-Протоколом применяется как к трансграничным, так и к внутренним сделкам. Вместе с тем в случае исключения внутренних сделок из сферы действия Конвенции и Протокола (оговорка в соответствии со статьёй 50 Конвенции) внутренние кредиторы будут лишены возможности использовать средства защиты, предусмотренные Конвенцией и Протоколом. Однако они сохранят право ссылаться на приоритет зарегистрированной гарантии, поскольку некоторые нормы Конвенции применяются независимо от сделанных оговорок (пп. 125–141 Аналитической справки).
5. При ратификации МАК-Протокола залоговые, лизинговые отношения и обеспечительная купля-продажа МАК-оборудования будут регламентироваться не внутренним российским правом, а международными инструментами УНИДРУА. Соответственно, потребуется проведение самостоятельного экономического анализа влияния такого присоединения не только на развитие кредитования при приобретении иностранного оборудования, но и на развитие внутреннего рынка сельскохозяйственного, строительного и горнодобывающего оборудования, его производство в Российской Федерации, а также последующую

передачу в лизинг и в обеспечение возврата кредита (пп. 34–41 Аналитической справки). Кроме того, законодателю и правоприменителю необходимо будет провести анализ и разъяснить участникам рынка соотношение механизма международной гарантии и положений обеспечительного права России (п. 42 Аналитической справки).

6. В случае принятия решения об экономической и политической целесообразности присоединения к МАК-Протоколу рекомендуется распространить сферу его действия на все три типа оборудования, указанного в Приложениях 1–3 к нему (горнодобывающее, сельскохозяйственное, строительное), что позволит банкам / лизинговым компаниям защитить свои интересы при перемещении должником любого такого оборудования за границу или при его банкротстве (пп. 47–54 Аналитической справки).

7. Для имплементации принимаемых обязательств в части функционирования Международного регистра международных гарантий потребуются разъяснения регуляторов рынка о приоритете зарегистрированных в нём гарантий перед любыми иными (включая размещение записи в российском нотариальном реестре уведомлений), а возможно, и внесение изменений в отдельные российские нормативные правовые акты. Это необходимо для минимизации рисков, связанных с двойной регистрацией и конкуренцией залоговых и иных обеспечительных прав в отношении оборудования, охваченного Протоколом, а также для полного информирования российских кредиторов и должников (пп. 107–114 Аналитической справки).

8. Кейптаунская конвенция позволяет при присоединении к её протоколам определить права, в отношении которых не будет действовать приоритет международной гарантии¹. Представляется целесообразным распространить сделанное Россией заявление по смыслу подпункта “b” статьи 39(1) Конвенции об отсутствии приоритета международной гарантии в случаях защиты перечисленных в заявлении публичных интересов также и на сельскохозяйственное, горнодобывающее и строительное оборудование (пп. 115–121 Аналитической справки).

9. Протокол позволяет выбрать один из трёх вариантов, решающих проблему конкуренции залоговых прав на оборудование, связанное с недвижимым имуществом. При выборе Варианта А статьи VII МАК-Протокола в случае, если отделимое оборудование окажется тесно связанным с недвижимой вещью, международная гарантия будет сохранять свой приоритет перед обеспечительными правами на объект недвижимого имущества, а значит, банку /

¹ См. также ст. X(12) МАК-Протокола.

лизинговой компании будет предоставлена наибольшая защита, и кредиты для предприятий соответствующих отраслей могут стать дешевле. Варианты В и С содержат в себе риски злоупотреблений, которые могут нивелировать положительный эффект от присоединения к Протоколу в этой части (пп. 63–77 **Аналитической справки**).

10. Выбор применимого права допускается только в отношении обязательств сторон международной гарантии и только если присоединяющееся государство сделало об этом заявление, выразив согласие на применение положений статьи VI МАК-Протокола. Риски принятия такого варианта для России отсутствуют, так как соответствующее положение уже закреплено в российском законодательстве. Кроме того, в таком случае не будет и рисков толкования российскими судами отсутствия заявления о применении статьи VI Протокола как воли законодателя запретить сторонам выбирать иностранное право в качестве применимого (пп. 55–62 **Аналитической справки**).

11. Статья IX МАК-Протокола модифицирует положения Конвенции, касающиеся принятия временных мер по защите прав. Представляется, что для принятия решения о выражении согласия на обязательность указанных положений необходимо привлечение к обсуждению судейского сообщества и проведение дополнительного анализа с точки зрения соотношения временных мер и механизмов, предусмотренных процессуальными кодексами (пп. 78–83 **Аналитической справки**).

12. Статья X МАК-Протокола предоставляет возможность установить период отсрочки после наступления связанного с несостоятельностью события, по истечении которого кредитор вправе забрать оборудование для погашения имеющихся обязательств без проведения торгов либо потребовать уплаты долга в полном объёме. Учитывая, что Россия выразила согласие на обязательность аналогичных положений Авиационного протокола с установлением периода отсрочки в 60 календарных дней, представляется целесообразным распространить этот подход и на МАК-Протокол (пп. 99–100 **Аналитической справки**).

13. В соответствии со статьёй XI МАК-Протокола суды государства-участника, в котором находится оборудование, должны оказывать максимально возможное сотрудничество иностранным судам и иностранным управляющим по несостоятельности, если государство-участник выразило своё согласие на применение этой статьи. При этом даже без соответствующего заявления у заинтересованных лиц сохраняется возможность обращения в иностранные суды. Кроме того, неприменимость статьи XI МАК-Протокола не будет иметь значения для проведения процедуры банкротства в России. Таким образом, риски для

российских кредиторов в этой части отсутствуют (пп. 101–106 Аналитической справки).

14. В целях обеспечения стабильности и предсказуемости правового регулирования не усматривается оснований для изменения общего принципа перспективного действия нормативно-правового акта во времени и использования предоставленной Конвенцией возможности распространить действие МАК-Протокола на ранее заключённые сделки (пп. 145–149 Аналитической справки).



I. КЕЙПТАУНСКАЯ КОНВЕНЦИЯ И ПРОТОКОЛЫ К НЕЙ

15. Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования была разработана УНИДРУА и открыта для подписания государствами в 2001 году. Конвенция вступила в силу 1 марта 2006 года и в настоящий момент ратифицирована 82 государствами².

16. Основная цель Конвенции заключается в формировании таких способов обеспечения обязательств, которые бы гарантировали кредитору неизменность его прав вне зависимости от того, в какую страну перемещается оборудование, являющееся предметом обеспечения³. Сегодня же перемещение оборудования из одного государства в другое в большинстве случаев сопровождается сменой правопорядка, на основании которого можно принудительно реализовать

² Статус Кейптаунской Конвенции. URL: <https://www.unidroit.org/status-2001capetown> (дата обращения: 2.04.2021).

³ *Davies I.* The New Lex Mercatoria: International Interests in Mobile Equipment // ICLQ. Vol. 52. January 2003. P. 151 (Цит. по: *Лазарева Т. П.* Международно-правовое регулирование обеспечительных сделок: Конвенция УНИДРУА о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования // Журнал российского права, 2006, № 11); *Goode R.* Convention on International Interests in Mobile Equipment and protocol thereto on matters specific to aircraft equipment: official commentary. 3rd ed. UNIDROIT, 2013. P. 15. Мартынец П. В. обозначил особенности финансирования дорогостоящего подвижного оборудования, которым является и оборудование, охваченное МАК-Протоколом, следующим образом: «финансирование приобретения дорогостоящего подвижного оборудования осложняется такими факторами, как отсутствие единообразного правового регулирования в сфере обеспечительных сделок, необходимость адаптации обеспечительных вещных прав, возникших за рубежом, неприменимость традиционных коллизионных принципов к отношениям, возникающим по поводу обеспечения сделок по приобретению подвижного оборудования» (Цит. по: *Мартынец П. В.* Международная гарантия в отношении подвижного оборудования: материально-правовые и коллизионно-правовые аспекты: дис. канд. юрид. наук. М., 2016. С. 192-193).

обеспечительные права кредитора⁴. Новый правовой порядок может обладать своими особенностями⁵, например, уменьшать объём удовлетворения требований кредитора из стоимости оборудования при банкротстве должника.

17. Конвенция применяется к международным гарантиям, которые:

- предоставлены залогодателем по соглашению об обеспечении исполнения обязательства⁶, т.е. действуют, в частности, в рамках договора залога;
- принадлежат лицу, являющемуся потенциальным продавцом по соглашению о предварительной продаже с резервированием права

⁴ Большинство современных правовых порядков подчиняют вещный эффект обеспечительных прав законодательству страны, в которой находится вещь в данный период времени. Такое следствие имеет *lex rei sitae* — коллизионная привязка, согласно которой вещное право подчиняется праву страны, в которой вещь расположена в текущий момент времени — содержащаяся в статьях 1205 и 1206 ГК РФ, абзаце 1 статьи 99 и абзаце 1 статьи 100 Федерального закона Швейцарии о международном частном праве 1987 года, статье 51(1) Закона от 31 мая 1995 года № 218 «Реформа итальянской системы международного частного права», абзаце 1 статьи 43 Вводного закона к Германскому Гражданскому Уложению, § 31 Федерального закона Австрии о международном частном праве 1978 года, статье 10(1) Гражданского Кодекса Испании, статье 3097 Гражданского Кодекса Квебека, параграфе 1 статьи 87, статье 94 Закона Бельгии от 16 июля 2004 года «О Кодексе международного частного права». Более подробно об этой коллизионной привязке и её признании современными правовыми порядками см. *Любарская Т. С.* Коллизионная привязка к местонахождению вещи для определения права, применимого к вещным правам: достоинства и недостатки // Закон. 2016. № 8. С. 50.

⁵ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. Юрист, 2002. С. 405; см. также *Kieninger E.-M.* Collateralisation of Contracts // *European Review of Contract Law*. Vol. 9(4). 2013. P. 442; *Kieninger E.-M.* Introduction: security rights in movable property within the common market and the approach of the study // *Security Rights in Movable Property in European Private Law* / ed. by E.-M. Kieninger. Cambridge University Press, 2009. P. 17.

⁶ Статья I(ii) Конвенции определяет понятие “security agreement” (в официальном русском переводе — «соглашение об обеспечении исполнения обязательства») — оно означает соглашение, по которому залогодатель передаёт или соглашается передать залогодержателю какое-либо право (включая право собственности) на объект в порядке обеспечения исполнения любого существующего или будущего обязательства залогодателя или третьего лица. Под таким соглашением Кейптаунская конвенция понимает не только залог, но и сохранение права собственности за продавцом и соглашение о лизинге.

собственности, т. е. действуют в рамках договора предварительной продажи с резервированием права собственности⁷; либо

- принадлежат лицу, являющемуся лизингодателем по соглашению о лизинге, т. е. действуют в рамках договора лизинга⁸.

18. Под международной гарантией понимается институт *sui generis*, трансграничное вещное обеспечительное право, возникающее на основе перечисленных выше соглашений, посредством которого кредитор получает приоритет перед другими кредиторами, при условии регистрации такого права в Международном регистре⁹.

19. Кейптаунская конвенция применяется только к оборудованию, указанному в протоколах к этой конвенции¹⁰. Конвенция и протоколы к ней рассматриваются и толкуются совместно в качестве единого документа. При несоответствии между ними преимущественную силу имеет протокол¹¹.

⁷ Приведён перевод термина, опубликованный в Собрании законодательства Российской Федерации после присоединения к Конвенции. Необходимо отметить, что в российском законодательстве используется иная терминология и соответствующее соглашение называется договором купли-продажи с условием о сохранении права собственности за продавцом (статья 491 ГК РФ). Тем не менее разница имеет исключительно терминологический характер и не влияет на применение МАК-Протокола.

⁸ Ст. 2.2(a) Кейптаунской конвенции.

⁹ Мартынец П. В. Международная гарантия в отношении подвижного оборудования: материально-правовые и коллизионно-правовые аспекты: дис. канд. юрид. наук. М., 2016. С. 194. Квалификация автором этого исследования международной гарантии как вещного права требует оценки в контексте общего требования по автономному толкованию Кейптаунской конвенции, не предполагающему какой-либо национальной квалификации международной гарантии.

¹⁰ Ст. 2.2 Кейптаунской конвенции.

¹¹ Ст. 6 Кейптаунской конвенции.

20. На данный момент приняты Авиационный протокол¹², Железнодорожный протокол¹³, Космический протокол¹⁴ и МАК-Протокол¹⁵.

21. Авиационный протокол был принят 16 ноября 2001 года и вступил в силу 1 марта 2006 года. Договаривающимися сторонами данного протокола стали Европейский союз и 79 государств по всему миру, включая Российскую Федерацию, которая присоединилась к Конвенции и к Авиационному протоколу с отдельными оговорками¹⁶.

22. Авиационный протокол распространяет своё действие на авиационные объекты, к которым, при выполнении определённых критериев, относятся большинство авиационных планеров, авиационные двигатели и вертолёты, за исключением тех, которые используются в военных, таможенных или полицейских службах¹⁷.

23. На данный момент в Международном регистре с участием российских лиц находятся 9 записей об обременениях авиационного оборудования¹⁸.

¹² Protocol To The Convention On International Interests In Mobile Equipment On Matters Specific To Aircraft Equipment. URL: <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/aircraft-protocol> (дата обращения: 10.12.2020).

¹³ Luxembourg Protocol To The Convention On International Interests In Mobile Equipment On Matters Specific To Railway Rolling Stock. URL: <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/rail-protocol> (дата обращения: 10.12.2020).

¹⁴ Protocol To The Convention On International Interests In Mobile Equipment On Matters Specific To Space Assets. URL: <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/space-protocol> (дата обращения: 10.12.2020).

¹⁵ Protocol To The Convention On International Interests In Mobile Equipment On Matters Specific To Mining, Agricultural And Construction Equipment. URL: <https://macprotocol.info/wp-content/uploads/2019/11/FINAL-TEXT-PRETORIA-PROTOCOL.pdf> (дата обращения: 10.12.2020).

¹⁶ См. Федеральный закон № 60-ФЗ, Федеральный закон № 361-ФЗ (для России вступил в силу с 1 сентября 2011 года).

¹⁷ Ст. I Авиационного протокола.

¹⁸ International Registry of Mobile Assets. URL: <https://www.internationalregistry.aero/ir-web/> (дата обращения: 10.12.2020).

24. 23 февраля 2007 года был принят Железнодорожный протокол, который до настоящего момента не вступил в силу¹⁹. Участниками данного протокола²⁰ стали Европейский союз и 9 преимущественно европейских государств²¹.

25. Железнодорожный протокол распространяет своё действие на любые транспортные средства, перемещаемые по фиксированным железнодорожным путям или непосредственно по, над или под направляющими (guideway²²), вместе с системами тяги, двигателями, тормозами, осями, тележками, пантографами, принадлежностями и другими компонентами, оборудованием и частями, в каждом случае — установленными на транспортных средствах или встроенными в них, а также со всеми относящимися к ним данными, руководствами и записями²³.

26. Космический протокол был принят 9 марта 2012 года, однако также не вступил в силу на данный момент²⁴. Участниками данного протокола стали лишь 4 государства: Буркина-Фасо, Германия, Саудовская Аравия и Зимбабве²⁵.

27. Космический протокол распространяет своё действие на космические активы, к которым относится любой созданный человеком объект с уникальной идентификацией в космосе или предназначенный для запуска в космос, включая космический аппарат, такой как спутник, космическую станцию, космический модуль, космическую капсулу, многоразовую ракету-носитель, а также полезную

¹⁹ Согласно статье XXIII (1) Железнодорожного протокола он вступает в силу после выполнения двух условий: после выражения четырьмя государствами согласия на обязательность этого международного договора и начала работы Международного регистра, действующего согласно этому протоколу.

²⁰ Luxembourg Protocol To The Convention On International Interests In Mobile Equipment On Matters Specific To Railway Rolling Stock - Status. URL: <https://www.unidroit.org/status-2007luxembourg-rail> (дата обращения: 10.12.2020).

²¹ Если вопрос находится в исключительной компетенции ЕС, то ратификации на уровне государства-члена не требуется. Если вопрос находится в совместной компетенции (как в случае с Конвенцией), то требуется как ратификации со стороны ЕС, так и ратификация государств-членов ЕС. Ratification Of International Agreements By EU Member States. URL: <https://epthinktank.eu/2016/11/30/ratification-of-international-agreements-by-eu-member-states/> (дата обращения: 05.04.2021).

²² Путь или дорожка, по которой что-то движется. Oxford Learner's Dictionary. URL: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/guideway?q=guideway> (дата обращения: 10.12.2020).

²³ Ст. I Железнодорожного протокола.

²⁴ Согласно статье XXXVIII (1) Космического протокола он вступает в силу после выполнения двух условий: после выражения десятью государствами согласия на обязательность этого международного договора и начала работы Международного регистра, действующего согласно этому протоколу.

²⁵ Protocol To The Convention On International Interests In Mobile Equipment On Matters Specific To Space Assets – Status. URL: <https://www.unidroit.org/status-2012-space> (дата обращения: 10.12.2020).

нагрузку (payload²⁶), в отношении которой возможна регистрация, и все составные части космического аппарата²⁷.

28. МАК-Протокол был принят 22 ноября 2019 года и на данный момент не вступил в силу. Участниками данного протокола стали 5 стран: Конго, Гамбия, Нигерия, Парагвай и США²⁸.

29. Протокол распространяет своё действие на горнодобывающее, сельскохозяйственное и строительное оборудование.

30. Протокол позволяет:

- распространить его действие на горнодобывающее (Приложение 1), сельскохозяйственное (Приложение 2) или строительное (Приложение 3) оборудование либо на все эти виды оборудования вместе взятые;
- дать сторонам (кредитору и должнику) возможность выбирать применимое к договорным обязательствам право (статья VI(2) Протокола);
- выбрать для ситуации присоединения оборудования к недвижимому имуществу, какой из залогов имеет приоритет: залог недвижимости или залог оборудования (статья VII(2) Протокола);
- расширить содержание правил Протокола и Кейптаунской конвенции, касающихся временных мер по защите прав;
- выбрать для ситуации банкротства должника, какая защита предоставляется кредитору: на основании статьи X Протокола или на основании законодательства страны о банкротстве;
- принять обязательство по сотрудничеству национальных судов государства — участника Протокола, в котором находится оборудование,

²⁶ Различного рода оборудование: телекоммуникационное, навигационное, наблюдательное, научное или иное, находящееся на космическом корабле. Oxford Learner's Dictionary. URL: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/payload?q=payload> (дата обращения: 10.11.2020).

²⁷ Ст. I Космического протокола.

²⁸ Согласно статье XXV(1) МАК-Протокола он вступает в силу после выполнения двух условий: после выражения пятью государствами согласия на обязательность этого международного договора и начала работы Международного регистра, действующего согласно этому протоколу. К апрелю 2021 года Международный регистр не начал работу. См. MAC Protocol – Status. URL: <https://www.unidroit.org/mac-protocol-status> (дата обращения: 05.04.2021).

с иностранными судами и иностранными управляющими по несостоятельности (статья XI Протокола);

- распространить на залог товаров (в данном случае — оборудования) в обороте режим международных гарантий (статья XII Протокола).

31. Статья 51 Конвенции, которая устанавливает процедуру принятия новых протоколов, закрепляет три элемента для принятия нового протокола: высокую ценность, мобильность и уникальную идентификацию оборудования. Оборудование, представленное в первых трёх протоколах, планировалось охватить Конвенцией с самого начала его создания²⁹. Оборудование, представленное в МАК-Протоколе, было добавлено позже в соответствии с указанной статьёй³⁰.

32. Несмотря на то, что оборудование по МАК-Протоколу охватывается установленными в Конвенции критериями, оно имеет серьёзное отличие от оборудования из других протоколов. Такие объекты, как самолёт или поезд перемещаются в разные страны и на разные континенты *в силу своего предназначения*, и механизм международной гарантии оправдан ввиду их непосредственного функционального использования и *мобильности*. Горнодобывающее, строительное и сельскохозяйственное оборудование используется *в конкретном месте* (например, на определённых рудниках, строительных площадках), и, хотя оно может быть перемещено из одного правового порядка в другой, имманентно присущей качественной характеристикой объекта такая мобильность не является (а для оборудования, связанного конструктивно с земельным участком, и не может являться). Вместе с тем само по себе это не отрицает положительного эффекта от распространения Конвенции на финансирование приобретения и оборота таких объектов.

²⁹ Goode R. Convention On International Interests In Mobile Equipment And Protocol On International Interests In Mobile Equipment On Matters Specific To Mining, Agricultural And Construction Equipment. Official Commentary. UNIDROIT. Rome, 2021. P. 5-6.

³⁰ Исследователями также отмечается необходимость перестройки механизмов Кейптаунской Конвенции, которые больше всего подходят именно Авиационному протоколу, вместе с которым Конвенция и разрабатывалась первоначально. Heras Ballell T. R. Complexities arising from the expansion of the Cape Town Convention to other sectors: the MAC Protocol's challenges and innovative solutions // Uniform Law Review, Volume 23, Issue 2, June 2018. P. 217, 222-223.

II. ПРЕИМУЩЕСТВА И РИСКИ ПРИСОЕДИНЕНИЯ К МАК-ПРОТОКОЛУ. ОБЩИЙ АНАЛИЗ

33. Совместный правовой режим Кейптаунской конвенции и МАК-Протокола служит цели закрепления единообразного режима обеспечительных сделок для нивелирования рисков ведения соответствующей предпринимательской деятельности с трансграничным элементом, сопряжённых с вопросами создания, регистрации и принудительного осуществления обеспечительных прав в отношении подвижного оборудования³¹. Присоединение к Протоколу будет означать распространение действия Конвенции на горнодобывающее, сельскохозяйственное и строительное оборудование, а также уточнение отдельных применимых правил и позволит:

- с помощью унифицированных правил сделок и дополнительных гарантий кредиторам улучшить переговорные возможности компаний-заёмщиков, занятых в сельском хозяйстве, строительстве и горной добыче, при приобретении дорогостоящего оборудования;
- с помощью усиленной защиты прав банков и лизинговых компаний снизить предпринимательские риски предоставления займов: сократятся риски невозврата финансирования; уменьшатся издержки в связи с обращением взыскания на предмет обеспечения; упростится оценка рисков предоставления финансирования³² — что может, в свою очередь, привести к предоставлению займов на более выгодных для заёмщиков условиях, чем сейчас;

³¹ Статья II(1) МАК-Протокола распространяет действие Конвенции на оборудование, охваченное МАК-Протоколом. В дополнение к этому статья II(4) МАК-Протокола закрепляет неразрывное совместное действие Конвенции и Протокола через определение единого действующего правового режима как «Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования применительно к горнодобывающему, сельскохозяйственному и строительному оборудованию». Аналогичным образом, в соответствии со статьёй 6 Кейптаунской конвенции, Конвенция и Протокол представляют собой единый международно-правовой инструмент. Следовательно, выгоды, следующие из участия в Конвенции и Протоколе, можно определить в их совместном действии, а не отдельно.

³² См. *Мартынец П. В.* Международная гарантия в отношении подвижного оборудования: материально-правовые и коллизионно-правовые аспекты: дис. канд. юрид. наук. М., 2016. С. 192.

- производителям оборудования расширить рынки экспорта за счёт сокращения правовых рисков, в том числе возникающих при банкротстве покупателя, ввиду распространения действия Протокола на всё новые страны.

34. В случае Авиационного протокола существует так называемая скидка по Кейптаунской конвенции, или «Кейптаунская скидка»³³ — дополнительная скидка (в пределах 10 %) от минимальной процентной ставки по экспортному кредиту при приобретении новых иностранных воздушных судов. Она предоставляется должникам в силу Разъяснения ОЭСР по вопросам авиационного сектора, которое применяется к официально поддерживаемым экспортным кредитам, относящимся к гражданской авиации³⁴. Тем самым присоединение к Авиационному протоколу было выгодным для российских компаний ввиду приобретения доступа к механизму льготного кредитования³⁵.

35. В отношении же оборудования, охваченного МАК-Протоколом, соответствующей скидки или иной льготы не предусмотрено. В связи с этим представляется необходимым провести экономический анализ соответствующих рынков и оценить, приведёт ли присоединение к Протоколу к автоматическому удешевлению кредита/лизинга³⁶ в силу того, что обеспеченный кредит, как правило, дешевле необеспеченного, или потребуются подобное разъяснение ОЭСР, как в случае с Авиационным протоколом.

36. Стоит обратить внимание на инструменты, которые создаются самими участниками рынка для анализа юрисдикционных рисков, такие как Рейтинг соблюдения Кейптаунской Конвенции, анализирующий уровень реализации в

³³ См.: *Strosnider T.* The Discount List - Achieving Cape Town Convention Implementation and Its Future // *Issues in Aviation Law and Policy* 15, №. 1 (Autumn 2015). P. 149-180.

³⁴ Разъяснение ОЭСР по вопросам авиационного сектора в пункте 34 Приложения 2 определяет формулу расчёта *minimum premium rates* — сбора, взимаемого в дополнение к процентной ставке для покрытия риска невозврата экспортных кредитов. Одним из компонентов данной формулы является скидка по Кейптаунской конвенции, изложенная в статье 36 Приложения 2. *Organisation for Economic Co-operation and Development. Arrangement on Officially Supported Export Credits. January 2020.* URL: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=tad/pg\[2020\]1](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=tad/pg[2020]1) (дата обращения: 17.11.2020).

³⁵ Вместе с тем некоторые авторы подвергают сомнению значение скидки. *Traschler T.* The significance of the qualifying declarations under the Cape Town Convention // *Uniform Law Review*, 2019, Volume 24. P. 55-57.

³⁶ Некоторые авторы полагают, что механизмы Конвенции и МАК-Протокола этому поспособствуют. *Mooney Jr. C. W., Dubovec M., Brydie-Watson W.* The Mining, Agricultural and Construction Equipment Protocol to the Cape Town Convention Project: The Current Status. *Uniform Law Review*, Vol. 21, №. 2-3, 2016, P. 356.

конкретном государстве положений Конвенции и Авиационного протокола³⁷. По состоянию на март 2021 года у Австралии самый высокий рейтинг — 97,5, у США — 90, у Соединённого Королевства — 87, у России — 75,5.

37. Рейтинг соблюдения Кейптаунской Конвенции был запущен Рабочей группой по Авиационному протоколу 29 февраля 2020 года и формируется на основе информации от ведущих юридических фирм о соблюдении в присоединившихся к Конвенции и Авиационному протоколу государствах положений указанных документов, эффективности защиты прав кредиторов и прогнозируемых последствиях рассмотрения спора в договаривающихся государствах³⁸.

38. При оценке соблюдения Конвенции и протокола учитываются:

- полное и эффективное осуществление их положений,
- преимущественная сила положений Конвенции и протокола в случае коллизии с нормами применимого права;
- толкование и применение положений Конвенции и протокола в соответствии с их условиями и целями принятия³⁹.

39. Участники рассматриваемых отношений ориентируются на указанный рейтинг при принятии решений о заключении сделки, порождающей возникновение международной гарантии, и выборе контрагента, а также применимого права и места рассмотрения спора. Существенное изменение показателей (например, понижение рейтинга государства на несколько пунктов) может рассматриваться как неблагоприятное изменение законодательства с сопутствующими последствиями, согласованными сторонами (изменение или прекращение договора)⁴⁰.

³⁷ *The Aviation Working Group*. Cape Town Convention Compliance Index. URL: <https://ctc-compliance-index.awg.aero/index> (дата обращения: 17.03.2021).

³⁸ См. подробнее о критериях присвоения рейтинга: URL: <https://ctc-compliance-index.awg.aero/about/methodology> (дата обращения: 05.04.2021).

³⁹ *The Legal Advisory Panel of the Aviation Working Group*. Practitioners' Guide to the Cape Town Convention and the Aircraft Protocol. P. 54. Footnote 208. URL: <http://awg.aero/wp-content/uploads/2020/12/Practitioners-Guide-December-2020.pdf> (дата обращения: 06.04.2021).

⁴⁰ *Ibid.* P.56.

40. Кроме того, по мысли разработчиков, собранная информация должна позволить оценить эффективность применения конвенционных механизмов и наличие необходимости их совершенствования⁴¹.

41. При ратификации Российской Федерацией Конвенции и Aviационного протокола поднимался вопрос соответствия положений рассматриваемых документов стратегическим интересам России по развитию национального авиастроения⁴². При принятии решения о присоединении к МАК-Протоколу требуется оценить влияние такого присоединения на развитие внутреннего рынка сельскохозяйственного, строительного и горнодобывающего оборудования.

42. Российская Федерация уже присоединилась к Конвенции, поэтому её нормы являются составной частью российского права. Однако они касаются лишь малого круга оборудования, закреплённого в Aviационном протоколе⁴³. В случае присоединения к МАК-Протоколу данными нормами будет охвачен больший круг оборудования. В связи с этим может возникнуть необходимость разъяснения законодателем и правоприменителем соотношения созданного Конвенцией самостоятельного права по международной гарантии, предусмотренных Конвенцией средств защиты сторон по сделке, лежащей в основании возникновения международной гарантии, и положений российского обеспечительного права, чтобы международные обеспечительные конструкции Конвенции не страдали от признания их недействительными или переквалификации в залог по российскому праву (пп. 130–141 Аналитической справки).

43. Протокол не предусматривает выбора для государства в отношении вопросов о (1) приоритете международной гарантии и (2) возможности регистрации в Международном регистре кредиторами по внутренним сделкам уведомлений о возникших правах. По замыслу разработчиков, это призвано обеспечить равную защиту интересов кредиторов по внешним и внутренним сделкам (пп. 130–138 Аналитической справки).

⁴¹ *The Aviation Working Group*. Cape Town Convention Compliance Index. URL: <https://ctc-compliance-index.awg.aero/about> (дата обращения: 05.04.2021).

⁴² Воробьев О. Российские авиакомпании получают «кейптаунскую скидку» // Известия. 2013.12 апреля. URL: <https://iz.ru/news/548534> (дата обращения: 14.01.2020).

⁴³ Как отмечают исследователи, успех Aviационного протокола связан именно с тем, что он касается ограниченного круга лиц, которые были готовы поддержать Конвенцию и данный протокол. В отношении МАК-Протокола уверенности в таком консенсусе нет. *Gabriel H.D.* The MAC Protocol: We Aren't There Yet - How Far Do We Have to Go // Cape Town Convention Journal 4, №. 1 (2015). P. 75.

44. Вместе с тем, если Россия примет решение о присоединении к МАК-Протоколу, следует принять во внимание возможности, предусмотренные его конструкцией, самостоятельно определять условия присоединения в той мере, в какой это разрешено в самом Протоколе.

45. Согласно статье XXIX МАК-Протокола в его отношении действуют заявления, сделанные присоединяющимся государством на основе статей 39, 40, 50, 53–55, 57, 58 и 60 Кейптаунской конвенции⁴⁴.

46. Например, ряд таких заявлений уже был сделан Российской Федерацией при присоединении к Кейптаунской конвенции и Авиационному протоколу. Соответственно, при присоединении к МАК-Протоколу есть выбор: либо оставить уже сделанные заявления без изменения, и они будут применяться к Протоколу, либо изменить их⁴⁵.

1. Оборудование, на которое распространяется Протокол

47. МАК-Протокол применяется к следующим типам имущества:

- горнодобывающее оборудование — Приложение 1;
- сельскохозяйственное оборудование — Приложение 2;
- строительное оборудование — Приложение 3⁴⁶.

48. Приложения 1–3 к Протоколу содержат конкретные перечни оборудования вышеуказанных типов, классифицированные по подгруппам в

⁴⁴ Статьи 57 и 58 Кейптаунской конвенции не содержат применимых норм материального или процессуального права: они регулируют вопросы предоставления и отзыва заявлений к отдельным положениям Конвенции, кроме статьи 60. По этой причине в отношении действия международной гарантии анализ по этим статьям не проводится.

⁴⁵ К статьям 39(1), 40, 60 Конвенции можно делать заявления в любое время, тогда как к статьям 39(4), 50, 53, 54, 55 — только при присоединении к очередному протоколу. Последующие заявления, равно как и отзыв уже сделанных, допускаются согласно статьям 57–58 Кейптаунской конвенции, но из этого правила исключена статья 60 Конвенции.

⁴⁶ Ст. I(2) МАК-Протокола.

соответствии с назначением, стоимостью и кодами ГС⁴⁷, применяемой Всемирной таможенной организацией.

49. В соответствии со статьёй II(2) МАК-Протокола присоединяющееся государство может ограничить сферу его действия только одним или двумя Приложениями либо присоединиться к МАК-Протоколу со всеми тремя Приложениями⁴⁸. Приложение к МАК-Протоколу принимается или не принимается полностью: нельзя исключить конкретные коды или наименования в нём.

50. Присоединение к МАК-Протоколу со всеми тремя Приложениями сопряжено с наименьшими рисками для потенциальных кредиторов.

51. Во-первых, в таком случае международная гарантия может удешевить кредит под залог большего числа типов оборудования, поскольку кредитор будет более защищён при:

- возможном перемещении оборудования в другое государство: смысл международной гарантии в том, что она признаётся во всех договаривающихся государствах;
- банкротстве должника: согласно статье X(1) Протокола, кредитор может изъять оборудование из конкурсной массы в счёт погашения долга, что является более удобной конструкцией для кредитора, чем реализация оборудования с торгов.

52. Неприсоединение же к какому-либо Приложению Протокола приведёт к тому, что соглашение по поводу отдельного типа оборудования не будет квалифицировано как соглашение, из которого возникает международная гарантия⁴⁹. Поэтому в отношении него будут действовать российские коллизионные нормы (статьи 1205, 1205.1, 1206 и 1209 ГК РФ), не предоставляющие преимуществ международной гарантии кредиторам, что ухудшит их положение.

⁴⁷ Международная Конвенция о Гармонизированной системе описания и кодирования товаров заключена в Брюсселе 14 июня 1983 года (вместе с Протоколом от 24 июня 1986 года), вступила в силу для Российской Федерации 1 января 1997 года.

⁴⁸ Подробнее про причины объединения данного оборудования в один протокол: *Heras Ballell T. R. Op. Cit. P. 219-220.*

⁴⁹ В отличие от МАК-Протокола, Авиационный, Железнодорожный и Космический протоколы к Кейптаунской конвенции определяют сферу своего применения через признаки имущества, в отношении которого создаётся международная гарантия. Например, согласно статье II(1) Авиационного протокола, он действует только в отношении «авиационных объектов», признаки которых раскрыты в статье I(2) данного протокола.

53. Во-вторых, неприсоединение к отдельным Приложениям несёт в себе риск применения МАК-Протокола российскими судами в ситуации, когда ни одна из сторон не планировала его применения. Так, оборудование некоторых типов многофункционально, и отдельные коды ГС содержатся более чем в одном Приложении⁵⁰. При этом использование оборудования или намерение его использовать для конкретных целей не имеет юридического значения для решения вопроса о применимости МАК-Протокола⁵¹. Следовательно, выдача иностранным кредитором российскому производителю займа под залог такого оборудования не приведёт к исключению применения МАК-Протокола — например, если Россия сделает заявление о неприменении Приложения 1 (горнодобывающее оборудование) и российский производитель будет использовать или намереваться использовать его в горной добыче.

54. Таким образом, в отношении товарного охвата при присоединении к МАК-Протоколу представляется возможным сделать заявление о применении всех трёх Приложений к нему. В таком случае, во-первых, будет достигнут эффект от присоединения к Протоколу в виде создания условий для более дешёвого кредита в силу действия международной гарантии; во-вторых, правовые последствия от присоединения к МАК-Протоколу будут более определёнными, поскольку исключены будут ситуации его применения, когда ни кредитор, ни должник не планировали этого.

2. Применимое право

55. В связи с трансграничными залогами в контексте коллизионного права выделяются следующие категории прав:

- право, применимое к самому кредитному договору⁵²;
- право, применимое к обязательствам сторон договора залога⁵³;

⁵⁰ Например, во всех трёх Приложениях перечислены тракторы с кодом ГС 870195.

⁵¹ Ст. II(1) МАК-Протокола.

⁵² Определяется на основании автономии воли сторон (статья 1210 ГК РФ) либо критерия тесной связи, закреплённой на уровне закона (подпункт 8 пункта 2 статьи 1211 ГК РФ). В отношении критерия тесной связи см. *Bar C.v., Mankowski P.* Internationales Privatrecht. Bd. I: Allgemeine Lehren. 2. Aufl. C.H. Beck, 2003. S. 514.

⁵³ Применяется, например, к вопросу о заключённости и действительности договора (подпункт 17 пункта 2 статьи 1211 ГК РФ). См. *Drobnig U.* Secured Credit in International Insolvency Proceedings // Texas International Law Journal. 1998. Vol. 33. P. 54.

- право, применимое к самому праву залога⁵⁴.

56. Действием Кейптаунской конвенции и МАК-Протокола затрагиваются только две последние⁵⁵. Однако выбор применимого права согласно Протоколу допускается только в отношении взаимных обязательств сторон соответствующего соглашения⁵⁶. Так, согласно статье VI(2) Протокола, стороны соглашения, договора об обеспечении гарантий, соглашения о порядке подчинённости обязательств могут подчинить договор праву конкретной страны, в соответствии с которым должны регулироваться полностью или частично их права и обязанности. Такой выбор допускается, только если Договаривающееся государство сделало об этом заявление (статья XXVIII(1) Протокола).

57. Как и иные международные договоры, призванные унифицировать правовое регулирование, Конвенция и протоколы к ней за рамками созданного универсального механизма оставляют возможности для восполнения пробелов в регулировании в соответствии с нормами применимого национального материального права⁵⁷.

58. Присоединение к МАК-Протоколу с заявлением о применении его статьи VI сопряжено с наименьшими рисками.

59. Прежде всего, возможность выбора сторонами права, применимого к договорным обязательствам, является общепризнанным подходом, нашедшим

⁵⁴ Применяется, например, к вопросам об основаниях возникновения и прекращения залога, способам обращения взыскания на предмет залога (статьи 1205, 1205.1, 1206 ГК РФ). См. п. 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2019 года № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации». Вещный эффект отражает действие залогового права в отношении третьих лиц, то есть не только в отношении сторон по договору. Например, залогодержатель вправе получить удовлетворение от реализации предмета залога преимущественно перед другими кредиторами. *Drobnig U. Present and Future of Real and Personal Security // European Review of Private Law. 2003. Vol. 11. Issue 5. P. 637, Плеханов В. В. Переход права собственности по договору международной купли-продажи товаров: дис. канд. юрид. наук. М., 2008. С. 127.*

⁵⁵ *Goode R. Op. cit. P. 47-49.*

⁵⁶ В пункте 32 Пояснительного доклада отмечается, что возможность выбора применимого права распространяется только на обязательственные права и обязанности сторон. Explanatory Report To The Draft Protocol To The Convention On International Interests In Mobile Equipment On Matters Specific To Mining, Agricultural And Construction Equipment. UNIDROIT Secretariat. September 2019. URL: <https://www.unidroit.org/english/documents/2019/study72k/dc/s-72k-dc-04-corr-e.pdf> (дата обращения: 10.12.2020).

⁵⁷ *Kreuzer K. F. Jurisdiction and Choice of Law under the Cape Town Convention and the Protocols Thereto // Cape Town Convention Journal 2 (2013). P.163.*

своё отражение в российском законодательстве⁵⁸. Сам выбор применимого права может быть осуществлён как для договора в целом, так и для отдельных его частей (пункт 4 статьи 1210 ГК РФ), а также может вытекать из процессуального поведения сторон в ходе судебного разбирательства⁵⁹.

60. В отсутствие заявления о применении статьи VI Протокола будет существовать риск толкования российскими судами якобы выраженной тем самым воли законодателя запретить сторонам выбирать иностранное право в качестве применимого.

61. Кроме того, принятием Федерального закона № 60-ФЗ Российская Федерация прямо заявила о распространении на соответствующие правоотношения правил статьи VIII Авиационного протокола, разрешающей выбор иностранного права в качестве применимого⁶⁰.

62. Таким образом, заявление на основании статьи XXVIII(1) Протокола о выражении согласия на применение положений статьи VI Протокола при присоединении к нему не противоречит подходу, принятому в российском законодательстве, а также позволит нивелировать риски, связанные с правовой неопределённостью по применению иностранного права в отдельных случаях.

3. Права на оборудование и недвижимую вещь

63. Протокол устанавливает особое регулирование для оборудования, связанного с недвижимостью, под которым понимается оборудование, имеющее такую связь с недвижимой вещью, что, согласно праву государства, где находится это оборудование, залог соответствующей недвижимой вещи распространяется

⁵⁸ Аналогичное правило об автономии воли сторон закреплено в пункте 1 статьи 1210 ГК РФ. Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд. М., 2013. Т. I: Общая часть. С. 56; *Асосков А. В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012. С. 11-12; *Nygh P.* *Autonomy in International Contracts.* Oxford, 1999. P. 13-14; *Lando O.* *The Conflict of Laws of Contracts: General Principles.* de droit international. Recueil des cours, vol. 189. Dordrecht; Boston; London, 1988. P. 237.

⁵⁹ П. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ № 158.

⁶⁰ Declaration Lodged by the Russian Federation under the Aircraft Protocol at the Time of the Deposit of its Instrument of Accession and Subsequent Declarations. URL: <https://www.unidroit.org/status-2001capetown-aircraft?id=1611> (дата обращения: 10.12.2020). После того, как данное заявление было сделано, в российской судебной практике данный вопрос был разрешён судом в рамках одного из дел, касающегося лизинга авиаоборудования, где шла речь о выборе сторонами английского права. Суд оценил наличие заявления, посчитал содержание иностранного права установленным и применил нормы английского права к обязательствам сторон, несмотря на то, что они отличались от норм российского права (Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17 августа 2016 года № Ф04-6615/2014 по делу № А67-4289/2013).

на это связанное с недвижимой вещью оборудование⁶¹. Как видно, признание оборудования, связанного с недвижимостью, таковым основывается на критериях национального права государства, где оборудование находится.

64. Для определения случаев, когда по российскому праву оборудование будет считаться связанным с недвижимой вещью, следует иметь в виду, что МАК-оборудование по своей природе и назначению не является недвижимостью по российскому праву и невозможен его кадастровый учёт в качестве объекта недвижимости. Следовательно, правила о распространении залога земельного участка или права аренды земельного участка на недвижимость, построенную на таком участке (ст. 64 и 65 Закона об ипотеке), не относятся к обсуждаемым статьям Протокола.

65. По-видимому, случаями, когда, согласно российскому праву, оборудование может считаться связанным с недвижимостью, являются:

- a) распространение ипотеки на движимую принадлежность недвижимой вещи (п. 3 ст. 5 Закона об ипотеке);
- b) распространение ипотеки на неотделимые улучшения предмета ипотеки (п. 6 ст. 6 Закона об ипотеке)⁶²;
- c) общее правило о сохранении залога при преобразовании предмета залога (подп. 1 п. 2 ст. 345 ГК РФ) и образование новой составной неделимой вещи (ст. 133 ГК РФ)⁶³.

66. Практически значимыми случаями для целей применения норм МАК-протокола об оборудовании, связанном с недвижимой вещью, являются случаи a) и c), поскольку случай b) относится к физически не делимым улучшениям.

67. Возможно, что будут существовать случаи, когда МАК-оборудование используется таким образом, что приобретает тесную связь с объектом недвижимости, например, с земельным участком, на котором производятся

⁶¹ Статья I(2)(k) Протокола.

⁶² Соединение оборудования с земельным участком при строительстве недвижимости рассматривается не как принадлежность, а как *неотделимая часть* земельного участка, что исключает применение МАК-Протокола.

⁶³ Следует иметь в виду, что, согласно п. 4 ст. 133 ГК РФ, взыскание может быть обращено на неделимую вещь только в целом, если законом или судебным актом не установлена возможность выделения из вещи её составной части, в том числе в целях отдельной продажи. В отечественной практике не встречались случаи, когда МАК-оборудование рассматривалось бы как составная часть земельного участка.

сельскохозяйственные, горнодобывающие или строительные работы, или, в случае горного оборудования, с участком недр.

68. Данная связь может привести к тому, что оборудование станет отдельной частью недвижимой вещи или её принадлежностью. Как часть недвижимой вещи, так и её принадлежность также обременяются залогом при ипотеке той вещи, к которой они присоединены⁶⁴.

69. Согласно российскому праву участки недр не могут быть предметом залога, так как могут находиться исключительно в государственной собственности⁶⁵. Соответственно, поскольку горное оборудование имеет функциональную связь с участком недр, а не с земельным участком, проблема распространения залога недвижимой вещи на такое оборудование не возникает. Это же касается и иных случаев закрепления оборудования на земельных участках, ограниченных или изъятых из оборота согласно законодательству Российской Федерации⁶⁶.

70. Если земельный участок и оборудование заложены в пользу двух разных кредиторов, то возникает ситуация конкуренции залоговых прав на оборудование:

- кредитора по международной гарантии: в случае просрочки уплаты долга банк / лизинговая компания вправе забрать оборудование для его погашения, независимо от того, что в законе данного государства могут быть нормы, признающие оборудование принадлежностью земельного участка; либо
- кредитора, в пользу которого заложена недвижимая вещь: он имеет право обратиться взыскание на участок и оборудование, при этом кредитор по международной гарантии сможет получить только сумму, оставшуюся после реализации залога.

⁶⁴ См. п. 3 ст. 5 и п.6 ст. 6 Закона об ипотеке; кроме того, см. *Бевзенко Р. С.* Земельный участок с постройками на нём: введение в российское право недвижимости. М-Логос, 2017.

⁶⁵ Ст. 1.2 Закона РФ от 21 февраля 1992 года № 2395-1 «О недрах».

⁶⁶ Ст. 3 Федерального закона от 24 июля 2002 года № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения», Ст. 27 Земельного кодекса Российской Федерации от 25 октября 2001 года № 136-ФЗ.

71. При присоединении к Протоколу государство должно выбрать один из трёх вариантов (А, В или С) разрешения подобного рода коллизий⁶⁷ согласно статье VII(2).

72. *Вариант А* предоставляет наибольшую защиту кредитору: если оборудование является делимым, международная гарантия не прекращается и сохраняет свой приоритет, в том числе над обеспечительными правами на объект недвижимого имущества, которые могут распространяться на оборудование.

73. Согласно положениям статьи VII(4) Протокола оборудование является *отделимым*, если расходы на отделение оборудования и на последующий ремонт недвижимой вещи не превышают стоимость отделяемого оборудования, т. е. отделение оборудования с целью обращения взыскания экономически целесообразно.

74. *Вариант В* предлагает два решения. Если при соединении недвижимой вещи и оборудования последнее теряет характеристики самостоятельного объекта, то последствия такого соединения для международной гарантии и её приоритета определяются в соответствии с национальным законодательством. Если оборудование, несмотря на соединение, сохраняет качества самостоятельного объекта, то обеспечительные права на недвижимую вещь будут иметь приоритет перед международной гарантией, только если:

- обеспечительные права на недвижимую вещь были зарегистрированы в соответствии с национальным законодательством до момента регистрации международной гарантии; и
- соединение оборудования с недвижимой вещью произошло до регистрации международной гарантии.

75. *Вариант С* представляет из себя противоположность Варианту А: приоритет отдаётся нормам национального законодательства, которые могут, например, устанавливать, что при присоединении оборудования к недвижимой вещи обеспечительные права на неё имеют приоритет по отношению к правам на оборудование.

76. *Вариант А* является наиболее практичным: он снижает риски для банка / лизинговой компании, что может снизить стоимость кредита, и исключает

⁶⁷ Статья VII(1) МАК-Протокола прямо указывает на то, что Протокол не регулирует вопросы присоединения оборудования к земельному участку в государствах, которые не присоединились к нему. Как указано в пункте 36 Пояснительного доклада, в отсутствие данного уточнения в МАК-Протоколе статья 29 Кейптаунской конвенции могла бы быть применена к оборудованию, расположенному не на территории государства — участника Протокола, но принадлежащему должнику или кредитору из государства-участника.

возможность злоупотреблений, которые будут доступны должникам при выборе вариантов В и С:

- для того, чтобы избежать обращения взыскания на оборудование, должник может зарегистрировать его в ЕГРН в качестве недвижимой вещи (сооружения), если оно расположено на его земельном участке⁶⁸. Российское право недвижимости запрещает заключение договора о залоге недвижимости без одновременного заключения договора о залоге земельного участка, на котором она находится (реализация принципа единства судьбы земельного участка и сооружения, расположенного на нём)⁶⁹. При выборе Вариантов В и С приоритет будет иметь российское право, и международная гарантия будет тем самым либо неисполнима вообще, либо исполнима только в ограниченном числе случаев (пп. 74, 75 Аналитической справки). При выборе Варианта А кредитор будет защищён: его международная гарантия будет иметь приоритет над правами, возникающими из российского права;
- присоединение к статье VII(2) МАК-Протокола на условиях Вариантов В или С означает, что отдельные вопросы о приоритете обеспечительных прав будут решаться на основании *lex rei sitae* (статья 1205 ГК РФ). Это неизбежно повлечёт проблему, при которой недобросовестные залогодатели будут перемещать оборудование в страны с правом недвижимости, препятствующим принудительному исполнению международной гарантии. При применении Варианта А это не будет иметь значения: права кредитора по международной гарантии в любом случае будут иметь приоритет перед правами иного кредитора.

77. Таким образом, выбор иных вариантов, кроме Варианта А, будет сопряжён с риском возможных злоупотреблений, при которых преимущества от участия России в МАК-Протоколе будут минимальными.

4. Защита прав

а. Временные меры по защите прав

78. Статья IX МАК-Протокола модифицирует положения Конвенции, касающиеся принятия временных мер по защите прав. Эти изменения включают:

⁶⁸ П. 1 ст. 130 ГК РФ.

⁶⁹ Абз. 2 ст. 69 Закона об ипотеке.

- уточнение, насколько безотлагательно должны назначаться такие временные меры, через указание каждым государством-участником конкретного срока, в течение которого должно выноситься решение об их применении (статья IX(2) Протокола);
- распространение действия безотлагательных временных мер на продажу оборудования и полученные от такой продажи средства при наличии договорённости должника и кредитора об этом (статья IX(3) Протокола). При такой продаже оборудование будет считаться свободным от любого обременения в виде залога, по отношению к которому действует приоритет международной гарантии (статья IX(4) Протокола);
- разрешение по договорённости между кредитором и должником исключать применение статьи 13(2) Кейптаунской конвенции, позволяющей судам определять дополнительные условия использования временных мер с учётом добросовестности поведения кредитора (статья IX(5) Протокола);
- расширение содержания правил по временным мерам, связанным с перемещением оборудования, в том числе введение нового административного органа (статья IX(6) Протокола).

79. Статья IX МАК-Протокола применяется при выраженном согласии на это государства — участника Протокола и только в том объёме, в каком это согласие выражено.

80. Рассматриваемое положение МАК-Протокола представляет собой аналог статьи X Авиационного протокола⁷⁰. При присоединении к последнему Россия не выразила своего согласия на обязательность положений статьи X Авиационного протокола ни в целом, ни в части⁷¹. При принятии решения в отношении статьи IX МАК-Протокола требуется проанализировать потребность гражданского оборота в применении таких мер, а также вопросы о способах эффективного применения в Российской Федерации рассматриваемых положений Конвенции и соотношении этих положений с процессуальным законодательством Российской Федерации.

⁷⁰ *Brydie-Watson W. If It Ain't Broke, Don't Fix It! The Development of the Draft MAC Protocol // Cape Town Convention Journal. 2018. Vol. 7. P. 15.*

⁷¹ Declaration Lodged by the Russian Federation under the Aircraft Protocol at the Time of the Deposit of its Instrument of Accession and Subsequent Declarations. URL: <https://www.unidroit.org/status-2001capetown-aircraft?id=1611> (дата обращения: 10.12.2020).

81. Внесение уточнения в то, насколько быстро должны быть приняты такие меры (статья IX(2) Протокола), помогло бы добавить определённости в применимый правовой режим, но лишает суд свободы усмотрения при назначении временных мер по защите прав.

82. Статья IX(5) Протокола ограничивает суд в возможности реагировать на недобросовестное поведение кредитора путём установления дополнительных условий для применения временных мер по защите прав. Вместе с тем временные меры, выполнение которых не поставлено под дополнительные особые условия, определённые судом, с большей вероятностью будут оперативно исполнены⁷².

83. Принятие положений статьи IX(6) Протокола будет сопряжено с необходимостью создания административных государственных органов для целей наделения их полномочиями, описанными в этой статье. На данный момент таких органов не существует по российскому законодательству.

б. Заявления относительно способов защиты прав

84. В соответствии со статьёй 54(1) Кейптаунской конвенции допускается делать заявление об исключении из возможных средств защиты интересов кредиторов их права на передачу оборудования в лизинг.

85. При присоединении к Кейптаунской конвенции и Авиационному протоколу Россия не сделала заявления на основе статьи 54(1) Конвенции.

86. Такого рода ограничение приведёт к снижению эффективности положений Конвенции и Протокола, посредством которых создаётся понятный и доступный механизм защиты прав кредиторов. Вместе с тем преимущества от такого отказа неясны.

87. В соответствии со статьёй 54(2) Кейптаунской конвенции допускается делать заявление, согласно которому запрещается или разрешается обращаться к средствам правовой защиты во внесудебном порядке.

88. Федеральный закон № 361-ФЗ, отражающий уже сделанное Россией заявление по рассматриваемой статье, поясняет, что

⁷² В отношении аналогичного положения Авиационного протокола, содержащегося в его статье X(5), см. *Veneziano A. Advance relief under the Cape Town Convention and its Aircraft Protocol: A comment on Gilles Cuniberti's interpretative proposal // Cape Town Convention Journal. 2013. Vol. 2. P. 189.*

«любой способ защиты прав, имеющийся у кредитора в соответствии с каким-либо из положений Конвенции и чётко в них не определённый как способ защиты прав, за которым следует обращаться в суд, может быть применён без обращения в суд»⁷³.

89. Предоставление такого способа защиты позволит ускорить процедуру защиты прав залогодержателя и тем самым в целом повысить эффективность нового правового режима международной гарантии, которая, будучи самостоятельным обеспечительным правом, не ограничена рамками национального регулирования вопросов обращения взыскания на предмет залога⁷⁴.

в. Заявления относительно промежуточных способов защиты прав

90. В соответствии со статьёй 55 Кейптаунской конвенции допускается сделать заявление о том, что государство не берёт на себя обязательства по статьям 13 и 43 Конвенции — либо совместно, либо одной из них, либо в части. Указанные статьи регулируют вопросы обращения к временным мерам правовой защиты, а также определяют подведомственность судов для разрешения такого рода вопросов.

91. При присоединении к Кейптаунской конвенции и Авиационному протоколу Россия не сделала заявления на основе статьи 55 Конвенции.

92. Статья 55 Конвенции предоставляет присоединяющимся государствам значительную свободу в определении пределов действия института временных мер правовой защиты. Вместе с тем отказ от применения статей 13 и 43 Конвенции в целом или в части несёт в себе значительные риски, так как тем самым будут устранены одни из центральных положений Конвенции и Протокола, посредством которых создаётся эффективный механизм защиты прав кредиторов. Иными словами, участие в Конвенции и Протоколе без применения указанных выше статей не позволит получить выгоды от присоединения в полной мере.

⁷³ П. 4 ст. 1 Федерального закона № 361-ФЗ.

⁷⁴ *Silikov A. N. The Russian Federation and the Cape Town Convention: the Aviation Protocol // Uniform Law Review. № 15(1), 2010. P. 135.*

5. Вопросы банкротства

а. Процедура удовлетворения требований кредитора

93. Одним из ключевых вопросов, характеризующих регулирование способов обеспечения обязательства (в том числе международной гарантии), является удовлетворение требований кредитора в банкротстве должника.

94. Согласно статье X(1) МАК-Протокола по умолчанию на случай банкротства должника каждое присоединяющееся государство сохраняет приоритет своего внутреннего законодательства о банкротстве. Вместе с тем это положение предусматривает возможность сделать заявление на основании статьи XVIII(3) Протокола о применении вместо норм национального законодательства о банкротстве положений МАК-Протокола⁷⁵.

95. Закон о банкротстве содержит систему способов защиты прав обеспеченного кредитора, которые вступают в противоречие с положениями статьи X МАК-Протокола и не будут действовать в случае, если речь идёт о международной гарантии:

- требования залоговых кредиторов удовлетворяются преимущественно перед всеми остальными кредиторами. Объект залога реализуется на публичных торгах⁷⁶. От реализации предмета залога залогодержатель выручит не более 70 %⁷⁷ (по обычному обязательству),

⁷⁵ Некоторыми экспертами при присоединении России к Авиационному протоколу высказывалось убеждение, что без надлежащей защиты прав кредитора при банкротстве должника банки не будут предоставлять российским заёмщикам финансирование на более льготных условиях: «Необходимые оговорки (заявления) нашей страной приняты не были, ратификация конвенции имела чисто формальный характер, — поясняет эксперт комитета по транспорту Госдумы Виталий Бордунов. — Это препятствует полноценному и эффективному применению конвенции и протокола в интересах российских компаний» [Соболь Е. Россия не долетела до Кейптауна // Коммерсантъ. 2011. 9 марта. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/1597439> (дата обращения: 10.12.2020)]. Данное мнение было высказано до вступления в силу Федерального закона № 361-ФЗ, содержащего соответствующие заявления, которыми данная проблема была решена. Кроме того, стоит отметить, что скептическое отношение банков к зарубежным активам — общемировая проблема, не раз поднимавшаяся в литературе. См. *Bar C.v., Drobnig U. The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*. Munich, 2004. P. 348.

⁷⁶ При этом передача имущества кредитору через отступное, минуя торги, не допускается. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 21 января 2019 года № 302-ЭС18-528 по делу № А33-15936/2016.

⁷⁷ П. 1 ст. 138 Закона о банкротстве.

80 %⁷⁸ (по кредитному договору) или 60 %⁷⁹ (при банкротстве застройщика) от суммы основного долга и процентов по обязательству. Кредитор имеет право оставить предмет залога за собой в счёт погашения данных 70 % или 80 % только после повторных торгов⁸⁰. При утрате или гибели предмета залога требование кредитора включается в реестр требований кредиторов как незалоговое⁸¹;

- переданное лизингодателем лизингополучателю имущество не входит в конкурсную массу лизингополучателя⁸²; лизингодатель вправе изъять имущество из конкурсной массы⁸³;
- сохранение права собственности за продавцом⁸⁴ в некоторых случаях может привести суд к выводу о возможности исключения вещи из конкурсной массы должника⁸⁵.

96. Следовательно, действующий механизм удовлетворения обеспеченных по смыслу Конвенции требований кредиторов в банкротстве предполагает два способа:

⁷⁸ П. 2 ст. 138 Закона о банкротстве.

⁷⁹ Ст. 201.14 Закона о банкротстве.

⁸⁰ Абз. 4 п. 5 ст. 18.1 Закона о банкротстве.

⁸¹ П. 2 Постановления Пленума ВАС РФ № 58 «О некоторых вопросах, связанных с удовлетворением требований залогодержателя при банкротстве залогодателя».

⁸² П. 1 ст. 11 Федерального закона от 29 октября 1998 года № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)».

⁸³ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 6 мая 2016 года № Ф01-1061/2016 по делу № А28-15976/2013, Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 18 мая 2017 года № Ф02-466/2017 по делу № А74-1511/2015, Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 1 августа 2018 года № Ф03-3013/2018 по делу № А51-16102/2016, Постановление ФАС Поволжского округа от 24 мая 2012 года по делу № А06-5247/2011 Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 24 августа 2016 года № 15АП-10595/2016 по делу № А32-36867/2014.

⁸⁴ Ст. 491 ГК РФ.

⁸⁵ В нескольких делах суды высказались о потенциальной возможности такого решения: см. Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 26 июня 2018 года № 02АП-3735/2018 по делу № А29-9830/2015, Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 3 ноября 2016 года по делу № А65-25566/2014 — однако ясная и последовательная судебная практика по данному вопросу отсутствует.

- включение требования в специальный банкротный реестр⁸⁶ с последующей продажей оборудования с торгов⁸⁷ или оставлением предмета залога за собой⁸⁸;
- исключение имущества из конкурсной массы ввиду того, что оно не является собственностью должника⁸⁹.

97. Основным же способом удовлетворения требований при применении статьи X МАК-Протокола будет присвоение кредитором имущества во «внебанкротном» порядке (пункт 1а статьи 8 Кейптаунской конвенции, статья X(3) Протокола⁹⁰). Согласно статье X Протокола кредитор после наступления связанного с несостоятельностью события⁹¹ предоставляется период отсрочки, по истечении которого он вправе забрать оборудование для погашения имеющихся обязательств. Длительность периода отсрочки указывается в заявлении государства⁹².

98. Таким образом, Конвенция предоставляет кредитору право получить удовлетворение из стоимости оборудования в обход очерёдности (усиленная (улучшенная)⁹³ защита), установленной статьями 135–137 Закона о банкротстве, а также в размере 100 % в обход процентного соотношения, установленного в статье 138 Закона о банкротстве.

⁸⁶ Ст. 18.1 и 71 Закона о банкротстве.

⁸⁷ Ст. 138 Закона о банкротстве.

⁸⁸ Абз. 4 п. 5 ст. 18.1 Закона о банкротстве.

⁸⁹ П. 2 ст. 131 Закона о банкротстве.

⁹⁰ *Мартынец П. В.* Международная гарантия в отношении подвижного оборудования: материально-правовые и коллизионно-правовые аспекты: дис. канд. юрид. наук. М., 2016. С. 5-6.

⁹¹ Под событием, связанным с несостоятельностью, в статье X Протокола имеется в виду открытие производства по делу о несостоятельности в отношении должника, или объявленное должником намерение приостановить, или фактическое приостановление платежей, когда право кредитора возбудить производство по делу о несостоятельности или воспользоваться средствами правовой защиты в соответствии с Конвенцией приостанавливается законом или действием государства (статья I(2m) Протокола).

⁹² Конкретное количество дней — это выбор присоединяющегося государства, которое не ограничено какими-либо правилами. Однако чем более краткий срок будет предоставлен, тем более заинтересован будет банк или лизинговая компания в предоставлении финансирования.

⁹³ *Kozuka S.* The Cape Town Convention and Its Implementation in Domestic Law: Between Tradition and Innovation // Implementing the Cape Town Convention and the Domestic Laws on Secured Transactions / ed. by S. Kozuka. Springer, 2017. P. 46.

99. Принятием Федерального закона № 60-ФЗ Российская Федерация прямо заявила о применении статьи XIII Авиационного протокола, устанавливающей аналогичную процедуру, и заявила о периоде рассрочки в 60 календарных дней⁹⁴.

100. При присоединении к МАК-Протоколу России представляется целесообразным сделать аналогичные заявления, поскольку механизм удовлетворения требований кредиторов по международной гарантии согласно положениям Протокола является более простым и понятным по сравнению с правилами российского законодательства.

б. Оказание помощи в случае несостоятельности

101. В соответствии со статьёй XI МАК-Протокола суды государства-участника, в котором находится оборудование, должны оказывать максимально возможное сотрудничество иностранным судам и иностранным управляющим по несостоятельности. По смыслу этого положения такое сотрудничество должно осуществляться в отношении способов защиты прав в случае несостоятельности по статье X Протокола.

102. Статья XI Протокола применяется, только если государство-участник выразило своё согласие на это согласно статье XXVIII(1) Протокола.

103. Российское законодательство не устанавливает форм содействия, аналогичного закрепляемому статьёй XI МАК-Протокола. Единственный правовой инструмент, который потенциально может быть направлен на достижение такого содействия, знакомый российскому праву, — обеспечительные меры, применение которых не ставится в зависимость от того, является ли Россия участником соответствующих международных соглашений⁹⁵.

104. Статья XI Протокола содержит такую формулировку, как «максимально возможное сотрудничество в соответствии с правом присоединившегося государства», что подразумевает применение таких процессуальных механизмов, которые существуют или будут выработаны в российском праве.

105. В отношении российских судов это положение будет действовать только при запросе о сотрудничестве из других юрисдикций, в которых идёт основное

⁹⁴ Declaration Lodged by the Russian Federation under the Aircraft Protocol at the Time of the Deposit of its Instrument of Accession and Subsequent Declarations. URL: <https://www.unidroit.org/status-2001capetown-aircraft?id=1611> (дата обращения: 11.12.2020).

⁹⁵ Ст. 90 АПК РФ.

разбирательство о несостоятельности⁹⁶. В то же время аналогичный запрос иностранному суду можно будет подать и в случае, если Россия не выразит своего согласия на обязательность статьи XI⁹⁷.

106. В отношении аналогичного положения Aviационного протокола Россия не выразила своего согласия на его обязательность⁹⁸, что само по себе не означает неосуществление такого сотрудничества между судами на основании иных международных договоров, а также отсутствие необходимости в ратификации статьи XI МАК-Протокола.

6. Регистрация и приоритет международной гарантии

а. Регистрация международных гарантий

107. Российское законодательство содержит положения о возможности учёта залога некоторых видов движимого имущества (в том числе оборудования) в специальном нотариальном реестре уведомлений о залоге (статья 339.1 ГК РФ)⁹⁹. Положений о порядке регистрации прав по договору лизинга или по договору предварительной продажи с резервированием права собственности (статья 491 ГК РФ) российское законодательство не содержит.

108. При присоединении к МАК-Протоколу статья 29 Кейптаунской конвенции, которая устанавливает приоритет регистрации международной гарантии, будет действовать в отношении МАК-оборудования, причём как в отношении залогов, так и в отношении лизинга и резервирования права собственности.

⁹⁶ В отношении аналогичного положения Aviационного протокола, содержащегося в его статье XII, см. *Gray D.G. et al. The Cape Town Convention aircraft protocol's substantive insolvency regime: a case study of Alternative A // Cape Town Convention Journal. 2016. Vol. 5(1). P. 143.*

⁹⁷ Explanatory Report To The Draft Protocol To The Convention On International Interests In Mobile Equipment On Matters Specific To Mining, Agricultural And Construction Equipment. UNIDROIT Secretariat. September 2019. Para. 80. URL: <https://www.unidroit.org/english/documents/2019/study72k/dc/s-72k-dc-04-corr-e.pdf> (дата обращения: 11.12.2020).

⁹⁸ Declaration Lodged by the Russian Federation under the Aircraft Protocol at the Time of the Deposit of its Instrument of Accession and Subsequent Declarations. URL: <https://www.unidroit.org/status-2001capetown-aircraft?id=1611> (дата обращения: 10.12.2020).

⁹⁹ В настоящий момент на сайте данного реестра содержится значительное количество записей о залоге оборудования, которое закреплено в Приложениях к МАК-Протоколу (Реестр уведомлений о залоге движимого имущества. URL: <https://www.reestr-zalogov.ru/state/index> (дата обращения: 10.12.2020)). Залоговые права действуют в отношении третьих лиц, если уведомления о них были внесены в реестр залогов в порядке Главы XX.1 Основ законодательства о нотариате.

Обеспечительные права на это оборудование будут зарегистрированы в специальном Международном регистре¹⁰⁰.

109. Международная гарантия, зарегистрированная в Международном регистре, будет иметь приоритет перед другой международной гарантией, зарегистрированной позднее, а также перед любой незарегистрированной гарантией.

110. К незарегистрированной гарантии относятся, в частности, обеспечительные права, учтённые в порядке, предусмотренном национальным (российским) законодательством¹⁰¹, а именно внесённые в реестр в добровольном порядке залоговые права на движимое имущество. Для приобретения кредитором по сделке обеспечительного права, которое одновременно имело бы статус международной гарантии и, соответственно, обладало бы приоритетом (статья 29 Кейптаунской конвенции), кредитор должен направить специальное уведомление в Международный регистр¹⁰².

111. Регистрация уведомления о возникновении обеспечительного права в Международном регистре станет необходимым условием безоговорочного приоритета прав соответствующего кредитора перед иными (будь то иностранные или российские) кредиторами, чьи права не были своевременно зарегистрированы в Международном регистре (даже если сделка с таким кредитором будет совершена раньше, а уведомление о залоге будет зарегистрировано ранее по нормам, например, российского законодательства).

112. Кроме того, Присоединение к МАК-Протоколу будет означать параллельное существование правил о противопоставимости международной

¹⁰⁰ Необходимо отметить, что регистр, созданный в настоящее время в соответствии с Авиационным протоколом (URL: <https://www.internationalregistry.aero/ir-web/> (дата обращения: 10.12.2020)), хотя и действует в соответствии с Конвенцией и протоколом, но является ирландской зарегистрированной компанией и поэтому связан применимым законодательством Ирландии и ЕС. *David Fennelly D. Cape Town Convention and International Sanctions: The Case of European Union Sanctions against Russia // Cape Town Convention Journal 4, №. 1 (2015). P. 87.* Вероятно, регистр в соответствии с МАК-Протоколом будет образован подобным же образом.

¹⁰¹ Ст. 339.1 ГК РФ.

¹⁰² В настоящий момент актуальных записей о зарегистрированных залогах Международный регистр не содержит, поэтому затруднительно делать выводы о его полноте и прозрачности.

гарантии¹⁰³ и правил о противопоставимости залогов по российскому праву¹⁰⁴ в части, касающейся момента попадания в залог (обеспечительную собственность) оборудования.

113. В случае присоединения России к МАК-Протоколу в отношении прав на МАК-оборудование очерёдность удовлетворения требований кредиторов будет устанавливаться в зависимости от даты регистрации прав на оборудование в Международном регистре, а не на основании положений пункта 1 статьи 342.1 ГК РФ, поскольку положения ратифицированного международного договора будут иметь приоритет над нормами гражданского законодательства. Указанные последствия присоединения к МАК-Протоколу, а равно необходимость регистрации залоговых и иных обременений и проверки сведений о правах на МАК-оборудование в Международном регистре могли бы быть разъяснены рыночными регуляторами российским банкам, и иным кредиторам, и должникам — владельцам МАК-оборудования в целях обеспечения защиты их прав и законных интересов наравне с иностранными кредиторами и должниками.

114. Таким образом, в случае принятия решения о присоединении Российской Федерации к Протоколу следует обратить внимание на то, как это повлияет на изменение сферы и порядка применения норм ГК РФ об обеспечении исполнения обязательств в отношении МАК-оборудования¹⁰⁵.

б. Права, обладающие преимущественным характером без регистрации

115. Кейптаунская конвенция позволяет при присоединении к её протоколам определить права, в отношении которых не будет действовать приоритет международной гарантии¹⁰⁶. По общему правилу приоритет международной гарантии не применяется в случае регистрации прав после подачи

¹⁰³ Согласно пунктам 3–4 статьи 29 Кейптаунской конвенции при покупке оборудования покупатель должен руководствоваться только записью в Международном регистре и считается купившим оборудование свободным от прав третьих лиц, если подобной записи не было.

¹⁰⁴ В первую очередь имеется в виду абзац 3 пункта 4 статьи 339.1 ГК РФ, согласно которому «залогодержатель в отношениях с третьими лицами вправе ссылаться на принадлежащее ему право залога только с момента совершения записи об учёте залога, за исключением случаев, если третье лицо знало или должно было знать о существовании залога ранее этого».

¹⁰⁵ Как отмечают некоторые авторы, «...для успеха Протокола он должен заручиться поддержкой правительств, которые осознают, что одной из целей ратификации является признание несостоятельности их собственной правовой системы. Это может стоить экономических выгод, которые принесёт Протокол. Это также может быть воспринято как повод обновить внутреннее законодательство вместо ратификации Протокола». *Gabriel H. D. Op. cit. P. 75.*

¹⁰⁶ См. также ст. X(12) МАК-Протокола.

соответствующего заявления по статье 39(3) Конвенции. Однако это правило можно изменить, если указать в заявлении об обратном¹⁰⁷.

116. Федеральный закон № 361-ФЗ, отражающий уже сделанное Россией заявление по рассматриваемой статье, перечисляет требования кредиторов, в отношении которых будет сохраняться приоритет перед зарегистрированными в Международном регистре международными гарантиями:

«требования кредиторов по текущим платежам; требования по возмещению расходов на проведение мероприятий по недопущению возникновения техногенных и (или) экологических катастроф либо гибели людей в случае, если прекращение деятельности организации-должника или её структурных подразделений может повлечь за собой возникновение техногенных и (или) экологических катастроф либо гибель людей; требования граждан, перед которыми должник несёт ответственность за причинение вреда жизни или здоровью путём капитализации соответствующих повременных платежей, а также требования о компенсации морального вреда; требования по выплате выходных пособий и оплате труда лиц, работающих или работавших по трудовому договору, и по выплате вознаграждений авторам результатов интеллектуальной деятельности»¹⁰⁸.

117. Данные требования во многом дублируют нормы российского законодательства в отношении очерёдности удовлетворения требований кредиторов, закреплённые в статье 64 ГК РФ и пункте 2 статьи 134 Закона о банкротстве, за исключением того, что залоговые кредиторы имеют приоритетное право на удовлетворение своих требований за счёт обращения взыскания на предмет залога¹⁰⁹.

118. Представляется разумным оставить данное заявление без изменений при присоединении России к МАК-Протоколу. Тем самым сохранился бы подход, при котором нивелируются риски, связанные с распространением режима международной гарантии на указанные выше требования в ходе процедуры банкротства, поскольку отдельные присущие российскому правопорядку правила о банкротстве останутся без изменения. В итоге найденный и устоявшийся в российском законодательстве баланс прав и обязательств кредиторов и должников не был бы затронут.

¹⁰⁷ Ст. 39(4) Кейптаунской конвенции.

¹⁰⁸ П. 1 ст. 1 Федерального закона № 361-ФЗ.

¹⁰⁹ Ст. 138 Закона о банкротстве.

119. Такого же подхода представляется целесообразным придерживаться и в отношении уже сделанного заявления по подпункту “b” статьи 39(1) Конвенции, в соответствии с которым Россия определила, что:

«ничто в Конвенции не влияет на право Российской Федерации или государственной организации, межправительственной организации или другого частного поставщика общественного обслуживания арестовывать или задерживать объект согласно законодательству Российской Федерации в оплату сумм, причитающихся такой организации или поставщику, прямо относящихся к предоставлению такого обслуживания для авиационного объекта»¹¹⁰.

120. Посредством этого заявления приоритет международной гарантии не распространяется на описанные в нём случаи оказания услуг, имеющих публичный характер. Тем самым сохраняется действие норм российского правопорядка по защите «поставщиков общественного обслуживания», в эффективном удовлетворении требований которых может быть заинтересовано общество в целом.

121. Вместе с тем уже сделанное Россией заявление по смыслу подпункта “b” статьи 39(1) Кейптаунской конвенции распространяется только на авиационное оборудование. Следовательно, при присоединении к МАК-Протоколу необходимо было бы расширить его охват, распространив его также и на МАК-оборудование.

в. Регистрируемые внедоговорные права или гарантии

122. В соответствии со статьёй 40 Конвенции допускается посредством заявления расширить перечень прав, подлежащих регистрации в Международном регистре, с целью распространения на них режима международной гарантии. Вместе с тем такие права не будут считаться международными гарантиями по смыслу Конвенции¹¹¹. Предлагаемый этой статьёй правовой режим отличается от установленного статьёй 39 Конвенции, поскольку приоритет такого рода прав или гарантий будет действовать не автоматически, а только в случае их регистрации в каждом отдельном случае.

123. При присоединении к Кейптаунской конвенции и Авиационному протоколу Россия не сделала соответствующего заявления, оставив положения статьи 40 Конвенции без применения.

¹¹⁰ П. 2 ст. 1 Федерального закона № 361-ФЗ.

¹¹¹ *Goode R. The Priority Rules under the Cape Town Convention and Protocols // Cape Town Convention Journal. № 1(1), 2012. P. 100.*

124. Отдельные внедоговорные права или гарантии, важные для российского правопорядка, уже отражены в заявлении по статье 39 Конвенции, посредством которого в их отношении сохраняется закреплённая в законодательстве России очерёдность удовлетворения требований в процедуре банкротства (п. 116 Аналитической справки), и расширение перечня регистрируемых прав в этой связи представляется излишним.

7. Внутренние сделки

125. Согласно статье 50 Кейптаунской конвенции присоединяющееся государство может заявить о её неприменении к внутренним сделкам в отношении как всего охваченного оборудования, так и его части. Внутренней будет считаться та сделка, центр основных интересов всех сторон которой и соответствующее оборудование располагаются в одном и том же государстве — участнике Конвенции на момент заключения договора¹¹². Для квалификации сделки как внутренней также должны быть выполнены два условия: наличие в присоединяющемся государстве национального регистра и регистрация в нём национальной гарантии¹¹³.

126. При присоединении к Кейптаунской конвенции и Авиационному протоколу Россия не сделала заявления на основе статьи 50 Конвенции.

127. Распространение действия Конвенции и МАК-протокола на внутренние сделки могло бы позволить установить для них правила, соответствующие общемировым подходам к эффективному регулированию вопросов обеспечения таких сделок.

128. Кроме того, были бы нивелированы отдельные риски, связанные с возможным перемещением оборудования за границу, о котором кредитор может и не знать — в таком случае действие международной гарантии сохранится и останется возможность, например, вернуть оборудование.

129. Помимо этого, предлагаемое регулирование могло бы быть полезно и в ситуации, когда транснациональная сделка происходит от внутренней. К примеру, когда лизинговое соглашение является внутренней сделкой, но

¹¹² Ст. 1(n) Кейптаунской конвенции. Конвенция не даёт определения центра основных интересов сторон внутренней сделки. Для его установления, как правило, принимают во внимание местонахождение офиса (инкорпорации), а также место ведения основной предпринимательской деятельности сторон такой сделки. См., например, *Мохова Е. В.* Центр основных интересов должника при трансграничной несостоятельности: перспективы введения в России новых правовых конструкций // Закон. № 10, 2012.

¹¹³ Ст. 1(n) Кейптаунской конвенции.

лизингополучатель заключает договор сублизинга с лицом в другом государстве — участнике Кейптаунской конвенции и МАК-Протокола. В рассматриваемом случае кредитор также сохранит свой приоритет и средства защиты, полагающиеся ему в связи с международной гарантией.

130. Согласно пункту 2 статьи 50 вне зависимости от совершения заявления о применении или неприменении статьи 50 Конвенции к внутренним сделкам положения пункта 4 статьи 8¹¹⁴, пункта 1 статьи 9¹¹⁵, статьи 16¹¹⁶, главы V¹¹⁷ и статьи 29¹¹⁸, а также любые другие положения Конвенции, которые относятся к зарегистрированным гарантиям, должны применяться императивно. Таким образом, избежать применения указанных норм к внутренним сделкам нельзя¹¹⁹.

131. С одной стороны, это приводит к параллельному существованию механизма международной гарантии и механизмов, предусмотренных обеспечительным правом России (пп. 109–111 Аналитической справки)¹²⁰.

132. С другой стороны, невозможность исключения применения указанных выше положений Конвенции к внутренним сделкам вызвана потребностью в

¹¹⁴ Залогодержатель, предлагающий продать или сдать объект в аренду в соответствии с параграфом 1, должен в разумные сроки заранее уведомить в письменной форме о предлагаемой продаже или аренде:

(a) должника и любое лицо, которое с целью обеспечения выполнения любого из обязательств в пользу кредитора даёт или выдаёт поручительство, или требует гарантии, резервного аккредитива или любой другой формы кредитного страхования; и

(b) любое другое лицо, имеющее права на объект, которые уведомили о своих правах в разумные сроки до продажи или аренды.

¹¹⁵ В любое время после неисполнения обязательств, как это предусмотрено в статье 11 Конвенции, залогодержатель и все заинтересованные лица могут договориться о том, что право собственности на любой объект, покрываемый обеспечительным интересом, переходит к залогодержателю.

¹¹⁶ Данная статья включает положения о Международном регистре.

¹¹⁷ Данная глава включает все вопросы, касающиеся регистрации в Международном регистре.

¹¹⁸ Данная статья закрепляет приоритет международной гарантии над всеми остальными обеспечительными правами.

¹¹⁹ Данная проблема также обсуждается и в иностранной литературе, в частности, применительно к другим протоколам: *Qin Jolyn Ang Yi. Rationalizing the Cape Town Convention and Aircraft Protocol's First-to-Register Rule and Its Exceptions in the Context of Aviation Finance. // Journal of Air Law and Commerce, Vol. 79, №. 4, Fall 2014. P. 767-768; Sundahl M. J. The Cape Town Convention Its Application to Space Assets and Relation to the Law of Outer Space. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. P. 43.*

¹²⁰ Сложности согласования внутреннего законодательства с механизмами Конвенции обсуждаются также и применительно к другим юрисдикциям. *Tucci G. Towards a Transnational Commercial Law for Secured Transactions: The Preliminary Draft UNIDROIT Convention and Italian Law // Uniform Law Review 4, №. 2 (1999): P. 371-396.*

обеспечении защиты прав внутренних кредиторов и их равенства в возможностях с иностранными кредиторами (в тех случаях, когда сделка изначально носит смешанный характер и кредиторы относятся к разным юрисдикциям, когда внутренняя сделка впоследствии перерастает во внешнюю или когда МАК-оборудование параллельно обременено правами как внутренних, так и иностранных кредиторов).

133. В этой связи при оценке возможности (не)применения положений Конвенции к внутренним сделкам представляется важным принимать во внимание следующее.

134. Во-первых, перед присоединением к МАК-Протоколу законодателю необходимо было бы дать оценку допустимости титульных видов обеспечения с точки зрения российского права, несмотря на то, что нормы Концепции уже являются составной частью правовой системы России¹²¹. Согласно сложившейся практике обеспечительная сделка купли-продажи зачастую переквалифицируется судами в залог с последующей его недействительностью в случае противоречия положениям законодательства о залоге ввиду отсутствия законодательного закрепления конструкций титульного обеспечения в российском праве¹²².

135. Вместе с тем в силу принципа автономности толкования Конвенции для определения того, применима ли Конвенция, внутренняя квалификация возникшего права не имеет значения. Конвенция прямо допускает внутреннюю квалификацию (ст. 2(4)) и не пытается навязать странам-участницам чуждые правовые конструкции. Такая квалификация необходима в целях применения положений главы III Конвенции¹²³, поскольку конкретные способы защиты кредитором своих прав зависят от вида заключённого соглашения.

136. Во-вторых, параллельное существование двух систем в одном правовом порядке в целом усложнит ведение соответствующей предпринимательской деятельности. В связи с этим следует взвесить риски распространения Конвенции на внутренние сделки и замены соответствующих положений гражданского законодательства Российской Федерации и риски, связанные с отказом от применения норм Конвенции ко внутренним сделкам и

¹²¹ Учитывая масштаб потенциально охватываемого оборудования (п. 42 Аналитической справки).

¹²² Судебная практика, отражающая риски переквалификации сделок обеспечительной продажи титула в залог с последующей его недействительностью: Определение ВС РФ от 23 марта 2017 года по делу № 307-ЭС16-3765(4,5), А66-4283/2014; Определение ВС РФ от 21 ноября 2017 года № 5-КГ17-197; Определение ВС РФ от 9 января 2018 года №32-КГ17-33; апелляционное определение Хабаровского краевого суда от 1 июня 2017 года по делу №33-4161/2017.

¹²³ Способы защиты прав при неисполнении обязательств.

лишением сторон сделки средств защиты по Конвенции, за исключением приоритета зарегистрированного права.

137. В-третьих, если кредиторы, полагаясь на внутренний реестр уведомлений о залоге, не уведомили Международный регистр о своих правах, владелец оборудования может обременить его множеством залогов, получив взамен кредиты, и приоритетную защиту получит тот кредитор, который, независимо от времени заключения договора, первым регистрирует своё обеспечительное право в Международном регистре¹²⁴.

138. В-четвёртых, основные выгоды от присоединения к МАК-Протоколу (п. **33 Аналитической справки**) больше связаны с трансграничными сделками, а не с внутренними. В частности, привлечение иностранных инвестиций не происходит за счёт участия во внутренних сделках по смыслу Кейптаунской конвенции, требующей в таких случаях нахождения центра интересов всех сторон сделки в одной стране.

139. Таким образом, применение Конвенции во взаимосвязи с Протоколом приведёт к исключению из-под российской юрисдикции большого пласта оборудования, в том числе применительно к внутренним сделкам, что может входить в противоречие с национальными интересами России.

140. При оценке рисков присоединения России к МАК-Протоколу представляется целесообразным взвесить потребность трансграничного рынка финансирования в его механизмах и последствия его распространения на внутренние сделки, в том числе порождаемые различия в регулировании на территории России обеспечительных конструкций в зависимости от их объекта и возникающую зависимость от внешних регуляторов и правоприменителей.

141. Заявление по статье 50 Кейптаунской конвенции не позволяет полностью исключить применение Конвенции и МАК-Протокола к внутренним сделкам, но минимизировало бы риски распространения норм рассматриваемых документов на внутренние отношения. Вместе с тем отмечается, что такой возможностью государства не пользовались¹²⁵.

¹²⁴ Аналогичный механизм обсуждается также в иностранной литературе. *McPhillips R., Rosen H., Kozuka S., Kennedy S. Comparative Analysis of Aircraft, Rail and Space International Registries and Their Regulatory Provisions. // Cape Town Convention Journal 5 (2016). P. 49.*

¹²⁵ *Didenko A. A Historical Overview of the Basic Concepts of the Cape Town Convention (Part I): International Interest and Internationality // Cape Town Convention Journal, 6, 2017, P. 149.*

8. Определение судов

142. В соответствии со статьёй 53 Кейптаунской конвенции каждое присоединяющееся государство вправе указать свои государственные органы, которые будут считаться судами по смыслу положений этой конвенции и протоколов к ней, в частности, рассматривать дела, имеющие отношение к применению МАК-Протокола¹²⁶.

143. Федеральный закон № 361-ФЗ, отражающий уже сделанное Россией заявление по рассматриваемой статье, поясняет, что «разрешение дел, связанных с Конвенцией и Протоколом, производится арбитражными судами Российской Федерации»¹²⁷.

144. Данное заявление согласуется с действующими нормами российского законодательства¹²⁸. Следовательно, необходимо оставить без изменения сделанное ранее заявление России по данному вопросу.

9. Переходные положения

145. Статья 60 Кейптаунской конвенции позволяет присоединяющемуся государству выразить согласие на применение положений Конвенции и МАК-Протокола к сделкам, заключённым до присоединения этого государства к Протоколу.

146. Присоединяющиеся государства также вправе установить, что Конвенция и Протокол начнут применяться к таким сделкам не сразу после вступления Протокола в силу для данного государства, а позже¹²⁹. Дата начала действия ретроспективного эффекта должна быть установлена в период не ранее чем через три года и не позже чем через десять лет после того, как сделано соответствующее заявление.

¹²⁶ Ст. 42 Кейптаунской конвенции.

¹²⁷ П. 3 ст. 1 Федерального закона № 361-ФЗ.

¹²⁸ Например, в соответствии с частью 1 статьи 27 АПК РФ арбитражные суды рассматривают дела, связанные с предпринимательской и иной экономической деятельностью, а в соответствии с частью 6 статьи 27 АПК РФ — дела о несостоятельности. Кроме того, часть 3 статьи 27 АПК РФ позволяет относить федеральным законом к компетенции арбитражных судов и иные дела. В случае Кейптаунской конвенции — это Федеральные законы № 361-ФЗ.

¹²⁹ Ст. XXVII МАК-Протокола.

147. При присоединении к Кейптаунской конвенции и Aviационному протоколу Россия не сделала заявления на основе статьи 60 Конвенции.

148. Посредством признания ретроспективного эффекта Конвенции и Протокола будут изменены правила для тех, кто на момент заключения соответствующих договоров не знал и в ряде случаев не мог знать об условиях сделки в будущем. В итоге режим международной гарантии будет распространён на отношения тех кредиторов и должников, кто не вступил бы в них, зная о таком последующем изменении применимых правил.

149. В этой связи представляется, что не следует делать соответствующего заявления о распространении действия МАК-Протокола на ранее заключённые сделки.

