ЮНСИТРАЛ
КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам

ОРГАНИЗАЦИЯ
ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Дополнительная информация может быть получена по адресу:

UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre,
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

Телефон: (+43-1) 26060-4060
Интернет: www.uncitral.org

Телефакс: (+43-1) 26060-5813
Эл. почта: uncitral@uncitral.org

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам

ОРГАНИЗАЦИЯ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
Нью-Йорк, 2010 год

ИЗДАНИЕ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
В продаже под № R.09.V.12
ISBN 978-92-1-433063-9

Предисловие

Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам подготовлено Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). На своей тридцать третьей сессии в 2000 году Комиссия рассмотрела доклад Генерального секретаря о возможной будущей работе в области законодательства о кредитовании под обеспечение (A/CN.9/475). На этой сессии Комиссия решила, что обеспечительные интересы являются важной темой, на которую вовремя было обращено внимание Комиссии, особенно с учетом тесной связи этой темы с работой Комиссии в области законодательства о несостоятельности, и просила Секретариат подготовить последующий доклад[1].

На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия рассмотрела последующий доклад Генерального секретаря (A/CN.9/496). На этой сессии Комиссия признала целесообразность проведения работы в области обеспечительных интересов с учетом пользы законодательства о кредитовании под обеспечение для экономики и поручила Рабочей группе VI (Обеспечительные интересы) разработать эффективный правовой режим обеспечительных прав в товарах, являющихся предметом коммерческой деятельности, включая инвентарные запасы[2]. Комиссия рекомендовала также провести коллоквиум с учетом необходимости проведения консультаций с практическими работниками и организациями, обладающими знаниями и опытом в области законодательства о кредитовании под обеспечение[3]. С 20 по 22 марта 2002 года в Вене был проведен международный коллоквиум по обеспеченным сделкам. Рабочая группа VI рассмотрела доклад коллоквиума на своей первой сессии, которая была проведена в Нью-Йорке 2–24 мая 2002 года.

На своей тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссия подтвердила, что мандат Рабочей группы следует толковать широко, с тем чтобы обеспечить подготовку достаточно гибкого документа, который должен быть разработан в форме руководства для законодательных органов[4].

Рабочая группа VI рассмотрела первый доклад, посвященный руководству по обеспеченным сделкам, в мае 2002 года. Работа над руководством была продолжена в ходе 12-недельных сессий[5], последняя из которых состоялась в феврале 2007 года. Помимо представителей 60 государств – членов Комиссии в подготовке руководства активно участвовали представители многих других государств, а также целого ряда правительственных и неправительственных международных организаций. Рабочая группа VI проводила свою работу в тесном сотрудничестве с Рабочей группой V (Несостоятельность) в целях согласования подхода к регулированию обеспечительных интересов в делах о несостоятельности с режимом, предусмотренным в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности*[6]. Кроме того, Рабочая группа VI тесно сотрудничала с Постоянным бюро Гаагской конференции по международному частному праву в процессе подготовки главы о коллизионном праве.

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/55/17), пункты 459 и 463.

[2] Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/56/17 и Corr.3), пункты 351 и 358.

[3] Там же, пункт 359.

[4] Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17* (A/57/17), пункты 202–204.

[5] Доклады Рабочей группы о ее работе в ходе этих 12 сессий содержатся в документах A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549, A/CN.9/570, A/CN.9/574, A/CN.9/588, A/CN.9/593, A/CN.9/603, A/CN.9/617 и A/CN.9/620. На этих сессиях Рабочая группа рассмотрела документы A/CN.9/WG.VI/WP.1-31. Доклады Рабочей группы были рассмотрены Комиссией на ее тридцать пятой-сороковой сессиях.

[6] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10. Доклады о работе двух совместных сессий Рабочей группы V и Рабочей группы VI содержатся в документах A/CN.9/535 и A/CN.9/550. На этих сессиях рабочие группы рассмотрели документы A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, A/CN.9/WG.V/WP.70 и A/CN.9/WG.V/WP.71.

Рабочая группа VI осуществляла также координацию с Международным институтом по унификации частного права (УНИДРУА), чтобы избежать дублирования с положениями Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Кейптаун, 2001 год) и Конвенции УНИДРУА о материально-правовых нормах, касающихся опосредованно удерживаемых ценных бумаг (Женева, 2009 год).

На своей тридцать девятой сессии в 2006 году Комиссия рассмотрела и в принципе одобрила содержание рекомендаций, изложенных в руководстве по обеспеченным сделкам[7]. Заключительные переговоры по проекту руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам были проведены на сороковой сессии ЮНСИТРАЛ, состоявшейся в Вене 25 июня – 12 июля 2007 года (первая часть)[8] и 10–14 декабря 2007 года (вторая часть); текст *Руководства* был принят консенсусом 14 декабря 2007 года (см. приложение II.A)[9]. Впоследствии Генеральная Ассамблея приняла резолюцию 63/121 от 11 декабря 2008 года (см. приложение II.B), в которой она выразила свою признательность ЮНСИТРАЛ за завершение и принятие *Руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам*, просила Генерального секретаря широко распространить текст Руководства и рекомендовала государствам использовать как *Руководство*, так и Конвенцию Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, принципы которой также отражены в *Руководстве.*

---

[7] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 17* (A/61/17), пункт 13. Проект руководства был представлен в документах A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3, A/CN.9/WG.VI/WP.24 и Add.5, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4-8 и A/CN.9/611 и Add.1 и 2.

[8] Там же, *шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 17* (A/62/17 (Часть I)), пункт 154. Проект руководства был представлен в документах A/CN.9/631 и Add.1-11.

[9] Там же, *шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 17* (A/62/17 (Часть II)), пункты 99 и 100. Проект руководства был представлен в документах A/CN.9/631/Add.1-3 и A/CN.9/637 и Add.1-8.

Содержание

	Пункты	Стр.
Предисловие		iii
Введение	1-89	1
A. Цель *Руководства*	1–14	1
B. Терминология и толкование	15–20	5
C. Примеры практики финансирования, охватываемой *Руководством*	21–42	14
1. Финансирование приобретения инвентарных запасов и оборудования	22–27	14
2. Финансирование под инвентарные запасы и дебиторскую задолженность на основе возобновляемого кредитования	28–30	15
3. Факторинг	31–34	16
4. Секьюритизация	35–37	17
5. Финансирование на основе срочных ссуд	38–40	18
6. Обеспечение кредита путем передачи правового титула	41–42	18
D. Основные цели и основополагающие принципы эффективного и действенного режима обеспеченных сделок	43–72	19
1. Общие положения	43–45	19
2. Основные цели	46–59	20
3. Основополагающие принципы	60–72	23
E. Принятие и применение нового законодательства об обеспеченных сделках	73–89	28
1. Общие положения	73–75	28
2. Согласование с существующим законодательством	76–79	29
3. Вопросы, касающиеся законодательного метода и методов составления законопроектов	80–83	30
4. Вопросы, касающиеся повышения правовой культуры после принятия законодательства	84–89	31
F. Рекомендация 1		32
I. Сфера применения, основные подходы к обеспеченным сделкам и общие для всех глав *Руководства* вопросы	1–122	35
A. Общие замечания	1–122	35
1. Введение	1	35
2. Сфера применения	2–44	35
3. Основные подходы к обеспеченным сделкам	45–112	47
4. Два ключевых элемента, общих для всех глав *Руководства*	113–122	66
B. Рекомендации 2–12		68
II. Создание обеспечительного права (сила в отношениях между сторонами)	1–128	73
A. Общие замечания	1–102	73
1. Введение	1–11	73

			Пункты	Стр.
		2. Создание обеспечительного права (сила в отношениях между сторонами)	12–25	76
		3. Обязательные элементы соглашения об обеспечении	26–29	80
		4. Форма соглашения об обеспечении	30–33	81
		5. Стороны соглашения об обеспечении	34–37	82
		6. Обязательства, обеспечиваемые посредством соглашения об обеспечении	38–48	83
		7. Активы, на которые распространяется действие соглашения об обеспечении	49–71	86
		8. Создание обеспечительного права в поступлениях	72–85	94
		9. Поступления, объединенные с другими активами	86–89	98
		10. Материальные активы, объединенные в общую массу	90–92	99
		11. Материальные активы, объединенные в продукте	93–95	100
		12. Создание или сохранение обеспечительного права в принадлежностях	96–99	101
		13. Создание или сохранение обеспечительного права в общей массе или в продукте	100–102	102
	B.	Замечания, касающиеся конкретных активов	103–128	103
		1. Действительность оптовой уступки дебиторской задолженности и уступки будущей дебиторской задолженности, частичных или неделимых интересов в дебиторской задолженности	103–105	103
		2. Действительность уступки дебиторской задолженности, совершенной несмотря на наличие оговорки о запрещении уступки	106–110	104
		3. Создание обеспечительного права в личном или имущественном праве, обеспечивающем исполнение обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или любому другому нематериальному активу	111–122	105
		4. Создание обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет	123–125	108
		5. Создание обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству	126–127	108
		6. Создание обеспечительного права в оборотном документе или в материальном активе, на которые распространяется действие оборотного документа	128	109
	C.	Рекомендации 13–28		110
III.		Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон	1–158	115
	A.	Общие замечания	1–127	115
		1. Введение	1–4	115
		2. Основные принципиальные вопросы	5–28	116
		3. Регистрация в общем реестре обеспечительных прав	29–46	123
		4. Владение	47–66	128
		5. Регистрация в специальном реестре или внесение отметки в сертификат правового титула	67–86	133
		6. Автоматическое придание силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в поступлениях	87–96	139
		7. Придание силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в принадлежностях	97–107	143
		8. Автоматическое придание силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в массе или продукте	108–116	146

		Пункты	Стр.
	9. Сохранение силы обеспечительного права в отношении третьих сторон после изменения местонахождения актива или лица, предоставляющего право	117–119	148
	10. Сохранение силы и перерыв в действии обеспечительного права в отношении третьих сторон	120–127	149
	B. Замечания, касающиеся конкретных активов	128–158	152
	1. Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в личном или имущественном праве, которое служит обеспечением платежа по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или любому другому нематериальному активу	128–137	152
	2. Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет	138–148	155
	3. Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству	149–153	158
	4. Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в оборотном документе или материальном активе, представленном оборотным документом	154–158	159
	C. Рекомендации 29–53		161
IV.	Система регистрации	1–117	167
	A. Общие замечания	1–117	167
	1. Введение	1–6	167
	2. Принципы функционирования реестра	7–46	168
	3. Безопасность и целостность системы регистрации	47–54	180
	4. Ответственность за утрату или ущерб	55–64	183
	5. Требуемое содержание зарегистрированного уведомления	65–97	185
	6. Заблаговременная регистрация и одна регистрация нескольких обеспечительных прав	98–101	196
	7. Срок действия регистрации уведомления или изменения	102–105	197
	8. Разрешение на регистрацию	106	198
	9. Аннулирование или изменение зарегистрированного уведомления	107–116	199
	10. Специализированные реестры	117	201
	B. Рекомендации 54–75		202
V.	Приоритет обеспечительного права	1–169	207
	A. Общие замечания	1–150	207
	1. Введение	1–10	207
	2. Сфера действия приоритета	11–19	210
	3. Подходы к разработке правил приоритета	20–26	213
	4. Различные основы, на которых может быть определен приоритет	27–41	215
	5. Правила определения приоритета между конкурирующими заявителями требований	42–124	218
	6. Сфера действия и толкование правил приоритета	125–150	246
	B. Замечания, касающиеся конкретных видов активов	151–169	254
	1. Приоритет обеспечительного права в оборотном инструменте	154–156	254

		Пункты	Стр.
	2. Приоритет обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет	157–163	255
	3. Приоритет обеспечительного права в денежных средствах	164	257
	4. Приоритет обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству	165–166	257
	5. Приоритет обеспечительного права в оборотном документе или материальных активах, в отношении которых выдан оборотный документ	167–169	258
	C. Рекомендации 76–109		259
VI.	Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении	1–80	267
	A. Общие замечания	1–68	267
	1. Введение	1–7	267
	2. Автономия сторон	8–15	269
	3. Императивные нормы, применяемые до наступления момента неисполнения обязательства	16–39	271
	4. Неимперативные нормы, применимые до неисполнения обязательства	40–46	278
	5. Типичные неимперативные нормы, применимые до неисполнения обязательства	47–68	280
	B. Замечания, касающиеся конкретных активов	69–80	286
	1. Заверения цедента	73	287
	2. Право уведомлять должника по дебиторской задолженности	74–75	288
	3. Право на получение платежа по дебиторской задолженности	76–80	288
	C. Рекомендации 110–116		290
VII.	Права и обязанности третьих сторон, имеющих обязательства	1–45	293
	A. Общие замечания	1–45	293
	1. Введение	1–6	293
	2. Последствия обеспечительного права для обязанностей третьих сторон, имеющих обязательства	7–45	294
	B. Рекомендации 117–130		306
VIII.	Реализация обеспечительного права	1–112	311
	A. Общие замечания	1–92	311
	1. Введение	1–9	311
	2. Общие принципы реализации	10–36	313
	3. Процессуальные действия, предшествующие реализации, и права лица, предоставляющего право	37–48	324
	4. Реализация прав обеспеченного кредитора во внесудебном порядке	49–73	330
	5. Последствия реализации	74–81	340
	6. Реализация обеспечительного права в поступлениях	82–84	343
	7. Одновременное применение режимов реализации прав в движимом и недвижимом имуществе	85–89	344
	8. Реализация обеспечительного права в принадлежностях движимых активов, массы и продукта	90–92	346
	B. Замечания, касающиеся конкретных видов активов	93–112	347
	1. Общие замечания	93	347

		Пункты	Стр.
	2. Реализация обеспечительного права в дебиторской задолженности	94–98	347
	3. Реализация в случае прямой передачи дебиторской задолженности	99–101	349
	4. Реализация обеспечительного права в оборотном инструменте	102–104	350
	5. Реализация обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет	105–108	351
	6. Реализация обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству	109–110	352
	7. Реализация обеспечительного права в оборотном документе или материальных активах, охватываемых оборотным документом	111–112	352
	C. Рекомендации 131–177		353
IX.	Финансирование приобретения	1–213	363
	A. Общие замечания	1–213	363
	1. Введение	1–5	363
	2. Терминология и разнообразие форм финансирования приобретения	6–12	364
	3. Коммерческая основа	13–43	366
	4. Подходы к финансированию приобретения материальных активов	44–59	374
	5. Ключевые принципиальные варианты	60–84	379
	6. Создание обеспечительного права (приобретение им силы в отношениях между сторонами)	85–95	387
	7. Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон	96–115	390
	8. Приоритет	116–182	396
	9. Права и обязанности сторон до неисполнения обязательств	183–187	418
	10. Принудительная реализация	188–196	420
	11. Коллизионное право	197–200	423
	12. Переходный период	201–205	424
	13. Несостоятельность	206–213	425
	B. Рекомендации 178–202		428
X.	Коллизионное право	1–87	437
	A. Общие замечания	1–82	437
	1. Введение	1–9	437
	2. Сфера применения норм коллизионного права	10–14	440
	3. Нормы коллизионного права, касающиеся создания обеспечительного права в отношениях между сторонами, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета	15–27	441
	4. Право, применимое к вопросам создания обеспечительного права в материальном активе, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета	28–38	444
	5. Право, применимое по вопросам создания обеспечительного права в нематериальном активе, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета	39–54	448
	6. Право, применимое к вопросам создания обеспечительного права в поступлениях, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета	55–60	452

		Пункты	Стр.
	7. Право, применимое к правам и обязательствам сторон соглашения об обеспечении	61	454
	8. Право, применимое к правам и обязательствам третьих сторон-дебиторов	62–63	454
	9. Право, применимое к принудительной реализации обеспечительного права	64–72	455
	10. Нормы и соответствующий срок для определения местонахождения	73–78	457
	11. Государственная политика и международные императивные нормы	79	459
	12. Последствия возбуждения дела о несостоятельности для норм, применимых к обеспечительным правам	80–82	459
	B. Особые замечания, касающиеся неунитарных государств	83–87	461
	C. Рекомендации 203–227		462
XI.	Переходный период	1–33	469
	A. Общие замечания	1–33	469
	1. Введение	1–3	469
	2. Дата вступления нового закона в силу	4–6	470
	3. Общий подход к приобретенным правам	7–12	471
	4. Вопросы, которые следует затронуть в положениях, касающихся переходного периода	13–33	472
	B. Рекомендации 228–234		479
XII.	Последствия несостоятельности для обеспечительного права	1–67	481
	A. Общие замечания	1–67	481
	1. Введение	1–6	481
	2. Терминология	7–12	483
	3. Общие принципы, касающиеся обеспечительных прав при несостоятельности	13	484
	4. Применимое право в рамках производства по делу о несостоятельности	14–17	484
	5. Режим обремененных активов	18–36	486
	6. Финансирование после открытия производства	37–38	491
	7. Режим контрактов	39–42	491
	8. Процедуры расторжения сделок	43–44	493
	9. Участие обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности	45–46	493
	10. Реорганизационное производство	47–53	494
	11. Ускоренное реорганизационное производство	54–55	495
	12. Режим обеспеченных требований	56–58	496
	13. Установление очередности обеспеченных требований	59–63	497
	14. Финансирование приобретения	64–66	498
	15. Дебиторская задолженность, подлежащая простой передаче до открытия производства по делу о несостоятельности	67	499
	B. Рекомендации		500
	1. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: терминология и рекомендации		500
	2. Дополнительные рекомендации 235–242, касающиеся несостоятельности		513

	Пункты	Стр.
Приложения		
I. Терминология и рекомендации *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам*		515
II. Резолюция Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли и резолюция 63/121 Генеральной Ассамблеи		607
A. Резолюция Комиссии		607
B. Резолюция 63/121 Генеральной Ассамблеи		608
Алфавитный указатель		611

Введение

A. Цель *Руководства*

1. Цель *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам* (далее – *Руководство*) – помочь государствам в разработке современного законодательства по обеспеченным сделкам[1] (т. е. сделкам, создающим обеспечительное право в движимых активах) в интересах расширения доступа к обеспеченным кредитам. Руководство предназначено для государств, которые в настоящее время не имеют действенного и эффективного законодательства, касающегося обеспеченных сделок, а также для государств, которые уже имеют действующие законы, но хотели бы обновить свои законы и согласовать их с законами других государств.

2. *Руководство* основывается на той посылке, что эффективные законы об обеспеченных сделках могут принести государствам, которые их принимают, значительные экономические выгоды, в том числе привлечь кредиты от внутренних и иностранных кредиторов и из других источников заемных средств, содействовать развитию и росту отечественных предприятий (особенно малых и средних) и в целом стимулировать развитие торговли. Такие законы выгодны также потребителям, поскольку способствуют снижению цен на товары и услуги и увеличению доступности потребительских кредитов. Чтобы такие законы могли достичь своих целей, они должны дополняться эффективными и действенными судебными системами и другими механизмами обеспечения их соблюдения. Они также должны подкрепляться законами о несостоятельности, призванными защищать права, вытекающие из законов об обеспеченных сделках (например, законами о несостоятельности, рекомендуемыми в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности*; далее – *Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности*)[2].

3. В *Руководстве* предпринимается попытка предложить, несмотря на существующие различия между правовыми системами, прагматичные и проверенные жизнью решения, которые можно было бы принять и реализовать в государствах с разными правовыми традициями (гражданское право, общее право, а также китайская, исламская и другие правовые традиции). Основной акцент в *Руководстве* делается на законах, способных принести практическую экономическую выгоду принимающим их государствам. Хотя в связи с принятием таких законов государствам, возможно, придется понести определенные предсказуемые, но ограниченные издержки, имеющийся богатый опыт говорит о том, что краткосрочные и долгосрочные выгоды, которые будут в результате получены этими государствами, существенно перевесят эти издержки.

4. Чтобы работать, расширяться и успешно конкурировать на рынке, все предприятия, чем бы они ни занимались – будь то добыча полезных ископаемых, заготовка

---

[1] Как и многие другие термины и понятия, содержащиеся в *Руководстве*, термин “обеспеченная сделка” разъясняется в разделе B Введения. Поэтому в процессе знакомства с *Руководством* читателю рекомендуется обращаться к этому разделу.

[2] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10. Последствия несостоятельности для обеспечительных прав всесторонним образом рассматриваются с учетом Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности в главе 12 настоящего *Руководства*. Так, в эту главу включены основные рекомендации из Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, конкретно касающиеся обеспечительных прав, а также некоторые дополнительные рекомендации, относящиеся к вопросам, затрагиваемым в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, но не являющимся объектом рекомендаций в этом *Руководстве*.

древесины, сельское хозяйство, производство готовой продукции, оптовая торговля, оказание услуг или розничная торговля, – нуждаются в оборотном капитале. Как показывают многочисленные исследования, проводившиеся такими организациями, как Международный банк реконструкции и развития (Всемирный банк), Международный валютный фонд (МВФ), Азиатский банк развития (АзБР) и Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР), одним из наиболее эффективных способов привлечения оборотного капитала для коммерческих предприятий является получение кредитов под обеспечение.

5. Залогом эффективности кредитов под обеспечение является то, что они позволяют предприятиям использовать стоимость, овеществленную в их активах, в качестве средства снижения рисков для кредиторов в отношении неплатежей по кредитам. Риски снижаются, поскольку обеспеченные кредиты позволяют кредиторам использовать обремененные активы в качестве еще одного источника средств для взыскания в случае неплатежа по обеспеченному обязательству. Поскольку такой риск уменьшается, потенциальные кредиторы будут охотнее предоставлять кредиты, увеличивать их объемы или снижать их стоимость.

6. Правовая система, “поддерживающая” обеспеченные сделки, имеет исключительно важное значение для снижения ожидаемых рисков и обеспечения большей доступности обеспеченных кредитов. Получить кредит под обеспечение легче предприятиям в тех государствах, которые имеют действенное и эффективное законодательство, позволяющее кредиторам по обеспеченным кредитам четко предвидеть возможные последствия неисполнения должниками своих обязательств. С другой стороны, в тех государствах, где из-за отсутствия такого законодательства кредиторы считают риски, связанные с кредитными сделками, высокими, стоимость кредита, как правило, возрастает, поскольку кредиторы требуют компенсации за то, что они сознательно идут на больший риск. В некоторых государствах отсутствие эффективного и действенного режима обеспеченных сделок или законодательства о несостоятельности, признающего обеспечительные права, привело к фактическому исчезновению системы кредитования малых и средних коммерческих предприятий, а также потребителей.

7. Содействуя созданию и росту отдельных предприятий, правовой режим, поощряющий кредитование под обеспечение, способен оказать позитивное влияние на общее экономическое процветание государства. Поэтому государства, где отсутствует эффективный и действенный режим обеспеченных сделок, возможно лишают себя важных экономических преимуществ.

8. В целях эффективного расширения доступа к обеспеченным кредитам в *Руководстве* предлагается формулировать законы об обеспеченных сделках таким образом, чтобы позволить предприятиям в максимальной степени использовать стоимость, овеществленную в их движимых активах, для получения кредитов. В этой связи в основу *Руководства* положены две наиболее важные концепции, успешно используемые в законодательстве об обеспеченных сделках. Первая концепция – это концепция силы в отношении третьих сторон (в отличие от концепции силы в отношениях между сторонами). Основным элементом этой концепции является простой механизм обеспечения силы в отношении третьих сторон в результате регистрации уведомления, что не требует больших затрат времени и средств. Вторая концепция – это концепция приоритетности. Эта концепция допускает наличие в одних и тех же активах параллельных обеспечительных прав, имеющих различную степень приоритетности, что позволяет предприятиям в максимально возможной степени использовать стоимость своих активов для получения обеспеченных кредитов сразу у нескольких кредиторов с предоставлением в качестве обеспечения одних и тех же активов, а каждому из кредиторов – знать,

какова степень приоритетности его обеспечительного права. Эти концепции подробно рассматриваются в главах III и V *Руководства*.

9. Рассматриваемый в *Руководстве* правовой режим является чисто внутренним. *Руководство* адресовано законодателям, занятым реформированием внутреннего законодательства, регулирующего обеспеченные сделки. В то же время, учитывая, что в обеспеченных сделках зачастую участвуют стороны и активы, находящиеся в разных государствах, в *Руководстве* также затрагивается вопрос о признании обеспечительных прав и основанных на правовом титуле обеспечительных механизмов, таких как удержание правового титула в материальных активах и финансовая аренда, созданных в других государствах. Такое признание позволяет существенно улучшить положение держателей таких прав (в настоящее время в соответствии с действующим законодательством многих государств обеспечительные права зачастую утрачиваются, как только обремененные активы пересекают национальные границы) и станет серьезным стимулом к предоставлению кредитов в рамках трансграничных сделок, что будет способствовать развитию международной торговли.

10. *Руководство* призвано обеспечить баланс интересов должников, кредиторов (будь то обеспеченных, привилегированных или необеспеченных), затрагиваемых третьих сторон (например, покупателей и других получателей обремененных активов) и государства. При этом авторы *Руководства* исходят из подкрепляемого обширными эмпирическими данными предположения о том, что все кредиторы согласятся с таким сбалансированным подходом и будут заинтересованы в предоставлении кредитов, если законодательство (и соответствующая правовая и конституциональная инфраструктура) будет позволять им с высокой степенью точности оценивать свои риски и будет вселять уверенность в том, что в случае неплатежа или неисполнения других обязательств со стороны должника они смогут получить экономическую стоимость обремененных активов. Важным условием достижения такого баланса является скоординированность между правовыми режимами, созданными законами об обеспеченных сделках, и законами о несостоятельности, в том числе в части режима обеспечительных прав в случае реорганизации или ликвидации предприятия. Кроме того, некоторые должники, в частности должники по потребительским кредитам, нуждаются в дополнительной защите. Поэтому, хотя режим, предусмотренный *Руководством*, будет распространяться и на многие формы потребительских кредитов, он не будет подменять собой законы о защите потребителей и не будет ставить под сомнение принципы такой защиты, поскольку эти вопросы обычно регулируются другими законами.

11. В этом же ключе в *Руководстве* рассматриваются и озабоченности, высказывающиеся по поводу кредитования под обеспечение. Одна из них состоит в том, что предоставление кредитору приоритетного права требования в отношении всех или практически всех активов какого-либо лица может ограничить способность этого лица получать финансирование из других источников. Вторая озабоченность связана с потенциальной способностью обеспеченного кредитора оказывать ненадлежащее влияние на деятельность предприятия вплоть до того, что в случае неисполнения обязательств кредитор может изъять обремененные активы предприятия или угрожать их изъятием. Третья озабоченность состоит в том, что в некоторых случаях обеспеченные кредиторы могут предъявить свои права на бóльшую часть или все активы соответствующего лица в случае его несостоятельности, практически ничего не оставив необеспеченным кредиторам, которые могут быть лишены возможности претендовать на обеспечительное право в этих активах. В тех случаях, когда эти озабоченности представляются обоснованными, в *Руководстве* рассматриваются эти озабоченности и предлагаются соответствующие сбалансированные решения.

12. *Руководство* основывается на результатах предыдущей работы ЮНСИТРАЛ и других организаций. Имеются в виду, в частности, Типовой закон об обеспеченных сделках, разработка которого была завершена ЕБРР в 1994 году[3]; Основные принципы законодательства об обеспеченных сделках ЕБРР, разработка которых была завершена в 1997 году[4]; Унифицированный закон о структурировании рынка ценных бумаг, подготовленный в 1997 году Организацией по унификации коммерческого права в Африке[5]; исследования по вопросу о реформе законодательства о несостоятельности и обеспеченных сделках в Азии и Руководство по реестрам движимого имущества, подготовленные АзБР[6]; Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, принятая в 2001 году (далее – Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке)[7]; Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, принятая в 2001 году, и соответствующие протоколы к ней[8]; Межамериканский типовой закон об обеспеченных сделках, подготовленный Организацией американских государств (ОАГ) в 2002 году[9]; Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, разработка которого была завершена в 2004 году[10]; Конвенция о праве, применимом к определенным правам в отношении опосредованно удерживаемых ценных бумаг, принятая Гаагской конференцией по международному частному праву в 2002 году (далее – Гаагская конвенция о ценных бумагах)[11] и проект конвенции УНИДРУА о материально-правовых нормах, касающихся опосредованно удерживаемых ценных бумаг (Женева, 2009 год)[12].

13. В разделе B, посвященном терминологии и толкованию, излагаются принципы, с учетом которых должны толковаться термины, используемые в *Руководстве*. Основные термины включены в помещенный в начало *Руководства* глоссарий, в котором разъясняется, какой смысл вкладывается в тот или иной термин в *Руководстве*. В разделе C, ниже, дается обзор различных видов практики финансирования, применяемой сегодня в различных государствах и охватываемой настоящим *Руководством*. Это делается с целью проиллюстрировать тот спектр кредитных операций, которого касаются рекомендации *Руководства*. В разделе D, ниже, излагаются основные цели и основополагающие принципы, на которых должен строиться любой эффективный и действенный режим обеспеченных сделок. Основные цели, о которых говорится в разделе D.1, определены исходя из анализа основных целей законодательства об обеспеченных сделках с учетом результатов работы, проделанной другими организациями, и дополнительных соображений, вытекающих из опыта работы ЮНСИТРАЛ в области финансирования под дебиторскую задолженность и несостоятельности. В разделе D.2 ниже сформулирован ряд основополагающих принципов, на которые опираются рекомендации *Руководства*. Эти принципы проливают свет на те положения *Руководства*, которые могут расходиться с положениями действующего законодательства многих государств, и позволяют увязать основные общие цели и конкретные рекомендации *Руководства*.

---

[3] Типовой закон об обеспеченных сделках, изданный Европейским банком реконструкции и развития в Лондоне в 1994 году.

[4] http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/model/core.ru.pdf.

[5] http://www.ohada.com/textes.php?categorie=458

[6] См. Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000, Volume I (April 2000), Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000, Volume II (December 2000) and Law and Policy Reform at the Asian Development Bank – A Guide to Movables Registries (December 2002).

[7] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.04.V.14.

[8] Cape Town Convention and Aircraft Protocol, Acts and Proceedings of the Cape Town Diplomatic Conference, 2006, International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), Rome.

[9] http://www.oas.org/dil/cidip-vi-securedtransactions_eng.htm.

[10] См. сноску 2, выше.

[11] Proceedings of the Nineteenth Session (2002), tome II, Securities, HCCH, 2006 and http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=72 .

[12] http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm.

14. В разделе Е рассматривается ряд вопросов, связанных с принятием и применением нового законодательства об обеспеченных сделках. В разделе Е.2 говорится о том, как государства могут обеспечить эффективную интеграцию принятого законодательства в свою правовую систему. В разделе Е.3 рассматриваются пути и способы выполнения рекомендаций *Руководства* с учетом различных методов подготовки законопроектов, а в разделе Е.4 сформулированы предложения в отношении последующих шагов, которые государства могли бы предпринять в целях обеспечения практической эффективности пересмотренного законодательства об обеспеченных сделках. В конце Введения сформулирована первая рекомендация *Руководства*, касающаяся основных целей, которые должны ставить перед собой государства, принимая эффективное и действенное законодательство об обеспеченных сделках.

B. Терминология и толкование

15. Законодательство об обеспеченных сделках находится на стыке различных разделов внутреннего права. Поэтому в целях обеспечения ясности и во избежание недопонимания, для изложения концепций, лежащих в основе эффективного режима обеспеченных сделок, в *Руководстве* используются четкие и конкретные термины. Используемые термины не взяты из какой-либо конкретной правовой системы. Даже в том случае, когда какой-либо термин совпадает с термином, используемым в конкретном внутреннем законодательстве (будь то в законодательстве об обеспеченных сделках или ином законодательстве), это не означает, что в *Руководстве* в него вкладывается тот же смысл. Для обеспечения четкого понимания того, о чем идет речь, без привязки к какой-либо конкретной внутренней правовой системе в *Руководстве* представлен глоссарий основных используемых в нем терминов (см. ниже). Этот глоссарий призван обеспечить одинаковое понимание читателями *Руководства* содержащихся в нем рекомендаций на основе знания общей терминологии и концептуальных основ, что делает их важным элементом *Руководства.*

16. Сфера охвата и содержание каждой рекомендации зависят от значения используемых в них терминов. При принятии законодательства об обеспеченных сделках важно дать исчерпывающее определение используемых в нем терминов и понятий, если только они уже не используются во внутреннем законодательстве. В некоторых рекомендациях используются термины, которые разъясняются в самих этих рекомендациях. Значение некоторых из терминов, которые изложены ниже, дополнительно уточняется в тех рекомендациях, где они используются, или в соответствующих главах *Руководства*. В идеале государства могут просто инкорпорировать термины и понятия, содержащиеся в *Руководстве*, в новое законодательство, изменив при необходимости названия, но сохранив смысл понятий. Или же они могут использовать значение терминов, предложенное в *Руководстве*, в качестве основы для формулирования определений в законодательном акте, который будет основываться на содержащихся в *Руководстве* рекомендациях. И в том, и в другом случае это позволит избежать непреднамеренных сущностных изменений, обеспечить максимально единообразное толкование нового законодательства и облегчить согласование законодательства по обеспеченным сделкам.

17. В рекомендациях *Руководства* союз “или” не носит исключающего характера; используемая форма единственного числа имеет также значение множественного числа, и наоборот; слова “включает” и “включая” не означают, что перечень является исчерпывающим; слово “может” означает допустимость, а слова “должен” и “следует” – предписание; слова “такие как” и “например” должны толковаться так же, как и слова “включает” или “включая”. Термин “кредиторы” означает, если не указано иное, как кредиторов в принимающем законодательство государстве, так и иностранных кредиторов. Ссылки на “лицо” относятся, если не указано иное, как к физическим, так и к юридическим

лицам. Ссылки на “имущественное право” относятся к праву в активах (право in rem) в отличие от личного права (право ad personam).

18. Одни государства могут предпочесть принять на основе рекомендаций, содержащихся в *Руководстве*, отдельный всеобъемлющий закон (что с большей вероятностью обеспечит последовательность и позволит избежать ошибок, связанных с упущениями или неправильным пониманием), тогда как другие, возможно, попытаются изменить действующее законодательство путем включения в него конкретных норм. Независимо от метода выполнения рекомендаций, весь свод рекомендованных норм именуется в *Руководстве* “законодательством” или “таким законодательством”.

19. Кроме того, в других контекстах в *Руководстве* используется термин “право”. Если прямо не указано иное, во всем тексте *Руководства: a)* все ссылки на право означают как статутное, так и нестатутное право; *b)* все ссылки на право означают внутреннее право, исключая нормы коллизионного права (во избежание обратной отсылки); *c)* все ссылки на “иное право” или “иное законодательство” относятся ко всей совокупности правовых норм государства (как материальных, так и процессуальных) помимо норм, регулирующих обеспеченные сделки (как ранее существовавших, так и недавно принятых или измененных в соответствии с рекомендациями *Руководства*); *d)* все ссылки на “законодательство, регулирующее оборотные инструменты” означают не только “специальный закон или свод законов об оборотных инструментах”, но и все нормы договорного и иного общего права, которые могут быть применены к сделкам или ситуациям, связанным с оборотными инструментами (это же касается и аналогичных выражений); и *e)* все ссылки на “законодательство о несостоятельности” также являются всеохватывающими, но означают лишь нормы права, которые могут быть применены в отношении начала и проведения производства по делу о несостоятельности.

20. В приводимом ниже глоссарии излагаются основные используемые термины и разъясняется основной смысл, который вкладывается в них в настоящем *Руководстве.* Значение этих терминов уточняется в тех главах, где они используются. В этих главах также используются и разъясняются дополнительные термины (как, например, в главе XII о последствиях несостоятельности для обеспечительного права). Эти дополнительные термины следует читать в контексте соответствующих рекомендаций. В *Руководстве* используются следующие основные термины:

> “Банковский счет” означает открытый в банке счет, на который могут зачисляться средства. Данный термин включает чековые и другие текущие счета, а также сберегательные или срочные депозитные счета. Он включает также право на выплату средств, перечисленных банку в порядке заблаговременного возмещения по взятому им обязательству в отношении будущего платежа, и право на выплату средств, перечисленных банку в порядке залога, служащего обеспечением того или иного обязательства перед банком, в той мере, в какой лицо, перечислившее эти средства, может заявить на них свои требования, если согласно внутреннему праву обязательством банка является банковский счет. Данный термин не включает право на выплату банком на основании какого-либо оборотного инструмента.
>
> “Владение” (за исключением значения этого термина в рекомендациях 28 и 51–53 применительно к эмитенту оборотного документа) означает только фактическое владение материальными активами, осуществляемое каким-либо лицом или агентом или служащим этого лица или независимым лицом, которое признает, что оно удерживает такие активы в пользу этого лица. Данный термин не включает конструктивное, фиктивное, подразумеваемое, символическое или другое нефактическое владение.
>
> “Гарант/эмитент” означает банк или иное лицо, которое выдает независимое обязательство.

“Дебиторская задолженность” означает право на получение платежа по денежному обязательству, за исключением права на получение платежа по оборотному инструменту, право на получение поступлений по независимому обязательству и право на получение средств, зачисленных на банковский счет[13].

“Денежные средства” означает валюту любого государства, в настоящее время выступающую в качестве законного платежного средства. К ним не относятся средства, зачисленные на банковский счет или оборотные инструменты, например чеки.

“Должник” означает лицо, которое должно исполнить обеспеченное обязательство, и включает лицо, принявшее на себя субсидиарные обязательства, например гаранта по обеспеченному обязательству. Должник может быть или не быть тем лицом, которое создает обеспечительное право (см. термин “лицо, предоставляющее право”).

“Должник по дебиторской задолженности” означает лицо, отвечающее за выплату дебиторской задолженности, и включает гаранта или иное лицо, принявшее на себя субсидиарное обязательство в отношении выплаты дебиторской задолженности[14].

“Имущественная масса в деле о несостоятельности” означает активы должника, которые являются объектом производства по делу о несостоятельности.

“Инвентарные запасы” означает материальные активы, предназначенные для продажи или аренды в ходе обычной предпринимательской деятельности того или иного лица, а также сырье и полуфабрикаты (незавершенные работы).

“Интеллектуальная собственность” означает авторские права, товарные знаки, патенты, знаки обслуживания, коммерческие тайны и промышленные образцы, а также любые другие активы, которые считаются интеллектуальной собственностью согласно внутреннему законодательству принимающего рекомендации государства или международному соглашению, стороной которого оно является[15].

“Конкурирующий заявитель требования”[16] означает кредитора лица, предоставляющего обеспечительное право, который конкурирует с другим его

---

[13] См. подпункт *a)* статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке) (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.04.V.14). Следует отметить, что, хотя Конвенция применяется только к договорной дебиторской задолженности, *Руководство* применяется также к недоговорной дебиторской задолженности (см. главу I о сфере применения, пункт 6); касательно исключения банковских депозитов, аккредитивов и оборотных инструментов, см. соответственно подпункты 2 *f)* и 2 *g)* и пункт 3 статьи 4 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

[14] См. также подпункт *a)* статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке. Гарант по акцессорной гарантии является должником не только по дебиторской задолженности, погашение которой он гарантировал, но и по дебиторской задолженности, возникшей в результате самой этой гарантии, поскольку акцессорная гарантия сама по себе является долговым обязательством (т. е. имеется две дебиторских задолженности).

[15] Термин “интеллектуальная собственность” призван обеспечить соответствие *Руководства* законам и договорам в области интеллектуальной собственности без ущерба для права законодателя в государстве, принимающем рекомендации *Руководства*, на приведение значения этого термина в соответствие с собственным правом и своими международными обязательствами. С учетом внутреннего права принимающее рекомендации государство может включить в этот перечень или исключить из него те или иные виды интеллектуальной собственности. Ссылка на международные соглашения относится к таким соглашениям, как Конвенция об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности и Соглашение о связанных с торговлей аспектах прав интеллектуальной собственности (“ТРИПС”). В целях четкого указания на то, что соответствующие термины и рекомендации, в которых они фигурируют, относятся только к материальным активам (а не к таким нематериальным активам, как интеллектуальная собственность), в терминах “приобретательское обеспечительное право”, “право на удержание правового титула” и “право по финансовой аренде” делается ссылка на “материальные активы”. Термин “дебиторская задолженность” не содержит ссылки на “исполнение неденежных обязательств”, что призвано подтвердить то понимание, что этот термин и касающиеся дебиторской задолженности рекомендации относятся только к дебиторской задолженности, а не, например, к правам лицензиата или обязательствам лицензиара в соответствии с договором о предоставлении лицензии на интеллектуальную собственность.

[16] Определение термина “конкурирующий заявитель требования” см. в подпункте *m)* статьи 5 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

кредитором, обладающим обеспечительным правом в обремененных активах этого лица, и включает:

a) другого кредитора, обладающего обеспечительным правом в тех же обремененных активах (будь то первоначально обремененные активы или поступления от них);

b) в контексте неунитарного подхода к финансированию приобретения, продавца или арендодателя по финансовой аренде тех же обремененных активов, сохранившего правовой титул на них;

c) другого кредитора лица, предоставляющего обеспечительное право, который обладает правом в тех же обремененных активах;

d) управляющего в деле о несостоятельности лица, предоставившего обеспечительное право[17]; или

e) любого покупателя или иного получателя (включая арендатора или лицензиата) обремененных активов.

"Лицо, предоставляющее право", означает лицо, которое создает обеспечительное право для обеспечения либо своего собственного обязательства, либо обязательства другого лица[18]. В рамках унитарного подхода к финансированию приобретения термин "лицо, предоставляющее приобретательское обеспечительное право" включает покупателя при купле-продаже с удержанием правового титула и арендатора по финансовой аренде. Хотя при прямой передаче дебиторской задолженности цедент уступает дебиторскую задолженность не для обеспечения исполнения обязательства, для удобства пользования этот термин включает и цедента при прямой передаче дебиторской задолженности[19].

"Масса или продукт" означает материальные активы помимо денежных средств, которые в такой степени физически связаны или объединены с другими материальными активами, что они утратили присущие им характеристики.

"Материальные активы" означает все виды материальных движимых активов. К категориям материальных активов относятся, в частности, инвентарные запасы, оборудование, потребительские товары, принадлежности, оборотные инструменты, оборотные документы и денежные средства.

"Назначенное лицо" означает банк или другое лицо, указанное в независимом обязательстве, по названию или категории (например, "любой банк в стране X"), в качестве лица, назначаемого для предоставления стоимости по независимому обязательству, и действующее согласно этому назначению, а также, в случае обычного независимого обязательства, любой банк или другое лицо.

"Независимое обязательство" означает аккредитив (коммерческий или резервный), подтверждение аккредитива, независимую гарантию (включая банковскую гарантию по требованию или по первому требованию и контргарантию) или любое другое обязательство, признаваемое в качестве независимого согласно таким правовым нормам или правилам практики, как Конвенция Организации Объединенных Наций о гарантиях и резервных аккредитивах, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, Правила международной практики резервных аккредитивов и Унифицированные правила для гарантий по требованию.

---

[17] В главе, посвященной последствиям несостоятельности для обеспечительного права (глава XII настоящего *Руководства*), используется выражение "несостоятельность должника" в целях обеспечения терминологической согласованности с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10).

[18] См. определение термина "должник".

[19] См. определение термина "обеспечительное право", а также рекомендацию 3 и соответствующий комментарий.

“Нематериальные активы” означает все виды движимых активов помимо материальных активов и включает нематериальные права, дебиторскую задолженность и права на исполнение обязательств помимо обязательств по дебиторской задолженности.

“Обеспеченная сделка” означает сделку, которая создает обеспечительное право. Хотя прямая передача дебиторской задолженности не служит обеспечением исполнения обязательства, данный термин для удобства пользования включает также прямую передачу дебиторской задолженности[20].

“Обеспеченное обязательство” означает обязательство, обеспеченное обеспечительным правом.

“Обеспеченный кредитор” означает кредитора, обладающего обеспечительным правом. Хотя прямая передача дебиторской задолженности не служит обеспечением исполнения обязательства, данный термин для удобства пользования включает также цессионария при прямой передаче дебиторской задолженности[21].

“Обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение” (термин, используемый в контексте как унитарного, так и неунитарного подхода к финансированию приобретения) означает обеспеченного кредитора, обладающего приобретательским обеспечительным правом. В контексте унитарного подхода этот термин включает продавца, удерживающего правовой титул, или арендодателя по финансовой аренде (термины, используемые в контексте неунитарного подхода).

“Обеспечительное право” означает имущественное право в движимых активах, которое создается на основании соглашения и служит обеспечением платежа или иного исполнения того или иного обязательства, независимо от того, называют ли его стороны обеспечительным правом. В контексте унитарного подхода к финансированию приобретения данный термин включает как приобретательские, так и неприобретательские обеспечительные права. В контексте неунитарного подхода к финансированию приобретения он не включает право на удержание правового титула и право по финансовой аренде. Хотя прямая передача дебиторской задолженности не служит обеспечением платежа или иного исполнения обязательства, этот термин для удобства пользования включает также право цессионария при прямой передаче дебиторской задолженности[22]. Данный термин не включает личное право в отношении гаранта или другого лица, несущего ответственность за осуществление платежа по независимому обязательству.

“Оборотный документ” означает документ, например складскую расписку или коносамент, который воплощает право на получение материальных активов и удовлетворяет требованиям обращаемости согласно правовым нормам, регулирующим оборотные документы.

“Оборотный инструмент” означает инструмент, например чек или переводной или простой вексель, который воплощает право на получение платежа и удовлетворяет требованиям обращаемости согласно правовым нормам, регулирующим оборотные инструменты[23].

---

[20] Там же.

[21] Там же.

[22] См. рекомендацию 3 и соответствующий комментарий *Руководства.*

[23] Настоящее *Руководство* было подготовлено применительно к оборотным инструментам и оборотным документам в бумажной форме, учитывая особую трудность создания электронного эквивалента бумажных оборотных инструментов/документов. Не следует, однако, считать, что *Руководство* направлено против использования электронных эквивалентов бумажных оборотных инструментов или оборотных документов. В этой связи необходимо отметить, что принимающему рекомендации государству, желающему решить данный вопрос, потребуется разработать специальные правила. По той же причине вопрос электронного эквивалента бумажных оборотных инструментов/документов не рассматривается и в Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах (см. издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.07.V.2, пояснительная записка, пункт 7).

“Оборудование” означает материальные активы, используемые тем или иным лицом в процессе функционирования его предприятия.

“Обремененные активы” означает материальные или нематериальные активы, обремененные обеспечительным правом. Термин включает также дебиторскую задолженность, переданную в порядке прямой передачи[24].

“Осведомленность” означает фактическую, а не конструктивную осведомленность.

“Первоначальный договор” в контексте дебиторской задолженности, созданной договором, означает договор между цедентом и должником по дебиторской задолженности, на основании которого возникает дебиторская задолженность.

“Подтверждающее лицо” означает банк или иное лицо, которое принимает свое собственное независимое обязательство в дополнение к обязательству гаранта/эмитента[25].

“Последующая уступка” означает уступку, произведенную первоначальным или любым другим цессионарием[26]. В случае последующей уступки лицо, ее произведшее, считается цедентом, а лицо, в пользу которого она произведена, – цессионарием.

“Поступления” означает все, что получено в связи с обремененными активами, в том числе в результате их продажи или иной реализации, инкассирования, сдачи в аренду или выдачи лицензии, поступления от поступлений, естественные и гражданские плоды или доходы, дивиденды, распределяемые средства, страховые поступления и выплаты по требованиям, возникшим в связи с дефектом, повреждением или утратой обремененных активов[27].

“Потребительские товары” означает товары, которые лицо, предоставляющее обеспечительное право, использует или намеревается использовать в личных, семейных или домашних целях.

“Право контроля” в отношении права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, возникает:

a) автоматически с момента создания обеспечительного права, если обеспеченным кредитором является депозитарный банк;

b) если депозитарный банк заключил с лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором соглашение о контроле; или

c) если владельцем счета является обеспеченный кредитор.

“Право контроля” в отношении права на получение поступлений по независимому обязательству возникает:

a) автоматически с момента создания обеспечительного права, если обеспеченным кредитором является гарант/эмитент или подтверждающее или назначенное лицо; или

b) если гарантом/эмитентом или подтверждающим или назначенным лицом произведено признание в пользу обеспеченного кредитора.

---

[24] См. определение термина “обеспечительное право”, а также рекомендацию 3 и соответствующий комментарий.

[25] В соответствии с подпунктом *e)* статьи 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.97.V.12) подтверждение дает бенефициару возможность требовать платежа не от гаранта/эмитента, а от подтверждающего лица в соответствии с условиями подтвержденного независимого обязательства.

[26] См. подпункт *b)* статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

[27] См. подпункт *j)* статьи 5 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

“Право на получение поступлений по независимому обязательству” означает право на получение причитающегося платежа, акцептованной тратты или отсроченного платежа или иного стоимостного инструмента, которые в каждом случае должны оплачиваться или выдаваться гарантом/эмитентом или подтверждающим или назначенным лицом в порядке предоставления стоимости для выплаты средств по независимому обязательству. Данный термин также включает право на получение платежа в связи с приобретением банком, производящим расчеты, оборотного инструмента или документа согласно надлежащему представлению. Этот термин не включает:

a) право на выплату средств по независимому обязательству; и

b) то, что получено по исполнении независимого обязательства[28].

“Право на удержание правового титула” (термин, используемый только в контексте неунитарного подхода к финансированию приобретения) означает право продавца в материальных активах (помимо оборотных инструментов или оборотных документов) в соответствии с договоренностью с покупателем, согласно которой право собственности на материальные активы не переходит (или окончательно не переходит) от продавца к покупателю до тех пор, пока не будет оплачена неоплаченная часть покупной цены этих активов.

“Право по финансовой аренде” (термин, используемый только в контексте неунитарного подхода к финансированию приобретения) означает право арендодателя в материальных активах (помимо оборотных инструментов или оборотных документов), являющихся предметом договора об аренде, согласно которому по истечении срока аренды:

a) арендатор автоматически становится владельцем активов, являющихся объектом аренды;

b) арендатор может стать владельцем активов, уплатив за них сумму, не превышающую их номинальной цены; или

c) активы имеют только номинальную остаточную стоимость.

Данный термин включает договоры аренды с правом выкупа даже при отсутствии в них упоминания об аренде при условии соблюдения требований, изложенных в подпунктах *a)*, *b)* или *c)*.

“Признание” в отношении права на получение поступлений по независимому обязательству означает, что гарант/эмитент или подтверждающее или назначенное лицо, которые будут производить платеж или иным образом предоставлять стоимость по платежному требованию по независимому обязательству, в одностороннем порядке или по договоренности:

a) признали или дали согласие (вне зависимости от того, как засвидетельствовано это признание или согласие) на создание (в форме уступки или иной форме) обеспечительного права в пользу обеспеченного кредитора в праве на поступления по независимому обязательству; или

b) взяли на себя обязательство произвести платеж или иным образом предоставить стоимость обеспеченному кредитору по получении средств по независимому обязательству.

---

[28] Обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству (в качестве первоначально обремененных активов) отличается от обеспечительного права в “поступлениях” (одно из ключевых понятий в *Руководстве*) от активов, охватываемых *Руководством* (см. определение термина “поступления” и рекомендацию 19). Таким образом, то, что получено по исполнении (т. е. в результате надлежащего представления) независимого обязательства, представляет собой “поступления” в контексте права на получение поступлений по независимому обязательству.

“Принадлежность движимого актива” означает материальный актив, который физически присоединен к другому материальному активу, но не утратил при этом присущих ему характеристик.

“Принадлежность недвижимого имущества” означает материальный актив, который в такой степени физически присоединен к недвижимому имуществу, что, хотя и не утратил при этом присущих ему характеристик, считается недвижимым имуществом согласно законодательству государства, где находится такое недвижимое имущество.

“Приобретательское обеспечительное право” (термин, используемый в контексте как унитарного, так и неунитарного подхода к финансированию приобретения) означает обеспечительное право в материальных активах (помимо оборотных инструментов или оборотных документов), которое служит обеспечением обязательства уплатить любую невыплаченную часть покупной цены активов или другого принятого обязательства или кредита, предоставленного иным путем, с тем чтобы дать лицу, предоставившему обеспечительное право, возможность приобрести такие активы. Приобретательское обеспечительное право не обязательно должно именоваться именно так. В рамках унитарного подхода данный термин включает право, являющееся правом на удержание правового титула или правом по финансовой аренде (термины, используемые в контексте неунитарного подхода).

“Приоритет” означает преференциальное право какого-либо лица на получение экономической выгоды от своего обеспечительного права по отношению к правам конкурирующих заявителей требований.

“Производство по делу о несостоятельности” означает коллективное производство для целей реорганизации или ликвидации, осуществляемое под надзором суда по делам о несостоятельности.

“Соглашение о взаимозачете” означает соглашение между двумя или более сторонами, которое предусматривает одно или несколько из следующих действий:

a) чистый взаиморасчет по платежам, причитающимся в одной и той же валюте в один и тот же день, будь то путем новации или каким-либо иным образом;

b) в случае несостоятельности или иного неисполнения своих обязательств одной из сторон – прекращение всех незавершенных сделок по их восстановительной или справедливой рыночной стоимости, пересчет соответствующих сумм в единую валюту и их сальдирование с выплатой разницы одной из сторон; или

c) взаимозачет сумм, рассчитанных, как это предусмотрено в подпункте *b),* выше, по двум или более соглашениям о взаимозачете[29].

“Соглашение о контроле” означает засвидетельствованное письменным документом с подписью[30] соглашение между депозитарным банком, лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором, в соответствии с которым депозитарный банк согласился следовать указаниям обеспеченного кредитора в отношении выплаты средств, зачисленных на банковский счет, без дополнительного согласия лица, предоставляющего обеспечительное право.

“Соглашение об обеспечении” означает соглашение, независимо от его формы или используемой терминологии, между лицом, предоставляющим обеспечительное право, и кредитором, которое создает обеспечительное право. Хотя прямая

[29] См. также подпункт *l)* статьи 5 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

[30] Значение термина “письменный документ с подписью” в контексте электронных сообщений разъясняется в рекомендациях 11 и 12.

передача дебиторской задолженности не служит обеспечением исполнения обязательства, данный термин для удобства пользования включает также соглашения о прямой передаче дебиторской задолженности[31].

“Суд по делам о несостоятельности” означает судебный или иной орган, компетентный осуществлять контроль или надзор за производством по делам о несостоятельности.

“Уведомление” означает сообщение в письменной форме[32].

“Уведомление об уступке” означает сообщение в письменной форме, в котором разумно идентифицируются уступленная дебиторская задолженность и цессионарий[33].

“Управляющий в деле о несостоятельности” означает лицо или учреждение, в том числе назначенное на временной основе, которое в рамках производства по делу о несостоятельности уполномочено управлять реорганизацией или ликвидацией имущественной массы в деле о несостоятельности.

“Уступка” означает создание обеспечительного права в дебиторской задолженности, которое служит обеспечением платежа или иного исполнения обязательства. Хотя уступка в форме прямой передачи дебиторской задолженности не обеспечивает платеж или иное исполнение обязательства, данный термин для удобства пользования включает и прямую передачу такой задолженности[34].

“Финансовый договор/контракт” означает любую сделку спот, сделку на срок, фьючерсную сделку, опционную сделку или сделку своп в отношении процентных ставок, товаров, валюты, акций, облигаций, индексов или любых других финансовых инструментов, любую сделку по обратной покупке или кредитованию ценными бумагами и любую другую сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок[35].

“Цедент” означает лицо, производящее уступку дебиторской задолженности.

“Цессионарий” означает лицо, в пользу которого производится уступка дебиторской задолженности[36].

“Эмитент” оборотного документа означает лицо, которое обязано передать материальные активы, оговоренные в этом документе, в соответствии с нормами права, регулирующими оборотные документы, независимо от того, согласилось ли это лицо исполнить все обязательства, вытекающие из такого документа, или нет.

---

[31] См. определение термина “обеспечительное право”, а также рекомендацию 3 и соответствующий комментарий.

[32] Касательно электронных эквивалентов понятий “письменная форма” и “письменный документ с подписью”, см. рекомендации 11 и 12.

[33] Касательно того, когда уведомление об уступке считается имеющим силу, см. рекомендацию 118.

[34] См. определение термина “обеспечительное право”, а также рекомендацию 3 и соответствующий комментарий.

[35] См. подпункт *k)* статьи 5 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке; см. также соответствующее определение в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности. Содержащаяся в данном термине ссылка на “любую другую сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках”, призвана обеспечить полный охват всех видов сделок, заключаемых на финансовых рынках. Этот термин носит гибкий характер. Он включает любую сделку, заключенную на финансовых рынках, в рамках которой права на платеж определяются путем ссылки на *a)* соответствующие категории активов; или *b)* количественные характеристики экономического или финансового риска либо стоимости, связанных с наступлением какого-либо события или непредвиденного обстоятельства. Примерами таких сделок могут служить сделки, в рамках которых права на платеж определяются путем ссылки на метеорологические статистические данные, фрахтовые ставки, эмиссионные скидки или статистические данные экономического характера.

[36] Определения терминов “цессионарий”, “цедент” и “уступка” см. в подпункте *a)* статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

C. Примеры практики финансирования, охватываемой *Руководством*

21. В настоящее время в мире используется множество различных видов обеспеченных сделок. Некоторые из них конкретно определены в качестве таковых в национальном законодательстве. Ниже дается описание различных видов практики, что позволяет получить общее представление о ситуациях, когда используются обеспеченные кредиты, а также о финансовой практике, на поощрение которой направлено *Руководство.* В ряде случаев примеры такой практики приводятся с целью проиллюстрировать конкретные моменты, которые должны регулироваться эффективным и действенным режимом обеспеченных сделок. Необходимо, однако, отметить, что эти примеры далеко не исчерпывают всех видов используемых в настоящее время обеспеченных сделок. Современный режим обеспеченных сделок должен быть достаточно гибким и не только охватывать существующие методы финансирования, но и оставлять место для новых методов, которые неизбежно появятся в будущем.

1. Финансирование приобретения инвентарных запасов и оборудования

22. Предприятия часто получают кредиты конкретно для целей приобретения инвентарных запасов или оборудования. Во многих случаях такие кредиты предоставляются продавцами закупаемых инвентарных запасов или оборудования. В других случаях они предоставляются ссудодателями. Иногда ссудодателем является независимая третья сторона, хотя им может быть и дочерняя компания продавца (например, финансовая компания, созданная продавцом в целях содействия сбыту). Продавец сохраняет за собой (удерживает) правовой титул на инвентарные запасы или оборудование для обеспечения уплаты покупной цены. В противном случае продавцу предоставляется обеспечительное право в закупаемых инвентарных запасах или оборудовании для обеспечения погашения кредита или ссуды.

23. Ниже приводится пример кредитования закупок. Участвуют: производственная компания ABC, три различных продавца (П1, П2 и П3), арендодатель (A1) и ссудодатель (C1). Компания ABC, производящая мебель, хотела бы приобрести определенные инвентарные запасы и оборудование для использования в производственном процессе. Она хотела бы купить краску (являющуюся сырьевым товаром, относящимся к инвентарным запасам) у продавца П1, перфораторы (относящиеся к категории оборудования) у продавца П2 и определенное конвейерное оборудование у продавца П3. Кроме того, она хотела бы взять в аренду определенное компьютерное оборудование у арендодателя A1.

24. Согласно условиям соглашения о закупках, заключенного с продавцом П1, ABC должна уплатить покупную цену за краску в течение 30 дней с даты получения счета-фактуры от продавца П1, в связи с чем ABC предоставляет продавцу A обеспечительное право в партии краски в качестве гарантии уплаты покупной цены. Согласно условиям соглашения о закупках, заключенного с продавцом П2, ABC должна уплатить покупную цену за перфораторы в течение 60 дней с момента их поставки на предприятие ABC. Соглашение предусматривает также, что до уплаты покупной цены в полном объеме П2 сохраняет титул на перфораторы.

25. Согласно условиям соглашения о закупках, заключенного с продавцом П3, ABC должна уплатить покупную цену за конвейерное оборудование после его установки и введения в эксплуатацию на предприятии ABC. ABC получает кредит от ссудодателя C2 для финансирования закупки и установки такого оборудования. Этот кредит обеспечивается обеспечительным правом в конвейерном оборудовании.

26. Согласно договору аренды, заключенному с арендодателем A1, ABC берет в аренду компьютерное оборудование сроком на два года. В течение срока аренды ABC должна вносить ежемесячные арендные платежи. ABC может (но не обязательно) выкупить это оборудование по номинальной покупной цене по истечении срока аренды. Согласно условиям договора арендодатель A1 удерживает правовой титул на это оборудование в течение всего срока аренды, однако по истечении этого срока он перейдет к ABC, если ABC реализует свое право на выкуп. Такой вид аренды часто называется "финансовой арендой". В рамках некоторых видов финансовой аренды правовой титул на арендуемые активы передается арендатору автоматически по истечении срока аренды. Финансовую аренду следует отличать от так называемой "операционной аренды", при которой предполагается, что срок службы арендуемых активов превышает срок аренды, в связи с чем арендатор не может приобрести их по номинальной цене по истечении срока аренды и правовой титул на них не передается ему автоматически в конце этого срока.

27. В каждом из четырех вышеописанных случаев (краска, перфораторы, конвейеры и компьютеры) приобретение товара становится возможным благодаря финансированию, предоставленному другим лицом (продавцом, ссудодателем или арендодателем по договору финансовой аренды), которое получает права в приобретаемом имуществе, служащие обеспечением предоставленного финансирования.

2. Финансирование под инвентарные запасы и дебиторскую задолженность на основе возобновляемого кредитования

28. Предприятия, как правило, вынуждены расходовать капитал, прежде чем они смогут произвести продукцию и получить доход. Так, например, до того, как типичный производитель начнет работать и продавать свою продукцию, он должен оснастить свое предприятие, закупить сырье и понести расходы на рабочую силу, необходимую для превращения сырья в готовые изделия, которые он может продать. Только после этого он сможет генерировать дебиторскую задолженность и получать платежи. В зависимости от вида предприятия этот процесс может занять до нескольких месяцев. Поэтому важнейшим условием функционирования предприятия в период между расходованием средств и получением доходов является доступ к оборотному капиталу. Причем потребность в оборотном капитале возникает не только на начальном этапе работы того или иного предприятия. Из-за разрывов во времени между осуществлением расходов и получением доходов в рамках каждого цикла оборота капитала (приобретение инвентарных запасов, их переработка, реализация продукции, создание дебиторской задолженности, получение платежей и приобретение еще большего объема инвентарных запасов для начала нового цикла) такая потребность обычно сохраняется на протяжении всего срока существования предприятия.

29. Одним из весьма эффективных методов обеспечения оборотного капитала является использование механизма возобновляемого кредитования. В рамках такого вида кредитования ссуды, обеспеченные существующими и будущими инвентарными запасами и дебиторской задолженностью заемщика, время от времени предоставляются по просьбе заемщика для покрытия его потребностей в оборотном капитале. Заемщик обычно просит предоставить ссуду тогда, когда ему необходимо приобрести сырье для того, чтобы произвести инвентарные запасы, и погашает ссуду по мере реализации инвентарных запасов, генерирования дебиторской задолженности и погашения этой дебиторской задолженности. Таким образом, заимствования и выплаты в их погашение происходят довольно часто (хотя и не обязательно регулярно), а сумма кредита постоянно меняется. Поскольку структура возобновляемого кредитования позволяет

согласовать заимствования с циклом оборота капитала заемщика, она является с экономической точки зрения весьма эффективной и выгодной для заемщика, помогая ему избегать заимствования средств в большем объеме, чем ему действительно необходимо (и соответственно экономить на процентах).

30. Ниже приводится пример такого рода финансирования: компании ABC обычно требуется четыре месяца, чтобы произвести и продать свою продукцию и получить за нее продажную цену. Ссудодатель C2 соглашается предоставить ABC возобновляемый кредит для финансирования этого процесса. Согласно условиям кредита компания ABC может периодически получать ссуды в объеме, рассчитываемом по определенной формуле. Размер ссуды может составлять до 50 процентов от стоимости тех инвентарных запасов ABC, которые ссудодатель C2 считает приемлемыми для целей кредитования (исходя, например, из таких критериев, как вид и качество инвентарных запасов) и до 80 процентов от величины той ее дебиторской задолженности, которую ссудодатель B считает приемлемой для целей кредитования (с учетом таких критериев, как платежеспособность должников по счетам). Суммы, которые ссудодатель готов предоставить, исходя из стоимости подходящих инвентарных запасов и дебиторской задолженности, обычно называют “авансовыми ставками”. Суммарную стоимость соответствующих инвентарных запасов и дебиторской задолженности на тот или иной момент времени, умноженную на соответствующие авансовые ставки, обычно называют “базой заимствования”. Предполагается, что ABC будет погашать эти ссуды по мере получения платежей по дебиторской задолженности своих покупателей, с тем чтобы непогашенный остаток ни в какой момент времени не превысил базы заимствования. Такого рода ссуды обеспечиваются всеми имеющимися и будущими инвентарными запасами и дебиторской задолженностью ABC. При таком виде финансирования вполне обычной является также практика получения ссудодателем обеспечительного права в праве выплаты средств, зачисленных на банковский счет, на который поступают платежи покупателей (т. е. поступления от инвентарных запасов и дебиторской задолженности), и согласия банка-депозитария на периодическое перечисление ссудодателю средств, поступивших на этот счет.

3. Факторинг

31. Факторинг является высокоэффективной формой кредитования под дебиторскую задолженность, которая существует уже много столетий. Как правило, факторинг представляет собой прямую продажу или переуступку дебиторской задолженности продавцом (цедентом) факторинговой компании (цессионарию). Такая передача дебиторской задолженности охватывается *Руководством*, несмотря на то, что не является инструментом обеспечения кредитов (см. главу I, пункты 25–31).

32. Существуют несколько различных видов факторинговых соглашений. Факторинговая компания (цессионарий) может выплатить часть покупной цены дебиторской задолженности в момент покупки (“дисконтный факторинг”), либо после инкассирования дебиторской задолженности (“инкассовый факторинг”), либо по истечении среднего срока погашения всей дебиторской задолженности (“срочный факторинг”). Факторинг может быть с правом и без права регресса. При факторинге с правом регресса цессионарий по дебиторской задолженности может в случае невыплаты такой задолженности должниками (т. е. клиентами цедента) предъявить регрессивное требование цеденту. Напротив, при факторинге без права регресса у цессионария нет возможности получить платеж от цедента в случае неплатежа со стороны должников по дебиторской задолженности. И наконец, должники по дебиторской задолженности могут быть либо поставлены, либо не поставлены в известность о том, что их задолженность является

объектом факторинга (“факторинг с уведомлением” и “факторинг без уведомления”). Уведомление клиентов обычно производится цедентом путем соответствующей пометки на направляемых им счетах-фактурах.

33. Хотя соглашение о факторинге является, по сути, соглашением о финансировании, в соответствии с которым предприятие получает денежные средства тогда, когда они ему необходимы, в обмен на генерируемую им дебиторскую задолженность, факторинговая компания может также оказывать цеденту различные другие услуги, связанные с дебиторской задолженностью. Такие дополнительные услуги могут включать подтверждение и оценку кредитоспособности должников по дебиторской задолженности, выполнение бухгалтерских функций и помощь во взыскании просроченной дебиторской задолженности. Такие услуги могут быть полезными для компаний, не имеющих собственных кредитных и инкассовых отделов.

34. Ниже приводится пример типичного факторингового соглашения: ABC заключает с факторинговой компанией Ф1 соглашение о дисконтном факторинге, согласно которому факторинговая компания соглашается приобрести дебиторскую задолженность, в погашении которой она не сомневается. Факторинговая компания выплачивает ABC 90 процентов номинальной величины этой задолженности, удерживая остальные 10 процентов в качестве резервного фонда для покрытия потенциальных требований клиентов, которые могут уменьшить величину дебиторской задолженности. Факторинговое соглашение предусматривает уведомление клиентов ABC и не дает право предъявить ABC регрессивное требование о случае непогашения задолженности.

4. Секьюритизация

35. Еще одной формой финансирования с использованием в качестве обеспечения дебиторской задолженности является секьюритизация. Секьюритизация представляет собой сложную форму финансирования, в рамках которой коммерческое предприятие может привлечь финансирование под свою дебиторскую задолженность путем передачи ее полностью подконтрольному ему “специальному целевому механизму” (СЦМ), который эмитирует и размещает на финансовых рынках ценные бумаги, обеспеченные поступлениями от такой дебиторской задолженности. Такой механизм широко используется, например, в тех случаях, когда дебиторская задолженность компании включает задолженность по кредитным картам, арендной плате (аренда автомобилей) или ипотечным кредитам, хотя возможна секьюритизация и других видов дебиторской задолженности. Операции по секьюритизации представляют собой сложные финансовые сделки, регулируемые действующим в данной стране законодательством, касающимся операций с ценными бумагами, и ее законодательством об обеспеченных сделках. Когда такие операции достаточно масштабны, тщательно продуманны и надлежащим образом контролируются, секьюритизация может служить экономически эффективной формой привлечения финансовых ресурсов.

36. Секьюритизация призвана снизить стоимость финансирования, поскольку СЦМ создается таким образом, чтобы сделать “отдаленным” (т. е. теоретически невозможным) риск его несостоятельности путем ограничения размера его потенциальной задолженности и видов деятельности, которыми он может заниматься. Такая структура может значительно снизить риск, учитываемый ссудодателем при определении размера процентной ставки по ссуде. Кроме того, поскольку источником кредита являются рынки капитала, а не банковская система, секьюритизация может обеспечить получение больших сумм кредита под меньшие проценты по сравнению с обычными банковскими ссудами.

37. Ниже приводится пример операции по секьюритизации. Крупная розничная сеть создает СЦМ в целях приобретения дебиторской задолженности, возникающей в результате использования ее клиентами “фирменных” или “внутренних” кредитных карт (т. е. кредитных карт, эмитированных этим розничным торговцем и содержащих его наименование). Затем в соответствии с применимым законодательством, регулирующим операции с ценными бумагами, СЦМ производит эмиссию долговых ценных бумаг и размещает их на рынках капитала. Такие долговые ценные бумаги обеспечиваются потоком поступлений по дебиторской задолженности по кредитным картам, переведенной в СЦМ. По мере поступления лизинговых платежей СЦМ будет использовать их для осуществления выплат по ценным бумагам.

5. Финансирование на основе срочных ссуд

38. Предприятия зачастую нуждаются в получении средств для покрытия крупных расходов, не связанных с их обычной деятельностью, например расходов на приобретение или лизинг основного оборудования, разработку новой линии товаров или даже приобретение другого предприятия. В таких случаях предприятия обычно стремятся получить ссуды с фиксированным сроком погашения, когда основная сумма долга должна выплачиваться либо частями (ежемесячно, ежеквартально или с иной периодичностью) в соответствии с согласованным графиком, либо паушально в конце срока, на который была предоставлена ссуда.

39. Как и в случае со многими другими видами финансирования, предприятию, которое не имеет прочного, стабильного кредитного рейтинга, трудно получить срочную ссуду, если только оно не может предоставить кредитору обеспечительные права в своих активах. Размер ссуды и проценты по ней будут отчасти зависеть от оценки кредитором чистой реализуемой стоимости активов, подлежащих обременению. Во многих государствах единственным видом активов, предлагаемым и принимаемым кредиторами в качестве обеспечения срочных ссуд, и является недвижимое имущество. Однако многие предприятия, особенно недавно созданные, не имеют недвижимого имущества. В результате в этих государствах такие ссуды зачастую недоступны для заемщиков, даже если у них есть другие важные виды активов, такие, как оборудование или общая стоимость всего предприятия. Напротив, в ряде других государств широкое распространение получили срочные ссуды под движимое имущество, например оборудование, интеллектуальную собственность и даже общую стоимость всего предприятия.

40. Ниже приводится пример финансирования такого рода: компания ABC намерена расширить свои операции и приобрести другое предприятие. ABC получает у ссудодателя C3 ссуду (размер которой определяется стоимостью практически всех активов приобретаемого предприятия, предлагаемых в качестве обеспечения) для финансирования такого приобретения. Эта ссуда подлежит погашению в течение 10 лет путем равных ежемесячных выплат и обеспечивается всеми существующими и будущими активами ABC, а также приобретаемого предприятия.

6. Обеспечение кредита путем передачи правового титула

41. Примеры, приведенные в предыдущих разделах, дают представление о том, как предприятия, нуждающиеся в заемных средствах, могут получать ссуды и другое финансирование, предлагая кредиторам обеспечительное право в таких активах, как оборудование, инвентарные запасы и дебиторская задолженность. Как кредиты, так и

обеспечительные права могут предоставляться в различных формах. Один из видов финансирования, практикуемый во многих странах, предполагает передачу заемщиком кредитору правового титула. Передача правового титула в порядке обеспечения (которую иногда называют “фидуциарной” передачей правового титула) широко используется для обеспечения как кредитных линий, так и срочных ссуд. Она практикуется главным образом в государствах, где законодательство об обеспеченных сделках не признает непосессорные обеспечительные права.

42. Еще одним способом получения кредитов под обеспечение в виде материальных активов компании-заемщика (обычно оборудования) при сохранении владения этими активами и права их использования в коммерческой деятельности является “продажа с обратной передачей в аренду”. В рамках такой сделки компания продает свои активы другому лицу за оговоренную сумму (которую она может впоследствии использовать в качестве оборотного капитала для покрытия капитальных расходов и других целей). Продавая оборудование, компания одновременно арендует его обратно у того же лица на срок и по ставкам, оговоренным в договоре аренды. Зачастую такая аренда представляет собой “финансовую аренду” в отличие от “операционной аренды” (см. пункт 20, выше).

D. Основные цели и основополагающие принципы эффективного и действенного режима обеспеченных сделок

1. Общие положения

43. При принятии законодательства, направленного на создание эффективного и действенного режима обеспеченных сделок, государства сталкиваются с необходимостью решения ряда принципиальных вопросов. Некоторые из этих вопросов касаются сферы действия предлагаемого законодательства, другие связаны с выбором основных подходов, которыми следует руководствоваться, третьи имеют отношение к стилю изложения законодательных норм, и наконец, четвертые касаются места законодательства об обеспеченных сделках в правовой системе государства. Однако наиболее важным является выбор целей, которые должно преследовать новое законодательство.

44. В течение многих лет государства используют законодательство об обеспеченных сделках или, в более широком смысле, законодательство об обеспечительном праве в недвижимом имуществе для продвижения различных, зачастую противоречащих друг другу стратегий экономического и социального развития. Режимы, введенные в действие государствами или сформировавшиеся с их разрешения на основе практики и судебных решений, как правило, обеспечивают согласование этих различных целей лишь на индивидуальной основе. Иногда они делают это эффективно, но часто они содержат противоречащие друг другу или взаимоисключающие элементы, которые подрывают их эффективность. Во многих государствах реформированные режимы обеспеченных сделок расширяют доступ к обеспеченным кредитам, но делают это весьма неэффективно и не способствуют решению задач социальной и экономической политики, которые ставят перед собой эти государства. Эти проблемы неэффективности и недейственности зачастую в равной степени свойственны как законодательству государств со зрелой рыночной экономикой, так и законодательству государств, находящихся в процессе формирования такой экономики. Более того, они присущи даже законодательству тех государств, которые только недавно внесли изменения в свои режимы обеспеченных сделок.

45. С учетом необходимости сделать рекомендации практически выполнимыми для всех государств, независимо от характера их экономики и правовой системы (или того, что они недавно изменили свое законодательство), *Руководство* начинается с краткого изложения основных целей, которыми следует руководствоваться при разработке эффективного и действенного режима обеспеченных сделок, и основополагающих принципов, которые должны быть положены в основу этого режима.

2. Основные цели

46. Для увязки основных целей, о которых пойдет речь ниже, с более общими задачами, решаемыми государствами посредством модернизации своего законодательства, полезно напомнить об основных предпосылках для принятия законодательства об обеспеченных сделках и причинах, обусловливающих необходимость этого. Современная экономика связана с производством и продажей движимых активов и оказанием услуг как на внутреннем, так и на международном рынке. Как уже отмечалось выше, большинство предприятий, как правило, не в состоянии удовлетворить все свои текущие финансовые потребности за счет наличных средств. Поэтому основополагающее значение для роста экономики имеет доступ к кредитам, особенно к кредитам под максимально низкий процент. Ссудодатели и другие кредиторы могут эффективно помочь в преодолении разрыва между потребностями и имеющимися ресурсами лишь тогда, когда риск невозврата выданного кредита сведен к минимуму. Важным фактором уменьшения такого риска может служить обеспечительное право в движимых активах (а также в недвижимом имуществе) должника, поскольку оно позволяет кредитору рассчитывать на получение стоимости, воплощенной в обремененных активах, в случае несостоятельности последнего. Иначе говоря, предоставление обеспечительного права позволяет предприятиям и физическим лицам получать доступ к кредитам в тех случаях, когда нельзя получить необеспеченный кредит под разумный процент. Основным аргументом в пользу принятия законодательства об обеспеченных сделках является то, что наличие доступа к обеспеченным кредитам (в дополнение к необеспеченным кредитам) будет способствовать увеличению общего чистого богатства государства.

47. Рассматриваемые в настоящем разделе основные цели вытекают из целей, сформулированных в исследованиях и докладах ЕБРР, АзБР, Всемирного банка, МВФ, ОАГ и других организаций, посвященных законодательству об обеспеченных сделках (см. пункт 12, выше). Эти цели призваны обеспечить широкую концептуальную основу для законодательных органов, стремящихся создать эффективный режим обеспеченных сделок. Они призваны также облегчить толкование принятого законодательства (в соответствии с подходом, который используется, например, в пункте 1 статьи 7 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке). В зависимости от законотворческой практики государств эти цели могут быть либо сформулированы в официальном заявлении при принятии соответствующего закона, либо изложены в сопроводительном пояснительном документе или комментарии, либо включены в сам закон в качестве преамбулы или вводного раздела.

48. Каждая из этих целей связана с конкретной практической или экономической потребностью, удовлетворению которой призван служить современный режим обеспеченных сделок. Все вместе они обеспечивают целостную и согласованную основу для разработки соответствующего законодательства. Поэтому важно, чтобы государства не только выбирали среди них те цели, которые им больше всего подходят, но и в максимально возможной степени учитывали все эти цели вместе взятые.

a) Содействие доступу к недорогим кредитам путем развития кредитования под обеспечение

49. Главная цель *Руководства* состоит в обеспечении доступности недорогих кредитов путем развития системы кредитования под обеспечение, с тем чтобы позволить должникам и экономике в целом реализовать экономические выгоды, связанные с возможностью получения таких кредитов. Поэтому преимущества режима обеспеченных сделок должны распространяться на максимально широкий круг должников, кредиторов и кредитных сделок.

b) Предоставление должникам возможности использовать всю стоимость, овеществленную в их активах, для обеспечения кредитов

50. Для достижения главной цели, изложенной в предыдущем пункте, законодательство должно предоставлять должникам возможность использовать для получения кредитов всю стоимость, овеществленную в их активах. Поэтому соответствующий режим должен носить максимально широкий характер. Это означает, что законодательство должно применяться в отношении всех категорий должников (т. е. юридических и физических лиц, включая потребителей). Кроме того, для достижения этой цели необходимо допускать возможность обременения самых разных активов (как материальных, так и нематериальных, как существующих, так и будущих). Более того, необходимо предусмотреть возможность использования обеспечительных прав в обремененных активах для обеспечения максимально широкого круга обязательств (включая будущие, условные, денежные и неденежные обязательства). Это означает также обеспечение возможности для предоставления различным кредиторам обеспечительных прав в одних и тех же активах одним и тем же лицом, предоставляющим право.

c) Создание условий для того, чтобы стороны могли легко и просто приобретать обеспечительные права

51. Стоимость обеспеченных кредитов зависит отчасти от затрат, связанных с приобретением обеспечительных прав. Эффективный режим обеспеченных сделок должен оптимизировать процедуры приобретения обеспечительных прав. Существенному снижению операционных издержек будут способствовать устранение излишних формальностей; определение единого метода создания обеспечительных прав вместо многообразия обеспечительных механизмов для различных категорий обремененных активов; и обеспечение возможности создавать обеспечительные права в будущих активах и получать новые транши кредита без необходимости для сторон оформлять дополнительные документы или предпринимать дополнительные действия.

d) Обеспечение равного режима для различных источников кредита и различных видов обеспеченных сделок

52. Эффективным способом снижения стоимости кредита является открытая конкуренция между всеми потенциальными кредиторами. Поэтому эффективный режим обеспеченных сделок должен гарантировать равный режим для широкого круга кредиторов – финансовых учреждений и других ссудодателей, производителей и поставщиков, а также внутренних и внешних кредиторов.

e) Обеспечение действительности непосессорных обеспечительных прав во всех видах активов

53. Предоставление обеспечительного права не должно затруднять лицу, предоставляющему такое право, дальнейшее ведение хозяйственной деятельности или лишать

его возможности вести такую деятельность. Это означает, что от лица, предоставляющего обеспечительное право, нельзя требовать передачи права владения обремененными активами обеспеченному кредитору. Таким образом, современный режим обеспеченных сделок должен предусматривать существование непосессорных обеспечительных прав в различных видах материальных и нематериальных активов, включая оборудование, инвентарные запасы и дебиторскую задолженность.

f) Обеспечение большей определенности и транспарентности за счет регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав

54. Для целей эффективного функционирования режима обеспеченных сделок важно, чтобы все стороны имели возможность с достаточной степенью определенности устанавливать объем прав лица, предоставляющего обеспечительное право, и третьих сторон в обременяемых активах. Основным способом обеспечения такой определенности без ущерба для конфиденциальности является создание общего реестра обеспечительных прав, в котором регистрировались бы уведомления о существовании обеспечительных прав. Такого рода регистрационная система не требовала бы ни представления всей документации для проверки, ни ее регистрации. Регистрационные записи предоставлялись бы для ознакомления всем заинтересованным сторонам.

g) Установление ясных и предсказуемых правил приоритетности

55. Потенциальный кредитор должен иметь возможность не только удостовериться в правах лица, предоставляющего обеспечительное право, но и четко определить степень приоритетности своего права в обремененных активах на тот момент, когда он соглашается предоставить кредит по отношению к правам других кредиторов (включая конкурсного управляющего в случае несостоятельности лица, предоставляющего право). Поэтому современный режим обеспеченных сделок должен устанавливать четкие правила, которые позволяли бы потенциальным кредиторам с достаточной степенью достоверности, оперативно и экономически эффективным образом определять приоритетность своих обеспечительных прав еще на этапе заключения сделки.

h) Содействие эффективной реализации прав обеспеченного кредитора

56. Обеспечительное право не будет иметь для обеспеченного кредитора никакой ценности, если у него не будет возможности его эффективно и оперативно реализовать. Современный режим обеспеченных сделок должен включать процедуры, четко определяющие права и обязанности должников и обеспеченных кредиторов в случае реализации обеспечительных прав, и позволять обеспеченным кредиторам реализовывать такие права во внесудебном порядке, но с применением в соответствующих случаях судебных или других официальных процедур контроля, надзора или обжалования. Он требует четкой согласованности между законами государства, регулирующими обеспеченные сделки, и законами о несостоятельности, с тем чтобы в случае несостоятельности должника было обеспечено признание действительности, приоритетности и экономической ценности обеспечительного права, созданного до наступления несостоятельности, с учетом соответствующих положений законодательства о несостоятельности.

i) Обеспечение возможности для сторон проявлять максимальную гибкость при согласовании условий соглашений об обеспечении

57. Цели, преследуемые должниками и кредиторами в условиях современной экономики, чрезвычайно разнообразны и зачастую характерны только для конкретных сто-

рон. Режим обеспеченных сделок должен обеспечивать максимальную гибкость, с тем чтобы стороны могли составлять свои соглашения об обеспечении с учетом своих конкретных потребностей. Необходимо свести к минимуму количество императивных норм, регулирующих соответствующие права сторон до момента неисполнения обязательств. При этом в случае наличия другого законодательства, например законодательства о защите прав потребителей, режим обеспеченных сделок должен учитывать положения такого законодательства.

j) Обеспечение баланса интересов лиц, затрагиваемых обеспеченной сделкой

58. Соглашения об обеспечении выходят за рамки договорных отношений между обеспеченными кредиторами и лицами, предоставляющими обеспечительные права. В части имущественных последствий они затрагивают также права третьих сторон, таких как другие обеспеченные кредиторы, привилегированные и необеспеченные кредиторы, покупатели и другие получатели обремененных активов, конкурсные управляющие, а также государство. Эффективный и действенный режим обеспеченных сделок должен учитывать законные интересы всех сторон и должен быть направлен на сбалансированное достижение всех упомянутых выше основных целей с учетом положений соответствующих законов, включая законы о несостоятельности.

k) Гармонизация законов об обеспеченных сделках, включая нормы коллизионного права

59. Коммерческая деятельность приобретает все более выраженный международный характер, причем за рамки национальных границ выходят и кредитные операции. Режим обеспеченных сделок данного государства будет в наибольшей степени способствовать развитию международной торговли на основе равенства и взаимной выгоды, если он будет согласован с аналогичными режимами в других государствах. Кроме того, поскольку полное согласование национальных законов, регулирующих обеспеченные сделки, может оказаться целью недостижимой, финансированию международной торговли способствовало бы согласование норм коллизионного права. Причем даже в случае согласованности материально-правовых норм двух государств, четкие нормы коллизионного права необходимы в качестве руководства при определении того, каким образом обеспечительным правам может быть придана сила в отношении третьих сторон, – в соответствии с законодательством страны местонахождения обремененных активов, в соответствии с законодательством страны местонахождения лица, предоставившего обеспечительное право, или в соответствии с другим законодательством.

3. Основополагающие принципы

60. Рассмотренные выше основные цели обеспечивают ту общую основу, на которой может быть сформирован современный режим обеспеченных сделок. Однако способы законодательного закрепления этих целей могут быть различными. В рекомендациях, содержащихся в *Руководстве*, подробно изложены правовые нормы, которые государства должны включить в свое законодательство. В *Руководстве* рассматриваются по отдельности различные аспекты обеспеченных сделок (например, создание, придание силы в отношении третьих сторон, приоритетность и реализация обеспечительного права). Рекомендации, сформулированные в каждой главе, вытекают из нескольких основополагающих правовых принципов. Некоторые из этих принципов существенно расходятся с базовыми принципами, которые в настоящее время

закреплены в законодательстве об обеспеченных сделках многих государств. В этой связи для обеспечения связи между рассмотренными выше основными стратегическими целями современного режима обеспеченных сделок и более подробными рекомендациями *Руководства* в отношении конкретных элементов такого режима эти немногие основополагающие правовые принципы изложены в последующих пунктах.

a) Всеобъемлющий охват

61. *Руководство* исходит из той посылки, что развитие кредитования под обеспечение происходит в тех случаях, когда сведены к минимуму ограничения в отношении лиц, которые могут предоставлять обеспечение или выступать в качестве обеспеченных кредиторов, видов активов, которые могут обременяться, и видов обязательств, которые могут обеспечиваться. Поэтому государствам следует стремиться к принятию законодательства, которое имело бы максимально широкую сферу действия и по возможности охватывало бы все виды обеспеченных сделок, все категории лиц, предоставляющих обеспечительное право, и все категории обеспеченных кредиторов, а также все виды движимых активов и обеспеченных обязательств. Более подробно принцип всеобъемлющего охвата и способы обеспечения такого охвата разъясняются в главе I.

b) Функциональный, комплексный и всеобъемлющий подход

62. Во многих государствах действуют режимы обеспеченных сделок, которые позволяют заемщикам (особенно компаниям) предоставлять кредиторам обеспечительные права во всех (или почти всех) своих активах. Однако во многих из этих государств разные виды активов регулируются разными правовыми режимами. Более того, во многих из них разными правовыми режимами регулируются и такие разные виды сделок, как залоги, закладные, фидуциарные передачи и ипотека. И наконец, во многих государствах права продавцов имеют иной режим, чем права других кредиторов, и часто вообще не рассматриваются в качестве обеспечительных прав. Напротив, в основу *Руководства* положен комплексный и функциональный подход. Оно исходит из того, что, насколько это возможно, все сделки, создающие права в любых видах активов, призванные обеспечить исполнение обязательств (т. е. выполнять обеспечительные функции), должны рассматриваться в качестве обеспеченных прав и регулироваться одними и теми же нормами или как минимум одними и теми же принципами. Более подробно комплексный и функциональный подход разъясняется в главе I (см. пункты 110–112) и в части специальных сделок, связанных с финансированием приобретений, в главе IX (см. пункты 60–84).

c) Обеспечительные права в будущих активах лица, предоставляющего право

63. Во многих государствах лицам, предоставляющим обеспечительные права, разрешено создавать такие права только в существующих активах, которыми они владеют. Они не могут предоставлять обеспечение в активах, которых еще нет или которые они еще не приобрели. Это ограничение призвано защитить должников от чрезмерного обременения их активов, в том числе их будущих активов, в пользу одного обеспеченного кредитора. Однако, учитывая, что у предприятий не всегда имеются существующие активы, которые могут служить обеспечением кредита, это ограничение не позволяет им получать многие виды кредитов, предоставляемых под будущие активы,

например будущие инвентарные запасы и будущую дебиторскую задолженность. В этой связи *Руководство* допускает создание обеспечительного права в будущих активах, если только это не противоречит законодательству о защите потребителей. Подробнее данный принцип разъясняется в главе I.

d) Распространение обеспечительного права на поступления

64. Обычно непосессорное обеспечительное право в материальных движимых активах сохраняется и при передаче таких активов другим лицам. Когда лицо, предоставившее обеспечительное право, продает или иным образом отчуждает обремененные активы, покупатель приобретает их вместе с обременением. В некоторых государствах обеспеченному кредитору предоставлены также права в отношении любых активов (обычно дебиторской задолженности), которые могут возникнуть в результате продажи или иного отчуждения обремененных активов. Такие активы определяются в *Руководстве* как поступления, на которые, учитывая экономическую ценность обремененных активов для кредитора в качестве источника средств в случае неплатежа должника, должно распространяться обеспечительное право. Более подробно принцип распространения обеспечительного права на поступления и особенности этого права рассматриваются в главе II.

e) Проведение различий между силой обеспечительного права в отношениях между сторонами и его силой в отношении третьих сторон

65. Во многих государствах созданное обеспечительное право имеет силу не только в отношениях между лицом, предоставившим такое право, и обеспеченным кредитором, но и в отношении третьих сторон. Но третьи стороны могут об этом не знать. Поэтому государства часто требуют выполнения дополнительных формальностей при создании обеспечительного права (даже в отношениях между лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором), причем эти формальности могут выходить далеко за рамки того, что обычно требуется при заключении договоров. Это означает, что обеспеченный кредитор должен в любом случае дождаться заключения соглашения с лицом, предоставляющим право, прежде чем принимать меры к обеспечению приоритетности своего обеспечительного права перед правами других сторон, заявляющих требования. В этой связи авторы *Руководства* считают, что следует проводить различия между созданием обеспечительного права (силой обеспечительного права в отношениях между сторонами) и его силой в отношении третьих сторон. Они считают также, что процедура создания обеспечительного права должна быть максимально простой и что для придания ему силы в отношении третьих сторон должны требоваться лишь минимальные дополнительные меры. Более подробно вопрос о создании обеспечительного права в отношениях между сторонами и в отношении третьих сторон рассматривается в главах II и III соответственно.

f) Создание общего реестра обеспечительных прав

66. Во многих государствах уже отменена норма, запрещающая создание непосессорных обеспечительных прав в движимых активах. Однако в некоторых из них непосессорными обеспечительными правами можно обременять лишь определенные виды активов и лишь определенные категории лиц могут предоставлять такие права. В этих государствах, как правило, созданы отдельные механизмы для информирования о различных видах обремененных активов, категориях лиц, предоставивших обеспечительные права, и обеспеченных сделках. Авторы *Руководства* исходят из того, что

повышению эффективности способствовало бы создание реестра, который имел бы следующие основные характеристики: *a)* был бы единым общим реестром обеспечительных прав; *b)* предназначался бы для регистрации уведомлений о существующих или потенциальных обеспечительных правах, но не документов; *c)* обеспечивал бы возможность ознакомления с регистрационными записями для всех заинтересованных сторон; и *d)* за исключением весьма ограниченного числа случаев (см. главу IX о финансировании приобретения), устанавливал бы, что сила обеспечительного права в отношении третьих сторон и степень приоритетности этого права определяются с учетом момента регистрации. Более подробно концепция регистрационной системы рассматривается в главе IV.

g) Наличие нескольких обеспечительных прав в одних и тех же активах

67. Во многих государствах не допускается наличия нескольких непосессорных обеспечительных прав в одних и тех же движимых активах. Даже в тех случаях, когда непосессорные обеспечительные права признаются, часто предполагается, что иметь обеспечительное право в том или ином активе может только один кредитор. Это означает, что лицо, предоставляющее обеспечительное право, может использовать тот или иной свой актив в качестве обеспечения для получения кредита только у одного обеспеченного кредитора, даже если стоимость этого актива намного превышает размер кредита. Чтобы обеспечить лицу, предоставляющему обеспечительное право, возможность использовать для получения обеспеченных кредитов всю стоимость своих активов, режим обеспеченных сделок должен допускать предоставление нескольких обеспечительных прав в одних и тех же активах. Рекомендации, содержащиеся в главах II–IV *Руководства* сформулированы исходя из предположения о том, что государствами будут созданы именно такие режимы, позволяющие лицам, предоставляющим право, сделать это.

h) Временная основа для определения очередности нескольких обеспечительных прав в одном и том же активе

68. Для реализации преимуществ, связанных с возможностью создания нескольких обеспечительных прав в одном и том же активе, законодательство должно устанавливать четкие правила, касающиеся очередности конкурирующих обеспечительных прав. Авторы *Руководства* считают, что такая очередность должна определяться очередностью регистрации соответствующих уведомлений в реестре или очередностью приобретения силы в отношении третьих сторон иным образом. Основные правила, касающиеся очередности конкурирующих обеспечительных прав, рассматриваются в главе V.

i) Приоритетность обеспечительных прав и других прав

69. В государствах, где допускается существование непосессорных обеспечительных прав в движимых активах, эти права не всегда защищены (даже в тех случаях, когда им придана сила в отношении третьих сторон), от подчинения последующим правам. Так, например, в некоторых государствах разрешены более поздние по времени незарегистрированные привилегированные права (например, налоговые требования), которые имеют преимущественную силу перед обеспечительными правами. Кроме того, в некоторых государствах обеспеченному кредитору не разрешается предъявлять требования, вытекающие из его прав, в отношении любого добросовестного приобретателя. Эффективный режим обеспеченных сделок требует от государств принятия четких правил,

регулирующих каждый вид возможной коллизии с правами конкурирующего заявителя требования, и по возможности не допускающих создания каких-либо более поздних по времени прав, имеющих преимущественную силу перед существующими обеспечительными правами. Все такие потенциальные коллизии с правами третьих сторон, не являющихся обеспеченными кредиторами, по поводу приоритетности прав называются в *Руководстве* “конкуренцией прав”. Правила, касающиеся определения очередности прав, включая правила, регулирующие коллизии между обеспечительными правами, с одной стороны, и правами покупателей обремененных активов или конкурсного управляющего (в случае несостоятельности лица, предоставившего обеспечительные права) – с другой, подробно рассматриваются в главе V.

j) Стимулирующее, а не формальное регулирование

70. Поскольку режимы обеспечительных сделок предназначены для предоставления кредиторам прав собственности в активах их должников, соглашения об обеспечении неизбежно влекут существенные последствия для третьих сторон. Многие государства стремятся ограничить последствия обеспечительных прав посредством ограничительного перечисления видов сделок, которые могут заключать стороны (numerus clausus), а также посредством подробного регулирования не только условий заключения таких сделок, но и конкретных положений, которые могут быть включены в соглашения об обеспечении. Авторы *Руководства* считают, что сторонам в общем и целом должно быть позволено самим определять форму и содержание своих соглашений об обеспечении и что любые императивные нормы должны быть направлены исключительно на обеспечение справедливости и защиту законных интересов третьих сторон. Нормы, которые должны регулировать взаимоотношения сторон и последствия соглашений об обеспечении для третьих сторон (до момент неисполнения обязательств и реализации обеспечительных прав), рассматриваются в главах VI и VII.

k) Внесудебное обеспечение исполнения

71. Исторически сложилось так, что обеспеченным кредиторам для принудительной реализации своих обеспечительных прав требовалось обращаться в суд или другой орган и конфисковывать и продавать обремененные активы в порядке судебного производства. Внесудебная принудительная реализация обеспечительных прав была разрешена лишь в некоторых случаях и при соблюдении ряда весьма жестких условий. В *Руководстве* же рекомендуется ничем не ограничивать право обеспеченного кредитора на внесудебную принудительную реализацию своих прав, поскольку режим принудительной реализации предназначен для защиты законных прав лиц, предоставляющих обеспечительные права, и третьих сторон. Средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении обеспеченных кредиторов на случай неисполнения обязательств их должниками, а также порядок, которому надлежит следовать, чтобы обеспечить баланс интересов и соблюдение принципа справедливости, в процессе принудительной реализации обеспечительных прав, рассматриваются в главе VIII.

l) Обеспечение равного режима для всех кредиторов, предоставляющих кредиты под обеспечение на цели приобретения материальных активов

72. Во многих государствах проводится четкое различие между правами продавцов и правами кредиторов. В ряде государств продавцам предоставляются некоторые особые права, связанные с тем, что им обычно разрешается удерживать правовой титул на проданные активы до полной уплаты покупной цены. В других государствах поощряется также предоставление кредитов покупателям в целях усиления конкуренции и

снижения стоимости кредитов. Авторы *Руководства* считают, что для поощрения конкуренции законодательство должно устанавливать равный режим для продавцов и кредиторов, предоставляющих кредиты на цели приобретения материальных активов. Различные способы, посредством которых государства могут обеспечить равный режим для всех кредиторов, предоставляющих такие кредиты, рассматриваются в главе IX.

E. Принятие и применение нового законодательства об обеспеченных сделках

1. Общие положения

73. Обеспечение эффективного и действенного режима обеспеченных сделок требует от государств тщательного изучения не только концепций и принципов, традиционно лежащих в основе этого раздела права, но и взаимосвязи между законодательством об обеспеченных сделках и общим обязательственным правом, имущественным правом, гражданско-процессуальным правом, а также законодательством о несостоятельности. Многие из основных целей современного режима обеспеченных сделок могут быть достигнуты только в случае пересмотра традиционных концепций и принципов. Это справедливо не только для государств, впервые принимающих общее законодательство об обеспеченных сделках, но и для государств, которые недавно внесли конкретные изменения в свои законы с учетом новых видов коммерческой практики и новых потребностей. Более того, даже те государства, которые уже ввели самые современные режимы, должны подвергнуть свое законодательство тщательному анализу. Авторы *Руководства* считают, что любое государство только выиграет от тщательного анализа норм и концепций, воплощенных в его режиме обеспеченных сделок, с учетом подходов, принципов и рекомендаций, изложенных в *Руководстве*.

74. Как было отмечено выше, главная цель модернизации законодательства об обеспеченных сделках состоит в расширении доступа к обеспеченным кредитам. Достижение этой цели будет способствовать решению и других задач, которые ставит перед собой государство. Обеспеченные кредиты служат таким общим целям, как *a)* содействие успешному функционированию и расширению деятельности отечественных предприятий; *b)* повышение их конкурентоспособности как на местных, так и на международных рынках; и *c)* обеспечение потребителям и другим покупателям возможности приобретать активы и услуги на самых выгодных условиях. Для достижения этих общих целей режим обеспеченных сделок должен отвечать реальным потребностям заемщиков и кредиторов. Кроме того, поскольку принятие такого режима отражает стремление государства стимулировать экономическую активность, он должен также учитывать законные требования социально-экономической политики государства в других секторах. Государства могут расходиться в выборе конкретного способа обеспечения баланса между преимуществами эффективного и действенного режима обеспеченных сделок и целями политики в других областях. Так, одни государства могут решить, что невыплаченные пенсионные отчисления работников и планы страхования на случай потери работы важнее обеспечительных прав. Другие государства могут не согласиться с этим, полагая, что установление такого приоритета неблагоприятно скажется на наличии и стоимости кредитов. Конкурирующие соображения относительно того, каким образом государства могут обеспечить оптимальный баланс между целями своей политики, рассматриваются в различных главах Руководства.

75. Изложенные выше основные цели и основополагающие принципы должны служить основой для разработки конкретных правил современного режима обеспеченных

сделок. Однако принятие нового законодательства это лишь первый шаг. Чтобы государства могли извлечь максимум преимуществ из создания эффективного и действенного режима обеспеченных сделок, этот режим должен быть именно таким, каким он и задумывался: он должен применяться на практике; и он должен надлежащим образом пониматься и толковаться предпринимателями, финансистами, юристами, арбитрами и судьями. В этой связи при разработке и подготовке законодательства, необходимого для введения в действие режима обеспеченных сделок, соответствующего рекомендациям *Руководства*, государствам необходимо уделить внимание ряду вопросов, касающихся принятия и применения такого законодательства. Эти вопросы рассматриваются в разделах 2–4, ниже.

2. Согласование с существующим законодательством

76. Условием эффективности любого нового законодательства об обеспеченных сделках является согласование его положений с общей правовой структурой, а также с фактической ролью кредитных учреждений в государстве, которое принимает это законодательство. Иногда это предполагает внесение соответствующих изменений в правила, регулирующие работу правовых и экономических институтов общего профиля, иногда – корректировку конкретных элементов самого режима. Такое согласование, как оно понимается в *Руководстве*, имеет три различных аспекта.

77. Во-первых, в силу того, что реформа законодательства об обеспеченных сделках будет зачастую проводиться не в контексте общей реформы частного права государства, в основу терминологии, используемой для изложения концепций и норм этого законодательства, должны быть положены существующие правовые институты. Поэтому, например, хотя в *Руководстве* приводится подробное разъяснение значения концепций, которые должны стать частью пересмотренного законодательства об обеспеченных сделках, в нем не предлагается точных терминов или слов, которые следует использовать при принятии новых законов. Предполагается, что государства будут выполнять содержащиеся в нем рекомендации с учетом существующей правовой архитектуры, не заимствуя у других правовых систем незнакомые и ни о чем не говорящие правовые термины. В этой связи в *Руководстве* предпринята попытка сформулировать рекомендации и соответствующие основные концепции таким образом, чтобы ими могло воспользоваться любое государство, независимо от правовой традиции, положенной в основу его законодательства.

78. Во-вторых, нет единой модели, которая определяла бы выбор формы и способов подготовки нового законодательства и место новых норм в общей правовой системе государства. Так, например, в *Руководстве* отсутствует указание на то, должны ли все его рекомендации быть воплощены в одном законе или их следует включить в гражданский или торговый кодекс и должны ли они в любом из этих случаев фигурировать в одном и том же месте. Государства вполне могут принять правила, касающиеся коллизии норм, в виде отдельного закона или в виде раздела гражданского кодекса, посвященного этому вопросу. В *Руководстве* также ничего не говорится о том, следует ли государствам реформировать законодательство посредством принятия закона, составленного в форме гражданского уложения, или же посредством принятия регламентирующего документа. Главное, чтобы юристы и другие консультанты по правовым вопросам могли четко разъяснить своим клиентам требования соответствующего законодательства и чтобы они, а также судьи и третейские судьи понимали, толковали и применяли это законодательство одинаковым и последовательным образом.

79. В-третьих, многие положения законодательства об обеспеченных сделках пересекаются с нормами, регулирующими отношения между должниками и кредиторами,

нормами банковского законодательства и банковской практикой, а также с законодательством о несостоятельности и гражданско-процессуальными нормами. В *Руководстве* признается необходимость согласования всех этих пересекающихся норм и положений. Например, в главе VIII, посвященной реализации обеспечительного права, государствам рекомендуется обеспечить оперативное судебное производство для разрешения любых вопросов, касающихся прав лиц, предоставляющих обеспечительное право, обеспеченных кредиторов или третьих сторон в процессе реализации обеспечительного права в судебном или внесудебном порядке, однако не содержится никаких указаний на счет того, каким должно быть такое производство или какие при этом должны применяться гражданско-процессуальные нормы.

3. Вопросы, касающиеся законодательного метода и методов составления законопроектов

80. Согласование нового режима с существующими концепциями материального права является лишь одним из аспектов работы по обеспечению успешного принятия и применения нового законодательства. Серьезного внимания требуют также вопросы законодательного стиля. Рекомендации *Руководства*, хотя они и сформулированы именно в форме рекомендаций, а не положений типового закона, во многих случаях весьма детальны и конкретны. Однако это не означает, что государства должны принимать новые законы, составленные именно таким образом. Если при подготовке законодательных положений в государстве принято сначала излагать принципы, а затем указывать исключения, от более общих до более частных, то именно такого подхода следует придерживаться и в отношении нового законодательства. В *Руководство* включены подробные комментарии с обоснованием сформулированных в нем рекомендаций. Это сделано для того, чтобы государства могли принять законодательство, позволяющее достичь желаемых целей, не будучи вынужденными использовать те или иные конкретные методы составления законов.

81. Второй вопрос редакционного характера возникает в связи с тем, что государства придерживаются разных взглядов на взаимосвязь между конкретными законами и общим частным правом. В той мере, в какой рекомендации настоящего *Руководства* являются исключениями из общего имущественного или обязательственного права соответствующих государств, последним придется определить, каким образом подать эти исключения. Так, например, рекомендации *Руководства*, касающиеся перехода обеспечительного права на поступления, являются серьезным отходом от действующих в некоторых государствах норм, касающихся реальной передачи прав, и существенным исключением из норм, не позволяющих обеспечительному праву следовать за движимыми активами (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 79–85). Однако в *Руководстве* нет никаких указаний относительно того, следует ли закреплять эти исключения в рамках режима обеспеченных сделок или же их следует сформулировать в виде более общих принципов, видоизменяющих существующие нормы имущественного и контрактного права, закрепленные в других законодательных актах, например в каком-либо гражданском уложении. Иначе говоря, государства должны определить оптимальное место для соответствующих положений, вносящих изменения в нормы общего права, исходя из конкретных решений в отношении методов и организации законотворческой работы в период принятия законодательства.

82. В-третьих, в силу того что *Руководство* предназначается для использования государствами с весьма разными правовыми режимами, при его подготовке иногда приходилось изобретать новые слова и выражения для изложения его основных концепций. Так, при рассмотрении обеспечительных прав, приобретаемых кредиторами,

предоставляющими кредиты на цели приобретения материальных активов, в *Руководстве* не используется ни выражение “обеспечительный интерес в покупной цене” (встречающееся в законодательстве некоторых стран с системой общего права), ни выражение “привилегия продавца” (встречающееся в законодательстве некоторых стран с системой гражданского права). Вместо этого используется общий термин “приобретательское обеспечительное право”. Это не значит, что государствам следует использовать именно эти слова. Если в каком-либо государстве юристам, продавцам и покупателям более привычны существующие термины (такие, как “обеспечительный интерес в покупной цене” или “привилегия продавца”), то их можно использовать и в новом законодательстве, лишь бы они подразумевали именно те материальные права, о которых говорится в *Руководстве*, а не в прежнем законодательстве.

83. В-четвертых, в *Руководстве*, как правило, не используются “подразумеваемые положения” и юридические фикции (за исключением случаев, когда это диктуется соображениями функциональности). Авторы *Руководства* исходят из того, что его рекомендации могут быть приняты государствами без использования таких положений или фикций. Тем не менее указанный прием широко применяется во многих государствах. Таким образом, окончательный выбор законодательного метода *Руководство* оставляет за каждым конкретным государством. В нем, например, ничего не говорится о том, следует ли государствам считать обеспечительное право кредитора, финансирующего приобретение тех или иных активов, залоговым правом продавца, даже несмотря на то, что кредитор явно продавцом не является, и следует ли им дать этим правам какое-либо другое название. Вопрос ставится в *Руководстве* по существу: как бы ни называлось право, оно должно обеспечивать достижение одних и тех же функциональных результатов для всех лиц, финансирующих приобретение активов.

4. Вопросы, касающиеся повышения правовой культуры после принятия законодательства

84. В предпоследней главе *Руководства* сформулирован ряд рекомендаций, касающихся процесса перехода (см. главу XI). Концепция перехода связана с решением вопроса о том, какими правилами следует руководствоваться при определении того, до какого момента то или иное обеспечительное право должно регулироваться предыдущим законодательством и с какого момента – новым. Установление работоспособных правил перехода, обеспечивающих четкие ориентиры для предпринимателей, финансистов, юристов, судей и третейских судей, необходимо для недопущения правового хаоса после вступления в силу нового законодательства. Эти правила призваны обеспечить сторонам возможность пользоваться преимуществами нового законодательства без ущерба для приобретенных прав и тем самым сделать такое законодательство более приемлемым.

85. Однако приемлемость нового законодательства об обеспеченных сделках зависит не только от качества “переходных” положений. Необходимо также, чтобы физические лица и предприниматели, их юристы и другие юридические консультанты рассматривали это законодательство как эффективное и действенное средство для организации своих кредитных сделок. И наконец, для обеспечения приемлемости необходимо, чтобы все лица, ответственные за введение нового законодательства в действие (юристы-практики, судьи, третейские судьи, ученые, судебные приставы и регистраторы), толковали и применяли его должным образом. Повышение уровня правовой культуры, необходимой для быстрого признания нового законодательства, не может произойти само по себе. При принятии и введении в действие нового законодательства государства должны обратить пристальное внимание на следующие четыре вопроса.

86. Во-первых, важно, чтобы принимаемое законодательство дополнялось достаточно подробным комментарием законодателей, разъясняющим его источники и цели. В такой комментарий можно было бы, например, включить соответствующие части комментариев, содержащихся в *Руководстве*. В идеале его можно было бы также дополнить научным анализом с примерами и иллюстрацией того, как принимаемое законодательство должно работать на практике.

87. Во-вторых, в связи с тем что законодательство, возможно, потребует существенной корректировки с учетом сложившейся практики, может оказаться полезным предусмотреть типовые формы и прецеденты, причем не только применительно к официальным уведомлениям или другим документам, подлежащим представлению, но и применительно к самим соглашениям об обеспечении. В течение короткого периода времени юристы выработают собственные прецеденты, однако набор аннотированных типовых форм может оказаться полезным для наглядной демонстрации порядка проведения потенциальных сделок по новому законодательству.

88. В-третьих, поскольку большинство юристов, которые на начальном этапе будут консультировать клиентов по новому законодательству, получили образование в период, когда действовало предыдущее законодательство, важно, чтобы ассоциации юристов, судей и других специалистов, а также академические институты и учреждения, оказывающие помощь в проведении законодательных реформ, организовывали семинары и коллоквиумы, на которых разъяснялись бы различные особенности нового законодательства и методы адаптации существующей практики и прецедентов. Без согласованных усилий в области образования не удастся быстро реализовать многие преимущества нового законодательства и вряд ли удастся избежать ошибок в толковании.

89. В-четвертых, можно предположить, что едва ли не сразу после принятия нового законодательства возникнут судебные тяжбы. В тех государствах, где еще трудно получить из публичных или частных источников информацию о результатах судебных решений, следует создать систему распространения информации о судебных решениях и комментариях к ним. Надежная система информации о прецедентном праве создаст предпосылки для последовательного толкования нового законодательства судьями и арбитрами, что позволит уменьшить правовую неопределенность и, следовательно, сократить количество судебных тяжб в будущем.

F. Рекомендация 1

1. Для обеспечения широкой концептуальной основы эффективного и действенного законодательства об обеспеченных сделках (далее именуемого “законодательство” или “это законодательство”) оно должно быть разработано таким образом, чтобы:

a) содействовать доступу к недорогим кредитам путем развития системы кредитования под обеспечение;

b) давать возможность должникам использовать полную стоимость своих активов для получения кредитов;

c) давать сторонам возможность приобретать обеспечительные права простым и эффективным способом;

d) обеспечивать равный режим для различных источников кредитования и различных видов обеспеченных сделок;

e) придавать юридическую силу непосессорным обеспечительным правам во всех видах активов;

f) обеспечивать бóльшую определенность и транспарентность путем установления порядка регистрации соответствующих уведомлений об обеспечительных правах в общем реестре таких прав;

g) устанавливать четкие и предсказуемые правила приоритетности;

h) содействовать эффективной реализации прав обеспеченного кредитора;

i) обеспечивать сторонам возможность проявлять максимальную гибкость при согласовании условий их соглашений об обеспечении;

j) обеспечивать баланс интересов всех лиц, затронутых обеспеченной сделкой; и

k) обеспечивать согласованность законов об обеспеченных сделках, включая нормы коллизионного права, касающиеся обеспеченных сделок.

I. Сфера применения, основные подходы к обеспеченным сделкам и общие для всех глав *Руководства* вопросы

A. Общие замечания

1. Введение

1. Государства, принимающие законы об обеспеченных сделках, должны предварительно решить для себя два принципиальных вопроса. Во-первых, они должны определить сферу действия принимаемого законодательства. Данному вопросу посвящен раздел A.2 настоящей главы, где подробно рассматривается сфера применения *Руководства* (виды активов, на которые распространяется *Руководство*; категории лиц, которые могут быть сторонами сделок, охватываемых *Руководством*; обязательства, обеспечением которых призваны служить обеспечительные права; различные виды сделок, охватываемых *Руководством*; исключения из *Руководства* и последствия этих исключений). Во-вторых, государства должны определить основные подходы, которыми они будут руководствоваться применительно к обеспеченным сделкам. В разделе A.3 подробно рассматриваются основные исторически сложившиеся и используемые сегодня в различных странах подходы к обеспеченным сделкам, а затем излагается общий подход к обеспеченным сделкам, положенный в основу *Руководства*. Раздел A.4 посвящен двум ключевым элементам, которые определяют этот подход и являются общими для всех глав (принцип автономии сторон и желательность максимально широкого, насколько это возможно, использования современных электронных технологий). В конце главы (раздел B) сформулирован ряд рекомендаций, касающихся сферы действия *Руководства*, основного подхода, на котором оно построено, принципа автономии сторон и использования современных электронных технологий.

2. Сфера применения

2. Общепринятого определения законодательства об обеспеченных сделках не существует. В одних государствах такое законодательство охватывает обеспечительные права как в движимых активах, так и в недвижимом имуществе, а в других – ограничивается обеспечительными правами только в движимых активах. В одних государствах законодательство об обеспеченных сделках охватывает как обеспечительные права, созданные по договоренности сторон, так и обеспечительные права, созданные по закону или судебному решению, в других же оно ограничивается лишь обеспечительными правами, созданными по договоренности. В одних государствах оно охватывает права, призванные служить обеспечением исполнения любого вида обязательств, а в других – ограничивается лишь теми правами, которые обеспечивают исполнение денежных обязательств. В одних государствах законодательство об обеспеченных сделках охватывает все механизмы, служащие целям обеспечения исполнения обязательств, а в других – ограничивается механизмами, дающими кредиторам возможность заявлять имущественные права в активах, фактически принадлежащих их должникам и, следовательно, не охватывает, например, механизмы удержания правового титула, когда

должник не владеет активами. От того, как государство определит сферу применения своего законодательства об обеспеченных сделках, будет во многом зависеть эффективность и действенность общего режима обеспеченных кредитов.

3. Главная цель *Руководства* состоит в том, чтобы помочь государствам в разработке современного законодательства об обеспеченных сделках в целях расширения доступа к обеспеченным кредитам (см. рекомендацию 1, подпункт *a)*). По причинам, о которых говорится во Введении, авторы *Руководства* считают, что чем шире сфера применения режима обеспеченных сделок, тем он эффективнее и действеннее. Для исключения из нее тех или иных видов сделок должны быть очень веские причины (см. пункты 32–44, ниже). Другими словами, для обеспечения полной реализации преимуществ, связанных с большей доступностью обеспеченных кредитов, законодательство об обеспеченных сделках должно быть максимально всеобъемлющим. В этой связи в *Руководстве* предусматривается создание единого комплексного режима обеспеченных сделок, охватывающего максимально широкий круг активов, сторон, обязательств, обеспечительных прав и сделок (см. пункт “Цель”, предшествующий рекомендации 2).

a) Активы, стороны, обязательства, сделки и поступления

4. Как уже отмечалось выше (см. пункт 1, выше), сферу применения режима обеспеченных сделок определяют пять параметров: *a)* виды активов, подпадающих под действие режима; *b)* стороны (кредиторы или должники), на которые распространяется его действие; *c)* виды обязательств, обеспечением которых могут служить обеспечительные права на основании такого режима; *d)* виды предусмотренных законодательством сделок, регулируемых правовыми нормами, установленными режимом; и *e)* распространение обеспечительного права в активах на поступления от активов. Эти пять параметров поочередно рассматриваются ниже.

i) Активы

5. Традиционно во многих государствах обеспечительные права рассматривались как исключение из общего принципа равенства кредиторов, в связи с чем перечень категорий активов, которые могли обременяться обеспечительным правом, был ограниченным. В рамках современных режимов обеспеченных сделок действует противоположный подход: предметом обеспечительного права могут являться все виды активов, за исключением конкретно оговоренных. Первоочередное внимание в *Руководстве* уделяется основным коммерческим активам, таким как инвентарные запасы и оборудование, и торговой дебиторской задолженности. Вместе с тем лица, предоставляющие обеспечительное право, могут предлагать в качестве обеспечения кредита не только основные коммерческие активы, но и многие другие виды активов, в том числе неденежные требования по договорам, оборотные инструменты, оборотные документы и права на получение средств, зачисленных на банковские счета. Для того чтобы лица, предоставляющие право, могли использовать для получения кредита все свои активы независимо от их характера, режим обеспеченных сделок в *Руководстве* рекомендуется применять к обеспечительным правам во всех видах движимых активов, как материальных, так и нематериальных, как уже существующих, так и будущих (см. рекомендацию 2, подпункт *a)*), за исключением конкретно оговоренных (см. рекомендации 4–7).

6. Необходимо четко определить, что означает такой подход. Во-первых, он означает, что *Руководство* распространяется на все виды движимых активов. Оно охватывает материальные активы, такие как инвентарные запасы, оборудование и прочие товары, а также любые права, помимо полного права собственности, которое должник может иметь в такого рода активах, такие как узуфрукт или договорные права (например, его права в качестве арендатора или лицензиата). *Руководство* распространяется также и

на нематериальные активы, такие, как договорная и недоговорная дебиторская задолженность, договорные неденежные требования, права, вытекающие из оборотного инструмента или оборотного документа, права на получение средств, зачисленных на банковский счет, права на получение поступлений по независимым обязательствам и права интеллектуальной собственности.

7. В отношении дебиторской задолженности в *Руководстве* применяется расширительный подход[1]. Оно распространяется как на *a)* договорную и недоговорную дебиторскую задолженность (с тем лишь исключением, что рекомендация 23 (относительно силы оптовой уступки дебиторской задолженности и уступки будущей дебиторской задолженности или частичных или неделимых интересов в дебиторской задолженности) и рекомендация 114 (относительно заверений цедента) не применяются к недоговорной дебиторской задолженности, так и на *b)* договорные неденежные обязательства. Однако права должников по договорным неденежным обязательствам регулируются иными нормами, нежели нормы, рекомендуемые в *Руководстве.*

8. В *Руководстве* широко толкуются также и виды активов, на которые может распространяться обеспечительное право. В нем подчеркивается необходимость обеспечить лицам, предоставляющим обеспечительные права, возможность создавать такие права не только в имеющихся, но и в будущих активах (т. е. активах, созданных или приобретенных лицом, предоставляющим право, после вступления в силу соглашения об обеспечении) без подписания ими или обеспеченными кредиторами каких-либо дополнительных документов или принятия каких-либо дополнительных мер в момент приобретения или создания таких активов. Такой подход соответствует, в частности, Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке, которая предусматривает возможность создания обеспечительных прав в будущей дебиторской задолженности и не требует принятия для этого каких-либо дополнительных мер. Кроме того, в *Руководстве* рекомендуется, чтобы режим обеспеченных сделок допускал создание обеспечительного права в меняющейся совокупности: *a)* существующих и будущих активов одного и того же вида; и *b)* активов разного вида.

9. Максимальное расширение сферы применения режима обеспеченных сделок преследует двоякую цель. Во-первых, оно позволяет должникам в полной мере использовать все их активы и их стоимость в качестве обеспечения кредитов, что может способствовать увеличению размера доступных для них кредитов и снижению стоимости последних. Во-вторых, охват всех видов активов одним режимом и обеспечение для лица, предоставляющего право, возможности ограничиться общим перечислением обременяемых активов освобождают стороны от необходимости проведения дорогостоящих исследований и проверок при заключении соглашений об обеспечении, а в дальнейшем позволяют им избежать дорогостоящих судебных тяжб по поводу того, подпадает ли тот или иной актив под действие режима (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 49–70).

ii) Стороны

10. Аналогично ограничительному перечислению видов активов, которые могут являться объектом обеспечительных прав, многие государства традиционно ограничивают перечень категорий лиц, правомочных предоставлять обеспечительное право или выступать в качестве обеспеченных кредиторов. Зачастую это достигается посредством установления общего запрета на предоставление непосессорных обеспечительных

[1] В отличие от Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности, которая применяется к договорной дебиторской задолженности, *Руководство* применяется также и к недоговорной дебиторской задолженности (см. определение “дебиторской задолженности” и сноску 30 в разделе B, “Терминология и толкование”, Введения).

прав и последующего принятия специальных положений, позволяющих: *a)* некоторым категориям лиц, предоставляющих право (например, фермерам, розничным торговцам и товаропроизводителям), предоставлять определенные виды непосессорных обеспечительных прав; или *b)* определенным категориям кредиторов (например, банкам, сберегательным и ссудным организациям или сельскохозяйственным кредитным кооперативам) – принимать такие обеспечительные права. Современные режимы обеспеченных сделок подобных ограничений не устанавливают. Обычно они требуют лишь, чтобы преимущества режима обеспеченных сделок были в принципе доступны любому лицу, будь то физическому или юридическому. Поэтому в рамках таких режимов обычно нет ограничений в отношении того, кто может выступать в качестве лица, предоставляющего право, или обеспеченного кредитора. Такой подход принят и в настоящем *Руководстве* (см. рекомендацию 2, подпункт *b)*).

11. Если конкретно не оговорено иное, *Руководство* применяется также к потребителям и потребительским сделкам, поскольку нет никаких оснований лишать потребителей возможности пользоваться преимуществами режима, предусмотренного настоящим *Руководством*. Вместе с тем в *Руководстве* признается, что во многих государствах принято и действует всеобъемлющее законодательство о защите прав потребителей. Поэтому, если какая-либо из предусмотренных в *Руководстве* норм противоречит законодательству о защите прав потребителей, приоритет отдается последнему. Государства, в которых законодательство о защите прав потребителей отсутствует, возможно, пожелают рассмотреть вопрос о том, не затронет ли принятие законодательства, основанного на содержащихся в *Руководстве* рекомендациях, права потребителей и не следует ли в связи с этим принять законодательство о защите прав потребителей (см. рекомендацию 2, подпункт *b)*). Кроме того, хотя на практике такая ситуация и маловероятна, в тех случаях, когда банковское законодательство того или иного государства ограничивает права банка на приобретение тех или иных видов обеспечительных прав в некоторых видах активов, *Руководство* также отдает приоритет такому законодательству.

iii) Обязательства

12. Во многих государствах законодательство об обеспеченных сделках часто ограничивает перечень обязательств, исполнение которых может обеспечиваться обеспечительным правом. Во многих государствах, например, объектом обеспечения могут быть лишь существующие и конкретные обязательства. Однако ввиду огромного разнообразия обязательств, принимаемых на себя предприятиями в ходе их обычной деятельности, в рамках большинства современных режимов обеспеченных сделок вопрос о том, какие обязательства могут обеспечиваться обеспечительным правом, толкуется расширительно. Такой же подход используется и в настоящем *Руководстве*. В нем допускается возможность обеспечения широкого спектра как денежных, так и неденежных обязательств (см. рекомендацию 2, подпункт *c)*). Денежные обязательства могут включать, в частности, ссуды до востребования, срочные ссуды, кредитные линии и обязательства по выплате остатка покупной цены. Неденежные обязательства могут включать обязательства в отношении выполнения конкретных задач (например, изготовления того или иного механизма) или обязательство воздерживаться от каких-либо действий (например, оговорки об отказе от участия в конкуренции). Обеспечению могут подлежать как нынешние, так и будущие обязательства, при условии что они определены или поддаются определению.

iv) Сделки

13. Последним элементом, определяющим сферу применения режима обеспеченных сделок, является круг охватываемых им сделок. Как уже отмечалось, в некоторых

государствах не предусмотрена возможность создания непосессорного обеспечительного права. В этих государствах лицо, предоставляющее право, должно отказаться от владения подлежащим обременению активом в пользу кредитора или лица, действующего от его имени. Кроме того, в некоторых государствах под действие режима обеспеченных сделок подпадают лишь те сделки, которые прямо именуются обеспеченными сделками и дают кредитору право претендовать на обеспечительное право в активах, фактически принадлежащих лицу, предоставившему ему право. В целях обеспечения полного охвата всех механизмов, выполняющих обеспечительные функции, современные режимы обеспеченных сделок подобных ограничений не предусматривают. Именно такой подход принят в настоящем *Руководстве*. В нем рекомендуется, во-первых, предусмотреть возможность создания и регулирование как посессорных, так и непосессорных обеспечительных прав в движимых активах и, во-вторых, обеспечить, чтобы режим обеспеченных сделок регулировал широкий круг сделок, выполняющих обеспечительные функции (см. рекомендацию 2, подпункт *d)*).

14. Последний момент особенно важен, учитывая широкий набор имущественных прав, не называемых обеспечительными правами, но выполняющих обеспечительные функции. Такие имущественные права включают, например, передачу в обеспечительных целях правового титула на материальные активы, передачу дебиторской задолженности в обеспечительных целях и различные формы удержания правового титула (см. рекомендацию 2, подпункт *d)*). Основания для охвата *Руководством* всех этих разнообразных механизмов, независимо от того, как они называются в национальном законодательстве, подробно изложены в следующем разделе настоящей главы (см. также рекомендацию 8).

15. Поскольку основная цель *Руководства* состоит в том, чтобы содействовать расширению доступа к кредитам под обеспечение, его рекомендации касаются в основном обеспечительных прав, создаваемых на договорной основе. В нем прямо не рассматриваются вопросы, связанные с обременениями по закону или судебному решению. Тем не менее, учитывая, что таким обременениям иногда отдается приоритет перед обеспечительными правами, их нельзя проигнорировать в *Руководстве*. По этой причине в *Руководство* включены также рекомендации, в которых говорится о взаимодействии рассматриваемых в нем обеспечительных прав с такими обременениями (см. рекомендации 83–86).

v) Поступления

16. Как видно из вышеприведенного обзора основных элементов режима обеспеченных сделок, концепция обеспечительных прав претерпела существенную эволюцию. В прошлом государства исходили из того, что обеспечительное право является результатом конкретной договоренности о создании определенного права в конкретном активе, принадлежащем конкретному лицу, предоставляющему право, в пользу конкретного кредитора в целях обеспечения выполнения конкретного обязательства (и что в течение срока действия соглашения об обеспечении ни один из этих элементов сделки не изменится). В рамках современных режимов обеспеченных сделок такая конкретика отсутствует, и часто бывает так, что меняется и кредитор (по мере полной или частичной уступки ссуд одним ссудодателем другому), и обеспечиваемое обязательство (погашается одно и возникает новое), и обремененный актив (например, продаются старые и закупаются новые инвентарные запасы, и по мере погашения одной дебиторской задолженности возникает другая).

17. Для современных режимов обеспеченных сделок характерна еще одна черта, которая является одним из основных элементов, определяющих сферу их применения. Такие режимы, как правило, предусматривают возможность обременения обеспечи-

тельным правом любых поступлений от обремененных активов. Считается, что принцип переноса обеспечительного права на поступления необходим для того, чтобы защитить права обеспеченного кредитора в том случае, если лицо, предоставляющее право, продает или сдает в аренду обремененный актив. Однако есть много видов поступлений помимо поступлений от продажи или сдачи в аренду обремененных активов.

18. Чтобы получить полное представление о том, что означает понятие поступления, необходимо учитывать, что материальные активы могут со временем подвергаться многочисленным физическим и юридическим видоизменениям. Так, например, если материальным активом является животное, то с ним могут происходить различные изменения. Самки могут давать потомство и молоко. Некоторые животные дают шерсть. Есть ценные животные, которых используют для получения семенного или яйцеклеточного материала на продажу. Пчелы дают мед, шелковичные черви – шелк. Во всех этих случаях первоначально обремененные активы могут, даже не будучи отчужденными, создавать для лица, предоставляющего право, другие активы. Во многих правовых системах этот вид активов называется “натуральными плодами”.

19. Материальные активы могут также создавать нематериальные активы. Например, они могут сдаваться в аренду и приносить арендные платежи. Кроме того, нематериальные активы могут создавать другие нематериальные активы (например, арендная плата может приносить проценты). Процентные и арендные платежи часто называют “гражданскими плодами” или “доходами”. В то же время материальный актив может быть обработан или иным образом видоизменен в другой вид актива. Из древесины можно сделать стул, а из стали – деталь для автомобиля. В таких случаях первоначально обремененные активы не отчуждаются, а в результате обработки превращаются в другие, более ценные активы. Активы, возникающие в результате такого рода превращений, часто называют “изделиями”.

20. Таким образом, используя терминологию имущественного права, эти новые различные движимые активы можно назвать натуральными и гражданскими плодами, доходом или изделиями. Однако для целей законодательства об обеспеченных сделках зачастую не имеет значения, как конкретно называются такие активы. Важно лишь принципиальное решение государств в отношении того, действует ли обеспечительное право применительно к натуральным и гражданским плодам, доходам и изделиям. То есть в каждом из указанных случаев государства должны решить, может ли обеспечительное право в отношении животного, стали, права на получение платежа или объекта аренды, распространяться и на любые активы, которые являются “производным” от такого первоначального обремененного актива.

21. Еще одной особенностью движимых активов является то, что они зачастую производятся для целей продажи, сдачи в аренду или лицензирования (иногда неоднократно). При отчуждении первоначально обремененных активов путем их продажи, сдачи в аренду или предоставления по лицензии в период действия обязательства, обеспечением которого они служат, лицо, предоставляющее право, обычно получает в обмен на эти активы наличные денежные средства, материальные активы (например, оборудование или оборотные инструменты) или нематериальные активы (например, дебиторскую задолженность). В этой связи государствам следует определить, должно ли обеспечительное право, созданное в первоначально обремененных активах, распространяться на новые активы, полученные в обмен на эти первоначально обремененные активы в случае их продажи, сдачи в аренду или предоставления по лицензии. Так, например, государства должны решить, распространяется ли обеспечительное право в единице оборудования, например в печатном станке, на денежные средства, полученные лицом, предоставившим такое право, при продаже этого станка, или на другой печатный станок, полученный в обмен на проданный. В имущественном праве денежные

средства или иные материальные или нематериальные активы, полученные в результате продажи или иной передачи первоначальных активов, называются “поступлениями от отчуждения имущества”. Для целей же законодательства об обеспеченных сделках зачастую не столь важно, какие конкретно активы получены в обмен на отчужденные – другие активы, наличные денежные средства, дебиторская задолженность или оборотный инструмент. Значение имеет лишь то, может ли исковая сила обеспечительного права в первоначально обремененных активах переходить (т. е. “распространяться”) на эти новые активы.

22. В некоторых случаях поступления от первоначально обремененных активов (будь то в форме натуральных и гражданских плодов, доходов, изделий или поступлений в результате отчуждения) могут создавать другие поступления, когда лицо, предоставляющее право, отчуждает первоначальные поступления в обмен на другие активы. Такие поступления иногда называют “поступлениями от поступлений”. Если обеспечительное право распространяется на поступления от обремененных активов, то по логике вещей оно должно распространяться и на поступления от поступлений, если их можно идентифицировать в качестве таковых. Другими словами, если обеспеченный кредитор утрачивает свое право в поступлениях, когда они принимают иную форму, то он подвергается тем же кредитным рискам, что и в отсутствие обеспечительного права в поступлениях.

23. В некоторых правовых системах гражданские и натуральные плоды или доходы четко отделены от поступлений в результате отчуждения первоначально обремененных активов и регулируются другими правовыми нормами. Такой подход нередко обосновывается сложностью идентификации поступлений в результате отчуждения активов, а также тем, что необходимо обеспечить защиту прав третьих сторон в таких поступлениях. В этих правовых системах обеспечительное право в первоначально обремененных активах автоматически распространяется и на приносимые ими плоды, а поступления в результате отчуждения таких активов считаются имуществом, полученным в порядке возмещения, и на них это право не переходит. В других же правовых системах четкого различия между плодами и поступлениями от отчуждения первоначально обремененных активов не проводится и на обе эти категории активов распространяются одни и те же нормы. Такой подход обычно обосновывается тем, что трудно провести границу между гражданскими и натуральными плодами и между доходами и поступлениями от отчуждения активов, а также тем, что как плоды, так и поступления от отчуждения активов являются производными от обремененных активов, могут их заменять и могут влиять на их стоимость.

24. Сегодня в большинстве государств, которые модернизировали свои режимы обеспеченных сделок, все упомянутые в настоящем разделе видоизменения, происходящие с первоначально обремененными активами, рассматриваются в качестве поступлений от таких активов. В связи с этой законодательной тенденцией, а также с учетом стандартных ожиданий сторон соглашения об обеспечении в отношении распространения обеспечительного права на такие активы *Руководство* исходит из того, что все вышеупомянутые видоизменения представляют собой поступления от первоначально обремененных активов и что поэтому согласно *Руководству* обеспечительное право распространяется на поступления от первоначально обремененных активов в любой из указанных форм (см. рекомендацию 2).

b) Прямая передача дебиторской задолженности

i) Включение прямой передачи дебиторской задолженности

25. Рекомендации настоящего *Руководства* практически не касаются механизмов, не выполняющих обеспечительных функций. Единственным исключением является

прямая передача дебиторской задолженности (т. е. передача, не предназначенная для обеспечения обязательства). Такое исключение предусматривается в большинстве современных режимов обеспеченных сделок и объясняется тем, что практические механизмы взыскания дебиторской задолженности, переданной в порядке прямой передачи, и принудительного исполнения обеспечительного права в дебиторской задолженности идентичны. Оно объясняется также тем, что при заключении сделки трудно определить, произведена ли уступка в порядке обеспечения или в порядке прямой передачи. Поэтому в *Руководстве* рекомендуется применять одни и те же правила, касающиеся создания, силы в отношении третьих сторон, приоритетности и, в ограниченной степени, принудительного исполнения ко всем уступкам дебиторской задолженности, производимым как в порядке обеспечения, так и в ином порядке (см. пункт 30, ниже, и рекомендации 3 и 167).

26. При определении сферы применения рекомендации 3 важно помнить, что термин “дебиторская задолженность”, как он используется в *Руководстве*, не включает право на получение платежа по оборотному инструменту, право на получение платежа по независимому обязательству и право на выплату средств, зачисленных на банковский счет (см. Введение, раздел B, “Терминология и толкование”), в связи с чем *Руководство* не применяется к прямой передаче таких активов. Тем не менее оно применяется в тех случаях, когда передача таких активов производится в обеспечительных целях (в *Руководстве* термин “уступка” используется только применительно к дебиторской задолженности).

27. Причина исключения прямой передачи оборотных инструментов, права на получение поступлений по независимому обязательству и права на получение средств, зачисленных на банковский счет, заключается в том, что в связи с этими сделками возникают различные проблемы и требуются специальные правила. Например, в случае обычной дебиторской задолженности права, приобретенные в результате передачи в порядке обеспечения, и права в рамках простой передачи будут конкурировать в отношении приоритета на основании очередности регистрации уведомления об обеспечительном праве или прямой передаче. В отношении же оборотных документов, права на получение поступлений по независимому обязательству и права на получение средств, зачисленных на банковский счет, правила приоритета будут другими. В случае оборотного инструмента обеспеченный кредитор всегда может получить преимущественное право, вступив во владение этим инструментом (см. рекомендацию 101). Что касается права на получение поступлений по независимому обязательству и права на получение средств, зачисленных на банковский счет, то обеспеченный кредитор также всегда может получить преимущественное право посредством контроля (см. рекомендации 103 и 107).

28. Принципы законодательства об обеспеченных сделках, можно легко сделать применимыми к прямой передаче простого векселя и, возможно, переводного векселя, кроме чека, как это сделано в *Руководстве* в отношении прямой передачи дебиторской задолженности. Вместе с тем эти принципы не вполне подходят к прямой передаче чеков. Кроме того, прямая передача чеков в достаточной степени охватывается нормами права, регулирующими оборотные инструменты, и нормами права, регулирующими банковскую инкассацию.

29. Принимающие рекомендации *Руководства* государства, стремящиеся расширить сферу применения своего законодательства об обеспеченных сделках, распространив его на прямую передачу оборотных инструментов, являющихся простыми либо переводными векселями (и сделать более широким определение обеспечительного права, включив в него право получателя по такой сделке), возможно, пожелают рассмотреть вопрос о принятии нормы, устанавливающей, что обеспечительное право,

возникающее в результате прямой передачи такого оборотного инструмента, автоматически действует в отношении третьих сторон с момента передачи. Такая норма позволила бы избежать нарушения сложившейся финансовой практики. Что касается степени приоритетности такого обеспечительного права, то она определялась бы общими принципами приоритетности, изложенными в *Руководстве*. В частности, действовал бы общий принцип, сформулированный в рекомендациях 101 и 102. Как и в случае прямой передачи дебиторской задолженности, получатель такого оборотного инструмента должен иметь возможность реализовать этот инструмент без дополнительного согласия цедента при условии соблюдения прав лиц, принявших обязательства по нему, о которых говорится в главе VIII, посвященной реализации обеспечительного права.

ii) Последствия включения прямой передачи дебиторской задолженности

30. Рекомендация о том, чтобы законодательство применялось к прямой передаче дебиторской задолженности, несмотря на то, что такая передача не является обеспечением платежа или иного исполнения обязательства, затрагивает прежде всего вопросы создания обеспечительного права, его силы в отношении третьих сторон и его приоритетности. Что же касается вопросов получения средств или иной реализации прямой передачи дебиторской задолженности, то рекомендации *Руководства* на них не распространяются. В них лишь уточняется, что цессионарий имеет право взыскать дебиторскую задолженность и что такое взыскание должно производится разумным с коммерческой точки зрения образом (см. рекомендацию 167).

31. Необходимо отметить, что охват *Руководством* случаев прямой передачи дебиторской задолженности никоим образом не устраняет различий между прямой передачей дебиторской задолженности и ее передачей в порядке обеспечения обязательства. Тем не менее *Руководство* делает несущественными любые различия формального или терминологического характера между сделками, которые обеспечивают платеж или иное исполнение обязательства. Другими словами, хотя рекомендации *Руководства* относятся и к прямой передаче дебиторской задолженности и в них используется общая терминология (см., например, определение “обеспечительное право”, которое включает прямую передачу дебиторской задолженности, определение “обеспеченный кредитор”, которое включает получателей дебиторской задолженности, передаваемой в порядке прямой передачи, и определение “лицо, предоставляющее право”, которое включает лиц, производящих прямую передачу дебиторской задолженности), *Руководство* не приравнивает прямую передачу дебиторской задолженности к обеспечительному праву. Подобный результат (часто называемый “переквалификацией”) был бы нежелательным и даже вредным для таких важных видов практики, как секьюритизация дебиторской задолженности.

c) Воздушные суда, железнодорожный подвижной состав, космические объекты и морские суда

32. *Руководство* не распространяется на такие активы, как воздушные суда, железнодорожный подвижной состав, космические объекты, морские суда, а также другие категории подвижного оборудования, поскольку такие активы регулируются внутренними законами или международными соглашениями, участниками которых являются государства, принимающие рекомендации *Руководства*, и в которых регулируются конкретные вопросы, затрагиваемые этим законодательством (см. рекомендацию 4, подпункт *a)*). Например, *Руководство* не применяется в тех случаях, когда существуют реестры и действуют подробные правила, касающиеся обеспечительного и других прав в судах, самолетах и других видах подвижного оборудования, о которых говорится в подпункте *a)* рекомендации 4. Из этого следует, что если национальное законодатель-

ство или международные соглашения, участником которых является соответствующее государство, не распространяются на такие активы, то к ним применяется *Руководство.* Ссылку на воздушные суда, железнодорожный подвижной состав, космические объекты и морские суда следует понимать в соответствии с тем, какой смысл вкладывается в эти понятия в национальном законодательстве и соответствующих международных конвенциях.

d) Интеллектуальная собственность

33. С учетом растущего значения и экономической ценности интеллектуальной собственности для компаний, стремящихся к получению кредитов под обеспечение, рекомендации *Руководства* в принципе применяются и к обеспечительным правам в интеллектуальной собственности. Однако ввиду того, что при подготовке этих рекомендаций вопросы интеллектуальной собственности специально не учитывались, в случае любого несоответствия их положений внутреннему законодательству или международным соглашениям, участником которых является данное государство, *Руководство* не применяется (см. рекомендацию 4, подпункт *b)*).

34. В этой связи государству следует проанализировать свое действующее законодательство об интеллектуальной собственности и свои обязательства по международным договорам, конвенциям и другим международным соглашениям, касающимся интеллектуальной собственности, и если окажется, что рекомендации *Руководства* противоречат такому законодательству или договору, конвенции или международному соглашению, четко указать в своем законе об обеспеченных сделках, что в случае расхождений соответствующие вопросы должны регулироваться действующим законодательством и договорами, конвенциями и международными соглашениями.

35. Кроме того, государству, принимающему законодательство об обеспеченных сделках в соответствии с настоящим *Руководством*, следует рассмотреть возможность корректировки отдельных норм такого законодательства, касающихся обеспечительных прав в интеллектуальной собственности, в той мере, в какой они не соответствуют внутреннему законодательству об интеллектуальной собственности и международным соглашениям, участником которых является данное государство. Речь идет, в частности, о нормах, содержащихся в следующих рекомендациях *Руководства*: рекомендациях 38 и 77–78, касающихся силы обеспечительного права в отношении третьих сторон и его приоритета с учетом системы специальной регистрации; рекомендации 81 (подпункт *c)*), касающейся приоритета прав держателя неисключительной лицензии в ходе обычной коммерческой деятельности лицензиара; и рекомендаций 208 и 218 (подпункт *b)*), касающейся реализации обеспечительного права в материальном активе, включающем интеллектуальную собственность; и рекомендации 208 о положениях законодательства, применимых к обеспечительным правам в нематериальных активах.

36. При рассмотрении вопроса о целесообразности внесения корректив в нормы законодательства об обеспеченных сделках в той части, в какой они касаются обеспечительных прав в интеллектуальной собственности, государству следует проанализировать отдельно каждое из обстоятельств, а также помнить о необходимости не только установления эффективного режима обеспеченных сделок, но и обеспечения защиты и реализации прав интеллектуальной собственности в соответствии с международными конвенциями и внутренним законодательством. При этом следует учитывать также следующие моменты: рассматривается ли в законодательстве об интеллектуальной собственности возможность использования интеллектуальной собственности в качестве обеспечения и предусматривает ли такое законодательство регистрацию уведом-

лений об обеспечительных правах в интеллектуальной собственности. Все эти моменты будут рассмотрены в будущем дополнении к *Руководству*.

e) Ценные бумаги

37. *Руководство* не применяется к обеспечительным правам в ценных бумагах, поскольку в связи со спецификой таких бумаг и их значением для функционирования финансовых рынков возникает целый ряд вопросов, требующих специального законодательного регулирования. Кроме того, вопросы материального права, касающиеся обеспечительных и иных прав в ценных бумагах, держателем которых является посредник, не рассматриваются в *Руководстве*, поскольку они затрагиваются в Конвенции УНИДРУА о материально-правовых нормах, касающихся опосредованно удерживаемых ценных бумаг[2]. В *Руководстве* не рассматриваются законодательные нормы, применимые к правам в ценных бумагах, поскольку они являются предметом Конвенции о праве, применимом к определенным правам в отношении опосредованно удерживаемых ценных бумаг, подготовленной Гаагской конференцией по международному частному праву[3].

38. *Руководство* составлено таким образом, чтобы государства, принимающие законодательство, основанное на его рекомендациях, могли одновременно принять и тексты, разработанные УНИДРУА и Гаагской конференцией по частному международному праву, а также соответствующие тексты, подготовленные ЮНСИТРАЛ, такие как Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке[4] и *Руководство* ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности[5].

f) Финансовые договоры и валютные сделки

39. *Руководство* не применяется также к обеспечительным правам в двух других категориях движимых активов: *a)* правах на получение платежа, предусмотренных финансовыми договорами, регулируемыми соглашениями о взаимозачете, или вытекающих из таких договоров, за исключением дебиторской задолженности, остающейся после прекращения всех незавершенных сделок; и *b)* правах на получение платежа, оговоренных при заключении валютных сделок или вытекающих из них. Такой подход в *Руководстве* связан с тем, что финансовые договоры и валютные сделки порождают целый ряд сложных вопросов, требующих специального регулирования.

g) Недвижимое имущество

40. В некоторых правовых системах режим обеспеченных сделок распространяется как на движимые активы, так и на недвижимое имущество. Однако недвижимое имущество исключено из сферы применения *Руководства*, поскольку в связи с ним возникают совсем другие вопросы (см. рекомендацию 5). Так, например, обременения недвижимого имущества (и право собственности на него) обычно подлежат регистрации в специальной системе с индексацией по активам, а не по лицам, предоставляющим право. Тем не менее рекомендации *Руководства* могут затрагивать и такое имущество.

41. В большинстве правовых систем принадлежности недвижимого имущества (материальные активы, физически присоединенные к недвижимому имуществу, но идентифицируемые отдельно от него) сами рассматриваются в качестве недвижимого

[2] См. Введение, сноска 12.

[3] См. Введение, сноска 11.

[4] См. Введение, сноска 7.

[5] См. Введение, сноска 2.

имущества. В других правовых системах материальные активы, присоединенные к недвижимому имуществу, не считаются недвижимым имуществом, пока они сохраняют свою самостоятельную идентификацию. Однако *Руководство* распространяется на обеспечительные права в таких принадлежностях независимо от того, считаются ли они недвижимым имуществом, и, следовательно, в этой связи оно затрагивает недвижимое имущество, если такие принадлежности квалифицируются как недвижимое имущество (см. рекомендации 21 и 43).

42. Обременения недвижимого имущества рассматриваются в *Руководстве* и в тех случаях, когда обеспечительное право в таком имуществе (например, закладная) служит обеспечением дебиторской задолженности, оборотного инструмента или другого нематериального актива. На случай уступки такой задолженности или такого инструмента или другого нематериального актива *Руководство* рекомендует государствам предусмотреть возможность для цессионария использовать обременение недвижимого имущества. Основанием для такой рекомендации служит общее правило, действующее в большинстве правовых систем, согласно которому вторичное (обременение недвижимого имущества) должно следовать за первичным (обязательством, ставшим предметом уступки). Однако во избежание ущемления прав третьих сторон согласно законодательству о недвижимом имуществе применение *Руководства* не затрагивает прав любой третьей стороны, приоритетности и требований в отношении реализации, касающихся обременений недвижимого имущества согласно законодательству о таком имуществе (см. подпункт *c)* рекомендации 25 и рекомендацию 48).

h) Поступления от исключенных видов активов

43. Некоторые виды активов, исключенные из сферы действия *Руководства*, могут тем не менее создавать поступления в форме активов, номинально подпадающих под действие *Руководства* (например, дебиторская задолженность, представляющая собой поступления от недвижимого имущества). В принципе *Руководство* распространяется на обеспечительные права в таких активах, однако здесь следует учитывать, что обеспечительные права в поступлениях, регулируемых законодательством об обеспеченных сделках, могут возникать и в силу другого законодательства помимо законодательства об обеспеченных сделках (например, в силу законодательства, касающегося недвижимого имущества). Одновременное применение к таким поступлениям нескольких режимов может порождать серьезную путаницу, в связи с чем *Руководство* исходит из того, что в тех случаях, когда обеспечительное право в такого рода поступлениях установлено другим законодательством, законодательство об обеспеченных сделках должно распространяться на это обеспечительное право лишь в той мере, в которой на него не распространяется такое другое законодательство (см. рекомендацию 6).

i) Другие исключения

44. Достижению целей *Руководства* в наибольшей степени способствует всеобъемлющий режим обеспеченных сделок с максимально широкой сферой действия. Желательно, чтобы такой режим охватывал широкий круг сделок и предусматривал как можно меньше исключений (см., например, рекомендацию 83). В этой связи в *Руководстве* рекомендуется не ограничивать сферу его применения сверх установленных в нем ограничений (см. рекомендацию 7, первое предложение). В случае же установления дополнительных ограничений (например, в случае исключения доходов от трудовой деятельности) эти ограничения должны быть четко и конкретно прописаны в законе во избежание любой неопределенности в отношении его сферы применения (см. рекомендацию 7, второе предложение).

3. Основные подходы к обеспеченным сделкам

a) Введение

45. За долгие годы в государствах сложились различные виды практики, призванной стимулировать ссудодателей, продавцов и другие стороны, занимающиеся финансированием, к предоставлению кредитов заемщикам, покупателям и прочим должникам. С этой целью государства зачастую в законодательном порядке наделяют ссудодателей и продавцов особыми правами. Кроме того, они обычно устанавливают режимы, позволяющие кредиторам и должникам договариваться между собой о специальных правах и прерогативах. В обоих случаях цель состоит в том, чтобы обеспечить кредитору преимущественное право перед другими кредиторами при распределении поступлений от конфискации или продажи имущества должника в случае невыполнения им взятых обязательств. Все эти различные виды прав можно в общем и целом считать обеспечительными правами.

46. *Руководство* заимствует элементы различных подходов, принятых в разных правовых традициях, и в соответствующих случаях предлагает изменения к действующему законодательству и практике, стремясь к тому, чтобы рекомендованный в нем современный режим обеспеченных сделок в наибольшей степени способствовал расширению доступа к обеспеченным кредитам.

47. Настоящий раздел решает несколько задач. Прежде всего в нем дается обзор основных подходов к предоставлению обеспечения кредиторам, а также рассматриваются преимущества и недостатки каждого из таких подходов как с точки зрения непосредственно вовлеченных сторон (т. е. кредитора и лица, предоставляющего право), так и с точки зрения третьих сторон. Далее в нем определяются те принципиальные вопросы, которые должны решить для себя законодатели при выборе одного из возможных подходов. Кроме того, на протяжении всего раздела делается акцент на причинах, обуславливающих важность модернизации законодательства в данной области в целях развития системы кредитования под обеспечение, и условиях, при которых такая модернизация особенно необходима.

48. Механизмы, используемые в настоящее время для целей обеспечения, можно в целом подразделить на три широкие категории. Во-первых, это собственно обеспечительные механизмы, специально задуманные в качестве таковых (см. пункты 50–84, ниже). Во-вторых, это титульные (правособственнические) механизмы, которые в сочетании с различными видами договорных механизмов используются для обеспечения исполнения должниками своих обязательств (см. пункты 85–100, ниже). В-третьих, это комплексные всеобъемлющие обеспечительные механизмы, охватывающие все виды как собственно обеспечительных, так и титульных (правособственнических) механизмов в рамках функционально определяемой общей концепции обеспечительного права (см. пункты 101–109, ниже).

49. Как уже отмечалось выше, во многих государствах не все правовые механизмы, призванные поощрять ссудодателей, продавцов и другие стороны к предоставлению кредитов, в настоящее время основываются на договоренности сторон. Некоторые из них основываются на действующем законодательстве. Наиболее важные из таких последних механизмов будут упомянуты ниже. Однако, учитывая, что обеспечительные права, предусмотренные законодательством, в большинстве своем не подпадают под сферу действия *Руководства*, ниже речь пойдет в основном об обеспечительных механизмах, основанных на договоренности.

b) Традиционные обеспеченные сделки

i) Обеспечительные права в материальных активах

50. В большинстве государств проводится различие между обеспечительными правами в материальных активах и обеспечительными правами в нематериальных активах. Поскольку материальные активы в силу своей природы могут быть объектом физического владения и поскольку во многих государствах владение материальными активами влечет за собой значительные правовые последствия, государства нередко позволяют кредиторам получать обеспечение в таких активах способами, недоступными для нематериальных активов. Так, в части обеспечительных прав в материальных активах в большинстве государств проводится различие между посессорными и непосессорными обеспечительными правами. В случае посессорных обеспечительных прав обремененные активы передаются обеспеченному кредитору или третьей стороне, действующей от имени обеспеченного кредитора. В случае непосессорных обеспечительных прав лицо, предоставляющее право (которым обычно является должник, хотя может быть и третья сторона), сохраняет обремененные активы в своем владении.

a. Залог

51. Самым распространенным видом обеспечительного права в материальных активах несомненно является залог. Обычно для действительности залога требуется, чтобы лицо, предоставляющее право, отказалось от владения обремененными активами. Однако сегодня во многих государствах термин “залог” распространяется и на ситуации, когда лицо, предоставляющее право, сохраняет обремененные активы в своем физическом владении. В *Руководстве* такие современные виды залога рассматриваются в качестве непосессорных обеспечительных прав, а не в качестве залога.

52. Обычный залог имеет место в следующих случаях. Чаще всего лицо, предоставляющее право, отказывается от владения обремененными активами в пользу обеспеченного кредитора или третьей стороны, действующей от имени обеспеченного кредитора. Залог также имеет место в том случае, когда лицо, предоставляющее право, разрешает кредитору (или согласованной третьей стороне), который уже по какой-либо причине владеет обремененными активами, оставить их в своем владении в качестве залога. Третья сторона в таких случаях часто выступает в качестве агента или доверенного лица, удерживающего обеспечение от имени или в интересах кредитора или синдиката кредиторов. Изъятие обремененных активов из владения лица, предоставляющего право, должно происходить в момент создания обеспечительного права и должно оставаться в силе в течение всего срока действия залога. Возвращение обремененных активов лицу, предоставляющему право, обычно означает аннулирование залога.

53. Во многих государствах изъятие обремененных активов из владения лица, предоставляющего право, не всегда требует их физического перемещения из помещений этого лица, если его доступ к таким активам исключен с помощью других способов. Одним из таких способов может быть, например, передача обеспеченному кредитору ключей от склада, где хранятся обремененные активы (например, готовые товары или сырье), при условии, что это сделает невозможным несанкционированный доступ на склад лица, предоставляющего право. Тот же результат может быть достигнут путем передачи обремененных активов в эффективное владение третьей стороне. Так, например, для осуществления контроля над обремененными активами в помещениях лица, предоставляющего право, в качестве агента обеспеченного кредитора может быть нанята независимая компания, занимающаяся складским хранением. В случае при-

менения такой схемы (иногда называемой складским хранением на месте) обремененные активы хранятся в отгороженной или иным образом выделенной части помещений лица, предоставляющего право, переданной под исключительный контроль компании, занимающейся складским хранением. Для обеспечения действенности таких механизмов обычно требуется выполнение нескольких условий. Третья сторона должна быть уверена в том, что лицо, предоставляющее право, не имеет свободного доступа к обремененным активам. Должен быть также исключен несанкционированный доступ такого лица в помещения, где хранятся переданные в залог активы. Кроме того, служащие компании, занимающейся складским хранением, не могут действовать в его интересах. Если они набраны из числа служащих этого лица с учетом их опыта или по другой причине, то условия их найма должны быть скорректированы таким образом, чтобы они не могли больше работать на это лицо.

54. Хотя чаще всего объектом залога являются материальные активы (например, оборудование и инвентарные запасы), ими могут быть также и другие виды таких активов. Например, в залог могут быть переданы документы и инструменты (как оборотные, так и необоротные), воплощающие в себе права в материальных активах (например, коносаменты или складские расписки, воплощающие в себе права в товарах) или права в нематериальных активах (например, оборотные инструменты, воплощающие в себе права в дебиторской задолженности). В этих случаях изъятие заложенного актива из владения лица, предоставляющего право, осуществляется путем передачи соответствующего документа или инструмента в физическое владение обеспеченному кредитору.

55. В качестве обеспечительного права залог дает обеспеченному кредитору ряд важных преимуществ. Во-первых, лицо, предоставляющее право, не может распоряжаться переданными в залог активами без согласия обеспеченного кредитора. Во-вторых, обеспеченному кредитору не нужно беспокоиться о том, что фактическая стоимость переданных в залог активов может уменьшиться из-за того, что лицо, предоставляющее право, не смогло должным образом организовать их хранение или обслуживание. В-третьих, при залоге возможны ситуации, когда обеспеченный кредитор желает использовать переданные в залог активы. В таких ситуациях требуется согласие на это лица, предоставляющего право, при этом кредитор обязан бережно относиться к таким активам. В четвертых, если обеспеченный кредитор будет вынужден взыскать залог, то он будет избавлен от хлопот, рисков, затрат времени и расходов, связанных с физическим получением обремененных активов от лица, предоставляющего обеспечительное право. В-пятых, если заложенный актив представляет собой инструмент, предусматривающий выплату процентов его держателю, то залог облегчает кредитору получение причитающихся процентов.

56. Залог имеет преимущества и для третьих сторон, особенно когда ими являются другие кредиторы лица, предоставляющего право. Требуемое при залоге изъятие активов из владения лица, предоставляющего право, позволяет избежать иллюзий в отношении богатства этого лица (т. е. иллюзии владения им передаваемыми в залог активами без каких-либо обеспечительных прав), а также сводит к минимуму риск мошенничества (т. е. риск того, что вопреки заверениям лица, предоставляющего право, активы, которыми он владеет, окажутся обремененными обеспечительными правами).

57. Вместе с тем залог имеет и ряд серьезных недостатков – как для лица, предоставляющего право, так и для обеспеченного кредитора. Самым большим недостатком для лица, предоставляющего право, является само требуемое изъятие обремененного актива из его владения, лишающее его возможности пользоваться таким активом в своей предпринимательской деятельности. Этот недостаток особенно существенен в ситуации, когда лицо, предоставляющее право, занимается коммерческой деятельностью и владение обремененным активом необходимо ему для того, чтобы накапливать доходы, за

счет которых он будет погашать кредит (например, когда речь идет о сырьевых материалах, полуфабрикатах или готовой продукции и оборудовании). Уже одно это делает использование залога экономически нецелесообразным во многих ситуациях, связанных с ведением предпринимательской деятельности. Другой серьезный недостаток состоит в том, что в залог не могут быть переданы активы, которых еще не существует или на которые на момент залога лицо, предоставляющее право, не имеет прав. Это означает невозможность использования традиционного залога для получения некоторых важных видов финансирования, например возобновляемых кредитов на цели закупки инвентарных запасов.

58. Для обеспеченного кредитора недостатком залога является то, что он вынужден хранить, обеспечивать сохранность и обслуживать обремененные активы, если только выполнение таких функций не взяла на себя третья сторона. В случае неспособности или нежелания обеспеченного кредитора брать на себя эти функции, он будет вынужден нести дополнительные расходы, связанные с их возложением на третью сторону, оплачивать которые будет прямо или косвенно лицо, предоставляющее право. Еще один недостаток залога заключается в том, что на обеспеченного кредитора, во владении которого находятся некоторые виды обремененных активов (например, складская расписка или коносамент), при определенных обстоятельствах может быть возложена ответственность за потери или ущерб, причиненные такими активами, размер которой может превышать сумму предоставленного кредита, как это обычно бывает в случае загрязнения обремененными активами окружающей среды (см. главу II о создании обеспечительного права, пункт 71).

59. Однако в тех случаях, когда такие недостатки не создают проблем (в силу их неактуальности или поскольку сторонам удалось найти решение), залог может успешно и эффективно использоваться в качестве механизма обеспечения. Он может применяться в двух важных сферах. Первая из них охватывает ситуации, когда обремененные активы уже находятся во владении третьей стороны или легко могут быть переданы в ее владение, особенно когда такой стороной является лицо, специализирующееся на владении активами, принадлежащими другим лицам (например, склад). Вторая сфера применения касается оборотных инструментов и оборотных документов, держателем которых может вполне выступать сам обеспеченный кредитор или его агент.

b. Право на удержание во владении

60. Право на удержание активов во владении может быть установлено законом или соглашением в целях обеспечения платежа по обязательству. Поскольку установленные законом права на удержание активов в целом выходят за рамки настоящего *Руководства*, о них будет сказано здесь лишь очень кратко. Во многих государствах действует целый ряд режимов, регулирующих такие права. Соответствующие режимы обычно распространяются на компании, занимающиеся перевозками, складским хранением, ремонтом и модернизацией активов. В некоторых государствах право на удержание документов, принадлежащих клиентам, предоставлено также юристам, бухгалтерам, архитекторам и другим специалистам. В основе всех этих видов права на удержание активов лежит общий принцип договорного права, согласно которому одна из сторон может не выполнять свое обязательство до тех пор, пока другая сторона не будет готова, не пожелает и не сможет выполнить свое соответствующее обязательство. Большинство законодательных норм, касающихся права удержания, не наделяют лицо, осуществляющее удержание, какими-либо особыми правами при реализации своего обеспечительного права, а некоторые из них даже лишают такое лицо, реализующее удерживаемые активы, возможности претендовать на приоритет при распределении поступлений, полученных в результате такой реализации.

61. В дополнение к этим ограниченным статутным правам во многих государствах договаривающимся сторонам разрешается расширять сферу действия общего правового принципа удержания. В этих государствах стороны могут договориться о том, что в случае нарушения одной из них договорного обязательства другая сторона может воздержаться от выполнения своего обязательства, даже если его выполнение связано с каким-либо иным договором между сторонами. Чаще всего такие договоренности касаются права соответствующей стороны удерживать актив, который согласно условиям какого-либо иного договора она обязана доставить стороне, нарушившей обязательство. Например, банк не должен возвращать удерживаемый им для своего клиента коносамент или простой вексель или разрешать снятие средств с банковского счета клиента, если этот клиент не исполнил обязательство по погашению кредита и ранее предоставил банку право удержания в отношении соответствующего коносамента, векселя или счета. Если право удержания подкрепляется действительными полномочиями на продажу удерживаемого актива, то в некоторых правовых системах оно рассматривается в качестве одного из видов залога, хотя метод его создания и отличается от метода создания обычного залога. Подкрепленное право удержания может рассматриваться также в качестве права, имеющего некоторые последствия залога, но залогом не являющегося. Наиболее важное последствие такого сходства с залогом заключается в том, что кредитор, во владении которого находится удерживаемый актив, обладает приоритетом в отношении этого актива. Чаще всего этот приоритет является абсолютным, однако в некоторых государствах преимущественную силу в отдельных случаях может иметь ранее созданное и действительное непосессорное обеспечительное право.

c. Непосессорные обеспечительные права

62. Как уже отмечалось (см. пункт 57, выше), залог материальных активов, необходимых для целей производства или реализации (например, сырьевых материалов, полуфабрикатов или готовой продукции), является, как правило, экономически нецелесообразным.

63. Государства пытались и пытаются искать решения этой проблемы с учетом конкретных местных потребностей и в соответствии с общими основами своих правовых систем. В этой связи, особенно во второй половине XX века, они начали признавать обеспечительные права в движимых активах, не ограничиваясь узкими рамками традиционного залога. Иногда такое признание выражалось в принятии новых законов, но чаще всего вытекало из практики и судебных решений.

64. В результате появилось множество самых разных решений. На их разнообразие указывает, в частности, большое число различных названий соответствующих механизмов. Чаще всего используются такие названия и методы, как фиктивное изъятие активов из владения лица, предоставляющего право, непосессорный залог, зарегистрированный залог, nantissement (залог без передачи объекта залога кредитору), складское свидетельство, закладная на движимое имущество, договорная привилегия, купчая, ипотечный залог движимого имущества, плавающий залог и сохранная расписка. Иначе говоря, в то время как одни государства стремились создать тот или иной механизм непосессорного обеспечения применительно к движимому имуществу, другие государства просто меняли правила, регулировавшие действие уже существующих механизмов, таких как залог, с тем чтобы узаконить использование непосессорных обеспечительных прав.

65. Еще более важной особенностью этих законодательных реформ является то, что большинство из них задумывалось как способ решения тех или иных конкретных проблем и потому имело ограниченную сферу применения. Так, например, в некоторых

государствах один вид механизмов непосессорного обеспечения применяется в отношении производственного и коммерческого оборудования, другой – в отношении финансирования закупок сырьевых материалов, а третий – только в отношении товарных запасов в розничной торговле. Лишь немногие государства приняли общий закон, создающий одно непосессорное обеспечительное право, применимое ко всем видам материальных активов. Кроме того, в некоторых государствах непосессорные обеспечительные права регулируются разными законодательными нормами в зависимости от вида коммерческих предприятий: одни из этих норм могут касаться обеспечения для целей финансирования промышленных предприятий и кустарных мастерских, другие – обеспечения для целей финансирования сельскохозяйственных предприятий, лесных и рыболовецких хозяйств, третьи – обеспечения для целей финансирования предприятий горнодобывающей и нефтегазовой промышленности, а четвертые – сделок, заключаемых физическими лицами. И наконец, во многих государствах действует целый ряд законов о непосессорных обеспечительных правах, каждый из которых охватывает только один небольшой экономический сектор, такой, например, как приобретение автомобилей или сельскохозяйственного оборудования или кинопроизводство.

66. В некоторых государствах предпринимаются попытки решить эту проблему с помощью непосессорного обеспечительного механизма, известного как фиксированный залог или плавающий залог. В соответствии с этим механизмом то или иное обеспечительное право (залог) именуется “фиксированным” или “плавающим” в зависимости от степени контроля, осуществляемого обеспеченным кредитором над обремененными активами. Как правило, залог считается фиксированным, если лицу, предоставляющему право, не разрешается продавать заложенные активы или распоряжаться ими каким-либо иным образом без согласия кредитора (обычно это бывает в том случае, когда закладывается оборудование, которое лицо, предоставляющее право, использует в своей хозяйственной деятельности). И наоборот, залог считается плавающим, если лицу, предоставляющему право, разрешается продавать заложенные активы или распоряжаться ими каким-либо иным образом без согласия обеспеченного кредитора (обычно это имеет место в том случае, когда закладываются инвентарные запасы, которые лицо, предоставляющее обеспечительное право, может свободно продавать в процессе своей обычной хозяйственной деятельности). Различие между фиксированным и плавающим залогом связано с приоритетностью залога: фиксированный залог обычно дает первоочередное право на актив, тогда как при плавающем залоге преимущественную силу могут иметь требования налоговых органов или других третьих сторон или же право на актив может быть ограничено в пользу необеспеченных кредиторов (см. также главу II, пункты 61–70).

67. Некоторые государства не склонны признавать непосессорные обеспечительные права в инвентарных запасах. Иногда это объясняется кажущимся несоответствием между правом обеспеченного кредитора на продажу инвентарных запасов при неисполнении обязательств и правом лица, предоставляющего право, на продажу этих же запасов, в ходе обычной коммерческой деятельности. Другой причиной является предполагаемая концептуальная проблема, связанная с предоставлением обеспечительного права в активах, идентифицируемых как совокупность активов. Третьей причиной может быть принципиальное решение о резервировании инвентарных запасов лица, предоставляющего право, для целей удовлетворения требований его необеспеченных кредиторов.

68. Сколь бы различными ни были законы, предусматривающие возможность создания непосессорных обеспечительных прав, у всех у них есть одна общая черта – в них обычно устанавливается требование определенной публичности обеспечительного права.

69. Цель этого требования в отношении переданных в залог активов – не допустить, чтобы из-за отсутствия у третьих сторон информации об обеспечительных правах в активах, находящихся во владении лица, предоставляющего право, у них сложилось ложное представление о состоятельности этого лица. Вместе с тем часто можно слышать утверждение о том, что в условиях современной "кредитной" экономики стороны должны исходить из того, что активы могут быть обременены обеспечительным правом ссудодателя или что правовой титул на них может удерживаться продавцом, и потому нет необходимости в выдвижении общего требования об обнародовании информации о наличии непосессорных обеспечительных прав для защиты интересов третьих сторон. Однако такие общие предположения, как правило, приводят к увеличению стоимости кредита. Даже в тех случаях, когда лицо, во владении которого находятся активы, предлагаемые в качестве обеспечения, является их собственником и эти активы ничем не обременены, кредитор, опасаясь наличия какого-либо скрытого обременения, соответствующим образом увеличит стоимость кредита. В противном случае, чтобы снизить уровень риска (полностью избежать которого все равно не удастся), кредитору необходимо будет провести тщательное исследование, требующее больших затрат времени и средств. В некоторых случаях такое исследование может оказаться невозможным, и кредитору придется заложить свой дополнительный риск в цену кредита.

70. Второй целью требования публичности обеспечительного права и одновременно причиной создания в некоторых государствах публичных реестров обеспечительных прав является стремление создать простой механизм, позволяющий обеспеченным кредиторам доказывать наличие у них обеспечительных прав и подтверждать время их создания. В данном случае реестр может выполнять эти функции вместо профессионального нотариуса. В отличие от реестров, цель которых состоит главным образом в предоставлении информации третьим сторонам, реестры, содержащие доказательственную информацию, ориентированы прежде всего на обеспеченных кредиторов и зачастую недоступны для третьих сторон, которые могут оказаться потенциальными обеспеченными кредитодателями.

71. В государствах, где кредиторы, обладающие непосессорными обеспечительными правами, должны публично объявлять о таких правах, регистрационные системы зачастую не в полной мере защищают интересы обеспеченных кредиторов и других третьих сторон. Во многих из этих государств существуют отдельные реестры для каждого вида обеспечительных прав, и даже в тех случаях, когда на один и тот же актив распространяются два различных вида обеспечительного права, в этих реестрах, как правило, отсутствуют перекрестные ссылки. Кроме того, эти реестры часто не раскрывают имени собственника, сведения о предыдущих обеспеченных кредиторах и размер обеспечения и не позволяют получить информацию об обремененных активах. И наконец, в системах, основанных на общем предположении об обремененности активов и соответственно не располагающих интегрированными и полностью транспарентными реестрами, у кредитора нет объективной возможности узнать, какова реальная степень обремененности активов и какова очередность конкурирующих обеспечительных прав. Из-за этого лица, предоставляющие право, могут быть лишены возможности получать кредиты на полную стоимость своих активов.

72. Широко признается, как представляется, необходимость преодоления разрыва между общим экономическим спросом на непосессорные обеспечительные права и зачастую ограниченным доступом к такому обеспечению в рамках действующего законодательства многих государств. Одна из основных целей правовой реформы в области обеспеченных сделок состоит в совершенствовании законодательства, касающегося непосессорных обеспечительных прав и связанного с ними обеспечения в нематериальных активах (см. пункты 78–84, ниже).

73. Хотя современные режимы свидетельствуют о возможности эффективного устранения такого разрыва, опыт показывает, что разработка законодательства, касающегося непосессорных обеспечительных прав, требует бóльших усилий, нежели простая “модернизация” традиционного режима посессорного залога. Это связано главным образом со следующими четырьмя особенностями непосессорных обеспечительных прав. Во-первых, в силу того что лицо, предоставляющее право, сохраняет в своем владении обремененные активы, оно имеет возможность распоряжаться ими или создавать в них конкурирующие права даже вопреки воле обеспеченного кредитора. Это требует установления правил, касающихся последствий и приоритетности таких действий (см. главу V о приоритете обеспечительного права). Во-вторых, обеспеченный кредитор должен принять меры к тому, чтобы предоставляющее право лицо, во владении которого находятся обремененные активы, проявляло надлежащую заботу о них, должным образом их застраховало и обеспечивало их сохранность, с тем чтобы они не утратили своей коммерческой ценности. Эти вопросы должны быть урегулированы в соглашении об обеспечении между обеспеченным кредитором и лицом, предоставляющим право (см. главу VI о правах и обязанностях сторон соглашения об обеспечении). В-третьих, в случае возникновения необходимости в реализации обеспечительного права обеспеченный кредитор, обычно предпочитает получить обремененные активы в свое владение. Однако, если лицо, предоставляющее право, не желает отказываться от владения такими активами, может потребоваться судебное разбирательство. На этот случай, возможно, следует предусмотреть надлежащие средства правовой защиты и, может быть, ускоренную процедуру реализации (см. главу VIII о реализации обеспечительного права). В-четвертых, для борьбы с иллюзией о состоятельности лица, предоставляющего право, возникающей по причине закрытости информации об обеспечительных правах третьих лиц в активах, находящихся во владении этого лица, возможно, придется использовать различные формы публичности (см. главу IV, посвященную системе регистрации).

74. В связи с общепризнанной экономической необходимостью непосессорных обеспечительных прав и с учетом рассмотренных выше принципиальных различий между посессорными и непосессорными обеспечительными правами многим государствам потребуется принять новое законодательство. Учитывая сравнительные преимущества и недостатки обсуждавшихся выше законодательных моделей, законодателям, возможно, придется выбирать между следующими тремя вариантами действий. Первый вариант заключается в принятии единого законодательства, охватывающего как посессорные, так и непосессорные обеспечительные права (см. пункты 101–109, ниже). Такой подход, например, положен в основу разработанного Организацией американских государств Типового межамериканского закона об обеспеченных сделках. Второй вариант предполагает принятие единого законодательства, касающегося непосессорных обеспечительных прав, и установление режима посессорных обеспечительных прав в соответствии с другим внутренним законодательством. Третий подход состоит в сохранении разрозненной системы различных обеспечительных прав для различных категорий лиц, предоставляющих право, различных видов активов и различных видов обеспечения (посессорное и непосессорное) при одновременном обеспечении того, чтобы все вопросы, касающиеся силы обеспечительного права в отношении третьих сторон, приоритета и реализации, регулировались одним и тем же сводом норм.

75. В современном законодательстве, как на национальном, так и на международном уровне, превалирует тенденция к использованию единого или комплексного подхода, по крайней мере в части непосессорных обеспечительных прав. Иной подход, предполагающий избирательное регулирование конкретных видов непосессорного обеспечительного права, может иметь своим результатом пробелы в законодательстве, дублирование, непоследовательность и отсутствие транспарентности, а также недовольство тех

секторов промышленности, которые могут оказаться неохваченными. Кроме того, такое избирательное регулирование затруднило бы решение проблемы коллизии между посессорным и непосессорным обеспечительными правами по поводу приоритета в государствах, решивших сохранить отдельные режимы для этих двух видов обеспечительного права.

d. Непосессорные статутные права

76. Во многих государствах, не имеющих общего режима, регулирующего договорные непосессорные обеспечительные права, кредитование стимулируется законами, прямо предусматривающими создание для отдельных категорий кредиторов те или иные непосессорные обременения. Чаще всего бенефициарами таких статутных обременений являются продавцы, поставщики материалов, ремесленники, розничные торговцы и ремонтники. В рамках этих режимов назначенный кредитор обычно не получает никаких особых средств правовой защиты на случай принудительного исполнения. Бенефициар такого обременения должен сначала получить решение суда, а затем обычным путем осуществить изъятие имущества должника. Единственное преимущество, получаемое кредитором, состоит в установлении его приоритетного права (или привилегии) на получение платежа, которое может быть востребовано в поступлениях от продажи соответствующего актива в случае принудительного исполнения. Кроме того, поскольку бенефициар такого обременения обычно не должен или не может предавать гласности информацию о наличии у него обременения, он в большинстве случаев лишен возможности заявить свои права на активы, более не принадлежащие должнику.

77. Статутные непосессорные обременения действительно в определенной степени стимулируют назначенных бенефициаров к выдаче кредитов их должникам. Однако эти обременения имеют ряд недостатков. Их могут получить не все категории кредиторов. Они являются негласными в том смысле, что другим третьим сторонам нелегко узнать об их существовании. Они не обеспечивают кредиторам доступ к оперативным и эффективным средствам правовой защиты, позволяющим получить большую цену за реализуемый актив. И наконец, они предоставляют кредиторам слишком слабую защиту, поскольку, как правило, не могут быть заявлены, если должник больше не является собственником актива. В силу всех причин сегодня имеет место тенденция к сокращению государствами числа таких непосессорных статутных обременений и к расширению категорий кредиторов, которые могут приобретать непосессорные обеспечительные права по договоренности, и видов активов, на которые могут распространяться эти права.

ii) Обеспечительные права в нематериальных активах

78. Понятие “нематериальные активы” охватывает широкий набор прав, таких как дебиторская задолженность и интеллектуальная собственность. Ввиду резкого повышения экономической значимости нематериальных активов в последние годы растет спрос на использование этих прав в качестве обеспечения при получении кредиторов. Нематериальные активы в форме интеллектуальной собственности зачастую составляют значительную часть стоимости других активов, в том числе инвентарных запасов и оборудования (например, товаров известных торговых марок и оборудования с программным обеспечением, необходимым для его работы). Нематериальными активами могут являться также поступления от инвентарных запасов или оборудования. Другими видами нематериальных активов являются ценные бумаги и различного рода платежные права, возникающие в рамках сложных финансовых контрактов (эти виды активов в *Руководстве* не рассматриваются; см. пункты 37–39, выше).

79. Нематериальные активы не могут по определению находиться в физическом владении. Тем не менее законы большинства государств предусматривают возможность создания обеспечительных прав в нематериальных активах, по крайней мере в дебиторской задолженности, что потребовало внесения изменений в режим, регулирующий создание посессорного залога. В некоторых законах предпринимается попытка создать видимость изъятия актива из владения лица, предоставляющего право, посредством установления требования о передаче кредитору какого-либо письменного или иного документа, касающегося переданной в залог дебиторской задолженности. Однако сама по себе такая передача обычно не является достаточной для возникновения залога. Актив должен быть изъят из владения лица, предоставляющего право. Во многих государствах в этой связи предусмотрено требование о направлении должнику по дебиторской задолженности соответствующего уведомления о залоге.

80. В некоторых государствах разработаны методы, позволяющие достигать целей, сопоставимых с целями, достигаемыми владением материальными активами. Наиболее радикальный из них – это полная передача обремененного права или по крайней мере его обремененной части обеспеченному кредитору. Однако это выходит за рамки создания обеспечительного права и равнозначно передаче (условной или безусловной) правового титула (см. пункты 86–91, ниже). В некоторых других государствах правовой титул на обремененные активы остается у лица, предоставляющего право, однако оно лишается возможности распоряжаться обремененными активами без разрешения обеспеченного кредитора. Если же речь идет о праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, то согласие лица, предоставляющего право (т. е. держателя обремененного счета) на его блокирование в пользу обеспеченного кредитора, равнозначно для последнего владению материальным активом, особенно если обеспеченным кредитором является сам банк-депозитарий.

81. В рамках современных режимов обеспеченных сделок номинальное владение нематериальными активами иногда называют “контролем”. Обычно считается, что обеспеченный кредитор осуществляет контроль над тем или иным активом, если ему предоставлено договорное право решать, как следует распорядиться этим активом. Так, например, в некоторых государствах считается, что обеспеченный кредитор контролирует выплату средств, зачисленных на тот или иной банковский счет, если банк-депозитарий принял на себя в документе, часто именуемом “соглашением о контроле”, договорное обязательство распоряжаться средствами счета исключительно по указанию обеспеченного кредитора. Степень контроля может быть различной. В одних случаях контроль является абсолютным, и лицо, предоставляющее право, полностью лишено возможности распоряжаться обремененными активами. В других случаях ему разрешается отдавать определенные распоряжения в отношении таких активов или распоряжаться ими в пределах установленной максимальной суммы или до наступления определенного события.

82. Государства, установившие всеобъемлющие режимы регулирования непосессорных обеспечительных прав в материальных активах и создавшие общие реестры обеспечительных прав (см. пункты 25–29, выше), обычно распространяют свою систему регистрации и на уступки дебиторской задолженности. Такой подход обеспечивает последовательность, поскольку продажа инвентарных запасов, как правило, ведет к возникновению дебиторской задолженности, и часто бывает целесообразно распространить обеспечительное право в инвентарных запасах и на поступления от их продажи. Кроме того, в некоторых государствах регистрация уступок дебиторской задолженности имеет то дополнительное преимущество, что освобождает обеспеченного кредитора (цессионария) от необходимости уведомлять должника по дебиторской задолженности в качестве условия создания обеспечительного права. Именно поэтому в рамках

некоторых сделок с обеспечением, затрагивающих совокупность конкретно не идентифицируемой существующей и будущей дебиторской задолженности, направление индивидуальных уведомлений должникам по дебиторской задолженности может оказаться невозможным или нецелесообразным. Кроме того, даже если такое уведомление является возможным или целесообразным, оно может быть нежелательным, поскольку лицо, предоставляющее право (цедент), возможно, желает сохранить конфиденциальность уступки.

83. Из вышесказанного следует, что при разработке режима, регулирующего обеспечительные права в нематериальных активах, государства окажутся перед выбором: либо регулировать такие права отдельно от обеспечительных прав в материальных активах (в этом случае метод создания обеспечительного права будет во многом напоминать передачу правового титула), либо попытаться установить единый режим, основанный на общем наборе принципов, регулирующих вопросы создания, силы в отношении третьих сторон, приоритетности и реализации обеспечительного права как в материальных, так и в нематериальных активах.

84. Доминирующей тенденцией в современном законодательстве является создание режимов, регулирующих обеспечительные права в нематериальных активах в комплексе с обеспечительными правами в материальных активах. Такой подход позволяет лицам, предоставляющим право, и обеспеченным кредиторам с самого начала определить активы, на которые будет наложено обременение, и установить связь между правами в дебиторской задолженности, возникающими в качестве поступлений, и правами в дебиторской задолженности, существующей в качестве первоначально обремененного актива.

iii) Использование правового титула для целей обеспечения

85. Во многих государствах наряду с различными механизмами и методами, призванными выполнять функции обеспечительных прав (см. пункты 50–84, выше), существует и много других правовых инструментов, которые можно использовать для создания права, аналогичного обеспечительному. Большинство таких инструментов являются продуктами коммерческой практики (признанными впоследствии в решениях судов), однако некоторые из них были созданы или доработаны законодательным путем. Создание эквивалента непосессорных обеспечительных прав в материальных и нематериальных активах чаще всего связано с использованием правового титула (или права собственности) на актив, используемый в целях обеспечения. Правовой титул обычно используется для целей обеспечения в двух случаях: в качестве гарантии по займу, когда лицо, предоставляющее право, условно передает кредитору правовой титул на принадлежащие ему активы (см. подраздел *a),* ниже); и в качестве обеспечения уплаты покупной цены, когда продавец или арендодатель просто удерживает правовой титул на проданный или переданный в аренду актив до полной уплаты покупной цены (см. подраздел *b),* ниже). И передача титула, и его удержание позволяют кредитору пользоваться правами, аналогичными непосессорным обеспечительным правам.

a. Transfer of title

86. Сделки, связанные с переходом правового титула от заемщика к кредитору, традиционно использовались для обеспечения исполнения заемщиком его обязательств по погашению кредита. Однако по мере формирования в государствах концепции обеспечительных прав (особенно в отношении земли) использование правового

титула в качестве обеспечения постепенно стало сходить на нет. Иначе обстояло дело с движимыми активами. Поскольку во многих правовых системах непосессорные обеспечительные права в таких активах не признавались, заемщики и кредиторы вынуждены были искать в законодательстве другие методы, позволяющие преодолеть отсутствие такого признания. И передача обеспеченному кредитору правового титула на активы (условно до погашения ссуды или с условием обратной передачи заемщику при повторной продаже с удержанием титула кредитором до погашения займа) была наиболее распространенным из этих методов.

87. Сегодня есть два обстоятельства, в силу которых передача правового титула как средство обеспечения сохраняет привлекательность для кредиторов во многих государствах. Во-первых, в этих государствах выполнение формальных и материально-правовых требований, касающихся передачи правового титула на материальные активы или нематериальное имущество другому лицу, зачастую сопряжено с меньшими трудностями и, следовательно, с меньшими затратами, нежели выполнение требований, касающихся создания обеспечительного права. Во-вторых, в случае реализации обеспечительного права, а также в случае несостоятельности лица, предоставляющего такое право, кредитор зачастую оказывается в лучшем положении в качестве собственника, чем в качестве держателя обеспечительного права. Это особенно касается случаев несостоятельности, когда активы собственника, хотя они и находятся во владении лица, представляющего право, исключаются из имущественной массы. Напротив, активы, лишь обремененные обеспечительным правом в пользу кредитора, включаются в состав имущественной массы (см. главу XII о последствиях несостоятельности для обеспечительного права, пункт 20).

88. Однако эти два обстоятельства неизменно присутствуют в национальном законодательстве. Так, например, во многих государствах формальные различия между использованием правового титула для целей обеспечения и обеспечительными правами в части создания и реализации устранены и механизмы обеспечения, основанные на правовом титуле, и обеспечительные права имеют один и тот же статус. Так, некоторые государства даже требуют от кредиторов, стремящихся реализовать переданные им в порядке обеспечения титульные права, использования режима реализации, применяемого в отношении обычных обеспечительных прав. Кроме того, во многих из этих государств действует порядок, согласно которому операции обеспечительной передачи обычно регулируются правилами, применимыми к передаче правового титула, однако в случае несостоятельности рассматриваются как инструменты обеспечения.

89. В одних государствах обеспечительная передача правового титула предусмотрена законом (обычно в рамках методов, именуемых “продажа с правом выкупа” или “продажа с возможностью обратной покупки”), а в других установлена практикой, признаваемой судами. Сегодня государства применяют различные подходы к механизмам обеспечения на основе передачи правового титула. Как уже отмечалось выше, в некоторых государствах на их создание распространяются менее жесткие правила, регулирующие передачу правового титула, и они по своим последствиям равнозначны полной передаче такого титула. В других государствах их создание регулируется более сложными правилами, касающимися обеспечительных прав, и их последствия аналогичны последствиям обычно обеспеченной сделки. В третьих государствах, особенно в государствах с системой гражданского права, едва ли не любая такая передача правового титула рассматривается как нарушение обычного режима, регулирующего инструменты обеспечения, и потому считается не имеющей юридической силы. В тех государствах, где действует единый всеобъемлющий режим, регулирующий непосессорные обеспечительные права, передача правового титула для целей обеспе-

чения допускается, однако рассматривается всего лишь как один из механизмов обеспечения. В этих государствах к созданию, силе в отношении третьих сторон, приоритетности и реализации прав, вытекающих из обеспечительной передачи правового титула, применяются те же требования, что и к обеспечительным правам (см. пункты 101–109, ниже).

90. У законодателей есть два принципиально разных варианта действий. Первый вариант – это признать обеспечительную передачу правового титула с (как правило) менее жесткими требованиями и более серьезными последствиями прямой передачи такого титула, избежав тем самым применения общего режима, регулирующего обеспечительные права. Этот вариант укрепляет позиции обеспеченного кредитора (хотя и с риском увеличения степени его ответственности; см. главу II о создании обеспечительно права, пункт 71) и ослабляет позиции лица, предоставляющего право, и других кредиторов этого лица.

91. Второй вариант – признать обеспечительную передачу правового титула, но при этом согласовать предъявляемые к ней требования или ее последствия, либо и то и другое, с требованиями и последствиями обеспечительного права. Этого можно добиться двумя способами. С одной стороны, государства могут определить перечень допустимых сделок, связанных с передачей правового титула, распространив на них режим создания, силы в отношении третьих сторон, приоритетности и реализации, применимый к обеспечительным правам, и запретить все прочие сделки. По этому пути пошли некоторые государства с системой гражданского права. С другой стороны, государства могут просто установить, что сделки, связанные с обеспечительной передачей правового титула, являются сделками, создающими обеспечительные права. Этого подхода придерживаются многие государства с системой общего права. И в том, и в другом случае количество плюсов для получателя и соответствующих минусов для других сторон уменьшается. Второй вариант находит применение в государствах, где действует функциональный, комплексный и всеобъемлющий режим обеспеченных сделок, и именно его рекомендуется придерживаться в *Руководстве* (см. рекомендацию 9).

b. Удержание правового титула

92. Второй вариант использования правового титула в качестве обеспечения реализуется с помощью средств, позволяющих продавцу использовать свой правовой титул на продаваемые материальные активы для целей обеспечения выполнения покупателем его финансовых обязательств по оплате покупной цены этих активов. Наиболее распространенным, но не единственным способом такого использования правового титула является заключение договора о его удержании (резервирование права собственности). Существует, однако, и ряд других механизмов, позволяющих продавцам использовать свой правовой титул. Одни из них предусмотрены законом, а другие создаются по договоренности между сторонами.

93. Во многих государствах законодательство, регулирующее куплю-продажу товаров, позволяет кредитору, фактически передавшему правовой титул покупателю, добиваться аннулирования сделки, если покупатель не уплачивает покупную цену. После аннулирования сделки продавец имеет право требовать возвращения проданных активов в свою собственность и владение без какого-либо обременения, которое мог наложить на них покупатель. Это право обычно возникает в силу закона, хотя в некоторых государствах продавцы могут по договоренности с продавцом сделать его более широким, чем предусмотрено законодательством о купле-продаже. Учитывая, что

Руководство посвящено в основном обеспечительным правам, создаваемым по договоренности, эти установленные законом средства правовой защиты продавца далее здесь рассматриваться не будут (более подробно об этом см. главу V о приоритете обеспечительного права, пункты 107–109, и рекомендацию 86).

94. В рамках договоренности о простом удержании правового титула на проданные активы продавец может удерживать последний до полной уплаты покупной цены. В подобного рода финансировании могут участвовать также и ссудодатели, выступая в качестве цессионариев по обеспеченным обязательствам, уступленным им продавцом. Существует несколько вариантов сделок с удержанием правового титула. Иногда продавец просто обещает продать определенные активы покупателю, но сама сделка купли-продажи (а также передача правового титула) считается совершенной только после уплаты их полной цены. Иногда продажа ставится в зависимость от уплаты покупателем полной цены. Однако чаще всего продажа совершается сразу, а в зависимость от уплаты цены ставится лишь передача правового титула. Общим для всех этих вариантов является то, что покупатель фактически не получает прав на соответствующие активы, хотя может владеть и пользоваться ими (а в некоторых случаях и распоряжаться), пока не будет полностью уплачена их покупная цена. До этого момента правовой титул на активы принадлежит продавцу.

95. Государства допускают также различия в сфере охвата соглашений об удержании правового титула. Иногда такие различия касаются обеспеченных обязательств, а иногда – активов, правовой титул на которые подлежит удержанию. Например, по соглашению об удержании правового титула, касающемуся “всех денежных средств” или “текущего счета”, продавец удерживает правовой титул на проданные активы до тех пор, пока не будут погашены все обязательства покупателя, связанные как с данными конкретными активами, так и с другими активами, приобретенными покупателем у продавца. В соответствии с так называемым “расширенным” соглашением об удержании правового титула права продавца могут распространяться также на дебиторскую задолженность или иные поступления от продажи активов. Однако такие соглашения допускаются лишь в очень немногих государствах. Но даже в этих государствах право на поступления обычно аннулируется, если такие поступления нельзя отделить от других поступлений. В подавляющем же большинстве государств удержание правового титула не распространяется на поступления. Кроме того, почти во всех государствах удержание правового титула распространяется на активы только до тех пор, пока их можно идентифицировать. Соответствующие права перестают действовать, как только эти активы становятся частью других активов (в процессе производства) или иным образом утрачивают свои первоначальные характеристики.

96. Альтернативой соглашению об удержании правового титула, имеющей те же экономические последствия, может служить объединение договора аренды с правом арендатора на выкуп арендуемого актива по номинальной стоимости, которое, как правило, может быть реализовано только после уплаты арендатором посредством регулярных арендных платежей большей части условной “покупной цены” (см. пример в пункте 26 Введения). В некоторых случаях, когда оборудование арендуется на весь срок его полезной службы, договор аренды эквивалентен соглашению об удержании правового титула даже без права выкупа. Все эти различные варианты соглашений об удержании правового титула призваны обеспечить заемщику возможность получения финансовых средств на цели приобретения оборудования или инвентарных запасов (см. главу IX о финансировании приобретения). Для облегчения подачи материала в нижеследующих пунктах термин “продажа” будет включать аренду, термин “продавец” – арендодателя, а термин “покупатель” – арендатора, по крайней мере в отношении договоров аренды, выполняющих обеспечительные функции.

97. С экономической точки зрения соглашение об удержании правового титула создает обеспечительное право, которое особенно хорошо адаптировано к потребностям продавцов при предоставлении обеспеченных кредитов покупателям. Во многих государствах кредиты такого рода, обычно предоставляемые поставщиками, широко используются в качестве альтернативы общему банковскому финансированию и имеют преференциальный статус ввиду их важности для функционирования мелких и средних поставщиков материальных активов. В других государствах банки на более регулярной основе участвуют в финансировании приобретения, в результате чего сложилась практика, позволяющая им использовать преимущества механизма удержания правового титула. В частности, продавец может продать материальный актив банку за наличные, а банк может перепродать его покупателю в кредит с удержанием правового титула на него, или же покупатель может расплатиться с продавцом наличными за счет займа, а затем передать банку правовой титул в качестве обеспечения этого займа. В таких государствах на данный источник кредитования и присущее ему конкретное обеспечение зачастую распространяется, при условии выполнения определенных формальных требований, особая привилегия – повышение степени приоритетности по сравнению с конкурирующими обеспечительными правами в том же материальном активе.

98. С учетом того, что соглашение об удержании правового титула изначально было одним из условий договора купли-продажи или договора аренды многие государства (включая ряд государств, приравнивающих механизмы, основанные на передаче правового титула, к обеспечительным инструментам) по прежнему рассматривают такое соглашение лишь в качестве квазиобеспечительного права. В связи с этим они не распространяют на механизмы, предполагающие удержание правового титула, общие правила, действующие в отношении обеспечительных прав, и особенно правила, касающиеся их создания, обеспечения силы в отношении третьих сторон, приоритетности и реализации. Дополнительным преимуществом таких механизмов является то, что заключение соглашения об удержании правового титула не сопряжено с большими затратами, поскольку во многих государствах на него не распространяются требования в отношении публичности.

99. Вместе с тем соглашения об удержании правового титула имеют и определенные недостатки. Позиции покупателя и его кредиторов ослабляются, а третьим сторонам, из-за отсутствия публичности, приходится полагаться на информацию, предоставляемую им покупателем, или тратить время и средства на сбор сведений из других источников. Другой недостаток состоит в том, что соглашение об удержании правового титула может воспрепятствовать или по крайней мере помешать использованию покупателем приобретенных активов для предоставления обеспечительного права второй очереди другому кредитору. Еще одним недостатком является то, что без согласия продавца невозможно или затруднено принудительное выполнение требований необеспеченных кредиторов покупателя. Из-за этого в одних государствах соглашения об удержании правового титула регулируются как обеспечительные права во всех отношениях, а в других – лишь в некоторых (например, на них распространяется требование в отношении публичности, но при этом они пользуются особым приоритетным статусом). Кроме того, в некоторых государствах соглашения об удержании правового титула не имеют силы в отношении третьих сторон либо вообще, либо в том случае, когда они относятся к определенным активам, особенно инвентарным запасам, поскольку считается, что удержание продавцом правового титула несовместимо с предоставлением покупателю права и полномочий распоряжаться инвентарными запасами в ходе его обычной хозяйственной деятельности.

100. Государства могут рассмотреть несколько вариантов действий. Один из них заключается в сохранении механизма удержания правового титула в качестве осо-

бого механизма. При таком подходе на удержание правового титула не должны распространяться требования, касающиеся формы или публичности. Другой, несколько отличный вариант состоит в сохранении механизма удержания правового титула в качестве особого механизма, предназначенного исключительно для обеспечения уплаты покупной цены соответствующего актива без любого другого кредита, поступлений или продуктов. Третий вариант – включить соглашения об удержании правового титула в обычную систему обеспечительных прав. В этом случае вопросы создания, силы в отношении третьих сторон, приоритета и реализации будут регулироваться даже в случае несостоятельности покупателя, правилами, действующими в отношении обеспечительных прав. При таком подходе продавцу, по принципиальным соображениям, о которых говорилось выше, можно предоставить определенные преимущества (например, приоритет с момента заключения договора купли-продажи, предусматривающего удержание правового титула, или с момента поставки товаров). Четвертый вариант состоит в том, чтобы удержание правового титула по-прежнему считать отдельной сделкой, но полностью уравнять его с любым другим обеспечительным правом (т. е. отказаться от предоставления продавцу, удерживающему правовой титул, каких-либо особых привилегий в части создания, силы в отношении третьих сторон, приоритета и реализации). Более подробно все эти варианты рассматриваются в главе IX о финансировании приобретения.

iv) Функциональный, комплексный и всеобъемлющий подход к обеспеченным сделкам

101. В XX веке потребности предприятий в кредитах зачастую не удовлетворялись из-за отсутствия соответствующей правовой базы, опираясь на которую заемщики могли бы предоставлять обеспечительные права ссудодателям и другим кредиторам. В некоторых случаях законом прямо запрещалось предоставлять обеспечительные права в отношении определенных видов активов. В других случаях необходимых правовых инструментов просто не существовало. Иногда сторонам удавалось разработать для достижения своих целей тот или иной правовой инструмент, но он оказывался неэффективным, дорогостоящим и сложным в использовании. Эти проблемы обусловили многие из тех явлений и тенденций, о которых говорилось выше. Они привели, например, к формированию договорной практики и принятию законодательных нововведений, допускающих фиктивные залоги, а также к появлению особых юридических операций, призванных способствовать решению проблем в конкретных секторах экономической деятельности. Кроме того, они стимулировали создание целого ряда механизмов, основанных на передаче правового титула, и способствовали широкому использованию соглашений об удержании такого титула и выработке различных вариантов такого удержания в целях повышения его эффективности как правового инструмента, обеспечивающего выполнение обязательства.

102. Столкнувшись со сложностями, неэффективностью и пробелами, обусловленными применением такого специального подхода к корректировке правовых режимов в целях удовлетворения потребностей предприятий в кредитах, к середине XX века некоторые государства пришли к пониманию необходимости переосмысления всех вопросов, связанных с обеспечительными правами в движимых активах. Результатом такого переосмысления стала единая, функциональная, комплексная и всеобъемлющая концепция обеспечительного права во всех видах движимых активов. Исходной посылкой для такого подхода к обеспеченным сделкам стало осознание того, что в основе различных видов непосессорных обеспечительных прав, традиционного посессорного залога и некоторых инструментов, связанных с передачей или удержанием правового титула, лежит ряд общих руководящих принципов, направленных на достижение одних и тех же экономических результатов.

103. Основная идея нового подхода к обеспеченным сделкам состоит в том, что содержание должно превалировать над формой. Не случайно эта идея впервые возникла в федеративных государствах, таких как Соединенные Штаты Америки и Канада, где в течение многих лет торговля между штатами или провинциями сдерживалась наличием разных и излишне детальных режимов, регулирующих предоставление обеспечения. Единый торговый кодекс Соединенных Штатов, являющийся типовым законом, который на сегодняшний день приняли все 50 штатов (включая штат Луизиана, где действует смешанная система общего и гражданского права), устанавливает единое всеобъемлющее обеспечительное право в движимых активах, объединяя многочисленные различные посессорные и непосессорные права в материальных и нематериальных активах, включая права, вытекающие из передачи и удержания правового титула, которые были предусмотрены ранее законами штатов и общим правом. Идея такого объединения была воспринята Канадой (включая провинцию Квебек, где с незначительными отличиями действует система гражданского права), Новой Зеландией, Индией и целым рядом других государств, в том числе многими государствами Центральной и Восточной Европы, где действуют нормы гражданского права. Во многом аналогичный подход положен в основу разработанного ОАГ Межамериканского типового закона об обеспеченных сделках, а также разработанного ЕБРР Типового закона об обеспеченных сделках, предусматривающего возможность создания конкретного обеспечительного права, которое может действовать параллельно с другими инструментами обеспечения (например, арендой), и приравнивающего удержание правового титула к обеспечительному праву.

104. В качестве одного из подходов к созданию эффективного режима, способствующего предоставлению предприятиям и потребителям обеспеченных кредитов, такая функциональная, комплексная и всеобъемлющая система обеспечения имеет ряд важных преимуществ.

105. Во-первых, все законодательные акты, касающиеся непосессорных обеспечительных прав (зачастую весьма многочисленные), могут быть объединены в один текст, что позволяет обеспечить всеобъемлющий, согласованный и транспарентный характер соответствующих норм. Во-вторых, в этот текст могут быть включены и при этом адаптированы к современным требованиям нормы, касающиеся посессорных обеспечительных прав, и особенно посессорного залога. В-третьих, в данную систему могут быть встроены инструменты, основанные на правовом титуле, такие как обеспечительная передача такого титула и его удержание, причем таким образом, чтобы не только обеспечить необходимую защиту продавцов, но и предоставить покупателям возможность использовать стоимость приобретенных ими активов для получения дополнительных кредитов. В-четвертых, в нее можно включить также договорные механизмы, выполняющие обеспечительные функции, например договоры аренды, продажи и перепродажи, и продажи и обратной аренды, приняв меры к тому, чтобы свести к минимуму коллизии и путаницу по поводу приоритетности прав различных кредиторов, участвующих в таких сделках. В-пятых, такой подход способствует конкуренции среди кредитодателей, создавая равные условия игры для продавцов, арендодателей и ссудодателей.

106. Кроме того, при таком подходе кредитору, который рассматривает возможность предоставления обеспеченного займа, нет необходимости тщательно изучать разные условия различных альтернативных механизмов обеспечения и оценивать их соответствующие преимущества и недостатки. Наличие одного единственного режима, устанавливающего всеобъемлющее обеспечительное право, упрощает задачу кредиторов лица, предоставляющего обеспечительное право, или управляющего в деле о несостоятельности такого лица, которому необходимо определить права и обязанности таких кредиторов по отношению к обеспеченному кредитору, что позволяет

снизить расходы, связанные с созданием обеспечительных прав и их реализацией, и соответственно общую стоимость обеспеченного кредита.

107. В рамках межгосударственных отношений признание всеобъемлющего обеспечительного права облегчает признание обеспечительных прав в активах, перемещаемых из одного государства в другое, в этом другом государстве. Такая система значительно упрощает признание широкого круга иностранных обеспечительных прав, независимо от того, носят ли они узкий характер или являются столь же всеобъемлющими, и способствует развитию трансграничной торговли.

108. Вместе с тем такой функциональный, комплексный и всеобъемлющий подход имеет и ряд недостатков. Во-первых, он может потребовать реклассификации некоторых сделок (например, отнесения передачи или удержания правового титула в целях обеспечения к категории обеспечительных механизмов), по крайней мере для целей законодательства об обеспеченных сделках. В государствах, которые еще не приняли концепцию правового титула в отношении движимых активов, потребуется провести разъяснительную работу среди юристов и представителей деловых кругов, с тем чтобы они представляли себе, как это все будет выглядеть на практике. Кроме того, во многих государствах данный подход потребует корректировки базовых логических посылок, на которых до сих пор строилось законодательство, касающееся обеспечительных прав. Так, например, во многих государствах принято считать, что обеспечительные права являются исключением из общего принципа равенства кредиторов и потому должны толковаться ограничительно. Кроме того, обеспечительное право обычно считается конкретным правом в конкретных активах, призванным обеспечить исполнение конкретного обязательства конкретного должника перед конкретным кредитором. Применение функционального, комплексного и всеобъемлющего подхода требует замены этих традиционных ограничений тем или иным общим принципом, способствующим распространению практики кредитования под обеспечение. И наконец, при таком подходе обычно предполагается, что новый режим будет введен в действие одним законодательным актом. Для некоторых государств это будет означать внесение значительных изменений в систему их гражданских и торговых кодексов и других законов.

109. Многие из этих недостатков можно минимизировать или устранить, уделив должное внимание порядку разработки в государствах законодательства, необходимого для создания функционального, комплексного и всеобъемлющего режима обеспечительных прав. Так, например, реализовать бóльшую часть преимуществ и избежать большинства недостатков можно за счет *a)* проведения всеобъемлющей реформы существующих законов, касающихся обеспечительных прав, механизмов обеспечения, основанных на правовом титуле, уступки дебиторской задолженности и финансовой аренды; и *b)* принятия конкретных законодательных норм, регулирующих сложившуюся договорную практику, в целях устранения пробелов в законодательстве. При этом следует помнить о необходимости обеспечить последовательность, транспарентность, эффективность и подлинную ценовую и иную конкуренцию между всеми кредиторами. Однако выгоды от скоординированного и единовременного проведения законодательных реформ намного перевешивают все связанные с этим затраты сил и средств.

v) Подход, предлагаемый Руководством

110. По многим причинам, о которых говорится в настоящем разделе и в разделе C Введения, авторы *Руководства* рекомендуют государствам взять на вооружение функциональный, комплексный и всеобъемлющий подход к обеспеченным сделкам

(см. рекомендацию 8, первое предложение). При создании и введении в действие функционального, комплексного и всеобъемлющего режима можно использовать один из двух подходов. Первый из них предполагает сохранение и использование названий прежних обеспечительных механизмов, таких как залог, плавающий залог, обеспечительная передача правового титула и удержание правового титула. При этом их создание и последствия в качестве обеспечительных прав должны регулироваться функциональным, комплексным и всеобъемлющим набором норм, в то время как для других целей (например, для целей налогообложения и бухгалтерского учета) они могут попрежнему регулироваться другими нормами. Такой подход позволяет сохранить концептуальное разнообразие механизмов обеспечения и других договорных механизмов, которые могут использоваться для целей обеспечения, но требует наличия единого набора норм, касающихся создания, силы в отношении третьих сторон, приоритета и реализации. Другой, несколько отличный подход, предполагает упразднение всех видов прав, выполняющих обеспечительные функции, с соответствующим объединением стоящих за ними конкретных сделок и финансовой практики в единое понятие обеспечительных прав. Все обеспеченные сделки должны при этом регулироваться одним и тем же набором норм, поскольку будет существовать только один вид обеспечительных механизмов. Оба этих подхода используются государствами, установившими в последнее время функциональные, комплексные и всеобъемлющие режимы обеспеченных сделок, и оба служат целям, провозглашаемым *Руководством*.

111. В качестве общего подхода к созданию функционального, комплексного и всеобъемлющего режима обеспеченных сделок авторы *Руководства* рекомендуют государствам использовать второй из этих подходов (кроме как применительно к финансированию приобретения) (см. рекомендацию 8, второе предложение). При таком подходе все обеспеченные сделки, независимо от их названия, должны рассматриваться в качестве обеспечительных прав и регулироваться одинаковым образом. Что касается финансирования приобретения, то авторы *Руководства* рекомендуют государствам взять на вооружение один из двух подходов, о которых говорится в предыдущем пункте. То есть государства могут избрать, применительно к финансированию приобретения, либо унитарный, либо неунитарный подход (см. рекомендацию 9). В соответствии с унитарным подходом базовые принципы, сформулированные в рекомендации 8, должны применяться и в отношении всех сделок, связанных с финансированием приобретения (см. рекомендацию 9, подпункт *a)*). В соответствии с неунитарным подходом государства должны сохранить для целей финансирования приобретения отдельные механизмы. Все сделки, связанные с финансированием приобретения, за исключением сделок по продаже активов с удержанием правового титула и договоров финансовой аренды, должны быть отнесены к категории приобретательских обеспечительных прав, регулируемых тем же набором норм, которые регулируют сделки, связанные с финансированием приобретения (см. рекомендацию 9, подпункт *b) i)*). Этот подход предполагает также сохранение прав собственности продавца, удерживающего правовой титул, и арендодателя по договору финансовой аренды, с корректировкой конкретных норм, регулирующих каждую такую сделку, в целях достижения результатов, функционально равнозначных результатам, достигаемым с помощью потребительского обеспечительного права (см. рекомендацию 9, подпункт *b) ii)*).

112. Легче в принципе использовать унитарный подход к финансированию приобретения, поскольку он не требует корректировок или увязки с другими законами. Кроме того, унитарный подход обеспечивает бóльшую транспарентность, поскольку все соответствующие нормы должны быть прописаны в одном законе. Вместе с тем в *Руководстве* признается, что некоторые государства могут оказаться не в состоянии использовать унитарный подход в части сделок, связанных с финансированием приобретения, и потому допускается, что при определенных обстоятельствах государства

могут избрать неунитарный подход (подробнее об этом см. главу IX о финансировании приобретения).

4. Два ключевых элемента, общих для всех глав Руководства

113. В предыдущих разделах настоящей главы подчеркиваются две основные идеи, способствующие открытой конкуренции между кредиторами. Во-первых, создание всеобъемлющего режима, охватывающего все виды сделок, служащих цели обеспечения исполнения обязательств, позволяет обеспечить равные условия для всех кредиторов. В принципе ни одна категория должников или кредиторов не должна пользоваться какими-либо особыми преимуществами. Во вторых, режим, в основе которого лежит функциональный, комплексный и всеобъемлющий подход, позволяет сократить расходы, связанные с заключением сделок, поскольку он устраняет необходимость разработки разных видов сделок для разных категорий должников и разных видов активов из-за сугубо формальных различий между ними и позволяет кредиторам придавать силу своим правам в отношении третьих сторон и устанавливать приоритет этих прав простым и единообразным способом.

114. В настоящем разделе рассматриваются еще два важных элемента, которые должны учитываться в рамках современного режима обеспеченных сделок. Первый из них – принцип автономии сторон – служит напоминанием о том, что обеспечительные права возникают в результате соглашения между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором. Второй подчеркивает растущую важность современных технологий для обеспечения эффективного функционирования системы торгового права. Хотя ни один из этих элементов не требует принятия каких-либо конкретных мер, и тот и другой задают общее направление движения государствам, планирующим принять новое законодательство об обеспеченных сделках. Оба этих элемента нашли также отражение в конкретных рекомендациях, содержащихся в различных главах *Руководства* (например, в рекомендации 94 и подпункте *j)* рекомендации 54). По этой причине они представлены в настоящем *Руководстве* как два ключевых элемента, дополняющих принципы всеобъемлющего охвата законодательства и функционального и комплексного подхода к регулированию обеспечительных прав.

a) Автономия сторон

115. В условиях современной экономики должники и кредиторы могут преследовать самые разные цели. В этой связи в рамках режимов обеспеченных сделок большое внимание уделяется принципу автономии сторон. основная идея состоит в том, чтобы дать сторонам максимальную свободу для заключения соглашений об обеспечении, отвечающих их конкретным потребностям. Число императивных норм должно быть сведено к минимуму, необходимому для обеспечения транспарентности и предсказуемости прав и их справедливой реализации.

116. Поскольку соглашения об обеспечении наделяют кредиторов имущественными правами в активах их должников, они неизбежно влекут за собой и последствия для третьих сторон. По этой причине современные режимы обеспеченных сделок четко устанавливают, что любые условия соглашений, отступающие от неимперативных норм или изменяющие их, являются обязательными лишь для сторон таких соглашений и затрагивают права третьих сторон лишь в той мере, в которой это предусмотрено общими принципами договорного права.

117. Хотя принцип автономии сторон дает широкие полномочия кредиторам и может затрагивать права других кредиторов, предполагается, что предоставление обеспечен-

ному кредитору и лицу, предоставляющему право, возможности заключать сделку в той форме, которая лучше всего подходит для их целей, обеспечит заемщикам более широкий доступ к обеспеченным кредитам. Вместе с тем многие государства неохотно включают принцип неограниченной автономии сторон в свое законодательство. Они стремятся ограничить такую автономию посредством ограничительного перечисления категорий сделок, которые могут заключаться сторонами, и детального регламентирования не только условий заключения и выполнения соответствующих соглашений, но и конкретных положений, которые могут быть в них включены. Напротив, другие государства исходят из того, что сторонам должно быть позволено отступать от любых норм, предусмотренных режимом обеспеченных сделок, если только такие нормы не продиктованы высшими соображениями государственной политики.

118. Этот второй подход в большей степени соответствует общим целям эффективного и действенного режима обеспеченных сделок. Он предоставляет сторонам наибольшую свободу для заключения сделок с учетом их конкретных потребностей. Это один из основных способов содействия развитию кредитования под обеспечение в рамках режима обеспеченных сделок. Именно такой подход принят в *Руководстве*. Государствам рекомендуется принять принцип автономии сторон в качестве базового положения их законодательства об обеспеченных сделках и применять к нему лишь небольшое число конкретных ограничений, предусмотренных в рекомендациях, содержащихся в последующих главах *Руководства* (см. рекомендацию 10; см. также главу VI о правах и обязанностях сторон по соглашению об обеспечении).

b) Использование современных электронных технологий

119. Современные режимы обеспеченных сделок не только отражают современные концепции законодательства об обеспеченных сделках, но и учитывают современную деловую практику и последние изменения в методах государственного регулирования. В *Руководстве* учитываются подобные изменения и практика в трех областях.

120. Во-первых, авторы *Руководства* исходят из того, что государства должны в целом содействовать развитию практики электронных сообщений. В связи с этим и в соответствии с пунктами 2 и 3 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах[1] и статьями 6 и 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле[2] в *Руководство* включен ряд рекомендаций, признающих за сторонами право осуществлять хозяйственную деятельность с использованием электронных сообщений. Смысл таких рекомендаций состоит в том, что законодательство об обеспеченных сделках не должно препятствовать современной торговле, запрещая сторонам использовать соответствующие электронные средства для выполнения любых требований, касающихся письменной формы или подписи (см. рекомендации 11 и 12 *Руководства*; см. также пункты 143–165 пояснительного примечания секретариата ЮНСИТРАЛ к Конвенции об электронных сообщениях[3] и *Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле с Руководством по принятию, 1996 год, с дополнительной статьей 5 бис, принятой в 1998 году*, пункты 47–61).

121. Во-вторых, в *Руководстве* признается, что правовые нормы, касающиеся оборотных документов в электронной форме, стремительно меняются. Однако из-за трудностей, с которыми сопряжено создание электронного эквивалента бумажных оборотных документов, многие рекомендации *Руководства* подготовлены применительно лишь к оборотным инструментам и оборотным документам в бумажной форме.

[1] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.07.V.2.

[2] Там же, в продаже под № R.99.V.4.

[3] Там же, в продаже под № R.07.V.2.

Вместе с тем не следует считать, что *Руководство* направлено против использования электронных эквивалентов бумажных оборотных инструментов или оборотных документов. В этой связи в *Руководстве* предусматривается, что государство, принимающее соответствующее законодательство и желающее решить этот вопрос, может сделать это в соответствии с рекомендациями *Руководства*, но для этого ему потребуется самостоятельно разработать специальные правила (в Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах вопросы электронного эквивалента бумажных оборотных документов также не рассматриваются[4]).

122. В-третьих, как было отмечено в рекомендации 1, подпункты *c), e)* и *f)*, *Руководство* предполагает принятие трех важных концепций, касающихся силы обеспечительных прав в отношении третьих сторон. В нем предусмотрено создание непосессорных обеспечительных прав как в материальных, так и в нематериальных активах лица, предоставляющего право. Кроме того, в нем предлагается простой порядок создания обеспечительного права между сторонами, а также простые дополнительные меры по обеспечению транспарентности в целях придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон. Помимо этого в нем рекомендуется создание общего реестра обеспечительных прав и использование регистрации уведомлений о существующих или потенциальных обеспечительных правах в качестве общего метода придания таким правам силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 32). В *Руководстве* признается, что общий реестр обеспечительных прав может вестись и в бумажной форме, однако государствам рекомендуется по возможности создавать такие реестры в электронной форме, используя преимущества современных технологий (см. рекомендацию 54, подпункт *j)*). Более подробно вопросы создания и использования компьютерного реестра рассматриваются в главе IV, посвященной системе регистрации.

B. Рекомендации 2-12

Цель

Цель положений, касающихся сферы применения законодательства об обеспеченных сделках, состоит в том, чтобы установить единый всеобъемлющий режим таких сделок. В этих положениях указываются обеспечительные и другие права, на которые распространяется это законодательство. Положения, касающиеся основных подходов к обеспечению, призваны обеспечить, чтобы указанное законодательство:

a) применялось ко всем договорным правам в движимых активах, обеспечивающим платеж или иное исполнение обязательства (“функциональный подход”); и

b) предусматривало надлежащее применение функционального подхода, с тем чтобы режим всех обеспеченных кредитодателей определялся нормами, имеющими функционально эквивалентные последствия.

Сфера применения

2. С учетом рекомендаций 3–7[5] законодательство должно применяться ко всем созданным по договоренности правам в движимых активах, которые обеспечивают платеж или иное исполнение обязательства, независимо от формы сделки, вида движимых активов, статуса лица, предоставляющего обеспечительное право, или обеспеченного кредитора и характера обеспеченного обязательства. Таким образом, оно должно применяться:

[4] Там же, пояснительное примечание, пункт 7.

[5] Если в какой-либо рекомендации делается ссылка на рекомендации из другой главы, то в ссылке указываются также номер и тема другой главы, где они содержатся. Отсутствие такого указания означает, что рекомендация, на которую делается ссылка, находится в той же главе, что и рекомендация, которая содержит эту ссылку.

a) к обеспечительным правам во всех видах движимых активов, материальных и нематериальных, нынешних и будущих, включая инвентарные запасы, оборудование и другие материальные активы, договорную и недоговорную дебиторскую задолженность, договорные неденежные требования, оборотные инструменты, оборотные документы, права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, права на получение поступлений по независимым обязательствам и интеллектуальную собственность;

b) к обеспечительным правам, созданным или приобретенным всеми юридическими и физическими лицами, включая потребителей, без ущерба для прав согласно законодательству о защите потребителей;

c) к обеспечительным правам, обеспечивающим все виды обязательств, существующих или будущих, определенных или поддающихся определению, включая меняющиеся обязательства и обязательства, сформулированные в общем виде; и

d) ко всем имущественным правам, созданным на договорной основе для целей обеспечения платежа или иного исполнения обязательства, включая передачу в обеспечительных целях правового титула на материальные активы, уступку в этих же целях дебиторской задолженности, различные формы соглашений об удержании правового титула и финансовую аренду.

Законодательство должно применяться также к обеспечительным правам в поступлениях от обремененных активов.

Прямая передача дебиторской задолженности

3. Законодательство должно применяться к прямой передаче дебиторской задолженности, несмотря на то что такая передача не служит обеспечением платежа или иного исполнения обязательства. Данная рекомендация применяется с учетом исключения, предусмотренного рекомендацией 167 (глава VIII о реализации обеспечительного права).

Ограничения в отношении сферы применения

4. Несмотря на положения рекомендации 2, законодательство не должно применяться:

a) к воздушным судам, железнодорожному подвижному составу, космическим объектам и морским судам, а также другим категориям подвижного оборудования в той мере, в какой такие активы охвачены каким-либо внутренним законом или международным соглашением, участником которого является государство, принимающее законодательство на основе настоящих рекомендаций (далее “государство” или “это государство”), а конкретные вопросы, охваченные этим законодательством, регулируются этим внутренним законом или международным соглашением;

b) к интеллектуальной собственности в той мере, в которой положения этого законодательства противоречат внутреннему законодательству или международным соглашениям, участником которых является данное государство, и которые касаются интеллектуальной собственности;

c) к ценным бумагам;

d) к правам на получение платежа, предусмотренным финансовыми договорами, регулируемыми соглашениями о взаимозачете, или вытекающим из них, за исключением дебиторской задолженности, остающейся на момент прекращения всех незавершенных сделок; и

e) к правам на получение платежа, предусмотренным в рамках валютных сделок, или вытекающим из них.

5. Законодательство не должно применяться к недвижимому имуществу. Однако такое имущество могут затрагивать рекомендации 21 и 25 (глава II о создании обеспечительного права), 43 и 48 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), 87 и 88 (глава V о приоритете обеспечительного права), 164 и 165 (глава VIII о реализации обеспечительного права) и 184, 195 и 196 (глава IX о финансировании приобретения).

6. В законодательстве следует предусмотреть, что если согласно другому законодательству обеспечительное право в исключенных видах активов (например, в недвижимом имуществе) распространяется и на те виды поступлений, к которым применяется законодательство об обеспеченных сделках (например, к дебиторской задолженности), то последнее применяется к обеспечительному праву в поступлениях в той степени, в какой к нему не применяется это другое законодательство.

7. Законодательство не должно предусматривать никаких других исключений из сферы его применения. Если такие другие исключения все же устанавливаются, они должны быть четко и конкретно оговорены в законодательстве.

Функциональный подход

8. Законодательство должно быть основано на функциональном подходе, в соответствии с которым оно должно охватывать все права в движимых активах, создаваемые по договоренности сторон и обеспечивающие платеж или иное исполнение обязательства независимо от формы сделки или терминологии, используемой сторонами (включая права получателей при обеспечительной передаче правого титула на материальные активы, права цессионария при обеспечительной уступке дебиторской задолженности, а также права продавцов и арендодателей по финансовой аренде в рамках различных форм соглашений об удержании правового титула и финансовой аренды соответственно). За исключением случаев финансирования приобретения, функциональный подход должен применяться таким образом, чтобы все права, обеспечивающие исполнение обязательств, квалифицировались в качестве обеспечительных прав и регулировались общим набором норм.

9. В отношении финансирования приобретения функциональный подход может применяться:

a) либо таким образом, чтобы все права в движимых активах, которые обеспечивают платеж или иное исполнение обязательства, квалифицировались как приобретательские обеспечительные права, регулируемые общим набором норм (“унитарный подход”);

b) либо таким образом, чтобы (в рамках подхода, именуемого “неунитарным”):

i) все права в движимых активах, которые обеспечивают платеж или иное исполнение обязательства, помимо прав продавца по соглашению об удержании правового титула и прав арендодателя по финансовой аренде, квалифицировались как приобретательские обеспечительные права; и

ii) права продавца по соглашению об удержании правового титула и права арендодателя по финансовой аренде квалифицировались как права собственности, но регулировались нормами, позволяющими получить результаты, функционально эквивалентные результатам, которые дает использование приобретательских обеспечительных прав, и тем самым обеспечить равный режим для всех лиц, финансирующих приобретение.

Автономия сторон

10. В законодательстве следует предусмотреть, что, за исключением случаев, предусмотренных в рекомендациях 14 и 15 (глава II о создании обеспечительного права), 111 и 112 (глава VI о правах и обязанностях сторон соглашения об обеспечении), 132–136 (глава VIII о реализации обеспечительного права), 178–186 (глава IX о финансировании приобретения, вариант A: унитарный подход), 187–202 (глава IX о финансировании приобретения, вариант B: неунитарный подход), 203–215 и 217–227 (глава X о коллизионном праве), обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее обеспечительное право, или должник могут по договоренности отходить от его положений, касающихся их соответствующих прав и обязанностей, или изменять эти положения. Такая договоренность не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной соглашения[6].

[6] См. статью 6 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

Электронные сообщения

11. В законодательстве следует предусмотреть, что в тех случаях, когда это законодательство требует, чтобы то или иное сообщение или договор были составлены в письменной форме, или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия такой письменной формы, это требование считается выполненным при наличии электронного сообщения, если содержащаяся в нем информация является доступной и пригодной для последующего использования.

12. В законодательстве следует предусмотреть, что в тех случаях, когда это законодательство требует, чтобы то или иное сообщение или договор были подписаны каким-либо лицом, или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия такой подписи, это требование считается выполненным в отношении электронного сообщения, если:

a) использован какой-либо способ идентификации этого лица и подтверждения его намерений в отношении информации, содержащейся в этом электронном сообщении; и

b) этот способ является:

i) достаточно надежным для той цели, с которой данное электронное сообщение было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности; либо

ii) проверенным на практике в части способности выполнять самостоятельно или с помощью дополнительных доказательств те функции, о которых говорится в подпункте *a),* выше[7].

[7] Касательно рекомендаций 11 и 12, см. пункты 2 и 3 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах.

II. Создание обеспечительного права (сила в отношениях между сторонами)

A. Общие замечания

1. Введение

1. Под обеспечительным правом в *Руководстве* подразумевается имущественное право (в отличие от личного права) в движимых активах (в отличие от недвижимого имущества), создаваемое (в отличие от права, возникающего на основании закона или решения суда) по договоренности между лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором (см. Введение, раздел B, “Терминология и толкование”) . Это имущественное право призвано обеспечить исполнение обязательства лица, предоставляющего обеспечительное право, или иного лица перед таким кредитором. Обеспечительное право считается “созданным” после выполнения всех требований, связанных с приданием ему силы в отношении лица, его предоставившего. Однако в разных правовых системах используются разные методы оценки правовых последствий такого создания, основывающиеся, как правило, на одном из трех разных подходов.

2. В соответствии с одним из этих подходов надлежащим образом созданное обеспечительное право в том или ином активе не только действует в отношении лица, предоставившего такое право, но и автоматически приобретает силу в отношении всех третьих сторон (данное свойство имущественных прав известно как “действительность в отношении всех лиц” (erga omnes)). Поскольку весь смысл обеспечительного права состоит в том, чтобы позволить обеспеченному кредитору продать обремененный актив и получить поступления от такой продажи в преференциальном порядке по отношению к конкурирующим заявителям требований, при данном подходе нет никакого смысла проводить различия между последствиями обеспечительного права в отношениях между сторонами и его последствиями в отношении третьих сторон.

3. Согласно второму подходу обеспечительное право действует только в отношении лица, предоставившего это право, а чтобы оно приобрело силу в отношении третьих сторон, заявляющих свои права на соответствующий актив, требуются дополнительные действия, такие как регистрация уведомления в общем реестре обеспечительных прав или передача актива во владение обеспеченному кредитору. Такого рода правовые последствия называются в настоящем *Руководстве* “силой” или “действительностью” в отношении третьих сторон. Упомянутые дополнительные действия обычно служат основой для определения приоритетности обеспечительного права по отношению к конкурирующим требованиям. В основе второго подхода лежит признание того, что в большинстве правовых систем для придания силы договорным обязательствам в отношениях между сторонами требуется выполнение меньшего числа формальностей, чем при создании имущественных прав. Другими словами, при таком подходе наличия соглашения об обеспечении достаточно для того, чтобы обеспечительное право в том или ином активе имело силу в отношениях между сторонами, но недостаточно для обеспечения действительности имущественных аспектов обеспечительного права в отношении третьих сторон, таких как другие обеспеченные кредиторы, кредиторы по

решению суда, конкурсный управляющий (в случае несостоятельности лица, предоставившего обеспечительное право) или последующие получатели обремененного актива. Кроме того, второй подход строится на том, что уведомление или регистрацию не следует делать условием приобретения силы в отношениях между сторонами, поскольку это создало бы препятствия для заключения сделок, служащих обеспечительным целям, но предполагающих неофициальную продажу или аренду активов (таких, как продажа с удержанием правового титула или финансовая аренда).

4. В ряде государств в основе правовой системы лежит третий подход, представляющий собой комбинацию первых двух подходов. В соответствии с этим подходом обеспечительное право считается имеющим силу в отношении всех сторон, кроме других обеспеченных кредиторов, с момента его создания. То есть не нужны никакие дополнительные действия для придания ему силы в отношении третьих сторон, помимо других обеспеченных кредиторов. Покупатели, арендаторы, лица, владеющие лицензией, кредиторы по решению суда и конкурсные управляющие довольствуются тем, что остается после реализации обеспечительного права, если только не применяется какая-либо другая законодательная норма, например норма, защищающая интересы покупателя актива в процессе обычной хозяйственной деятельности продавца. Вместе с тем в целях защиты права лица, предоставившего обеспечительное право, на использование своих активов для обеспечения других кредитов, законодательство этих государств обычно предусматривает, что такое обеспечительное право не действует в отношении других обеспеченных кредиторов, если только не было предпринято каких-либо дополнительных действий, таких как передача актива во владение или регистрация в общем реестре обеспечительных прав. То есть в целях защиты прав последующих кредиторов, заявляющих конкретные права на обремененный актив, применяются специальные нормы, касающиеся силы в отношении третьих сторон и приоритета. Такой подход обычно приводит к тем же результатам, что и второй подход, хотя возможны и некоторые отклонения в части прав кредиторов по судебному решению и конкурсных управляющих (в случае несостоятельности лица, предоставившего обеспечительное право).

5. Авторы *Руководства* отдают предпочтение второму из рассмотренных общих подходов. Это объясняется рядом причин. Если сравнивать второй и третий подходы, то второй предпочтительнее, поскольку он не делает разницы между категориями сторон, заявляющих конкурирующие требования. Цель же *Руководства* – обеспечить создание всеобъемлющего режима, регулирующего обеспечительные права и основанного на принципах, позволяющих разрешать все возможные конфликты между сторонами, заявляющими конкурирующие требования. Принимая решение о необходимости каких-либо дополнительных действий со стороны той или иной категории претендентов на обремененные активы по приданию гласности информации об обеспечительном праве, государство лишь затрудняет урегулирование этих конфликтов, если нет общей основы для обеспечения силы обеспечительного права в отношении всех категорий претендентов.

6. Если же сравнивать первый и второй подходы, то второй предпочтительнее, поскольку он позволяет государствам свести к минимуму формальности, необходимые для создания обеспечительного права. В тех случаях, когда не делается разницы между силой обеспечительного права в отношениях между сторонами и его силой в отношении третьих сторон, государства зачастую требуют от сторон выполнения большого числа дополнительных формальных договорных условий, направленных на защиту интересов третьих сторон и выходящих далеко за рамки того, что обычно требуется для обеспечения силы договоров в отношении сторон, их заключивших. В тех же государствах, которые не требуют принятия каких-либо дополнительных мер для придания силы в отношении третьих сторон, такие третьи стороны, включая потенциальных обес-

печенных кредиторов, обычно не имеют в своем распоряжении эффективного инструмента для определения объема прав лица, предоставляющего обеспечительное право, в обременяемых активах.

7. В *Руководстве* рекомендуется подход, предполагающий проведение различий между условиями, при которых обеспечительное право приобретает силу в отношениях между сторонами, и дополнительными требованиями, которые необходимо выполнить для обеспечения силы такого права в отношении всех третьих сторон. Основная цель такого подхода состоит в том, чтобы облегчить создание обеспечительного права в том или ином активе и в то же время предоставить всем третьим сторонам, обладающим правом в этом активе (покупателям, арендаторам, держателям лицензий, другим обеспеченным кредиторам, кредиторам по судебному решению и управляющему в деле о несостоятельности лица, предоставившего обеспечительное право), недорогие, но надежные средства для определения того, наложено ли обременение на активы лица, предоставляющего обеспечительное право.

8. В настоящей главе рассматриваются вопросы, касающиеся создания договорного обеспечительного права в том или ином активе и силы этого права в отношениях между сторонами, заключившими соглашение об обеспечении. Вопрос действительности обеспечительного права в отношении третьих сторон рассматривается в главе III. Правила, касающиеся определения приоритетности требований кредиторов в отношении одних и тех же активов, рассматриваются в главе V, а вопросы действенности обеспечительного права в случае несостоятельности лица, предоставляющего право, – в главе XII.

9. Раздел A настоящей главы посвящен общим принципам, регулирующим создание обеспечительного права. В разделах A.2–A.4 рассматриваются общие требования, касающиеся создания действительного обеспечительного права, вопрос о том, с какого момента обеспечительное право приобретает силу в отношениях между сторонами, основные элементы соглашения об обеспечении и некоторые требования формального характера. В разделах A.5–A.7 подробно изложены замечания, касающиеся идентификации сторон соглашения об обеспечении, и определяются активы, на которые может быть наложено обременение и видах обязательств, которые могут быть обеспечены обеспечительным правом. В разделах A.8–A.13 рассматриваются конкретные вопросы создания обеспечительного права в отношении поступлений, принадлежностей и активов, являющихся частью какого-либо массива или продукта.

10. Раздел B посвящен вопросу о придании силы обеспечительному праву в отношениях между лицом, предоставляющим такое право, и обеспеченным кредитором применительно к конкретным видам активов. В разделе B.1 рассматриваются важные случаи, когда обеспечительным правом обременяется дебиторская задолженность, а в разделе B.2 – конкретная ситуация, когда производится уступка дебиторской задолженности вопреки положениям соответствующего соглашения, из которого вытекает дебиторская задолженность. Раздел B.3 касается создания обеспечительного права в тех случаях, когда дебиторская задолженность сама обеспечена личным или имущественным правом в других активах. В разделах B.4–B.6 изложены принципы, регулирующие создание обеспечительного права в праве на получение средств, зачисленных на банковский счет, в праве на получение поступлений по независимому обязательству, а также в оборотных документах и активах, на которые они распространяются.

11. В заключительном разделе C настоящей главы сформулирован ряд рекомендаций, касающихся требований в отношении создания обеспечительного права, действительного в отношениях между лицом, предоставляющим такое право, и обеспеченным кредитором.

2. Создание обеспечительного права (сила в отношениях между сторонами)

12. Выбрав подход в вопросе о силе обеспечительного права, государство должно определить условия, которые должны быть соблюдены, прежде чем такое право может быть создано и начнет действовать в отношениях между сторонами. Вопросы, которые при этом необходимо решить, вытекают из базовых структурных особенностей обеспечительного права как имущественного права, создаваемого по договоренности сторон (а не только в силу закона) в целях обеспечения исполнения того или иного обязательства.

13. Из понимания обеспечительного права как права, вытекающего из договоренности сторон, следует, что государства должны эксплицитно решить для себя пять важных вопросов. Во-первых, они должны определить существенные элементы соглашения об обеспечении. Во вторых, они должны определить форму соглашения. В-третьих, они должны определить: *a)* кто может предоставлять обеспечительное право и, в частности, следует ли устанавливать какие-либо специальные ограничения помимо ограничений, касающихся обычных договоров, в отношении правомочности некоторых лиц предоставлять обеспечительные права; *b)* кто может быть бенефициаром такого права и, в частности, могут ли в качестве бенефициаров обеспечительного права выступать все лица, обладающие договорной правоспособностью. В-четвертых, государства должны определить, какие виды обязательств могут обеспечиваться обеспечительным правом и, в частности, могут ли являться объектом такого обеспечения будущие и промежуточные обязательства. В-пятых, они должны определить, какие активы могут быть обременены обеспечительным правом и, в частности, следует ли исключить из числа активов, которые могут быть предоставлены в качестве обеспечения, некоторые виды личных активов или активов хозяйственного назначения и могут ли в качестве обеспечения предоставляться целые категории активов. Эти вопросы по отдельности рассматриваются в разделах А.3–А.7, ниже.

14. Кроме того, при разработке норм, касающихся создания обеспечительного права и его силы в отношениях между лицом, предоставляющим такое право, и обеспеченным кредитором, некоторым государствам потребуется решить и ряд других вопросов. Прежде всего им необходимо будет четко определить, какие конкретно действия должны быть предприняты для создания обеспечительного права и в какой момент оно возникает. Им также необходимо будет решить общий вопрос, касающийся того, с какого момента и при каких условиях обеспечительное право начинает или прекращает действовать между сторонами в отношении конкретных активов. Обычно оба эти вопроса имеют один и тот же ответ: обеспечительное право начинает действовать в отношениях между сторонами с момента его создания после совершения всех необходимых для этого действий. Однако бывает, что созданное обеспечительное право теряет свою силу в отношениях между сторонами. В этом случае важно точно определить, в какой именно момент обеспечительное право утратило силу в отношениях между сторонами. Поскольку эти два аспекта вопроса не связаны с содержанием соглашения обеспечении, они рассматриваются в первую очередь в нижеследующих пунктах (пункты 15–25).

a) Соглашение, создающее обеспечительное право

15. В большинстве правовых систем создание обеспечительного права в движимых активах предполагает заключение соответствующего соглашения между лицом, предоставляющим такое право, и обеспеченным кредитором (соглашения об обеспечении) (см. рекомендацию 13). Соглашение об обеспечении может выполнять несколько функций, в том числе: *a)* служить правовой основой для предоставления обеспечительного права; *b)* устанавливать связь между обеспечительным правом и обязательством,

которое это право обеспечивает; *c)* регулировать отношения между лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором в целом (касательно прав и обязательств сторон по соглашению об обеспечении, см. главу VI); и *d)* сводить к минимуму риск возникновения споров между сторонами по поводу условий соглашения об обеспечении, в том числе касающихся неисполнения обязательств и реализации обеспечительного права (касательно реализации см. главу VIII).

16. Хотя соглашение об обеспечении иногда может оформляться в виде отдельного соглашения между сторонами, чаще всего оно содержится в основном кредитном договоре или ином аналогичном договоре между лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором, например в соглашении о займе или договоре о продаже товаров в кредит. Во многих правовых системах наличия такого соглашения уже достаточно для создания обеспечительного права. В других же правовых системах для создания обеспечительного права помимо заключения соглашения об обеспечении необходимо совершить дополнительные действия (например, передать обремененный актив во владение обеспеченного кредитора или зарегистрировать уведомление об обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав. В разных государствах и даже в пределах одного государства эти действия могут быть разными, в зависимости от вида обеспечительного права или категории активов. В этой связи соглашение об обеспечении должно заключаться на том языке, который будет понятен лицу, предоставляющему право. Во многих государствах соглашение об обеспечении необходимо составлять на официальном языке, которого лицо, предоставляющее право, может и не знать. В других же государствах сторонам предоставляется возможность самостоятельно определять язык соглашения. В настоящем *Руководстве* не содержится конкретных рекомендаций относительно языка соглашения, но при этом рекомендуется все же в качестве общего принципа составлять уведомление об обеспечительном праве и соответствующие уведомления в случае внесудебной реализации на том языке, который, как это можно разумно предположить, будет понятен их получателям (см. главу IV о системе регистрации, пункты 44–46, и главу VIII о реализации обеспечительного права, пункты 47 и 69).

17. Целям обеспечения могут служить и некоторые соглашения, касающиеся правового титула в отношении движимых активов. К числу таких соглашений можно отнести, например, соглашения об удержании правового титула продавцом, соглашения об обеспечительной передаче титула, соглашения об обеспечительной уступке дебиторской задолженности в порядке обеспечения, а также соглашения об обратной аренде и договоры финансовой аренды.

18. В правовых системах, где действует функциональный, комплексный и всеобъемлющий режим обеспеченных сделок, обеспечительные механизмы на основе правового титула должны, как правило, создаваться таким же образом, как и любое другое обеспечительное право (см. главу I о сфере применения, пункты 101–114). Эти механизмы либо заменяются единым понятием обеспечительного права, либо – в государствах, где они сохраняются в качестве таковых – регулируются в части их создания теми же нормами, что и обычные обеспечительные права.

19. В других правовых системах обеспечительные механизмы на основе правового титула являются основным способом создания непосессорных обеспечительных прав. В государствах с такими правовыми системами обеспечительные механизмы на основе правового титула обычно регулируются теми же нормами, что и конкретные сделки, предусматривающие переход правового титула от одной стороны к другой (например, сделки по продаже, обмену или аренде с правом выкупа). Иногда, учитывая, что такие механизмы служат целям обеспечения, соответствующие нормы договорного права дополняются различными статутными нормами и нормами, вытекающими из судебной

практики. Детали соответствующих режимов в государствах, где обеспечительные механизмы на основе правового титула сохраняют свою специфику, могут существенно различаться. В некоторых правовых системах особый режим регулирования действует лишь в отношении удержания правового титула, в то время как передача правового титула и обеспечительная уступка дебиторской задолженности регулируются теми же нормами, что и создание обеспечительных прав. В других правовых системах объектом особого регулирования, аналогичного регулированию удержания правового титула, являются некоторые виды передачи такого титула, например продажа с возможностью обратного выкупа.

20. Режим, установленный в отношении механизмов, основанных на удержании правового титула, является основным показателем общего отношения в рамках той или иной правовой системы к обеспечению с использованием правового титула. В тех системах, где механизмы на основе правового титула не относятся к категории обеспечительных прав, особое внимание обычно уделяется удержанию правового титула, хотя требования в отношении заключения соглашений об удержании правового титула могут быть совершенно разными. В таких системах удержание правового титула широко практикуется и является действительным в отношении всех сторон с момента заключения соответствующего соглашения. В других правовых системах удержание правового титула не играет большой роли и считается в целом неэффективным механизмом, по крайней мере в отношении конкурсного управляющего в случае несостоятельности покупателя. Общим для многих правовых систем является то, что в качестве подлинных механизмов обеспечения, основанных на правовом титуле, в них признаются лишь простые соглашения об удержании такого титула, а соглашения, касающиеся всех причитающихся кредитору сумм (т. е. соглашения, позволяющие продавцу удерживать правовой титул на тот или иной актив в связи со всей задолженностью покупателя, независимо от того, является ли она результатом покупки этого актива) или поступлений или продуктов (т. е. соглашения, в которых правовой титул продавца на конкретный актив распространяется и на поступления и продукты от этого актива) рассматриваются в качестве чисто обеспечительных механизмов. Кроме того, во многих правовых системах только продавцу позволено удерживать правовой титул. Другие кредитодатели могут воспользоваться преимуществами соглашения об удержании правового титула лишь в том случае, если продавец уступит им невыплаченную часть покупной цены.

21. Между правовыми системами, признающими удержание правового титула, существуют значительные различия в части оснований для удержания продавцом такого титула, а также в части требований к созданию соответствующего права. В большинстве таких систем права продавца вытекают из соответствующих положений договора купли-продажи. В некоторых же системах принято считать, что правовой титул удерживается в рамках всех сделок по продаже товаров в кредит и право продавца на удержание такого титула не обязательно даже оговаривать в договоре купли-продажи. В других правовых системах договоренность об удержании правового титула может существовать даже в устной форме или в форме ссылки на общие условия в документе на поставку товара или в счете-фактуре. В ряде правовых систем могут потребоваться тот или иной письменный документ с указанием точной даты соответствующего соглашения и даже регистрации.

22. Между правовыми системами существуют также значительные различия в части терминологии и требований, касающихся обеспечительной передачи правового титула. Такая передача может именоваться, например, фидуциарной передачей правового титула в целях обеспечения, продажей с правом обратного выкупа, двойной продажей, продажей с условием обратной аренды с правом или без права выкупа. Не во всех государствах правовые последствия обеспечительной передачи правового титула признаются в полном объеме. В некоторых правовых системах такая передача не имеет

силы в отношении третьих сторон, а в некоторых случаях даже в отношениях между сторонами. В ряде правовых систем обеспечительная передача правового титула является действительной, однако этот инструмент не находит широкого применения, поскольку существуют другие виды непосессорных обеспечительных прав. В большинстве правовых систем, признающих передачу правового титула в целях обеспечения, создание этого механизма регулируется теми же нормами, что и обеспечительные сделки в целом, по крайней мере в тех случаях, когда обеспечительное право создается в отношении конкурсного управляющего в деле о несостоятельности стороны, передающей правовой титул. Поэтому, например, продажа с правом выкупа или двойная продажа обычно регулируется теми же нормами, которые регулируют форму и содержание соглашения об обеспечении.

23. Во многих правовых системах признается также, что сделки, так или иначе связанные с понятием аренды, нередко выполняют обеспечительные функции. Наиболее распространенными сделками такого рода являются аренда с правом выкупа и финансовая аренда в контексте финансирования приобретения, а также продажа с обратной арендой в контексте кредитных операций. В некоторых правовых системах такие сделки рассматриваются в качестве механизмов обеспечения и их создание и действительность в отношениях между сторонами регулируются теми же нормами, что и в случае всех других обеспечительных механизмов. В других правовых системах эти сделки считаются не обеспечительными, а договорными механизмами, создающими личные права, и к их созданию обычно предъявляются те же требования, что и к созданию соответствующего договорного права.

b) Момент времени, с которого начинает действовать обеспечительное право

24. Вторая проблема, которая встает перед государствами при определении основных требований к созданию обеспечительного права, связана с определением момента времени, с которого обеспечительное право реально начинает действовать в отношениях между сторонами. Поскольку обеспечительное право возникает на основе соглашения между сторонами, в большинстве государств оно начинает действовать в отношениях между ними с момента заключения соглашения. Стороны вправе договориться о том, что обеспечительное право начнет действовать с некоторой отсрочкой, но обычно этого не происходит. В любом случае они не могут договориться о том, что обеспечительное право начнет действовать до того, как будет заключено соответствующее соглашение.

25. Необходимо также определить, с какого момента обеспечительное право начинает действовать в отношении обременяемых активов. Здесь необходимо проводить различие между существующими активами лица, предоставляющего обеспечительное право, и его будущими активами (т. е. активами, которые будут произведены или приобретены этим лицом после заключения соглашения об обеспечении). Если соглашение об обеспечении предусматривает создание обеспечительного права в активах, на которые лицо, предоставляющее такое право, может или полномочно, на момент заключения соглашения об обеспечении, наложить обременение, обеспечительное право в части этих активов начинает действовать в отношениях между сторонами с момента заключения соглашения, если только стороны не договорятся об отсрочке в отношении всех или части таких активов. Однако, если соглашение об обеспечении предусматривает создание обеспечительного права в активах, право или полномочия на обременение которых лицо, предоставляющее обеспечительное право, рассчитывает получить в будущем, обеспечительное право в отношении этих активов становится действительным между сторонами лишь с момента приобретения таким лицом прав в отношении таких активов или права на их обременение. Но и в этом случае стороны могут договориться об отсрочке (см. рекомендацию 13; и пункты 51–55, ниже).

3. Обязательные элементы соглашения об обеспечении

26. В разных правовых системах по-разному решается вопрос о том, какие основные элементы должны присутствовать в соглашении об обеспечении, с тем чтобы оно имело силу в отношениях между лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором. Однако есть элементы, которые являются общими для большинства правовых систем. Так, например, государства обычно требуют, чтобы в соглашении об обеспечении *a)* были указаны стороны соглашения; *b)* были определены обязательства, подлежащие обеспечению; *c)* были указаны обременяемые активы; и *d)* было четко отражено намерение сторон создать обеспечительное право. Некоторые государства требуют также, чтобы в соглашении об обеспечении была указана максимальная сумма требований в отношении обремененных активов в случае реализации обеспечительного права.

27. Если лицо, предоставляющее обеспечительное право, и обеспеченный кредитор должны быть четко определены, то степень детализации сведений, касающихся обязательств, подлежащих обеспечению, и обременяемых активов, в разных государствах может быть разной. Некоторые государства требуют, чтобы соглашения об обеспечении содержали подробное описание всех активов, подлежащих обременению обеспечительным правом. Преимуществом такого подхода является полная определенность в отношении таких активов, а недостатком – отсутствие гибкости, которая требуется при проведении важных финансовых операций и обеспечивается возможностью менять объем обеспеченных обязательств и состав обремененных активов, в том числе за счет включения активов, приобретенных позже (что необходимо, например, в случае возобновляемых кредитов, когда сумма кредита зависит от стоимости инвентарных запасов или размера дебиторской задолженности на тот или иной момент времени). Однако независимо от того, относит ли законодательство определение сторон соглашения, обязательств, являющихся объектом обеспечения, и обременяемых активов к числу минимально необходимых элементов соглашения об обеспечении, их отсутствие в таком соглашении может привести к возникновению споров по поводу состава обремененных активов и обеспеченных обязательств, если только отсутствующие данные не могут быть получены другим путем.

28. В некоторых государствах соглашения об обеспечении должны включать подробную информацию и по ряду других вопросов, касающихся отношений между лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором. Эта дополнительная информация может касаться, в частности, обязанности стороны, во владении которой находятся обремененные активы, бережно относиться к таким активам и заверений в отношении обремененных активов, а также права лица, предоставляющего обеспечительное право, отчуждать обремененные активы, и обязанностей этого лица в отношении любых поступлений, полученных в результате такого отчуждения. В других государствах включение такой информации не является обязательным и при ее отсутствии в соглашении об обеспечении характер отношений между сторонами может устанавливаться с помощью общих норм (касательно прав и обязательств сторон по соглашению об обеспечении, см. главу VI, а касательно вопросов реализации обеспечительного права – главу VIII).

29. Многие современные режимы обеспеченных сделок не устанавливают четких требований в отношении обязательных элементов соглашения об обеспечении, без которых такое соглашение не может иметь силы в отношениях между сторонами, и исходят из того, что для целей развития системы кредитования под обеспечение лучше всего предоставить сторонам свободу выбора, с тем чтобы они могли сами определять содержание своих соглашений. Чтобы иметь силу в отношениях между сторонами, соглашение об обеспечении должно содержать лишь минимальный объем инфор-

мации. Без ущерба для дальнейшего обсуждения вопроса о требованиях в отношении содержания обеспеченных сделок (разделы A.5–A.7 настоящей главы) авторы *Руководства* рекомендуют установить, что соглашение об обеспечении имеет силу в отношениях между сторонами, если в нем четко зафиксировано намерение сторон создать обеспечительное право, конкретно называются лицо, предоставляющее такое право, и обеспеченный кредитор и определяются обязательства, являющиеся объектом обеспечения, и обременяемые активы (см. рекомендацию 14).

4. Форма соглашения об обеспечении

30. Между правовыми системами существуют различия и в части требований к форме действительного соглашения об обеспечении, а также в части целей, которые эти требования преследуют. Так, например, в некоторых правовых системах соглашение об обеспечении не обязательно должно быть в письменной форме, тогда как в других системах требуется тот или иной письменный документ. В ряде государств достаточно простого письменного документа без подписи. В других государствах такой документ должен быть подписан. Более того, некоторые государства требуют, чтобы соглашение об обеспечении было не только составлено в письменной форме, но и нотариально или иным образом заверено. Обычно письменный документ служит напоминанием сторонам о правовых последствиях их соглашения, свидетельством того, что соглашение существует и, в том случае, когда он заверен, средством защиты третьих сторон от мошеннических действий, связанных с датированием соглашения об обеспечении задним числом. Требование о заключении соглашения об обеспечении в письменной форме может служить и другим целям, помимо цели обеспечения действительности такого соглашения в отношениях между сторонами. Так, например, во многих государствах соблюдение этого требования является условием действительности соглашения об обеспечении в отношении третьих сторон и приоритета обеспечительного права перед конкурирующими требованиями. Во многих из этих государств без наличия письменного соглашения об обеспечении нельзя получить обремененные активы во владение или ссылаться на такое соглашение при реализации обеспечительного права в ходе производства по делу о несостоятельности лица, предоставившего это право, или при других обстоятельствах.

31. В некоторых государствах для создания непосессорных обеспечительных прав необходимо, чтобы дата соглашения была удостоверена государственным органом, за исключением тех случаев, когда речь идет о небольших займах и когда достаточно заверений свидетелей. Устраняя риск возможного мошеннического изменения даты соглашения, такое удостоверение ведет к увеличению затрат времени и средств на заключение сделки. В других правовых системах при создании различного рода непосессорных обеспечительных прав требуется заверение либо даты обеспечительного соглашения, либо самого этого соглашения (см., например, статьи 65, 70, 94 и 101 Типового закона об организации механизмов обеспечения Организации по гармонизации коммерческого права в Африке). В некоторых из этих государств такое удостоверение заменяет регистрацию. В тех же случаях, когда регистрация необходима, удостоверения даты соглашения об обеспечении не требуется.

32. Во многих государствах в интересах экономии времени и средств обязательные требования к форме соглашения об обеспечении сведены к минимуму. Обычно достаточно простого письменного документа (в том числе, например, изложения общих условий в счете-фактуре), если он сам по себе или в сочетании с действиями сторон свидетельствует о намерении лица предоставить обеспечительное право. Стремясь максимально упростить процесс создания обеспечительного права, что является одной из основных целей *Руководства*, его авторы рекомендуют именно такой подход

(см. рекомендации 1, подпункт *c),* и 15). К числу письменных документов относятся и электронные сообщения (см. рекомендацию 11).

33. Многие государства, требующие, чтобы соглашение об обеспечении было заключено или подтверждено в письменной форме, обычно делают исключение в отношении соглашений, предусматривающих передачу обремененных активов в фактическое владение обеспеченному кредитору. Такие соглашения могут заключаться в устной форме, и в *Руководстве* рекомендуется применять именно этот подход (см. рекомендацию 15). Однако, если обеспечительное право создается путем заключения устного соглашения, предусматривающего передачу активов во владение обеспеченному кредитору, и если затем обеспеченный кредитор отказывается от такого владения, для того чтобы это право продолжало существовать и после возвращения активов во владение лица, предоставившего обеспечение, необходимо письменное соглашение (о влиянии данного обстоятельства на силу обеспечительного права в отношении третьих сторон см. главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 120–122 и 157 и 158).

5. Стороны соглашения об обеспечении

34. Соглашение об обеспечении представляет собой соглашение между лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором. Поскольку результатом предоставления обеспечительного права может быть конфискация и реализация обремененных активов, многие государства рассматривают создание такого права как акт отчуждения активов и требуют, чтобы лицо, предоставляющее обеспечительное право, было правомочным отчуждать активы, в которых создается такое право. Когда речь идет о физических лицах, это означает, что должны в полной мере применяться нормы, направленные на защиту интересов несовершеннолетних и лиц с ограниченными возможностями. Применительно к хозяйствующим субъектам это означает, что должны применяться нормативные положения, касающиеся заимствования средств и другие аналогичные ограничения.

35. Некоторые государства устанавливают дополнительные ограничения в отношении правомочности отдельных лиц создавать определенные виды обеспечительного права, однако эти дополнительные ограничения обычно касаются активов, которые могут быть обременены лицом, предоставляющим обеспечительное право, или видов обеспечительных прав, которые могут быть созданы в этих активах. Авторы *Руководства* считают, что за исключением тех случаев, когда правомочность лица, предоставляющего обеспечительное право, отчуждать активы, ограничена общими нормами законодательства, не должно существовать никаких ограничений в отношении правомочности такого лица создавать обеспечительные права в своих движимых активах (см. рекомендацию 2, подпункт *b)*).

36. В большинстве случаев лицо, предоставляющее обеспечительное право, является одновременно и должником по обязательству, которое оно обеспечивает, но возможны и другие варианты. Многие государства разрешают и третьим лицам создавать обеспечительные права в своих активах в пользу должника. Так, например, родители могут предоставлять обеспечительные права в своих активах для обеспечения обязательств, взятых на себя их ребенком, или, что происходит чаще, родительская компания может создавать обеспечительные права в своих активах в целях обеспечения обязательств своей дочерней компании. В этих случаях именно это третье лицо, а не должник по обеспеченному обязательству выступает в качестве лица, предоставляющего обеспечительное право по соглашению об обеспечении, и именно это лицо должно обладать необходимой правоспособностью. Другими словами, должник может быть

правомочным принимать обязательства, но не правомочным создавать обеспечительные права. Кроме того, если должник и правомочен обременять свои активы обеспечительным правом, такое право не может быть создано, если третья сторона, желающая его создать в своих собственных активах, такой правомочностью не обладает.

37. Что касается того, кто может быть обеспеченным кредитором, то здесь традиционно существует ряд подходов. Некоторые государства относят обеспечительные права к категории исключительных прав и ограничивают перечень кредиторов, которые могут быть бенефициарами этих прав. Так, например, в некоторых случаях принимать обеспечение разрешается банкам, но не разрешается другим заимодателям (кредитным союзам, страховым компаниям, пенсионным фондам и частным кредиторам). В других государствах некоторые виды обеспечительных прав могут приобретаться только определенными категориями кредиторов (например, заимодателями, наймодателями или перевозчиками). В последнее время большинство государств отдают предпочтение режимам, обеспечивающим равные условия для всех категорий кредиторов. Возможность для всех кредитодателей приобретать обеспечительные права на одних и тех же условиях способствует ценовой конкуренции на рынке кредитов и позволяет снизить стоимость кредитов для заемщиков. Кроме того, в рамках многих сложных сделок, когда крупные займы предоставляются коллективно несколькими кредиторами (как, например, в случае синдицированных займов), кредитором по соглашению об обеспечении может быть не кто-либо один из заимодателей, а третья сторона, выступающая в качестве агента или доверенного лица всех заимодателей и приобретающая обеспечительные права от их имени. Поскольку целью *Руководства* является содействие развитию системы кредитования под обеспечение, его авторы считают, что не должно быть никаких ограничений в отношении категорий кредиторов, способных приобретать обеспечительные права. Так, например, внутренние и внешние заимодатели, банки, страховые компании, пенсионные фонды и другие кредиторы должны иметь равные права, и не должно быть никаких видов обеспечения, доступных для одних категорий кредиторов (например, продавцов или арендодателей) и не доступных для других (например, заимодателей) (см. рекомендацию 2, подпункт *b)*).

6. Обязательства, обеспечиваемые посредством соглашения об обеспечении

38. Обеспечительные права носят вспомогательный характер по отношению к обеспечиваемому обязательству и зависят от него. Это означает, что действительность и условия соглашения об обеспечении зависят от действительности и условий соглашения, которым установлено обеспеченное обязательство. Так, в части сделок, связанных с предоставлением возобновляемых кредитов, обеспечительное право является вспомогательным в том смысле, что, хотя оно и может служить обеспечением погашения будущих займов и меняющихся обязательств, оно не может быть реализовано, если никаких сумм по кредиту не предоставлялось, а если такие суммы предоставлялись – не может быть реализовано в размере, превышающем объем непогашенных обязательств на момент реализации.

39. В ряде правовых систем непосессорные обеспечительные права могут создаваться только в отношении определенных видов обязательств, указанных в законодательстве (например, ссуд на покупку автомобилей или кредитов для фермеров). В государствах, где для посессорных и непосессорных обеспечительных прав предусмотрен общий режим, таких ограничений нет. Такой всеобъемлющий подход позволяет в принципе распространить основные преимущества обеспеченных кредитов (т. е. большая доступность и более низкая стоимость) на более широкий диапазон сделок. Кроме того, он обеспечивает большее единообразие и способствует формированию равных условий

для всех должников и обеспеченных кредиторов. В тех же случаях, когда по тем или иным социально-экономическим причинам требуется создание особых режимов, их негативные последствия можно свести к минимуму, если придать им четкий и транспарентный характер и ограничить сферу их действия узким кругом сделок.

40. Государства, которые не увязывают конкретные обеспечительные права с конкретными видами обязательств, как правило, не устанавливают ограничений в отношении видов обязательств, применительно к которым могут создаваться обеспечительные права. Кроме того, если не предусмотрено особого режима в отношении тех или иных видов обязательств (например, в отношении обязательств по ссудам, полученным в ломбарде), государства обычно не перечисляют в законодательстве виды обязательств, которые могут быть объектом обеспечения. Ввиду стремительных темпов создания новых видов кредитных обязательств составление исчерпывающего перечня таких обязательств становится невозможным, поскольку он очень скоро устареет. Вместе с тем государства нередко публикуют ориентировочный перечень. В него обычно включаются обязательства по ссудам, а также обязательства в связи с приобретением товаров, в том числе инвентарных запасов и оборудования, в кредит.

41. Правовые системы по-разному решают вопрос о том, можно ли заключать соглашения об обеспечении в отношении условных, а также безусловных обязательств, и если да, то в каких случаях. Во многих государствах объектом обеспечения могут быть все условные обязательства, тогда как в других государствах – только обязательства, приобретшие условный характер впоследствии. Между правовыми системами нет единства и в отношении того, должно ли обеспеченное обязательство быть четко определенным, или оно должно просто поддаваться определению. И наконец, государства занимают разные позиции по вопросу о том, могут ли соглашения об обеспечении заключаться в отношении будущих обязательств, и если да, то в каких случаях. Даже в понятие “будущее обязательство” они вкладывают разный смысл. В некоторых системах под будущими обязательствами понимаются обязательства, вытекающие из договора, который стороны пока не заключили. В других системах будущими обязательствами считаются даже те обязательства, которые предусмотрены договором, если срок их исполнения на момент заключения соглашения об обеспечении еще не наступил (поскольку ссуда еще не предоставлена или кредит носит возобновляемый характер).

42. Деление обязательств на нынешние и будущие имеет важное значение в тех правовых системах, где во избежание неопределенности или по соображениям защиты интересов должника будущие обязательства обеспечивать нельзя или можно только на определенную максимальную сумму, если объем таких обязательств четко определен (например, обеспечительное право не действует, если соглашение об обеспечении касается “всех нынешних и будущих обязательств любого рода, которые могут возникнуть между сторонами”). В тех правовых системах, где установлены ограничения на предоставление обеспечительных прав в целях обеспечения будущих обязательств, должники могут быть не в состоянии воспользоваться преимуществами некоторых видов сделок, например возобновляемым кредитом или кредитом с возможностью изменения срока его погашения. В других правовых системах будущие обязательства могут обеспечиваться без каких-либо ограничений. В таких правовых системах для обеспечения существующих и будущих обязательств достаточно одного соглашения об обеспечении. Благодаря этому при продлении срока кредита или увеличении его суммы не требуется вносить изменения в соответствующее обеспечительное право или создавать новое обеспечительное право, что скорее позитивно сказывается на доступности и стоимости кредитов. Следует отметить, что, хотя обеспечительное право и может быть создано в целях обеспечения будущего обязательства, оно не может быть реализовано до тех пор, пока это обязательство реально не возникнет и не будет нарушено.

43. Правовые системы предусматривают разные требования в отношении того, каким образом в соглашении об обеспечении должны быть определены вид и объем обеспечиваемого обязательства. В некоторых правовых системах стороны обязаны четко описать такое обязательство. В частности, иногда необходимо также определить предельную сумму, на которую может быть обременен соответствующий актив в целях обеспечения этого обязательства, или даже уменьшить объем такого обязательства, с тем чтобы он соответствовал непогашенному остатку по нему. Предполагается, что точное описание обеспечиваемого обязательства и ограничение суммы обременения соответствуют интересам лица, предоставляющего обеспечительное право, поскольку защищают его от чрезмерной задолженности. Кроме того, определение максимальной суммы, которая может быть получена в случае реализации обеспечительного права, позволяет лицу, предоставляющему такое право, давать надежные гарантии другим кредиторам в отношении необремененной части своих активов и благодаря этому иметь большую свободу рук при поиске дополнительных кредитов из других источников под обеспечение в виде тех же самых активов. Однако такого рода требования могут иметь своим результатом ограничение суммы кредита, который может быть получен у первого кредитора, или могут привести к тому, что кредиторы станут указывать суммы, значительно превышающие реальные суммы согласованных кредитов. В этом случае лицо, предоставляющее обеспечительное право, может оказаться не в состоянии использовать свои активы для получения дополнительных кредитов у прежнего кредитора или новых кредитов у других кредиторов.

44. В прошлом большинство кредитных сделок предполагали единовременное предоставление всей суммы кредита. Когда речь идет именно о таких кредитах, не возникает никаких особых проблем, связанных с действующим во многих правовых системах положением о том, что лицо, предоставившее обеспечительное право, может уменьшать максимальную сумму обеспечения после каждого произведенного им платежа. Однако современные кредитные сделки далеко не всегда предполагают единовременное предоставление средств. Зачастую они предусматривают предоставление средств в несколько этапов в зависимости от потребностей должника (как, например, в случае предоставления должнику возобновляемого кредита на цели приобретения инвентарных запасов). Такое кредитование может осуществляться на основе текущего счета с ежедневно меняющимся остатком. Если бы максимальная сумма обеспеченного обязательства уменьшалась после каждого произведенного заемщиком платежа, кредиторы не были бы заинтересованы в предоставлении дополнительных средств без дополнительного обеспечения. Для лица, предоставившего обеспечительное право, это имело бы своим результатом увеличение затрат времени и средств на приобретение новых активов, необходимых для ведения хозяйственной деятельности. В этой связи государства, требующие, чтобы в соглашении об обеспечении была указана максимальная сумма обеспечения, не должны требовать, чтобы эта сумма уменьшалась после каждого платежа.

45. И наконец, в некоторых правовых системах предпринимаются попытки ограничить размер кредитов путем установления рассчитываемых по определенной формуле предельных сумм, на которые могут обременяться активы. Так, например, максимальная сумма обременения может быть определена в виде процента от суммы кредита, предоставленного заемщику (например, 125 процентов от первоначальной суммы долга или от максимальной суммы, разрешенной в рамках кредитной линии, или от непогашенного остатка долга на тот или иной момент времени). Такого рода возможные законодательные ограничения, касающиеся суммы обеспечения, неизбежно носят произвольный характер и, как правило, не могут быть приспособлены к кредитным потребностям индивидуальных заемщиков. Кроме того, в случае плавающей суммы обеспеченных обязательств их пришлось бы постоянно корректировать с учетом изменений в кредитных отношениях между заемщиком по обеспеченному кредиту и

обеспеченным кредитором. Эти критические замечания не касаются, однако, случаев, когда стороны соглашения об обеспечении свободны сами договариваться о максимальной сумме обременения и когда эта сумма остается неизменной даже при уменьшении суммы, причитающейся по обеспеченному обязательству, или ее колебаниях.

46. В силу всех упомянутых выше причин во многих правовых системах (включая правовые системы, где в соглашении об обеспечении должна быть указана максимальная сумма, на которую обременяются активы) не требуется конкретного описания обеспечиваемых обязательств, что позволяет сторонам по своему усмотрению согласовывать суммы обеспечения. В этих правовых системах обеспечиваемое обязательство может быть как существующим, так и будущим, как условным, так и безусловным, как четко определенным, так и поддающимся определению (на основе заключенного соглашения об обеспечении или записей, ведущихся сторонами), если в этом возникнет необходимость (например, в случае реализации обеспеченным кредитором своего обеспечительного права). Кроме того, обеспечиваемое обязательство может быть как фиксированным, так и “плавающим” и может включать все суммы, причитающиеся с должника в пользу обеспеченного кредитора. Поскольку целью *Руководства* является содействие расширению доступа к обеспеченным кредитам, в нем рекомендован именно такой широкий подход к определению обязательств, исполнение которых может обеспечиваться обеспечительным правом (см. рекомендацию 16).

47. Позиции государств расходятся и в вопросе о том, следует ли фактическую сумму обеспечиваемого обязательства (включая проценты или иные расходы по кредиту) указывать в самом соглашении об обеспечении и должна ли эта сумма быть выражена в денежных единицах, и если да, то в каких именно. Некоторые государства, например, требуют, чтобы в соглашении об обеспечении были указаны не только вид обязательства, являющегося объектом обеспечения, но и его сумма (т. е. фактическая сумма предоставленного кредита). В других государствах в соглашении об обеспечении необходимо указать лишь вид обеспечиваемого обязательства, а вся другая информация должна быть включена в само кредитное соглашение. Кроме того, в одних государствах сумма обязательства должна быть указана в денежных единицах (например, 100 000 евро или 200 000 долл. США), в то время как в других стороны могут определять ее по своему усмотрению (например, 500 000 унций золота). Сегодня, в начале XXI века, многие правовые системы не устанавливают никаких ограничений в отношении валюты, в которой должна быть указана сумма обеспечиваемого обязательства, кроме ограничений, касающихся обязательств в целом.

48. В случае неисполнения обязательства должником (или его несостоятельности) и реализации обремененных активов поступления могут быть получены не в той валюте, в которой выражено обеспеченное обязательство (например, в долларах США, хотя обязательство выражено в евро). В этом случае вырученную сумму необходимо конвертировать, с тем чтобы обеспеченное обязательство и эта сумма были выражены в одной и той же валюте. При этом вопрос о валютном курсе обычно решается в договоре, из которого вытекает обеспеченное обязательство, и в соответствии с применимым законодательством (например, при отсутствии конкретной договоренности используется валютный курс, действующий в месте реализации обеспечительного права или в месте рассмотрения дела о несостоятельности).

7. Активы, на которые распространяется действие соглашения об обеспечении

49. Одним из основных аспектов соглашения об обеспечении является определение активов, подлежащих обременению обеспечительным правом. При определении способа идентификации таких активов государствам, как правило, необходимо решить

четыре отдельных вопроса. Первый вопрос – может ли соглашение об обеспечении предусматривать создание обеспечительного права в активах, которые не принадлежат или еще не принадлежат лицу, предоставляющему обеспечительное право? Второй вопрос – не следует ли исключить некоторые виды активов из числа активов, которые могут быть обременены обеспечительным правом? Третий вопрос – каким образом следует определять обременяемые активы (по отдельности или посредством общего описания)? И наконец, государства должны решить, может ли лицо, предоставляющее обеспечительное право, создавать обеспечительное право в отношении всех своих активов (т. е. обеспечительного права, известного во многих государствах как “залог предприятия” или “плавающий залог”).

50. Прежде чем перейти к рассмотрению этих вопросов, необходимо подчеркнуть один чрезвычайно важный момент. Все государства исходят из того, что, указывая активы, подлежащие обременению обеспечительным правом, стороны соглашения об обеспечении имеют в виду их обременение в том объеме, который соответствует всему объему прав лица, предоставляющего обеспечительное право, в этих активах. Так, например, если по соглашению об обеспечении обременению подлежит какое-либо оборудование, принадлежащее лицу, предоставляющему обеспечительное право, обременяется все право собственности этого лица на такое оборудование в полном объеме. Если в период действия соглашения об обеспечении стоимость обремененного актива увеличивается, он продолжает оставаться обремененным не более чем на сумму непогашенного обязательства. В соответствии с принципом автономии сторон (см. рекомендацию 10) стороны всегда могут оговорить в своем соглашении, что соответствующий актив обременяется лишь частично (например, лишь в размере неделимого 50-процентного интереса) или что он обременяется лишь на ограниченную сумму (например, на сумму, равную его стоимости на момент предоставления обеспечительного права). Однако, если стороны конкретно не договорились об ином, обеспечительное право обременяет весь актив целиком, все права лица, предоставляющего такое право, в этом активе и всю стоимость актива на момент, когда возникает необходимость в реализации обеспечительного права.

a) Будущие активы

51. В большинстве правовых систем лицо, предоставляющее обеспечительное право, должно быть собственником обременяемых активов или иметь в отношении этих активов какое-либо ограниченное имущественное право (например, право пользования). Таким образом, соглашение об обеспечении не может быть заключено до тех пор, пока лицо, предоставляющее обеспечительное право, не будет реально обладать правами на активы, подлежащие обременению. В связи с этим сразу же возникает вопрос о том, может ли соглашение об обеспечении охватывать *a)* активы, на которые лицо, предоставляющее обеспечительное право, имеет только договорные права (например, во многих правовых системах арендатор не имеет имущественных прав на арендуемые активы); и *b)* будущие активы (активы, которые лицо, предоставляющее обеспечительное право, приобретает или которые оно получает после заключения соглашения об обеспечении).

52. При решении этих вопросов большинство государств исходят из того, что лицо, предоставляющее обеспечительное право, не может предоставить обеспечиваемому кредитору больше прав, чем имеет само или чем может приобрести в будущем (nemo dat quod non habet). Это означает, что если лицо, предоставляющее обеспечительное право, обладает лишь договорным правом пользования активами, любое предоставляемое им обеспечительное право может обременять только его договорное право пользования, т. е. арендатор может создать обеспечительное право только в своих правах по договору аренды, а не в самом объекте аренды. С учетом норм, которые будут

установлены государствами в отношении степени детализации информации, касающейся обременяемых активов, в соглашении об обеспечении, это означает, что в таком соглашении должно быть указано, что активом, подлежащим обременению, являются права арендатора по договору аренды, а не сам объект аренды. Это означает также, что если лицо, предоставляющее обеспечительное право, обладает лишь ограниченными правами на активы (например, узуфруктом), обеспечительным правом может обременяться лишь право узуфрукта.

53. Государствам все чаще приходится решать вопрос о том, может ли соглашение об обеспечении распространяться на будущие активы. В некоторых правовых системах никакие будущие активы не могут использоваться в качестве обеспечения. Такой подход отчасти основан на технических аспектах понятия вещного права (например, нельзя передать или обременить то, чего не существует). Кроме того, он отражает опасения по поводу того, что право свободно распоряжаться будущими активами может породить чрезмерную задолженность лица, предоставляющего обеспечительное право, и его чрезмерную зависимость от одного кредитора, и лишить его возможности привлекать дополнительные обеспеченные кредиты из других источников. Еще один довод в пользу запрета на создание обеспечительных прав в будущих активах состоит в том, что наличие таких прав существенно ограничило бы возможности необеспеченных кредиторов по удовлетворению своих претензий к лицу, предоставившему обеспечительное право. Однако технические аспекты понятия вещного права не должны препятствовать удовлетворению практической потребности в использовании будущих активов в качестве обеспечения при получении кредитов. Кроме того, предприятия, предоставляющие обеспечительное право, в состоянии самостоятельно защитить свои интересы и не нуждаются в законодательных ограничениях на передачу прав в будущих активах. При наличии права обременять будущие активы возможность получать обеспеченные кредиты будет и у лиц, не имеющих достаточных текущих активов, что будет способствовать развитию их предпринимательской деятельности и будет выгодно всем кредиторам, в том числе и кредиторам по необеспеченным кредитам. Что же касается защиты некоторых лиц от чрезмерного обременения их будущих активов, то этот вопрос должен быть урегулирован в другом законодательстве, например в законодательстве о защите прав потребителей.

54. В других правовых системах сторонам разрешается договариваться о создании обеспечительного права в будущих активах. Такое право создается в момент заключения соглашения, но начинает действовать лишь с момента приобретения лицом, предоставившим это право, права собственности на обременяемые активы либо с момента создания таких активов. Такой подход закреплен в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке (см. статью 8, пункт 2, и статью 2, подпункт *a)*). Возможность использовать будущие активы в качестве обеспечения кредита имеет важное значение, например, для обеспечения выполнения требований по сделкам, связанным с предоставлением возобновляемых кредитов под обеспечение с меняющимся составом активов. Данный метод обычно используется применительно к таким активам, как инвентарные запасы, которые постоянно расходуются и пополняются, и дебиторская задолженность, которая после взыскания заменяется новой дебиторской задолженностью. Главное преимущество такого подхода состоит в том, что одно и то же соглашение об обеспечении действует в отношении меняющегося набора активов, подпадающего под содержащееся в этом соглашении описание. В противном случае в соглашение пришлось бы постоянно вносить изменения или пришлось бы заключать новые соглашения, что повлекло бы за собой увеличение операционных издержек и сокращение объемов кредитов, особенно в случае возобновляемых кредитов.

55. Авторы *Руководства* исходят из того, что соглашение об обеспечении может касаться будущих активов. Если соглашением об обеспечении предусмотрено создание

обеспечительного права в активах, в отношении которых на момент заключения соглашения лицо, предоставляющее обеспечительное право, имеет права или полномочно производить обременение, обеспечительное право в таких активах создается в момент заключения соглашения об обеспечении. Если же соглашение об обеспечении предусматривает создание обеспечительного права в активах, права или полномочия на обременение в отношении которых лицо, предоставляющее обеспечительное право, рассчитывает получить только в будущем, обеспечительное право в таких активах создается с момента приобретения указанных прав или полномочий на обременение в случае их реального приобретения (см. рекомендации 13 и 17).

b) Исключенные виды активов

56. В некоторых правовых системах специальные законы, касающиеся конкретных видов обеспечительного права, устанавливают ограничения в отношении видов активов, которые могут служить обеспечением, или в отношении той части их стоимости активов, которая может быть объектом обременения. Примерами подобных ограничений, объясняющихся интересами государственной политики, могут быть ограничения в отношении создания обеспечительного права в выплатах и пособиях работникам (например, в фонде заработной платы и пенсиях) в пределах определенной минимальной суммы. В других правовых системах ограничения касаются целей, для достижения которых определенные категории лиц, предоставляющих обеспечительное право, могут предоставлять обеспечение. Так, может быть запрещено создание обеспечительного права в предметах домашнего обихода, если только это право не создается для обеспечения уплаты их покупной цены. Некоторые государства ограничивают возможности определенных категорий лиц, предоставляющих обеспечительное право, по созданию некоторых видов такого права. Например, в некоторых правовых системах лица, не занимающиеся предпринимательской деятельностью, не могут предоставлять непосессорные обеспечительные права, а могут лишь закладывать свое имущество (т. е. предоставлять посессорные обеспечительные права). Этой же категории лиц может быть запрещено предоставлять обеспечительные права в отношении будущих активов или в отношении той или иной категории активов, т. е. им может быть разрешено предоставлять обеспечительные права только в своих существующих активах и только при условии указания каждого актива в отдельности.

57. Все эти ограничения, как правило, призванные защищать интересы лиц, предоставляющих обеспечительное право, имеют тот недостаток, что не позволяют этим лицам использовать полную стоимость своих активов для получения кредитов. Поэтому необходимо тщательно взвешивать все плюсы и минусы таких ограничений. Некоторые правовые системы обеспечивают необходимый баланс не за счет включения подобных ограничений в общее законодательство, касающееся режима обеспечительных прав, а за счет принятия конкретных норм, ограничивающих создание обеспечительных прав, в рамках специального законодательства, например законодательства о защите прав потребителей. Преимущество данного подхода в том, что он позволяет государствам устанавливать ограничения в адресном порядке, что способствует достижению целей государственной политики в части защиты тех лиц, предоставляющих обеспечительное право, которые, по мнению государства, нуждаются в такой защите.

c) Определение активов в соглашении об обеспечении

58. В некоторых правовых системах в соглашении об обеспечении необходимо конкретно указывать обременяемые активы. Хотя данное требование призвано защитить лицо, предоставляющее обеспечительное право, от чрезмерного обременения своих активов в пользу обеспеченных кредиторов, во многих случаях оно одновременно

ограничивает возможности по получению обеспеченных кредитов. Например, конкретное определение некоторых активов, в частности инвентарных запасов и, в определенной степени, дебиторской задолженности, может оказаться практически нецелесообразным или даже невозможным. Для решения этой проблемы во многих правовых системах существуют нормы, позволяющие сторонам ограничиваться общим описанием обременяемых активов. Вместо конкретного указания отдельных позиций предусматривается достаточно полная идентификация всей совокупности соответствующих активов.

59. Общее описание категорий активов может осуществляться в различных формах. Например, стороны могут договориться о том, что обеспечительное право распространяется на “все инвентарные запасы”, “все инвентарные запасы, находящиеся на складе № 2”, “все парусные суда и каноэ”, “все печатные станки” или “всю дебиторскую задолженность”. Главным здесь является не вид активов (оборудование, инвентарные запасы или дебиторская задолженность) и не сфера охвата (“все активы, находящиеся в АВС”, или “все парусные суда и каноэ”, а не “все суда”). Государства, допускающие общее описание активов, требуют лишь того, чтобы описания обременяемых активов в соглашении об обеспечении было достаточно для того, чтобы все заинтересованные стороны могли в любой момент времени определить, какие именно активы являются объектом обременения по этому соглашению.

60. В некоторых правовых системах допускается весьма общее описание обременяемых активов. В таких системах достаточно ссылки, например, на “все активы” или “все существующие и будущие активы”. Смысл в том, чтобы упростить процедуру создания обеспечительного права и сократить связанные с этим расходы, позволив сторонам ограничиваться максимально простым описанием обременяемых активов. Однако, как уже отмечалось выше, во многих правовых системах, допускающих возможность указания лишь категории обременяемых активов, такое общее описание активов нельзя использовать в тех случаях, когда лицом, предоставляющим обеспечительное право, является покупатель или даже мелкий торговец. Согласно рекомендациям *Руководства*, соглашение об обеспечении должно содержать такое описание обремененных активов, которое разумно позволяет осуществлять их определение. Это означает, что при условии обеспечения возможности достаточно четкого определения обременяемых активов с учетом ограничений, которые государства могут пожелать ввести в целях защиты прав потребителей, в соглашение об обеспечении достаточно включать лишь общее описание как существующих, так и будущих активов (см. рекомендацию 14, подпункт *d)*).

d) Обеспечительные права во всех активах лица, предоставляющего обеспечительное право

61. Как было отмечено выше, некоторые государства не разрешают лицам, предоставляющим обеспечительное право, создавать такое право в активах, описание которых носит общий характер. Во многих других государствах, напротив, это допускается. В то же время в некоторых правовых системах, где общее определение категорий обременяемых активов и даже общее определение категорий существующих и будущих активов разрешены, лица, предоставляющие обеспечительное право, зачастую не могут создавать такое право во всех своих активах (т. е. использовать такие сверхобщие определения, как “все существующие будущие активы”). В других правовых системах лицам, предоставляющим обеспечительное право, разрешается создавать такое право во всех своих активах, но лишь в пределах определенного процента от их полной стоимости. Подобные ограничения, призванные в определенной степени защитить лиц, предоставляющих обеспечительное право, и необеспеченных кредиторов, неизбежно ведут к сокращению объемов кредитов и увеличению их стоимости.

62. Напротив, некоторые правовые системы не предусматривают никаких ограничений в отношении охвата обеспечительного права. Лицам, предоставляющим такое право, разрешается создавать непосессорные обеспечительные права во всех своих активах, включая материальные и нематериальные, движимые активы и недвижимое имущество (хотя в отношении недвижимого имущества могут действовать другие правила) и существующие и будущие активы. Наиболее важными аспектами обеспечительного права, распространяющегося на все активы, являются, во-первых, то, что оно позволяет охватить все активы лица, предоставляющего такое право, одним соглашением об обеспечении и, во вторых, то, что оно дает этому лицу возможность отчуждать некоторые из обремененных активов (например, инвентарные запасы) в ходе своей обычной хозяйственной деятельности (при этом обеспечительное право автоматически распространяется на поступления от таких активов). Подходы к этим двум аспектам обеспечительного права, действующего в отношении всех активов, в разных правовых системах неодинаковы.

63. Во многих правовых системах формальные и содержательные требования, предъявляемые к созданию обеспечительного права во всех активах, являются более жесткими, чем требования, предъявляемые к созданию обычных обеспечительных прав. В других правовых системах в отношении такого обеспечительного права действуют те же требования, что и в отношении обычных обеспечительных прав, если только речь не идет об обременении недвижимого имущества. Если же обременяется и недвижимость, в соглашении об обеспечении должны быть соблюдены требования, как формальные, так и содержательные, касающиеся создания обеспечительного права в недвижимом имуществе. Что касается права лица, предоставившего обеспечительное право, распоряжаться обремененными активами без ущерба для обеспечительного права, то многие правовые системы допускают такую возможность при условии согласия обеспеченного кредитора. В некоторых правовых системах считается, что в этом случае обеспечительное право больше не обременяет соответствующие активы, тогда как в других правовых системах это право продолжает действовать. Вместе с тем в ряде правовых систем отчуждение обремененных активов, даже с разрешения кредитора, считается несовместимым с понятием обеспечительного права. В целях упрощения порядка создания обеспечительного права во всех активах предприятия в тех случаях, когда кредитор финансирует его текущую деятельность, авторы *Руководства* рекомендуют предусмотреть возможность заключения единого соглашения об обеспечении, охватывающего все активы (см. рекомендацию 17).

i) Залог предприятия

64. Концепция “обеспечительных прав во всех активах”, которую рекомендуют использовать авторы *Руководства*, не нова. В некоторых государствах она давно используется под видом “залога предприятия”. Как и обеспечительное право во всех активах, закладная на предприятие может обременять все активы предприятия (иногда даже и его недвижимое имущество). Она может охватывать, например, денежные поступления, новые инвентарные запасы и оборудование, а также будущие активы предприятия. В соглашении об обеспечении, предусматривающем залог предприятия, обычно указывается, что существующие инвентарные запасы, отчуждаемые в ходе обычной хозяйственной деятельности предприятия, от обременения освобождаются. Основное преимущество залога предприятия состоит в том, что он позволяет предприятию, которое целиком стоит больше, чем по отдельности, привлекать большие объемы кредитов за меньшую стоимость.

65. Интересной особенностью некоторых форм залога предприятия является то, что в случае принудительного исполнения требований обеспеченного кредитора или другого кредитора может быть назначен внешний управляющий предприятием. Эта мера может

позволить избежать ликвидации предприятия и способствовать его реорганизации с выгодой для кредиторов, работников и экономики в целом. Однако в некоторых случаях внешний управляющий, назначенный обеспеченным кредитором, может действовать в интересах последнего. Проблему можно отчасти решить, если назначать внешнего управляющего и следить за его работой будет суд или иной официальный орган. Эту особенность залога предприятия можно было бы распространить и на обеспечительное право во всех активах. Другими словами, в законодательстве об обеспеченных сделках можно было бы предусмотреть возможность назначения внешнего управляющего по согласованию между лицом, предоставившим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором либо по решению суда. Такой внешний управляющий отвечал бы за реализацию обеспечительного права без применения процедуры банкротства и, с учетом законодательства о несостоятельности, в случае применения такой процедуры.

66. Вместе с тем залог предприятия имеет и некоторые недостатки практического характера. Одним из таких недостатков является то, что обеспеченный кредитор обычно становится крупнейшим или даже единственным источником кредитов для предприятия. В целях решения этой проблемы некоторые государства установили ограничения в отношении величины залога предприятия, предусмотрев сохранение некоторой части стоимости предприятия, свободной от залога, для удовлетворения требований необеспеченных кредиторов в случае несостоятельности. Однако подобные ограничения (что зачастую называется “выделением части активов”) могут неблагоприятно сказываться на доступности кредитов, так как они уменьшают стоимость активов, которые могут быть предоставлены в обеспечение кредитов. Другим потенциальным недостатком залога предприятия является то, что на практике у залогодержателя нет особого стимула пристально следить за деятельностью предприятия или активно участвовать в его реорганизации, так как его кредит полностью обеспечен. В целях недопущения чрезмерного укрепления позиций залогодержателя предприятию-должнику может быть предоставлено право требовать освобождения части его активов от обременения.

ii) Фиксированный и плавающий залог

67. В других государствах обеспечительное право во всех активах имеет форму так называемого комбинированного фиксированного и “плавающего залога”. Под “фиксированный залог” обеспеченный кредитор получает те активы (например, оборудование), которые лицо, предоставляющее обеспечительное право, не может отчуждать без его согласия, тогда как объектами “плавающего залога” становятся те активы (например, инвентарные запасы), которые лицо, предоставляющее обеспечительное право, имеет право отчуждать в ходе своей обычной хозяйственной деятельности. Отчуждение, однако, запрещается с момента неисполнения должником своих обязательств, когда плавающий залог превращается в фиксированный. Объектом и фиксированного, и плавающего залога могут быть все или практически все активы предприятия. Разница между этими видами залога лишь в том, что при плавающем залоге допускается возможность определенных приоритетных требований в пользу других кредиторов или же наличие необремененной части активов для удовлетворения потенциальных требований необеспеченных кредиторов в целом.

iii) Избыточное обеспечение

68. Проблема избыточного обеспечения во многом аналогична проблемам, возникающим в связи с обеспечительным правом во всех активах, хотя и имеет свою специфику. Она возникает в тех случаях, когда стоимость обремененных активов значительно превышает сумму обеспеченного обязательства. Хотя объем требований обеспеченного кредитора не может быть больше суммы обеспеченного обязательства плюс проценты и издержки (и, возможно, убытки в случае несостоятельности), чрезмерное

обеспечение может порождать проблемы. Активы лица, предоставившего обеспечительное право, могут быть обременены настолько, что ему будет трудно или даже невозможно (по крайней мере в отсутствие соглашения между кредиторами о субординации требований) получить обеспеченный кредит у другого кредитора, предоставляющего обеспечительное право второй очереди в тех же самых обремененных активах. Кроме того, из-за обремененности всех активов лица, предоставляющего право, может стать невозможным или, по крайней мере, может быть затруднено выполнение требований необеспеченных кредиторов (при условии, что нельзя будет четко установить стоимость активов, остающихся после выплат по всем обеспеченным обязательствам).

69. Суды предлагают несколько вариантов решения этой проблемы. Один из них состоит в том, чтобы объявить любое обеспечительное право, обременяющее тот или иной актив на сумму, существенно превышающую сумму обеспеченного обязательства с учетом процентов, издержек и убытков, недействительным. Другое решение заключается в том, чтобы предоставить должнику право требовать соответствующего уменьшения суммы обеспечения. Третий вариант – в том, чтобы обязать обеспеченного кредитора договариваться на добросовестной основе с лицом, предоставляющим право, об уменьшении суммы обеспечения, если оно об этом просит. Такое решение могло бы быть эффективным на практике, если бы можно было определить коммерчески адекватную маржу для обеспеченного кредитора, что не всегда легко сделать. Хотя чрезмерное обеспечение является реальной проблемой, государства, скорее всего, будут решать ее по-разному, в том числе, в некоторых случаях, посредством принятия другого законодательства, регулирующего соответствующую практику. По этой причине авторы *Руководства* не рекомендуют предоставлять судам право объявлять обеспечительное право недействительным или уменьшать сумму обеспечения путем принятия решения о чрезмерности обеспечения.

iv) Заключение

70. Если правовая система допускает в соответствии с рекомендациями *Руководства* (см. рекомендацию 17) создание непосессорных обеспечительных прав во всех существующих и будущих активах лица, предоставляющего обеспечительное право, в условиях, когда это лицо может распоряжаться некоторыми из обремененных активов в ходе своей обычной хозяйственной деятельности, то многие конкретные механизмы, разработанные государством для того, чтобы предприятия могли привлекать кредиты, предоставляя обеспечительные права в отношении всех своих активов в целом, становятся ненужными. Иными словами, во многих правовых системах такие понятия и термины, как “залог предприятия” и “фиксированный и плавающий залог”, имеют важное значение лишь потому, что выполняют те функции, связанные с обеспечением финансирования хозяйственной деятельности, которые не могут выполнять обычные обеспечительные права. Но если государство принимает решение создать функциональный, комплексный и всеобъемлющий режим для предоставления непосессорных обеспечительных прав и дать лицам, предоставляющим такие права, возможность обременять все свои существующие и будущие активы в рамках одного соглашения, потребность в таких механизмах если не исчезает, то резко сокращается. Хотя в *Руководстве* и нет рекомендации отказываться от залога предприятия и фиксированного и плавающего залога, в нем тем не менее государствам рекомендуется принять концепцию обеспечительного права во всех активах, которая выполняет те же функции, что и традиционные механизмы (см. рекомендацию 17).

e) Материальная ответственность обеспеченного кредитора за утрату обремененных активов или причиненный им ущерб

71. Хотя вопрос о материальной ответственности за утрату или ущерб, причиненный обремененным активам (в результате нарушения контракта или неправомерного

действия), не относится к числу вопросов, связанных с обеспеченными сделками, его следует рассмотреть, так как он может оказывать влияние на доступность и стоимость кредитов. Особый интерес представляет вопрос о материальной ответственности за экологический ущерб, причиненный обремененными активами, так как финансовые последствия и ущерб репутации обеспеченного кредитора в этом случае могут значительно превысить стоимость обремененных активов. Некоторые законы конкретно предусматривают освобождение обеспеченных кредиторов от ответственности, в то время как другие законы ограничивают ее при определенных условиях (например, если обремененные активы не находятся во владении или под контролем обеспеченного кредитора). Если освобождения от ответственности или ее ограничения не предусмотрено, степень риска для обеспеченного кредитора может оказаться слишком высокой и может не позволить ему предоставить кредит. В тех же случаях, когда есть возможность застраховать риск, стоимость страховки будет, скорее всего, высокой и значительно увеличит стоимость самого кредита. При принятии законодательства об обеспеченных сделках государствам придется подумать над тем, как увязать все эти соображения, с тем чтобы не допустить негативных последствий для доступности и стоимости обеспеченных кредитов.

8. Создание обеспечительного права в поступлениях

а) Действие обеспечительного права в отношении поступлений

72. В правовой системе, регулирующей обеспечительные права, должны быть урегулированы, в частности, два отдельных вопроса, касающихся поступлений. Первый вопрос возникает лишь когда лицо, предоставившее обеспечительное право, реально отчуждает обремененные активы. Это вопрос о том, сохраняет ли обеспеченный кредитор свое обеспечительное право, если обремененные активы передаются лицом, предоставившим такое обеспечительное право, другому лицу (или, иными словами, обладает ли обеспеченный кредитор “правом следования” в отношении обремененных активов, передаваемых другому лицу) в обмен на поступления. Строго говоря, этот вопрос касается не поступлений, а пределов действительности обеспечительного права в отношении третьих сторон. Авторы *Руководства* рекомендуют применять подход, согласно которому обеспечительное право в обычных условиях остается действительным в отношении лица, которому лицо, предоставляющее право, передает обремененные активы (см. рекомендации 31 и 79 и главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 15–18, а также главу V о приоритете обеспечительных прав, пункты 60–89).

73. Второй вопрос касается прав обеспеченного кредитора в отношении поступлений, получаемых в результате отчуждения обремененных активов. В некоторых правовых системах обеспеченный кредитор автоматически не приобретает обеспечительного права в поступлениях (будь то естественных или гражданских плодах или доходах, продуктах переработки или поступлениях от отчуждения). Обеспечительное право в поступлениях должно быть конкретно предусмотрено соглашением об обеспечении. В других правовых системах обеспеченный кредитор приобретает обеспечительное право в естественных или гражданских плодах или доходах, но лишь в том случае, если первоначально обремененные активы находятся в его фактическом владении. В некоторых правовых системах обеспеченный кредитор автоматически приобретает обеспечительное право во всех естественных или гражданских плодах или доходах и продуктах переработки, но не в поступлениях от отчуждения. Это связано с тем, что обеспеченный кредитор обладает обеспечительным правом в первоначально обремененных активах и его интересы могут быть надлежащим образом защищены только в

том случае, если он будет иметь упомянутое выше право следования. Но даже принимая эту общую посылку, некоторые правовые системы устанавливают, что если обеспеченный кредитор теряет свое право следования в отношении обремененных активов, передаваемых другому лицу, то утраченное обеспечительное право может перейти на поступления от отчуждения активов в порядке суброгации (например, во многих правовых системах действует положение, согласно которому покупатель движимых активов, проданных ему в ходе обычной хозяйственной деятельности продавца, приобретает эти активы свободными от любого обеспечительного права, которое могло их раньше обременять). И наконец, во многих правовых системах обеспечительное право автоматически переходит на поступления любого рода, включая поступления от поступлений, даже в тех случаях, когда обеспеченный кредитор сохраняет обеспечительное право в первоначально обремененных активах, которые были проданы.

74. Считается, что обеспечительное право в поступлениях вытекает из ожиданий сторон. Во-первых, обеспеченный кредитор обычно ожидает, что обеспечительное право будет охватывать не только сам обремененный актив, но и все, что он дает или генерирует, т. е. естественные или гражданские плоды или доходы. Во-вторых, он обычно ожидает, что лицо, предоставившее обеспечительное право, не будет отчуждать обремененный актив без его разрешения. Если бы обеспеченный кредитор не приобретал прав в поступлениях, то в результате несанкционированного отчуждения первоначально обремененных активов он в значительной мере или полностью лишался бы возможности рассматривать эти активы в качестве обеспечения долгового обязательства. Данное соображение касается и тех случаев, когда обеспечительное право в первоначально обремененных активах сохраняется и после продажи таких активов третьей стороне. Дело в том, что в случае несанкционированной передачи обремененных активов могут возникнуть трудности с установлением их реального местонахождения. Все эти вопросы заслуживают дополнительного анализа.

75. Рассмотрим сначала классический случай, когда поступления являются результатом отчуждения. Если право обеспеченного кредитора в поступлениях является имущественным правом, то обеспеченный кредитор не пострадает от отчуждения активов или других аналогичных действий, так как имущественное право имеет силу и в отношении третьих сторон. С другой стороны, предоставление обеспеченному кредитору имущественного права в поступлениях может сделать невозможной реализацию законных ожиданий сторон, которые изначально приобрели обеспечительные права в этих поступлениях. Однако в правовых системах, где вопросы создания обеспечительных прав и их силы в отношении третьих сторон рассматриваются отдельно друг от друга, такой результат возможен лишь в том случае, если кредитор, обладающий имущественным правом в поступлениях, имеет приоритет перед кредиторами, для которых эти поступления являются первоначально обремененными активами. В указанных системах потенциальные кредиторы заранее уведомляются о возможном наличии обеспечительных прав в активах потенциального заемщика (включая поступления от этих активов) и могут принять необходимые меры для идентификации поступлений и их отслеживания, а также, при необходимости, для заключения соглашений о приоритетности требований или других соглашений между кредиторами.

76. Несколько иной подход необходим, когда речь идет о поступлениях, которые являются не поступлениями от отчуждения активов, а естественными или гражданскими плодами или доходами, или продуктами переработки. В последнем случае стороны обычно исходят из того, что сырье будет подвергнуто переработке. Принципиальный вопрос состоит в том, следует ли государству установить правовую норму, которая требовала бы, чтобы в соглашении об обеспечении конкретно оговаривалось, что обеспечительное право действует не только в отношении сырья, но и в отношении любых произведенных из него изделий, или же должно просто подразумеваться, что

обеспечительное право автоматически переходит на такие изделия, если стороны не договорились об ином. Большинство государств не требуют от сторон указывать, что обеспечительное право распространяется на продукты переработки сырья, если эти продукты можно четко идентифицировать.

77. Многие государства требуют, чтобы в соглашении об обеспечении было указано, распространяется ли его действие и на природные плоды. Другие государства исходят из того, что природные плоды автоматически подпадают под действие соглашения, если стороны не договорились об ином. Поскольку общая цель авторов *Руководства* состоит в том, чтобы сформулировать рекомендации, соответствующие обычной практике сторон кредитных сделок, они предлагают исходить из того, что природные плоды являются поступлениями и тем самым, как поступления, автоматически подпадают под действие обеспечительного права в первоначально обремененных активах (см. определение понятия “поступление”, в сферу охвата которого входят и естественные плоды, в разделе B, “Терминология и толкование”, Введения).

78. Что же касается гражданских плодов и доходов, то исходя из соображений экономической эффективности можно сделать вывод о том, что обеспечительное право в праве требовать выплату основной суммы (например, по оборотному инструменту или по дебиторской задолженности) должно распространяться и на причитающиеся проценты. Это связано с тем, что выплаты по оборотным инструментам и дебиторской задолженности зачастую включают и выплаты в погашение капитала (основной суммы) и проценты. И лишь в тех случаях, когда первые можно легко отделить от вторых и когда стороны договорились о том, что обеспечительное право в основной сумме не распространяется на начисленные проценты, в законодательстве можно предусмотреть возможность обременения основной суммы без процентов. Вышесказанное касается также доходов от сдачи первоначально обремененных активов в аренду или от предоставления лицензии на них. Стороны обычно исходят из того, что некоторые виды активов могут быть использованы для получения дохода и что при этом их стоимость может уменьшиться. В этом случае логично допустить, что обеспечительное право может распространяться и на арендные платежи, поскольку с экономической точки зрения такие платежи возмещают лицу, предоставившему обеспечительное право, утраченную часть стоимости первоначально обремененного актива. Поэтому, как и в предыдущем случае, авторы *Руководства* считают, что поступления в форме гражданских плодов или доходов должны также рассматриваться как поступления и тем самым автоматически охватываться обеспечительным правом, созданным в первоначально обремененном активе (см. рекомендацию 19).

b) Создание обеспечительного права в поступлениях

79. Как видно из предыдущих пунктов, есть практическое объяснение тому, почему во многих правовых системах действие обеспечительного права в обремененных активах автоматически распространяется на различные формы поступлений (включая поступления от поступлений) при отсутствии договоренности об ином. В тех правовых системах, где не предусмотрено автоматического права в поступлениях, будь то поступления от отчуждения активов, естественные или гражданские плоды, доходы или продукты переработки, стороны обычно имеют возможность указать в соглашении, что обеспечительное право действует в отношении всех видов активов, как если бы они были первоначально обремененными активами. В таких правовых системах стороны могут указать, например, что обеспечительное право создается, по существу, во всех активах лица, предоставляющего обеспечительное право (денежных средствах, инвентарных запасах, дебиторской задолженности, оборотных инструментах, ценных бумагах и интеллектуальной собственности). В этом случае поступления становятся первоначально обремененными активами и на них распространяется обеспечительное право

кредитора даже в отсутствие правовой нормы, предусматривающей автоматическое право в поступлениях. В некоторых из указанных правовых систем стороны могут распространить на поступления и действие отдельных видов обеспечительного права, основанного на правовом титуле (например, права, связанные с удержанием такого титула).

80. Независимо от того, вытекает ли право в поступлениях из права в первоначально обремененных активах автоматически, или это должно быть конкретно оговорено в соглашении об обеспечении, не существует никаких других формальных требований, без соблюдения которых стороны не могли бы заявить свои права в отношении поступлений любого рода. Единственное требование состоит в том, что в последнем случае соглашение об обеспечении должно конкретно предусматривать обеспечительное право в поступлениях и содержать информацию о том, какие именно виды поступлений подпадают под действие этого права. В первом же случае достаточно четко указать, какие активы являются первоначально обремененными.

81. Даже в тех случаях, когда обеспечительное право распространяется на поступления автоматически, стороны могут оговорить в соглашении об обеспечении, что это право не действует в отношении тех или иных видов поступлений или всех поступлений в целом. Включение в законодательство положения о том, что обеспечительное право автоматически распространяется на поступления, чаще всего обосновывается тем, что это соответствует обычным ожиданиям сторон. В соответствии с общей целью *Руководства*, состоящей в содействии развитию системы кредитования под обеспечение, его авторы считают, что режим обеспеченных сделок должен включать нормы, сводящие к минимуму необходимость для сторон конкретно оговаривать то, что обычно считается само собой разумеющимся. Принцип же автономии сторон (см. рекомендацию 10) в достаточной степени защищает интересы тех сторон, которые хотели бы ограничить действие обеспечительного права первоначально обремененными активами. В этой связи авторы *Руководства* рекомендуют установить, что обеспечительное право в обремененных активах автоматически распространяется на поддающиеся идентификации поступления от таких активов и что сторонам нет необходимости оговаривать это в соглашении об обеспечении (см. рекомендацию 19).

c) Пределы действия обеспечительного права в отношении поступлений

82. В тех случаях, когда обеспечительное право автоматически переходит на поступления, возникает необходимость в определении того, в какой степени его можно заявлять в отношении таких поступлений. Если поступления имеют форму естественных или гражданских плодов или доходов, они считаются дополнительно обременяемыми активами, и по логике вещей обеспечительное право в их отношении может быть заявлено даже в том случае, если в результате окажется, что общая стоимость активов, в которых обеспеченный кредитор имеет обеспечительное право, превышает стоимость первоначально обремененных активов.

83. Когда же речь идет о поступлениях от отчуждения первоначально обремененных активов лицом, предоставившим обеспечительное право, или лицом, во владении которого они находятся, некоторые государства руководствуются и другими соображениями принципиального характера. Здесь возможны три подхода. Некоторые государства требуют, чтобы кредитор решил, в чем он намерен реализовать свое обеспечительное право – в первоначально обремененных активах или в поступлениях. Авторы *Руководства* не разделяют этой позиции, поскольку право в поступлениях призвано защитить обеспеченного кредитора в случае ухудшения физического состояния или обесценивания первоначально обремененных активов после их отчуждения.

84. В других государствах действует положение, согласно которому обеспечительное право может быть реализовано на общую сумму, не превышающую стоимость первоначально обремененных активов на момент их отчуждения. Так, например, если стоимость актива на момент продажи составляла 1000 евро, а поступления составили 1500 евро, объем автоматического обеспечительного права в поступлениях будет ограничен 1000 евро. Если же кредитор получает от продажи этого актива только 400 евро, он может претендовать не более чем на 600 евро из поступлений. Обоснованием такого подхода служит то, что обеспечительное право в поступлениях призвано защитить обеспеченного кредитора от последствий возможного ухудшения физического состояния или обесценивания первоначально обремененных активов после их отчуждения, а не дать ему возможность получить непредвиденный доход за счет других кредитов. На тот случай, если стороны пожелают сделать поступления источником покрытия всей суммы непогашенных обязательств, предусмотрена возможность включения в описание первоначально обременяемых активов в соглашении об обеспечении и тех активов, которые будут получены в качестве поступлений (с последующей регистрацией соответствующего уведомления, если это является условием силы обеспечительного права в отношении третьих сторон).

85. В некоторых государствах обеспеченный кредитор может реализовать свое обспечительное право в первоначально обремененных активах и поступлениях от их отчуждения (в пределах суммы непогашенного обязательства), даже если выручка от реализации обеспечительного права превышает стоимость первоначально обремененных активов на момент их отчуждения. Такой подход обосновывается тем, что предоставление обеспеченному кредитору права в поступлениях, ограниченного лишь суммой непогашенных обязательств, соответствует обычным намерениям сторон. То есть предполагается, что в тех случаях, когда действует автоматическое право в поступлениях, поступления от отчуждения активов не только служат заменой первоначально обремененным активам в пределах их стоимости на момент отчуждения, но и в определенном смысле являются дополнительно обременяемыми активами. Поэтому, если стороны при заключении соглашения об обеспечении не договорились об ином, обеспеченный кредитор имеет возможность реализовать свое обеспечительное право как в отношении первоначально обремененных активов, так и в отношении поступлений (на сумму, ограниченную лишь суммой непогашенных обязательств на момент реализации такого права). *Руководство* не предусматривает никаких ограничений в отношении обеспечительного права в поступлениях, помимо ограничений, определяемых суммой обеспеченного обязательства.

9. Поступления, объединенные с другими активами

86. Когда активы, являющиеся поступлениями от обремененных активов, не отделены от других активов лица, предоставившего обеспечительное право, возникает вопрос о том, сохраняется ли обеспечительное право в поступлениях. Ответ на этот вопрос обычно зависит от того, можно ли идентифицировать активы, являющиеся поступлениями. Идентификация поступлений в виде материальных активов, не отделенных от других активов лица, предоставившего обеспечительное право, может производиться любым способом, позволяющим установить, что соответствующие активы являются поступлениями. В этой связи во многих государствах действует положение, согласно которому на поступления в виде материальных активов, объединенных с другими активами, должны распространяться те же принципы, касающиеся сохранения обеспечительного права обеспеченного кредитора, что и на первоначально обремененные активы, объединенные с другими активами в общую массу или продукт.

87. Вышесказанное можно проиллюстрировать двумя примерами. Сначала рассмотрим случай, когда лицо, предоставившее обеспечительное право, получает в качестве

поступлений от продажи произведенной им мебели партию пиломатериалов. Эти пиломатериалы затем вместе с другими пиломатериалами используются для производства готовой мебели (готового продукта). Теперь рассмотрим случай, когда лицо, предоставившее обеспечительное право, получает в обмен на проданную сырую нефть определенное количество бензина, который смешивается затем в цистерне с другим бензином, принадлежащим этому лицу. В обоих случаях обеспечительное право должно переходить на поступления, объединенные с другими активами, т. е. у обеспеченного кредитора должна быть возможность заявить свое обеспечительное право и в отношении части стоимости мебели или в отношении части бензина в цистерне. Если обеспеченный кредитор может доказать, что то или иное количество пиломатериалов или бензина было получено в качестве поступлений, от него не должно требоваться никаких дополнительных шагов для создания (или сохранения) обеспечительного права в таких материальных поступлениях, объединенных с другими активами (см. пункты 90–92, ниже).

88. Если же речь идет о поступлениях в виде нематериальных активов, например о дебиторской задолженности или правах на денежные средства, зачисленные на банковский счет, и эти поступления не отделены от других аналогичных активов лица, предоставившего обеспечительное право, то их можно идентифицировать в качестве таковых только в том случае, если можно установить их связь с первоначально обремененными активами. Например, если обеспеченный кредитор может доказать, что сумма, зачисленная на банковский счет, является поступлениями от отчуждения обремененных активов, он может заявить свои требования в отношении этой суммы. Проблема лишь в том, что на банковских счетах постоянно происходит движение средств и трудно установить, какой процент этих средств на тот или иной момент времени был зачислен на счет в качестве поступлений.

89. Во многих государствах действуют весьма сложные банковские правила, касающиеся условий, при которых можно отследить суммы, зачисленные на банковский счет. Примерами таких правил могут служить: *a)* правило ФИФО (“первый на входе – первый на выходе”), когда считается, что средства, первыми ставшие частью смешанной массы, первыми же и изымаются из нее; *b)* правило ЛИФО (“последний на входе – первый на выходе”), когда считается, что средства, последними включенные в состав смешанной массы, изымаются из нее первыми; и *c)* правило наименьшего промежуточного остатка, когда считается, что из состава смешанной массы изымаются, насколько это возможно, средства, не являющиеся поступлениями от обремененных активов. Многие государства защищают обеспечительное право, устанавливая, что поддающиеся идентификации поступления включают все денежные средства, зачисленные на счет как поступления, если остаток средств на счете превышает сумму, зачисленную на него в качестве поступлений. Если общая сумма средств, остающихся на счете, меньше суммы зачисленных на него поступлений, сумма поддающихся идентификации поступлений определяется путем сложения наименьшего промежуточного остатка (т. е. наименьшего остатка средств на счете с момента зачисления на него первой суммы поступлений) с последующими суммами поступлений, зачисленных на счет с момента, когда был зафиксирован такой остаток. Как и в случае с поступлениями в виде материальных активов, объединенных с другими активами, авторы *Руководства* считают, что в тех случаях, когда можно установить источник нематериальных поступлений, от сторон не должно требоваться никаких дополнительных действий для создания (или сохранения) обеспечительного права в таких нематериальных поступлениях (см. рекомендацию 20).

10. Материальные активы, объединенные в общую массу

90. В прошлом в рамках режимов обеспеченных сделок проблема идентификации обремененных активов не возникала. Обеспечительные права могли существовать только в конкретно определенных активах и поэтому случаи объединения таких

активов с другими аналогичными активами были редки. Сегодня же во многих правовых системах допускается создание обеспечительного права и в отношении общих категорий видов активов (как правило, однородных). Например, обеспечительное право может быть создано в активах, указанных как “все принадлежащие мне запасы джинсов”; или же продавец может получить такое право во всех джинсах, которые он продает покупателю. И в том, и в другом случае существует возможность объединения активов, в отношении которых действует обеспечительное право, с другими активами того же типа, не подпадающими под действие этого права, когда нельзя будет отделить первые от вторых.

91. Существуют два возможных подхода к определению влияния, которое оказывает объединение материальных активов в общую массу на обеспечительные права в активах, созданные до объединения. Некоторые правовые системы исходят из того, что, если какие-либо активы объединены с другими активами, их невозможно определить, и обеспечительное право кредитора перестает действовать. В соответствии с этим подходом именно на обеспеченного кредитора возлагается бремя предотвращать объединение путем обеспечения того, чтобы лицо, предоставившее право, не допускало объединения обремененных активов с другими активами подобного характера. Другие правовые системы исходят из того, что обеспечительное право сохраняет силу и может быть реализовано в отношении объединенных активов пропорционально доле стоимости обремененных активов в общей стоимости объединенных активов. В соответствии с таким подходом, если обеспеченный кредитор обладает обеспечительным правом в нефти на сумму 100 000 евро, которую сливают в один резервуар с нефтью на сумму 50 000 евро, обеспечительное право будет распространяться на две трети объема нефти, которая будет находиться в резервуаре на момент реализации обеспечительного права.

92. Поскольку в *Руководстве* принят общий принцип, согласно которому необходимо в максимальной степени защищать обеспечительные права, в нем рекомендуется принять второй подход. Это означает, что обеспечительное право в объединенных активах сохраняется в такой же доле, какую обремененные активы и активы, не обремененные обеспечительным правом, составляют от единой массы. Другими словами, после создания обеспечительного права в обремененных активах, нет необходимости предпринимать какие-либо дальнейшие действия для сохранения этого обеспечительного права, если обремененные активы в дальнейшем будут объединены с аналогичными активами, не подпадающими под действие данного обеспечительного права (см. рекомендацию 22).

11. Материальные активы, объединенные в продукте

93. Материальные активы часто изготавливаются в виде одного продукта. Если отдельный актив изготавливается подобным образом, то возникает вопрос о том, можно ли проследить переход обеспечительного права в сырье к обеспечительному праву в готовом продукте. Этот вопрос о “продуктах изготовления” рассматривался выше при обсуждении вопроса о поступлениях. Однако изготовление часто связано с сочетанием нескольких активов в одном новом продукте. Следовательно, каждый раз, когда материальные активы смешиваются или сочетаются таким образом с другими материальными активами и их отдельная сущность утрачивается в продукте, необходимо определять условия, при которых обеспечительное право в первоначальном активе может реализовываться в продукте, ставшем результатом такого смешения. Например, возможно, обеспечительное право было создано в отношении муки, которая должна стать хлебом.

94. Как и в случае материальных активов, объединенных в общей массе, в различных правовых системах используются два основных подхода. В некоторых правовых

системах после объединения актив (такой, как мука) перестает быть мукой, и обеспечительное право теряет свою силу. Если стороны заинтересованы в том, чтобы обеспечительное право переходило на продукт (т. е. хлеб), они должны предусмотреть в своем соглашении об обеспечении, что первоначальное обеспечительное право обременяет как муку, так и любой продукт, в который мука может быть преобразована. Другие правовые системы исходят из того, что обеспечительное право автоматически распространяется на готовое изделие, если можно установить, что изделие изготовлено из сырья, которое подпадает под действие данного обеспечительного права. Тем не менее, для того чтобы не дать возможности обеспеченному кредитору получить непредвиденный доход, в том случае когда готовая продукция по своей стоимости превышает стоимость использованного сырья, максимальная стоимость, которую можно требовать в рамках этих правовых систем по обеспечительному праву, обычно ограничивается стоимостью первоначального обремененного актива непосредственно перед тем, как он стал частью продукта.

95. Поскольку стороны обычно исходят из того, что сырье будет подвергнуто обработке, в настоящем *Руководстве* считается, что нет необходимости указывать в соглашении об обеспечении, что действие обеспечительного права переходит на изготовленный продукт. Полученный продукт в некотором смысле заменяет или подменяет собой обеспечительное право в отношении сырья, которое более не существует (см. рекомендацию 22).

12. Создание или сохранение обеспечительного права в принадлежностях

96. Движимые активы могут присоединяться к движимым активам или недвижимому имуществу таким образом, что их сущность не исчезает и они становятся принадлежностью. В таких случаях возникает необходимость определить влияние такой характеристики актива, как принадлежности, на: *a)* способность лиц, предоставляющих право, создавать обеспечительные права в принадлежностях; и *b)* сохранность обеспечительного права, которое действовало в отношении первоначальных движимых активов, до того, как они стали принадлежностью другого имущества.

97. В некоторых правовых системах не предусматривается возможность создания обеспечительного права в принадлежностях, которые уже стали принадлежностью других движимых активов или недвижимого имущества. Обеспечительное право действует в отношении принадлежности только в том случае, если оно создано до того, как соответствующие активы стали принадлежностью. В этих правовых системах обеспечительное право в движимых активах может сохранить свою силу, если они становятся принадлежностью движимых активов или недвижимого имущества, невзирая на издержки и трудности, связанные с отделением принадлежности от движимых активов или недвижимого имущества, принадлежностью которых она является, и независимо от того, что принадлежность стала неотъемлемой частью этих движимых активов или недвижимого имущества. То есть, даже если принадлежность является важной частью движимого актива в одном случае или считается недвижимым имуществом до тех пор, пока она остается присоединенной к недвижимому имуществу в другом случае, эти правовые системы сохраняют обеспечительное право после факта присоединения.

98. В других правовых системах обеспечительное право может сохранять свою силу в движимом активе или недвижимом имуществе после факта присоединения, но является также возможным создание обеспечительного права в активе, который уже является принадлежностью, причем принадлежностью либо другого движимого актива, либо недвижимого имущества. Для этих правовых систем вопрос об издержках и трудностях, связанных с отделением принадлежности от активов, также не имеет значения при принятии решения о возможности создания обеспечительного права. В обоих

случаях вопрос о том, можно ли отделить принадлежность от движимых активов или недвижимого имущества, не повредив при этом сами активы или имущество, учитывается при определении очередности конкурирующих заявителей требований, но это не имеет значения при решении вопроса о возможности создания обеспечительного права. Кроме того, в этих правовых системах, как правило, лицо, предоставляющее право, может либо осуществлять обременение принадлежностей недвижимого имущества в соответствии с законодательством, регулирующим обременение недвижимого имущества, либо создавать обеспечительное право в таких принадлежностях на основании законодательства, регулирующего обеспечительные права в движимых активах.

99. Учитывая свою цель – облегчить создание обеспечительных прав, *Руководство* рекомендует принять второй из изложенных выше подходов. Обеспечительные права, созданные до присоединения, могут сохранять свою силу после факта присоединения, и обеспечительные права могут создаваться в принадлежностях даже после факта самого присоединения. Основной вопрос состоит в том, чтобы определить, требуются ли какие-либо дополнительные шаги для сохранения силы обеспечительного права после присоединения или для создания обеспечительного права в активе, который уже является принадлежностью, помимо необходимых действий по созданию обычного обеспечительного права. Поскольку в *Руководстве* проводится различие между созданием (приобретение силы в отношениях между сторонами), силой обеспечительного права в отношении третьих сторон и приоритетом, оно занимает позицию, согласно которой никаких дополнительных шагов не требуется для сохранения или создания обеспечительного права в принадлежностях как движимых активов, так и недвижимого имущества (см. рекомендацию 21; по вопросам приоритета см. главу V, пункты 110–116).

13. Создание или сохранение обеспечительного права в общей массе или в продукте

100. Как уже отмечалось выше, объект материальных активов может быть объединен с одним или несколькими другими объектами материальных активов таким образом, что его сущность утрачивается. В этом случае возникает вопрос относительно того, сохраняет ли силу обеспечительное право, действовавшее в отношении данного объекта материальных активов до его объединения с другими активами. Общая позиция большинства правовых систем сводится к тому, что обеспечительное право сохраняется в общей массе или в продукте после объединения, предполагая при этом, что по крайней мере некоторые объединенные активы могут быть идентифицированы в качестве изначально обремененных активов. Обеспечительное право в первоначально отдельных активах преобразуется в обеспечительное право в продукте или в общей массе.

101. Однако в отличие от общего подхода, принятого в вопросе о создании обеспечительных прав в принадлежностях, в большинстве правовых систем обеспечительное право невозможно создать в объектах материальных активов после их объединения в общей массе или в продукте. Другими словами, принадлежности всегда можно рассматривать как отдельный объект хотя бы условно, но эта сущность исчезает в случае объединенных активов. Когда нефть объединяется в резервуаре или мука превращается в хлеб, отдельная сущность первоначально обремененных активов исчезает. По этой причине, как правило, невозможно создать отдельное обеспечительное право в материальных активах, которые уже были объединены.

102. *Руководство* придерживается подхода, принятого в большинстве правовых систем. Оно не предусматривает возможности создания отдельных обеспечительных прав в материальных активах, которые уже были объединены в общей массе или в продукте. Однако вновь центральный вопрос состоит в том, необходимы ли дополнительные шаги

для того, чтобы сохранить силу обеспечительного права в отношениях между сторонами, когда первоначально обремененные активы позднее становятся объединенными в общей массе или в продукте. В силу тех же принципиальных причин, которые благоприятствуют сохранению обеспечительного права в принадлежностях без необходимости принятия дополнительных шагов, авторы *Руководства* рекомендуют не требовать никаких дополнительных шагов в случае объединения (см. рекомендацию 22).

B. Замечания, касающиеся конкретных активов

1. Действительность оптовой уступки дебиторской задолженности и уступки будущей дебиторской задолженности, частичных или неделимых интересов в дебиторской задолженности

103. Дебиторская задолженность в деловой сфере часто используется как актив для обеспечения исполнения обязательства. Создание обеспечительного права в дебиторской задолженности обычно называется уступкой, хотя в некоторых странах по-прежнему проводится различие между залогом дебиторской задолженности, с одной стороны, и ее уступкой, с другой. С учетом идентичного характера способности цессионария и залогодержателя инкассировать оплату дебиторской задолженности отмечается тенденция распространять на уступку одни и те же нормы, независимо от того, связана ли она с простой передачей дебиторской задолженности, передачей дебиторской задолженности для целей обеспечения или обеспечительным правом в дебиторской задолженности. Эти схожие правила регулируют создание обеспечительного права, силу обеспечительного права в отношении третьих сторон и приоритет, хотя реализация простой передачи по-прежнему до некоторой степени регулируется иными положениями. Эта тенденция главным образом объясняется тем фактом, что часто третьим сторонам весьма трудно определить характер уступки, а также необходимостью того, чтобы те же нормы о силе в отношении третьих сторон и приоритете регулировали все виды сделок по финансированию, связанных с уступкой дебиторской задолженности. Эта тенденция отражена в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (см. статью 2) и в позиции, рекомендуемой в *Руководстве* (см. рекомендацию 3).

104. Однако в разных правовых системах действуют различные требования в отношении действительности уступки. В некоторых правовых системах требуется письменный документ, подтверждающий уступку, или уведомление должника по дебиторской задолженности. В других правовых системах для обеспечения действительности уступки в отношениях между цедентом и цессионарием необходимо письменное оформление уступки. Другие формальности, такие как регистрация или уведомление должника по дебиторской задолженности, необходимы лишь для того, чтобы сделать уступку эффективной в отношении третьих сторон или позволить цессионарию инкассировать дебиторскую задолженность. *Руководство* исходит из того, что дебиторская задолженность похожа на любой другой актив, и поэтому конкретные формальные шаги для создания обеспечительного права в дебиторской задолженности не должны отличаться от тех, которые применяются к материальным активам.

105. Кроме того, в разных правовых системах предусмотрены различные нормы в отношении действительности уступки будущей дебиторской задолженности и дебиторской задолженности, которая конкретно не определена, а также в отношении действительности уступки части или неделимого интереса в дебиторской задолженности. Тем не менее современная тенденция заключается в том, чтобы признать все виды уступки при условии, что дебиторская задолженность (или ее части или проценты) могут быть идентифицированы как охватываемые уступкой, и предусмотреть, что уступка будущей

дебиторской задолженности является действительной без необходимости оформления новой уступки для каждой будущей дебиторской задолженности (см. статью 8 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле). Этот результат объясняется тем, что до тех пор, пока между цессионарием и цедентом действует соглашение относительно сферы действия дебиторской задолженности, являющейся предметом уступки, не возникает никакой необходимости в принятии дополнительных формальных мер для того, чтобы уступка имела силу в отношениях между цедентом и цессионарием. Этот подход, который согласуется с положениями Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 23).

2. Действительность уступки дебиторской задолженности, совершенной несмотря на наличие оговорки о запрещении уступки

106. В некоторых государствах действуют договорные ограничения в отношении уступок дебиторской задолженности, с тем чтобы защитить интересы стороны, в пользу которой обуславливается такое ограничение (т. е. цедента или должника по дебиторской задолженности). В других правовых системах договорные ограничения на отчуждение дебиторской задолженности не имеют силы в целях защиты права цедента (лица, предоставляющего право) на свободное отчуждение дебиторской задолженности и прав цессионария (обеспеченного кредитора), если цессионарий не осведомлен о наличии договорного ограничения. В иных же правовых системах договорные ограничения на отчуждение дебиторской задолженности имеют лишь ограниченную силу (в отношениях между сторонами соглашения).

107. Этот подход принят и в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле для целей поддержки возможности уступки дебиторской задолженности. Обоснование такого подхода состоит в том, что он содействует увеличению кредитных средств с использованием имеющейся дебиторской задолженности, что в свою очередь может расширить возможности цедента по предоставлению кредитных средств должнику по дебиторской задолженности. Если конкретные должники по дебиторским задолженностям нуждаются в конкретных случаях в защите (например, некоторые виды должников-потребителей) или если публичные интересы находятся в противоречии с возможностью уступки (например, ограничения на уступку заработной платы, пенсий или государственных социальных пособий), эти ограничения должны быть установлены в другом законодательстве (и не затрагиваются законодательством, рекомендованным в *Руководстве*, см. рекомендацию 18).

108. Согласно пункту 1 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, уступка дебиторской задолженности имеет силу независимо от договорных ограничений на уступку, согласованных между цедентом (согласно терминологии настоящего *Руководства* – “лицом, предоставляющим право”) и должником (согласно терминологии настоящего *Руководства* – “должником по дебиторской задолженности”). Однако действие данного положения ограничено двояко. Во первых, его применение ограничивается торговой дебиторской задолженностью в широком смысле этого понятия (см. пункт 3 статьи 9 Конвенции). При этом оно не охватывает так называемую “финансовую дебиторскую задолженность”, поскольку, когда должником по дебиторской задолженности является финансовое учреждение, даже частичное признание оговорки о запрещении уступки недействительной может затронуть обязательства, взятые на себя финансовым учреждением в отношении третьих сторон. Это может негативным образом сказаться

на важной финансовой практике, такой как уступка дебиторской задолженности, возникающей в связи с ценными бумагами или финансовыми договорами (которые исключены из сферы применения *Руководства*, см. подпункты *c)–e)* рекомендации 4).

109. Второе ограничение правила, изложенного в пункте 2 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле предусматривает, что если подобное договорное ограничение является действительным в соответствии с законодательством, действующим вне сферы действия Конвенции, то оно не теряет силы в отношениях между цедентом и должником по дебиторской задолженности. Должник вправе потребовать от цедента возмещения ущерба в связи с нарушением договора, если данное требование предусмотрено законодательством, действующим вне сферы действия Конвенции, но он не вправе выдвинуть данное требование в отношении цессионария в порядке зачета (см. пункт 3 статьи 18). Кроме того, простого знания цессионарием о существовании ограничения (согласно терминологии настоящего *Руководства* – "обеспеченный кредитор") недостаточно для уклонения от исполнения договора, из которого возникает дебиторская задолженность, являющаяся предметом уступки (см. пункт 2 статьи 9).

110. Данный подход содействует осуществлению сделок по финансированию с использованием дебиторской задолженности, поскольку он освобождает цессионария от потенциально расходной с точки зрения средств и времени обязанности изучать условия договоров, из которых возникает дебиторская задолженность, для того чтобы определить, нет ли в них запрета или особых условий в отношении уступки дебиторской задолженности. В *Руководстве* рекомендуется тот же подход к этим вопросам, что и в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (см. рекомендацию 24).

3. Создание обеспечительного права в личном или имущественном праве, обеспечивающем исполнение обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или любому другому нематериальному активу

111. Если лицо, предоставляющее право, создает обеспечительное право в дебиторской задолженности, оборотном инструменте или любых других нематериальных активах в пользу обеспеченного кредитора, возникает вопрос относительно того, получает ли обеспеченный кредитор автоматически и без дополнительных действий со стороны лица, предоставляющего право, или обеспеченного кредитора, личное право (такое, как гарантия или залог) или имущественное право (такое, как обеспечительное право в другом движимом имуществе или закладная на недвижимое имущество), обеспечивающее погашение дебиторской задолженности, обязательств по оборотному инструменту или другим нематериальным активам.

112. В большинстве правовых систем создание обеспечительного права в дебиторской задолженности, оборотном инструменте или в других нематериальных активах, должно также автоматически предоставлять обеспеченному кредитору права в отношении всех прав лица, предоставляющего права, которые касаются данной дебиторской задолженности, данного оборотного инструмента или иных нематериальных активов. Таким образом, если обязательство по уплате дебиторской задолженности, оборотному инструменту или иным нематериальным активам само по себе обеспечено обеспечительным правом в активах лица, имеющего обязательство, обеспеченный кредитор тоже должен получить возможность пользоваться правами лица, предоставляющего право, в отношении обеспечительного права в активе лица, имеющего обязательство (см. подпункт *a)* рекомендации 25).

113. Описанная в предыдущем пункте норма применяется независимо от того, ограничено ли лицо, предоставляющее право, каким-либо соглашением с должником по дебиторской задолженности или с лицом, имеющим обязательство по оборотному инструменту или иным нематериальным активам, в отношении создания обеспечительного права в дебиторской задолженности, оборотном инструменте и в других нематериальных активах или в личном или имущественном праве, обеспечивающем платеж или иное исполнение обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или иному нематериальному активу (подпункт *d)* рекомендации 25). Однако ничто, содержащееся в таком положении, не затрагивает ответственность лица, предоставляющего право, за нарушение этого соглашения, за исключением того, что другая сторона договора не может уклониться от исполнения соглашения, из которого вытекает дебиторская задолженность, обязательство по оборотному инструменту или иным нематериальным активам, либо личное или имущественное право, обеспечивающее их, только потому, что имело место это нарушение (см. подпункт *e)* рекомендации 25).

114. Тем не менее, поскольку права обеспеченного кредитора в отношении личного или имущественного права вытекают из прав лица, предоставляющего право, права обеспеченного кредитора в отношении указанных личных или имущественных прав не могут быть по объему больше, чем права самого лица, предоставившего право, в отношении этих прав.

115. Если дебиторская задолженность, оборотный инструмент или иные нематериальные активы обеспечены независимым обязательством, обеспечительное право обеспеченного кредитора не распространяется на право получать средства по независимому обязательству, а распространяется только на поступления по независимому обязательству (см. подпункт *b)* рекомендации 25). Это соответствует положению *Руководства* о том, что бенефициар по независимому обязательству не может передавать право получать денежные средства без согласия гаранта/эмитента, лица, подтвердившего обязательство, или иного специально назначенного лица.

116. Имеется несколько практических причин в поддержку рекомендации о том, что обеспеченный кредитор должен иметь обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству. Во первых, данное положение устраняет необходимость для обеспеченного кредитора осуществлять некоторые дополнительные действия в отношении кредитной документации, регулирующей его отношения с лицом, предоставляющим право. Это происходит потому, что, даже если бы в *Руководстве* проводилось различие между дополнительным правом и самостоятельным правом (различие, которое предусмотрено законодательством целого ряда государств), это различие не помешало бы обеспеченному кредитору получить обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству. Для этого обеспеченному кредитору лишь пришлось бы выполнить некоторые формальности, а именно включить в свое соглашение об обеспечении с лицом, предоставляющим право, положение, прямо предусматривающее создание обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству. Устранение необходимости принятия такой формальной меры отвечает цели *Руководства* – содействовать сокращению стоимости кредитов или расширить доступ к получению кредитов за счет сокращения операционных издержек.

117. Во вторых, норма об автоматическом создании обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству будет основанной на практике, так как она соответствует обычным ожиданиям сторон соглашения. Обеспеченный кредитор, рассматривающий дебиторскую задолженность предоставившего права лица в качестве обремененных активов, обычно исходит из того, что независимо от способа погашения дебиторской задолженности (например, непосредственно

должниками по дебиторской задолженности или путем использования независимого обязательства, обеспечивающего одну или несколько сумм дебиторской задолженности) обеспеченный кредитор будет иметь обеспечительное право в этом платеже как поступлениях от дебиторской задолженности. Действительно, в некоторых случаях обеспеченный кредитор, возможно, пожелает предоставить кредит данному заемщику по более низкой процентной ставке, если он будет знать, что предоставляемое обеспечительное право в дебиторской задолженности заемщика включает и обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству. Правовая норма, соответствующая обычным ожиданиям сторон, позволит избежать неприятных сюрпризов и добиться большей степени определенности в государствах, которые будут реализовывать рекомендации настоящего *Руководства*. Более высокая степень определенности придаст бóльшую уверенность кредиторам при предоставлении кредитов и тем самым будет содействовать достижению цели настоящего *Руководства* – содействовать большей доступности кредитов, предоставляемых под обеспечение (см. подпункт *a)* рекомендации 1).

118. В третьих, данная рекомендация никоим образом не затрагивает права гаранта/ эмитента независимого обязательства, лица, подтвердившего это обязательство, или иного специально назначенного лица, имеющего полномочия по независимому обязательству. Ни гарант/ эмитент независимого обязательства, ни лицо, подтвердившее это обязательство, ни иное специально назначенное лицо не обязаны выполнять требование какого-либо лица помимо бенефициара относительно выплаты денежных средств по независимому обязательству и не должны выплачивать денежные средства каким-либо лицам, кроме бенефициара, без согласия гаранта/эмитента независимого обязательства, лица, подтвердившего это обязательство, или иного специально назначенного лица.

119. *Руководство* ограничивает вышеуказанную рекомендацию по целому ряду аспектов. Во первых, она не затрагивает право в недвижимом имуществе, которое в соответствии с законодательством иным, нежели законодательство о сделках с обеспечением, может передаваться отдельно от дебиторской задолженности, оборотного инструмента и иных нематериальных активов, которые оно обеспечивает. Данная рекомендация касается механизма, который, возможно, существует в некоторых государствах и позволяет владельцу недвижимого имущества создавать право (залог) в недвижимом имуществе, даже если в момент создания это право не служит обеспечением исполнения какого-либо обязательства. Впоследствии владелец может передать это право кредитору, который в свою очередь может передать это право другому кредитору. Как и независимое обязательство, право в недвижимом имуществе, по видимому, является самостоятельным правом, независимым от какого-либо обязательства.

120. Вторая оговорка состоит в том, что в соответствии с положениями Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле данная рекомендация применяется только к некоторым видам дебиторской задолженности, оборотных инструментов и иных нематериальных активов (см. подпункт *f)* рекомендации 25), таких как торговая дебиторская задолженность (например, дебиторская задолженность, возникшая в результате купли-продажи товаров и предоставления услуг).

121. Третья оговорка состоит в том, что данная рекомендация не затрагивает каких-либо обязательств лица, предоставляющего право, перед должником по дебиторской задолженности или перед лицом, имеющим обязательства по оборотному инструменту или иным нематериальным активам (см. подпункт *g)* рекомендации 25).

122. И наконец, данная рекомендация не затрагивает какое-либо требование, предусмотренное иным законодательством, помимо законодательства о сделках с

обеспечением, в отношении формы создания или регистрации обеспечительного права в любых активах, обеспечивающих платежи или иное исполнение обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или иным нематериальным активам, но лишь постольку, поскольку это не наносит ущерб автоматическому созданию права пользования таким обеспечительным правом (см. подпункт *h)* рекомендации 25).

4. Создание обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

123. Средства, зачисленные на банковский счет, – это особая форма дебиторской задолженности, выплачиваемой держателю счета. Банк является должником по дебиторской задолженности, стоимость которой меняется в зависимости от сумм, зачисленных на счет. Дебиторская задолженность, как правило, описывается как право на получение платежа средств, зачисленных на счет. С учетом любых ограничений на снятие денежных средств, которые могут быть предусмотрены в соглашении об открытии счета, средства, зачисленные на счет, должны выплачиваться держателю счета по его просьбе. В большинстве соглашений об открытии счета предусматривается, что владелец счета не может уступать право на получение платежа или создание обеспечительного права в этом праве на платеж. По своим целям и форме эти ограничения весьма напоминают договорные ограничения на уступку дебиторской задолженности.

124. Как отмечено выше (см. пункты 106–110), в некоторых правовых системах такие договорные ограничения действуют в полную силу. В других правовых системах эти ограничения либо не имеют силы, либо действуют в ограниченных пределах. В *Руководстве* рекомендуется позиция, состоящая в том, что уступка дебиторской задолженности действует в отношениях между цедентом и цессионарием независимо от соглашения, ограничивающего право цедента на отчуждение дебиторской задолженности (см. подпункт *a)* рекомендации 24). По этим же принципиальным причинам *Руководство* рекомендует, чтобы должным образом созданное обеспечительное право в праве на платеж средств, зачисленных на банковский счет, действовало несмотря на какое-либо соглашение, которое имеет целью ограничить право держателя счета на создание обеспечительного права (см. рекомендацию 26).

125. Даже если обеспечительное право может действовать в отношениях между держателем счета и обеспеченным кредитором, это, однако, не означает, что обеспеченный кредитор автоматически приобретает любые права, которые могут быть предъявлены к банку. Специальный характер банковских сделок требует принятия нормы, которая, как правило, охраняет банки от обязанности осуществить платеж любому другому лицу помимо держателя счета или выполнить любое другое обязательство (как, например, предоставление информации о счете), которое может возникнуть в соответствии с соглашением об обеспечении. Лишь в тех случаях, когда банк недвусмысленно принимает условия соглашения об обеспечении, он будет обязан выплатить обеспеченному кредитору средства, зачисленные на счет. Придерживаясь своей общей политики ссылок на специализированную практику в финансовых и банковских секторах, *Руководство* также рекомендует этот подход в отношении обязательств банка перед обеспеченным кредитором (см. рекомендацию 26).

5. Создание обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

126. Сфера аккредитивов и независимых обязательств подобно банковской сфере является весьма специализированной частью современного коммерческого права со

сложившимися нормами и практикой. Бóльшая часть этого законодательства и практики является либо транснациональной, либо общей для большинства государств. Например, согласно общепризнанному принципу, регулирующему независимое обязательство, право на требование платежа (право на “выплату средств”) по обязательству не может передаваться без согласия гаранта/эмитента, лица, подтвердившего это обязательство, или иного специально назначенного лица, имеющего полномочия по обязательству (см., например, Конвенцию Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах[1], Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, Правила международной практики резервных аккредитивов и Унифицированные правила для гарантий по требованию). С учетом широкого признания этого принципа *Руководство* рекомендует его придерживаться (см. рекомендацию 27).

127. Однако в настоящем *Руководстве* предусмотрено различие между правом на получение средств по независимому обязательству и правом на получение поступлений от использования средств по независимому обязательству. Как и в случае ограничений в отношении уступки дебиторской задолженности и права на платеж средств, зачисленных на банковский счет, *Руководство* полагает, что бенефициар независимого обязательства может создать обеспечительное право в отношении своих прав. Даже если право на получение средств по независимому обязательству не является само по себе передаваемым в соответствии с применимым законодательством и практикой или даже если любая предполагаемая передача права на получение средств не может быть предъявлена эмитенту, *Руководство* считает, что ни одно из положений в законодательстве или практике, регулирующих независимые обязательства, не мешает бенефициару независимого обязательства создавать обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству в случае осуществления платежа. Соответственно по этому вопросу оно также предусматривает рекомендацию (см. рекомендацию 27).

6. Создание обеспечительного права в оборотном документе или в материальном активе, на которые распространяется действие оборотного документа

128. Если в отношении материальных активов оформлен такой оборотный документ, как коносамент или складская расписка, и обязательства по нему еще не погашены, этот документ представляет собой правовой титул на идентифицированные материальные активы. В результате титул на идентифицированные активы может переходить с помощью передачи оборотного документа. Из этого принципа, согласно которому документ воплощает собой активы, следует, что создание обеспечительного права в отношении оборотного документа действует и как создание обеспечительного права в самих материальных активах при условии, что на момент создания обеспечительного права в отношении документа действие документа распространяется на эти активы (см. рекомендацию 28). Для этой цели считается, что активы охватываются документом, если они находятся в распоряжении эмитента документа или агента, действующего от имени эмитента документа, в момент создания обеспечительного права. Помимо требования о том, чтобы активы находились в распоряжении эмитента, нет никаких других предварительных условий для создания обеспечительного права в оборотном документе, действующем в отношениях между сторонами, помимо тех, которые обсуждаются выше (см. пункты 12–33, выше).

[1] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.97.V.12.

C. Рекомендации 13–28

Цель

Цель положений, касающихся создания обеспечительного права, заключается в уточнении требований, которые должны быть удовлетворены для приобретения обеспечительным правом силы в отношениях между сторонами.

1. Общие рекомендации*

Создание обеспечительного права

13. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в активах создается на основании соглашения, заключенного между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором. В случае активов, в отношении которых предоставляющее право лицо имеет права или правомочно осуществлять обременение в момент заключения соглашения, обеспечительное право создается в этот момент. В случае активов, в отношении которых предоставляющее право лицо приобретает права или полномочия осуществлять обременение впоследствии, обеспечительное право создается в момент приобретения предоставляющим право лицом прав в активах или полномочий на их обременение.

Минимальное содержание соглашения об обеспечении

14. В законодательстве следует предусмотреть, что соглашение об обеспечении должно:

a) отражать намерение сторон создать обеспечительное право;

b) определять обеспеченного кредитора и лицо, предоставляющее право;

c) содержать описание обеспеченного обязательства;

d) содержать такое описание обремененных активов, которое разумно позволяет осуществлять их определение; и

e) указывать максимальную денежную сумму, которая может быть взыскана в связи с данным обеспечительным правом, если государство решает, что такое указание может быть полезно для содействия вспомогательному кредитованию.

Форма соглашения об обеспечении

15. В законодательстве следует предусмотреть, что соглашение об обеспечении может быть устным, если оно сопровождается передачей обеспеченному кредитору владения обремененными активами. В противном случае соглашение должно быть заключено или подтверждено в письменном документе, который сам по себе или в сочетании с поведением сторон свидетельствует о намерении лица, предоставляющего право, создать обеспечительное право.

Обязательства, обеспеченные обеспечительным правом

16. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право может обеспечивать исполнение любого вида обязательства, существующего или будущего, определенного или поддающегося определению, условного или безусловного, фиксированного или меняющегося.

Активы, на которые распространяется действие обеспечительного права

17. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право может обременять любой вид активов, включая части активов и неделимые права в активах. Обеспечи-

* Общие рекомендации применяются ко всем видам охваченных в *Руководстве* активов с изменениями, внесенными согласно рекомендациям, касающимся конкретных активов.

тельное право может обременять активы, которые на момент заключения соглашения об обеспечении могли еще не существовать или могли еще не находиться в собственности лица, предоставляющего право, или которые оно не имело права обременять. Любые исключения из этих правил должны быть ограниченны и четко и конкретно оговорены в законодательстве.

18. В законодательстве следует предусмотреть, что, кроме случаев, предусмотренных в рекомендациях 23–25, оно не отменяет действия положений любого другого законодательства в той мере, в которой они ограничивают создание или реализацию обеспечительного права в определенных видах активов или возможность передачи таких активов.

Сохранение обеспечительного права в поступлениях

19. В законодательстве следует предусмотреть, что, если стороны соглашения об обеспечении не договорились об ином, обеспечительное право в обремененных активах распространяется на поддающиеся идентификации поступления по этим активам (включая поступления от поступлений).

Объединенные поступления

20. В законодательстве следует предусмотреть, что если поступления в форме денег или средств, зачисленных на банковский счет, были объединены с другими активами того же рода таким образом, что эти поступления более не поддаются идентификации, сумма поступлений непосредственно перед их объединением должна тем не менее рассматриваться как идентифицируемые поступления после объединения. Однако если в какой-либо момент после объединения общая сумма активов была меньше суммы поступлений, то общая сумма активов на тот момент, когда его сумма была минимальной, плюс сумма любых поступлений, позже объединенных с активами, должна рассматриваться как идентифицируемые поступления.

Создание и сохранение обеспечительного права в принадлежностях

21. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право может быть создано в материальных активах, которые являются принадлежностями в момент создания обеспечительного права, или сохраняется в материальных активах, которые становятся принадлежностями впоследствии. Обеспечительное право в принадлежностях недвижимого имущества может создаваться в соответствии с этим законодательством или законодательством, регулирующим недвижимое имущество.

Сохранение обеспечительного права в массе или продукте

22. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право, созданное в материальных активах до их объединения в массу или продукт, сохраняется в массе или продукте. Сумма, обеспеченная обеспечительным правом, которое сохраняется в массе или продукте, ограничивается той стоимостью обремененных активов, которую они составляли непосредственно перед тем, как они стали частью массы или продукта.

2. Рекомендации, касающиеся конкретных активов

Сила оптовой уступки дебиторской задолженности и уступки будущей дебиторской задолженности или части или неделимых интересов в дебиторской задолженности

23. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) уступка договорной дебиторской задолженности, которая конкретно не идентифицирована, будущей дебиторской задолженности или части или неделимых интересов в дебиторской задолженности имеет силу в отношениях между цедентом и цессионарием, а также в отношении должника по дебиторской задолженности в тех случаях, когда на момент совершения уступки или, в случае будущей дебиторской задолженности, на момент ее возникновения, она может быть идентифицирована по отношению к уступке, к которой она относится; и

b) в отсутствие договоренности об ином, уступка одной или нескольких будущих дебиторских задолженностей имеет силу без необходимости совершения дополнительного акта передачи в отношении уступки каждой дебиторской задолженности[2].

Сила уступки дебиторской задолженности, совершенной, несмотря на наличие оговорки о запрещении уступки

24. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) уступка дебиторской задолженности имеет силу в отношениях между цедентом и цессионарием, а также в отношении должника по дебиторской задолженности, несмотря на соглашение между первоначальным или любым другим последующим цедентом и должником по дебиторской задолженности или любым последующим цессионарием, каким-либо образом ограничивающее право цедента на уступку своей дебиторской задолженности;

b) ничто в настоящей рекомендации не затрагивает никакого обязательства или ответственности цедента за нарушение соглашения, упомянутого в подпункте *a)* настоящей рекомендации, но другая сторона такого соглашения не может расторгнуть первоначальный договор или договор уступки только потому, что имело место это нарушение. Лицо, не являющееся стороной такого соглашения, не несет ответственности только потому, что ему было известно об этом соглашении;

c) настоящая рекомендация применяется только к уступке дебиторской задолженности:

i) возникающей из первоначального договора, являющегося договором поставки или аренды товаров или услуг, но не финансовых услуг, договором о строительстве или договором купли-продажи или аренды недвижимого имущества;

ii) возникающей из первоначального договора купли-продажи, аренды или лицензионного договора в области промышленной или иной интеллектуальной собственности или информации, защищенной правами собственности;

iii) представляющей собой обязательство произвести платеж в связи с операцией по кредитной карте; или

iv) причитающейся цеденту после чистого расчета по платежам, причитавшимся в соответствии с соглашением о взаимозачете, в котором участвует более двух сторон.

Создание обеспечительного права в личном или имущественном праве, которое служит обеспечением по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или любым другим нематериальным активам

25. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) обеспеченный кредитор, имеющий обеспечительное право в дебиторской задолженности, оборотном инструменте или любом другом нематериальном активе, охватываемом этим законодательством, без каких-либо дополнительных действий со стороны лица, предоставляющего право, или обеспеченного кредитора, автоматически может воспользоваться любым личным или имущественным правом, которое служит обеспечением платежа или иного исполнения обязательства по этой дебиторской задолженности, оборотному инструменту или нематериальному активу;

b) в случае если личное или имущественное право представляет собой независимое обязательство, обеспечительное право автоматически распространяется на право получать поступления по независимому обязательству, но не распространяется на право получать средства по независимому обязательству;

c) настоящая рекомендация не затрагивает право в недвижимом имуществе, которое, согласно иному законодательству, может передаваться отдельно от дебиторской задолжен-

[2] Рекомендации 23–25, см. статьи 8–10 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле.

ности, оборотного инструмента или иного нематериального актива, которые оно может обеспечивать;

d) обеспеченный кредитор, имеющий обеспечительное право в дебиторской задолженности, оборотном инструменте или любом другом нематериальном активе, охватываемом этим законодательством, может воспользоваться любым личным или имущественным правом, которое служит обеспечением платежа или иного исполнения обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или иному нематериальному активу, несмотря на любое соглашение между лицом, предоставляющим право, и должником по дебиторской задолженности или лицом, принявшим на себя обязательство по оборотному инструменту или иному нематериальному активу, каким бы то ни было образом ограничивающее право лица, предоставляющего право, на создание обеспечительного права в дебиторской задолженности, оборотном инструменте или ином нематериальном активе или в любом личном или имущественном праве, обеспечивающем платеж или иное исполнение обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или иному нематериальному активу;

e) ничто в настоящей рекомендации не затрагивает никакого обязательства или ответственности лица, предоставляющего право, за нарушение соглашения, упомянутого в подпункте *d)* настоящей рекомендации, но другая сторона такого соглашения не может расторгнуть договор, из которого возникает дебиторская задолженность, оборотный инструмент или иной нематериальный актив или же соглашение об обеспечении, согласно которому создается личное или имущественное обеспечительное право, только потому, что имело место это нарушение. Лицо, не являющееся стороной такого соглашения, не несет ответственности только потому, что ему было известно об этом соглашении;

f) положения подпунктов *d)* и *e)* настоящей рекомендации применяются только в отношении обеспечительных прав в дебиторской задолженности, оборотных инструментах или иных нематериальных активах:

i) возникающих из первоначального договора, являющегося договором поставки или аренды товаров или услуг, но не финансовых услуг, договором о строительстве или договором купли-продажи и аренды недвижимого имущества;

ii) возникающих из первоначального договора купли-продажи, аренды или лицензионного договора в области промышленной и иной интеллектуальной собственности или информации, защищенной правами собственности;

iii) представляющих собой обязательство произвести платеж в связи с операцией по кредитной карте; или

iv) причитающихся цеденту после чистого расчета по платежам, причитавшимся в соответствии с соглашением о взаимозачете, в котором участвует более двух сторон;

g) положения подпункта *a)* настоящей рекомендации не затрагивают никаких обязательств лица, предоставляющего право, в отношении должника по дебиторской задолженности, или лица, принявшего на себя обязательства по оборотному инструменту или иному нематериальному активу; и

h) в той мере, в какой при этом не наносится ущерба автоматическим последствиям согласно подпункту *a)* настоящей рекомендации и рекомендации 48, настоящая рекомендация не затрагивает никакого требования согласно иному законодательству в отношении формы создания или регистрации обеспечительного права в любых активах, обеспечивающих платеж или иное исполнение обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или иному нематериальному активу, на которые не распространяется действие настоящего законодательства.

Создание обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

26. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, имеет силу, независимо от наличия соглашения между лицом, предоставляющим право, и депозитарным банком, которое каким-либо образом ограничивает право лица, предоставляющего право, на создание такого

обеспечительного права. Однако депозитарный банк не обязан признавать обеспеченного кредитора, и на депозитарный банк без его согласия не налагается никакого другого обязательства в отношении обеспечительного права[3].

Создание обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

27. В законодательстве следует предусмотреть, что бенефициар по независимому обязательству может создавать обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству, даже если само право на получение средств по независимому обязательству не может быть передано согласно законодательству и практике, регулирующим независимые обязательства. Создание обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству не является передачей права на получение средств по независимому обязательству.

Распространение действия обеспечительного права в оборотном документе на материальные активы, охваченные оборотным документом

28. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в оборотном документе распространяется на материальные активы, охваченные этим документом, при условии, что в момент создания обеспечительного права в этом документе соответствующие активы прямо или косвенно находились в распоряжении эмитента.

[3] Права и обязанности депозитарного банка, см. рекомендации 125 и 126 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства).

III. Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон

A. Общие замечания

1. Введение

1. В главе II *Руководства* рассматриваются требования, касающиеся создания обеспечительного права, т. е. придания ему силы в отношениях между обеспеченным кредитором и лицом, предоставляющим право. В некоторых государствах обеспечительное право в движимых активах приобретает силу как в отношениях между сторонами, так и в отношении третьих сторон в момент заключения соглашения об обеспечении, и от обеспеченного кредитора (или любого другого лица) не требуется совершать какие-либо дополнительные действия. Однако другие государства требуют принятия дополнительных мер, для того чтобы обеспечительное право приобрело силу в отношении третьих сторон. Цель этих дополнительных мер – предусмотреть какую-то форму публичного уведомления о фактическом или потенциальном существовании обеспечительного права в каких-либо активах. Примерами таких мер могут служить передача владения обремененными активами обеспеченному кредитору (как в случае классического посессорного залога) или регистрация уведомления в публичном реестре. Подобные требования в отношении публичности содействуют обеспечению эффективности, определенности и предсказуемости режима, регулирующего обеспеченные сделки, несколькими путями. Во-первых, они дают потенциальным обеспеченным кредиторам объективное свидетельство того, что активы лица, предоставляющего право, уже могут быть обременены. Во-вторых, поскольку они предупреждают кредиторов лица, предоставляющего право, потенциальных покупателей и другие третьи стороны о потенциальном существовании обеспечительного права, нет необходимости в принятии специальных правил, защищающих третьи стороны от риска, создаваемого скрытыми (“тайными”) обеспечительными правами в активах лица, предоставляющего право. В-третьих, они устанавливают определенное временно́е событие, которое может быть легко использовано для установления очередности приоритетов между обеспеченным кредитором и конкурирующим заявителем требования.

2. В разделе A.2 этой главы рассматриваются некоторые основные принципиальные вопросы, касающиеся различия между созданием и приданием силы в отношении третьих сторон. В ней также затрагивается ключевое концептуальное различие между силой в отношении третьих сторон и приоритетом. В разделах A.3–A.5 данной главы подробно обсуждаются три основных метода придания силы в отношении третьих сторон (т. е. регистрация уведомления об обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав, вступление во владение и регистрация в специальном реестре конкретных активов). В разделах A.6–A.8 рассматриваются случаи, когда обеспечительное право, которое приобрело силу в отношении третьих сторон, сохраняет силу в активах, которые первоначально не обременялись обеспечительным правом (поступления, принадлежности и масса или продукты). В разделах A.9 и A.10 затрагиваются другие вопросы сохранения силы, в частности в тех случаях, когда меняется местонахождение активов или лица, предоставившего право, или когда истекает срок действия обеспечительного права в отношении третьих сторон.

3. Раздел B данной главы посвящена рассмотрению различных методов придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, применимых к конкретным видам активов. В разделе B.1 рассматриваются важные случаи, когда обеспеченный кредитор приобретает соответствующие права, обеспечивающие платеж по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или любому другому нематериальному активу. В разделе B.2 рассматривается вопрос о силе обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, в отношении третьих сторон. В разделе B.3 анализируется вопрос о том, каким образом может быть приобретена сила в отношении третьих сторон в том случае, когда обеспечительное право обременяет право на получение поступлений по независимому обязательству. И наконец, в разделе B.4 рассматривается вопрос о силе обеспечительного права в оборотном документе или активах, представленных оборотным документом, в отношении третьих сторон.

4. Глава завершается в разделе C рядом рекомендаций, касающихся методов придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, и рассмотрением правовых последствий применения таких методов.

2. Основные принципиальные вопросы

5. При установлении режима для регулирования силы обеспечительного права в отношении третьих сторон государствам приходится принимать принципиальное решение по ряду следующих основных вопросов. Во-первых, им необходимо решить, приобретает ли обеспечительное право, имеющее силу в отношениях между сторонами, автоматически также силу в отношении третьих сторон или же требуются дополнительные меры, для того чтобы придать обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон. Во-вторых, если предположить, что такие дополнительные меры необходимы, они должны определить, какие другие лица (например, обеспеченные и необеспеченные кредиторы, лица, приобретающие активы впоследствии, и управляющие в делах о несостоятельности) будут считаться третьими сторонами для целей правил, касающихся придания силы в отношении третьих сторон. В-третьих, государства должны определить взаимосвязь между приданием обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон и определением приоритета, предоставляемого этому конкретному обеспечительному праву. В-четвертых, государствам необходимо определить, какие виды дополнительных мер достаточны для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон. Эти принципиальные вопросы поочередно рассматриваются в данном разделе.

a) Различие между созданием обеспечительного права и приданием ему силы в отношении третьих сторон

6. Среди государств, которые требуют принятия дополнительных мер, для того чтобы придать обеспечительное право гласности, некоторые рассматривают их не только как предварительное условие придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, но и как предварительное условие самого создания обеспечительного права. Идея здесь состоит в том, что, поскольку главная цель принятия обеспечения заключается в приобретении имущественного права, которое может быть принудительно реализовано в отношении лица, предоставившего право, и третьих сторон, нет никакого смысла проводить разграничение между силой обеспечительного права в отношениях между сторонами и силой обеспечительного права в отношении третьих сторон. В других государствах такие дополнительные меры требуются лишь для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон. В отношениях между сторонами обеспечительное право приобретает силу с момента заключения сторонами соглашения об обеспечении, а если речь идет о будущих активах, то с момента приобре-

тения лицом, предоставляющим право, прав в обремененных активах или полномочий на их обременение. Здесь идея заключается в том, что, поскольку требование принять дополнительные меры нацелено прежде всего на установление баланса прав обеспеченного кредитора и третьих сторон, нет никаких оснований делать его предварительным условием способности обеспеченного кредитора реализовывать свое обеспечительное право в обремененном активе в отношении лица, предоставившего право (о третьем, смешанном, режиме см. главу III о создании обеспечительного права, пункт 4 и пункт 8, ниже).

7. В соответствии с подходом, принятым в большинстве государств, которые обновили свое законодательство по обеспеченным сделкам, и в целях содействия эффективной практике кредитования в *Руководстве* рекомендуется второй подход. Поэтому как только выполнены условия для создания обеспечительного права (которые рассматриваются в главе II), обеспечительное право приобретает силу в отношениях между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором (т. е. inter partes; см. рекомендацию 30). Однако, для того чтобы обеспечительное право затрагивало права третьих сторон (erga omnes), должны быть также выполнены и требования, касающиеся придания силы в отношении третьих сторон и изложенные в настоящей главе (см. рекомендацию 29).

8. В государствах, которые не проводят различия между последствиями осуществления прав собственности inter partes и erga omnes в своем общем имущественном праве, принятие этого подхода может привести к возникновению некоторых проблем концептуального характера. Однако если не проводить такого различия, то это может подорвать эффективность режима, регулирующего обеспеченные сделки. С одной стороны, если дополнительные меры, необходимые для придания силы в отношении третьих сторон, требуются также для создания обеспечительного права, это привносит дополнительные формальные требования в процесс создания обеспечительного права без какого-либо компенсирующего преимущества для лиц, предоставляющих право, обеспеченных кредиторов и третьих сторон. С другой стороны, если не предусмотрено никакого дополнительного формального требования, такой подход приведет к созданию тайного обеспечительного права (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 1–3). В противном случае можно было бы считать, что обеспечительное право после его создания имеет силу в отношении всех сторон, за исключением других обеспеченных кредиторов. Такой альтернативный подход дает в целом такой же результат, как и второй из двух вышеупомянутых подходов с некоторыми вариациями для прав кредиторов по судебному решению и управляющего в деле о несостоятельности лица, предоставляющего право (см. главу II о создании обеспечительного права, пункт 4, и пункты 9–14, ниже).

b) Значение термина “третьи стороны”

9. Государства придерживаются совершенно разных подходов к категориям третьих сторон, в отношении которых обеспечительное право приобретает силу лишь при условии совершения необходимых дополнительных действий. В одних государствах обеспечительное право не имеет силы в отношении третьих сторон независимо от их статуса до тех пор, пока не будут предприняты дополнительные шаги. Другие государства применяют более квалифицированный подход, согласно которому обеспечительное право приобретает силу в отношении определенных категорий третьих сторон в полном объеме в момент его создания (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 3–4).

10. В некоторых государствах обеспечительное право приобретает силу в момент его создания не только в отношениях между лицом, предоставляющим право,

и обеспеченным кредитором, но и в отношении необеспеченных кредиторов лица, предоставляющего право, и управляющего в деле о несостоятельности (такие ссылки на управляющего в деле о несостоятельности относятся к управляющему в деле о несостоятельности, который назначается впоследствии, если лицо, предоставляющее право, оказывается несостоятельным). Этот подход основывается на том соображении, что уведомление об обеспечительном праве должно иметь значение лишь для тех третьих сторон, которые принимают обеспечительное право, приобретают обремененный актив или иным образом предоставляют стоимость, явно считая правовой титул лица, предоставляющего право, на актив необремененным. Полагается, что необеспеченные кредиторы лица, предоставляющего право, и их представители (например, управляющий в деле о несостоятельности) не должны рассчитывать на наличие или отсутствие обеспечительных прав в активах лица, предоставляющего право, поскольку сам факт предоставления кредита на необеспеченной основе подразумевает принятие риска субординации по отношению к обеспеченным кредиторам, которые позднее могут приобрести обеспечительные права в активах лица, предоставившего право.

11. Тем не менее имеется ряд причин, по которым потребуется принять дополнительные шаги, необходимые для придания силы в отношении третьих сторон, даже применительно к необеспеченным кредиторам лица, предоставившего право, и представителю в деле о несостоятельности. Во-первых, поскольку необеспеченные кредиторы принимают решение о предоставлении ссуды исходя из общего финансового благополучия лица, предоставляющего право, наличие или отсутствие обеспечительных прав может быть одним из факторов, лежащих в основе такой оценки, и может рассматриваться также в качестве исходной информации кредитными агентствами, к услугам которых могут прибегать необеспеченные кредиторы. Во-вторых, выполнение требования своевременно произвести регистрацию в публичном реестре или предпринять какой-либо эквивалентный дополнительный шаг уменьшает вероятность того, что рассматриваемое обеспечительное право является предметом сговора между несостоятельным лицом, предоставившим право, и преференциальным кредитором с целью устранить требования других необеспеченных кредиторов. В-третьих, благодаря этому кредиторы по судебному решению получают возможность до начала обременительных в финансовом отношении процедур принудительной реализации определить, не обременены ли уже активы лица, предоставившего право, до такой степени, что действия по принудительной реализации окажутся бесполезными. В-четвертых, этот подход позволяет уменьшить расходы на производство по делу о несостоятельности, поскольку он наделяет управляющего в деле о несостоятельности эффективными средствами, которые позволяют установить, какие активы несостоятельного лица, предоставившего право, могут быть обременены. В совокупности эти причины дают обеспеченным кредиторам существенный стимул для своевременного придания силы своим обеспечительным правам в полном объеме.

12. Другие государства признают исключение из обычных требований, касающихся придания силы в отношении третьих сторон. В таких государствах, даже если обеспеченный кредитор не предпринимал каких-либо шагов, необходимых для придания своему обеспечительному праву полной силы в отношении третьих сторон, его обеспечительное право может тем не менее иметь силу в отношении последующих обеспеченных кредиторов или покупателей, которые приобретают права в обремененном активе, фактически зная о существовании ранее созданного обеспечительного права. Существует ряд причин, по которым эта оговорка не вполне согласуется с эффективным режимом обеспеченных сделок. Главная цель эффективного режима заключается в обеспечении априори (т. е. до заключения соглашения об обеспечении или о купле-продаже) определенности в том, что касается очередности осуществления конкурирующих прав в обремененных активах. Придание силы в отношении третьих сторон, в основе

которого лежит расследование или судебное разбирательство ex post facto с учетом имевших место конкретных обстоятельств дела, идет вразрез с этой целью. Кроме того, в связи с задачей установления факта осведомленности другой стороны и точной степени осведомленности возникают трудные вопросы доказывания. К тому же сама по себе осведомленность о наличии ранее заключенного соглашения об обеспечении не говорит о добросовестности последующего обеспеченного кредитора или покупателя. Если предыдущий обеспеченный кредитор не предпринял необходимых шагов для придания своему обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон в полном объеме, то последующий обеспеченный кредитор или покупатель вполне обоснованно может полагать, что предыдущий обеспеченный кредитор косвенно согласился на риск того, что его права утратят силу в отношении третьих сторон.

13. Кроме того, некоторые государства не предусматривают защиту последующего дарополучателя обремененного актива, полагая, что, как и в отношениях между обеспеченным кредитором, который, по определению, предоставляет стоимость своего обеспечительного права, и дарополучателем, который этого не делает, обеспеченный кредитор должен пользоваться защитой, несмотря на то, что он не предпринял необходимых шагов для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон. По причинам, схожим с теми, которые рассматривались в предыдущем пункте, эта оговорка плохо согласуется с эффективным режимом обеспеченных сделок. Определение статуса получателя обремененного актива предполагает проведение судебного разбирательства ex post facto, которое противоречит целям достижения a priori определенности и предсказуемости. Кроме того, даже если статус дарополучателя не оспаривается, такой дарополучатель вполне мог изменить свое положение, полагая, что активы являются необремененными (например, путем создания обеспечительного права в пользу другого кредитора).

14. В целях обеспечения эффективности, транспарентности и предсказуемости режима обеспеченных сделок в *Руководстве* рекомендован изложенный выше первый подход (см. рекомендацию 29). Пока не выполнены условия, обеспечивающие силу обеспечительного права в отношении третьих сторон, такое право никак не влияет на все встречные права в обремененных активах, приобретенных третьими сторонами, независимо от их вида. Если согласно другому действующему законодательству в принимающем закон государстве необеспеченные кредиторы лица, предоставившего право, или представитель в деле о несостоятельности не считаются третьей стороной, то в законодательстве, регулирующем обеспеченные сделки, должно быть четко указано, что невыполнение требований, касающихся придания силы в отношении третьих сторон, также лишает обеспечительное право силы в отношении этих категорий заявителей требований.

c) Связь между силой обеспечительного права в отношении третьих сторон и приоритетом

15. Правила придания силы в отношении третьих сторон влекут за собой некоторые последствия для приоритета в том смысле, что обеспечительное право, которое не приобрело силу в отношении третьих сторон, не может противостоять правам, приобретенным третьими сторонами в одних и тех же обремененных активах. Тем не менее приобретения силы в отношении третьих сторон не всегда достаточно для обеспечения абсолютного приоритета в отношении конкурирующих заявителей требований. Как более подробно разъясняется в главе V, приоритет зависит от характера и статуса прав, с которыми конкурирует обеспечительное право. Например, если имеется более одного обеспечительного права, которое приобрело силу в отношении третьих сторон, то для определения очередности конкурирующих обеспечительных прав по отношению друг к другу необходимо правило приоритета.

16. В *Руководстве*, как правило, признается, что обеспеченный кредитор, который выполнил требования в отношении придания своему обеспечительному праву в конкретном обремененном активе силы в отношении третьих сторон, имеет “право следовать” за обремененным активом. Это означает, что обеспечительное право продолжает иметь силу в отношении третьих сторон, которым лицо, предоставляющее право, передает права в этом обремененном активе (см. рекомендацию 31 и пункт 89, ниже см. также главу II о создании обеспечительного права, пункты 72–89).

17. Тем не менее, как разъясняется в главе V о приоритете обеспечительного права, в *Руководстве* признаются определенные исключения из принципа “права следовать”. Если, например, передача обремененного актива происходит в рамках обычной коммерческой деятельности лица, предоставляющего право, покупатель, арендатор или лицензиат обремененного актива, как правило, приобретают свои права в таком обремененном активе, свободными от обеспечительного права, даже если обеспечительное право в противном случае имеет силу в отношении третьих сторон (см. рекомендации 31, 79–81; см. также пункт 89, ниже, и главу V о приоритете обеспечительного права, пункты 60–89).

18. Короче говоря, даже несмотря на то, что сила в отношении третьих сторон и приоритет – это различающиеся понятия, чрезвычайно важно учитывать правила приоритета, которые рассматриваются в главе V, при оценке степени защиты от третьих сторон, предоставляемой с помощью применения различных методов придания силы в отношении третьих сторон, признаваемых в этой главе. В соответствии со всеобъемлющим понятием силы в отношении третьих сторон, рекомендованным в настоящей главе, понятие приоритета в главе V *Руководства* также является широким. Так, в главе V рассматриваются не только правила определения очередности конкурирующих требований обеспеченных и необеспеченных кредиторов в активах лица, предоставляющего право, но также исключения из “права следовать” обеспеченного кредитора при сопоставлении прав обеспеченного кредитора и конкурирующего получателя, арендатора или лицензиата обремененного актива. В такой ситуации соответствующая проблема “приоритета” заключается не в определении порядка очередности, а в установлении того, приобретает ли получатель титул на обремененные активы, приобретает ли арендатор право владеть арендуемым активом или приобретает ли лицензиат право использовать лицензируемый актив, в каждом случае свободное от обеспечительного права, которое в противном случае имеет силу в отношении третьих сторон.

d) Обзор методов придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон

19. Прежде большинство государств устанавливали общий запрет на применение непосессорных обеспечительных прав в движимых активах. Такой подход делал классический посессорный залог единственным имеющимся средством обеспечения, причем передача прав владения заложенными активами обеспеченному кредитору одновременно служила и залогом и четким уведомлением третьим сторонам о том, что лицо, предоставляющее право, не является держателем необремененного правового титула на соответствующие активы. Однако по мере развития экономики ограниченность залоговой практики становилась все более очевидной. Во-первых, лицу, предоставляющему право, обычно необходимо сохранять владение своими коммерческими активами, для того чтобы осуществлять свою коммерческую деятельность. Во-вторых, традиционный залог не может охватывать будущие активы из-за невозможности на практике передать право владения будущими активами в момент создания залога. В-третьих, традиционный залог не может охватывать нематериальные активы, поскольку он предусматривает передачу владения активами, а нематериальные активы не могут быть объектом вла-

дения (см. главу I о сфере применения, пункты 57–58). Поэтому необходимо было разработать какую-то форму непосессорного обеспечительного права. Государства по-разному отреагировали на это требование (см. главу I о сфере применения, пункты 62–100).

20. Некоторые государства разрешают сторонам использовать продажу лицом, предоставляющим право, своих движимых активов обеспеченному кредитору (без передачи права владения) при условии сохранения у лица, предоставляющего право, права выкупить правовой титул на активы после погашения кредита по продажной цене. Согласно этому подходу, и для создания обеспечительного права, и для придания ему силы в отношении третьих сторон достаточно договора купли-продажи (соглашения об обеспечении). Хотя этот подход имеет очевидное преимущество, заключающееся в его простоте, он создает значительные юридические риски. У третьих сторон, включая потенциальных обеспеченных кредиторов, нет объективных средств для проверки, обременены ли активы, находящиеся во владении лица, обеспечительным правом. Кроме того, ввиду тайного характера этого метода государства, которые придерживаются такого подхода, обычно считают необходимым защищать права третьих сторон, которые имеют дело с активами, находящимися во владении предоставляющего право лица, фактически без осведомленности о произведенной ранее передаче правового титула (обеспечительное право) в пользу обеспеченного кредитора. Поскольку эти юридические риски снижают определенность и предсказуемость обеспечительных прав, они могут оказывать соответствующее негативное воздействие на стоимость обеспеченного кредита и доступ к нему.

21. Другие государства отреагировали на практическую потребность в непосессорном обеспеченном финансировании, санкционировав использование искусственных залогов, при которых достаточно лишь подразумеваемого или символического вступления кредитора во владение. Так, например, согласно этому подходу, лицо, предоставляющее право, может заявить, что оно удерживает право владения обремененным активом в интересах обеспеченного кредитора. Такой подход сопряжен с такими же юридическими рисками, как и те, что были указаны в предыдущем пункте. Третьи же государства реформировали свое законодательство, с тем чтобы признать новые формы непосессорных обеспечительных прав без одновременного всестороннего решения вопроса публичности. Вместо этого они пытаются ограничить потенциальный ущерб правам третьих сторон, устанавливая различные дорогостоящие и отнимающие много времени формальные предварительные условия, призванные ограничить сферу применения этих новых средств конкретными активами. Это может включать, например, требование о том, чтобы действия, с помощью которых предоставляется обеспечение, регистрировались в нотариальной конторе и чтобы доступ к соответствующей информации предоставлялся только в справочных.

22. В качестве альтернативы, а иногда в дополнение к вышеупомянутым подходам некоторые государства позаимствовали концепцию публичной регистрации обеспечительных прав из контекста недвижимого имущества как средство придания обеспечительным правам в движимых активах силы в отношении третьих сторон. Как уже отмечалось, большое преимущество публичной регистрации заключается в том, что она дает потенциальным обеспеченным кредиторам объективный источник информации относительно того, могут ли активы лица уже быть обремененными. Кроме того, поскольку публичная регистрация служит для других кредиторов лица, предоставляющего право, и покупателей активов такого лица предупреждением о возможном наличии обеспечительного права и любого другого права, которое должно быть зарегистрировано, нет никакой необходимости в специальных правилах, защищающих третьи стороны от риска, который создают тайные права в активах лица. Этот элемент в свою очередь повышает определенность и предсказуемость обеспечительных прав.

23. Хотя в разных государствах существуют разные виды режима регистрации, государства, которые придерживаются стратегии всеобъемлющего реформирования, часто создают общий реестр обеспечительных прав для всех движимых активов. По причинам, которые подробно обсуждаются в следующем разделе, этот подход рекомендован и в *Руководстве* (см. рекомендацию 32).

24. Но даже в тех государствах, которые создали общий реестр обеспечительных прав, могут также существовать различные другие методы придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон в зависимости от характера обремененных активов. Например, почти все эти государства по-прежнему признают, что обеспечительному праву в материальных активах сила в отношении третьих сторон может быть придана путем передачи владения активами обеспеченному кредитору. В некоторых из этих государств сама по себе передача владения по-прежнему представляет собой отдельное обеспечительное право, которое называется “залог”, в то время как в других считается, что договоренность сторон создает обеспечительное право, а передача владения понимается просто как метод придания силы в отношении третьих сторон, который является альтернативой регистрации. Последний из этих подходов соответствует подходу, рекомендуемому в *Руководстве* (см. рекомендацию 34).

25. Некоторые государства также приняли в качестве альтернативы владению или публичной регистрации специальные правила в отношении “контроля” над обремененными активами, которые применяются к приданию силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в конкретных видах активов, в частности праву на выплату средств, зачисленных на банковский счет, и праву на получение поступлений по независимому обязательству. Кроме того, во многих из этих государств обеспечительному праву в движимом активе, который является принадлежностью недвижимого имущества, сила в отношении третьих сторон может быть придана путем регистрации в реестре недвижимого имущества либо в качестве альтернативы, либо в дополнение к регистрации в общем реестре обеспечительных прав. И наконец, согласно другому законодательству, существующему во многих государствах, обеспечительное право в некоторых движимых активах с высокой стоимостью может быть зарегистрировано в реестре правовых титулов (например, в судовом регистре) или указано в сертификате правового титула (например, в случае автомобилей).

26. В некоторых государствах создан специальный режим для дебиторской задолженности в том смысле, что обеспечительному праву в дебиторской задолженности можно придать силу в отношении третьих сторон путем направления должнику по дебиторской задолженности уведомления о наличии обеспечительного права. Однако такой подход вступает в коллизию с современными методами финансирования. Цедент, как правило, не захочет предупреждать своих клиентов (должников по дебиторской задолженности) о существовании обеспечительного права в его дебиторской задолженности, поскольку это может вызвать у клиентов вопросы относительно финансового состояния цедента. Действительно, даже если дебиторская задолженность уступается полностью, цессионарий зачастую желает, чтобы взимание платежа производил цедент. В любом случае придание силы в отношении третьих лиц путем направления уведомления должникам по дебиторской задолженности не может выполнять функцию реестра, поскольку третьи стороны вынуждены будут полагаться на данные цедента в том, кто может являться такими индивидуальными должниками. В свете такой практики от этого метода придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон все чаще отказываются. В государствах, которые используют общий реестр обеспечительных прав, уведомление должника по дебиторской задолженности обычно рассматривается как метод взыскания или принудительной реализации, а не как метод придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон. В этих государствах считается, что регистрация служит для цессионариев, включая обеспеченных кредиторов,

более эффективным средством оценки риска утраты приоритета на начальных этапах осуществления сделки, особенно в том случае, когда уступка охватывает всю текущую и будущую дебиторскую задолженность лица, предоставляющего право. В противном случае цессионариям угрожает опасность утраты приоритета вследствие решения конкурирующего цессионария направить должнику по дебиторской задолженности уведомление.

27. В большинстве государств такие альтернативные методы обеспечения силы в отношении третьих сторон не носят исключающего характера. Например, как отмечалось выше, большинство этих государств предусматривают, что если обеспечительное право приобретает силу в отношении третьих сторон в результате передачи владения обеспеченному кредитору, то оно может также приобрести силу в отношении третьих сторон путем регистрации. Отсюда следует, что если различные виды активов охватываются одним и тем же соглашением об обеспечении, то большинство государств предусматривает, что в отношении разных активов могут использоваться разные методы (см. рекомендацию 36). Единственное исключение из принципа неисключаемости, которое признано в *Руководстве*, вытекает из особого характера операций с аккредитивами (в *Руководстве* используется термин “независимое обязательство”; см. пункты 149–153, ниже, и рекомендацию 35). Несмотря на вышесказанное, в государствах, которые создали общий реестр обеспечительных прав, на практике регистрация может быть единственным методом придания силы обеспечительному праву в конкретных видах активов в отношении третьих сторон в том смысле, что никакой другой метод не позволяет придать силу в отношении третьих сторон обеспечительному праву в таких видах активов (например, дебиторская задолженность).

28. Несмотря на принцип, в соответствии с которым для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон необходимо принять дополнительные меры, некоторые государства предусматривают, что в ряде исключительных случаев обеспечительное право может автоматически приобрести силу в отношении третьих сторон, и при этом обеспеченному кредитору не нужно будет производить регистрацию, вступать во владение или принимать какие-либо другие меры, направленные на обеспечение позитивной публичности. Одним примером, который признается некоторыми государствами и который подробно обсуждается ниже в этой главе, является обеспечительное право в пользу депозитарного банка в праве лица, предоставляющего право, на выплату средств, зачисленных на его банковский счет (см. пункты 138–148, ниже). Однако в большинстве государств, как правило, обеспечительное право приобретает силу в отношении третьих сторон только в том случае, если такая сила ему придается с помощью метода, направленного на обеспечение публичного доступа к информации.

3. Регистрация в общем реестре обеспечительных прав

a) Общие замечания

29. Хотя публичная регистрация является широко распространенным методом придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, для этого используются самые разнообразные системы регистрации обеспечительных прав в движимых активах. Во многих государствах регистрационные требования развивались и накапливались в течение длительного периода времени, в результате чего в рамках одного государства может функционировать множество разнообразных несогласованных систем, базирующихся на разных критериях. В одних системах основным критерием является вид операции (например, реестры удержания правового титула и аренды с правом выкупа). В других системах основным критерием может служить статус лица,

предоставившего право, (например, корпорации или коммерческие предприятия) или идентификационные данные обеспеченного кредитора (например, банки). В третьих системах основным критерием может быть вид обремененных активов (например, оборудование или дебиторская задолженность).

30. Кроме того, государства по-разному подходят к процессу регистрации и, в частности, к вопросу о том, что должны представлять стороны, добивающиеся регистрации. Некоторые государства требуют регистрировать полный перечень прав, предусмотренных в соглашении об обеспечении. Другие же государства идут еще дальше и требуют регистрировать всю обеспечительную документацию, а также официальные сертификаты или аффидевиты, удостоверяющие личности участников, подлинность их подписей и их правоспособность.

31. В частности, в конце XX века многие государства начали создавать новые реестры или принимать меры по существенной реорганизации или даже замене уже существующих систем регистрации. Там, где существующие системы были раздробленными и рассредоточенными, государства заменили их общим центральным реестром, охватывающим все обеспечительные права в движимых активах независимо от существа сторон, характера обремененных активов или типа операции, порождающей обеспечительное право. При этом государства, которые впервые создавали реестры обеспечительных прав в движимых активах, неизменно отдавали предпочтение общему центральному реестру.

32. Те государства, которые провели такую реформу своих реестров, существенно изменили и механизм регистрации. Цель состояла в том, чтобы вместо громоздкой системы регистрации обеспечительной документации или заверенного резюме такой документации создать систему регистрации простого уведомления, содержащего лишь основные данные об обеспечительном праве, к которому оно относится. То есть в таких системах соглашение об обеспечении, на основании которого создается обеспечительное право, не регистрируется, как не проверяется и факт его наличия или его содержание. Такой реестр обычно называют реестром, основанным на уведомлении, в отличие от реестра, основанного на документации.

33. Во многих государствах выбор в пользу реестра, основанного на уведомлении, представляет собой существенное отступление от общепринятой концепции регистрации обеспечительных прав. Даже в тех государствах, где не предусмотрена регистрация всей документации, идея реестра, основанного на документации, как правило, предполагает, что регистрация дает лицам, ведущим поиск в реестре, фактическое или по крайней мере презюмируемое доказательство наличия и сферы охвата обеспечительного права, упоминаемого в регистрации. И наоборот, в системе регистрации, основанной на уведомлении, регистрация лишь уведомляет о том, что обеспеченный кредитор может иметь обеспечительное право в активах, описанных в уведомлении; как подробно обсуждается в главе IV о системе регистрации, регистрация может предшествовать как заключению соглашения об обеспечении, так и приобретению лицом, предоставляющим право, прав в обремененных активах, указанных в зарегистрированном уведомлении (см. главу IV о системе регистрации, пункты 98–101).

34. В сочетании с централизованной всеобъемлющей и компьютеризированной системой регистрации система регистрации на основе уведомления значительно упрощает для обеспеченных кредиторов бремя регистрации и обеспечивает высокую эффективность и рентабельность процесса регистрации и поиска. Поэтому в *Руководстве* государствам рекомендуется создать системы публичной регистрации, которые: *a)* являются централизованными, общими и охватывающими все обеспечительные права; и *b)* требуют лишь регистрации уведомления, содержащего базовую информацию об обеспечительном праве, к которому относится это уведомление. В то время как вопросы

организации и эксплуатации такой системы подробно рассматриваются в главе IV *Руководства* (см. главу IV о системе регистрации, пункты 7–46), в настоящей главе рекомендуется признать регистрацию уведомления в обеспечительном праве в таком реестре в качестве общеприемлемого метода придания обеспечительному праву в большинстве видов движимых активов силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 32).

b) Регистрация отдельно от создания обеспечительного права

35. Как уже отмечалось в предыдущих пунктах, в системе регистрации, основанной на уведомлении и рекомендованной в *Руководстве*, регистрация производится путем регистрации простого уведомления, содержащего лишь базовую информацию об обеспечительном праве, к которому относится это уведомление. Соглашение об обеспечении, к которому относится уведомление, фактически не регистрируется, а факт наличия или содержание такого соглашения не отражается и не проверяется в системе регистрации. Отсюда следует, что регистрация не является свидетельством создания обеспечительного права, и для создания обеспечительного права регистрация не требуется (см. рекомендацию 33).

36. Согласно этому подходу, поиск в реестре не позволяет установить факт существования обеспечительного права. О существовании такого права можно говорить, если установлено (путем изучения данных и документации, которые не являются частью зарегистрированных материалов), что стороны выполнили независимые требования в отношении создания обеспечительного права (см. рекомендации 13–15). Объем обремененных активов в известной мере может также зависеть от описания, содержащегося в соглашении об обеспечении, а не в зарегистрированном уведомлении. Так, например, если описание активов в соглашении об обеспечении является более узким, чем описание в зарегистрированном уведомлении, то определяющим является описание в соглашении об обеспечении. Действие обеспечительного права в отношении третьих сторон будет определяться описанием в зарегистрированном уведомлении только в том случае, если описание обремененных активов в зарегистрированном уведомлении является более узким, чем в соглашении об обеспечении.

c) Регистрация без создания обеспечительного права недостаточна для придания ему силы в отношении третьих сторон

37. Одно из важных следствий использования рекомендуемой в настоящем *Руководстве* системы регистрации на основе уведомления заключается в том, что регистрация не гарантирует фактического существования обеспечительного права. Иными словами, и в отличие от традиционных подходов к регистрации, применяемых во многих государствах, регистрация на основе уведомления не является даже презюмируемым доказательством существования обеспечительного права. Это означает, что сама по себе регистрация не придает обеспечительному праву, упомянутому в уведомлении, силу в отношении третьих сторон. Оно приобретает такой статус только если отвечает условиям создания обеспечительного права (см. рекомендации 29 и 32).

38. Такой подход к регистрации значительно повышает гибкость и эффективность режима обеспеченных сделок. Во-первых, следует отметить, что, хотя создание обеспечительного права является предварительным условием для придания ему силы в отношении третьих сторон, оно не обязательно должно предшествовать регистрации. Как уже разъяснялось (см. пункт 33, выше), уведомление об обеспечительном праве может быть зарегистрировано как до, так и после заключения соглашения об обеспечении, даже до возникновения обеспечительного права в активах, описанных в уведомлении (например, когда соглашение об обеспечении охватывает будущие активы).

39. Хотя, как правило, порядок, в котором происходит создание обеспечительного права и его регистрация, не имеют большого значения, это не всегда так. Время создания обеспечительного права играет важную роль в том случае, если третья сторона приобретает права в активах, описанных в зарегистрированном уведомлении, после регистрации (например, в результате дарения, продажи, производства по делу о несостоятельности или принудительной реализации по судебному решению). Если к моменту приобретения третьей стороной прав в обремененных активах требования в отношении создания обеспечительного права были удовлетворены, то такое обеспечительное право будет иметь силу в отношении данной третьей стороны, а его приоритет будет определяться в соответствии с правилами, изложенными в главе V. В то же время, если условия создания обеспечительного права не были соблюдены, третья сторона приобретает активы свободными от созданного впоследствии обеспечительного права, несмотря на то, что она произвела поиск в реестре и осведомлена о регистрации уведомления обеспеченным кредитором. Обеспечительное право не приобретает силы в отношении третьих сторон до тех пор, пока не будут совершены оба действия – создание и регистрация.

40. Принцип, согласно которому обеспечительное право в отношении третьих сторон имеет силу с того момента, когда происходит и создание и регистрация, а не просто с момента регистрации, имеет один важный нюанс, касающийся вопроса приоритета. Обычно для того, чтобы обеспечить определенность и ясность в отношении прав обеспеченных кредиторов, приоритет конкурирующих обеспечительных прав, приобретших силу в отношении третьих сторон в результате регистрации, определяется по порядку их регистрации, а не по времени их создания (см. рекомендацию 76). Иными словами, если один из двух обеспеченных кредиторов зарегистрировал свое право первым, но создал его после того, как второй кредитор создал свое обеспечительное право и зарегистрировал свое уведомление (т. е. придал обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон), то приоритетом будет обладать обеспеченный кредитор, осуществивший регистрацию первым.

d) Распространение сферы действия общего реестра обеспечительных прав на другие операции

41. Создание общего реестра обеспечительных прав подобного тому, который предусматривается *Руководством*, позволяет лицам, осуществляющим поиск, обнаруживать потенциальные обеспечительные права в активах лица, предоставляющего право, и предпринимать соответствующие шаги для защиты своих прав. Некоторые государства, создавшие реестры такого рода, пришли к заключению, что, хотя главная цель такого реестра заключается в том, чтобы служить хранилищем информации о потенциальных обеспечительных правах, сфера их применения вполне может быть расширена, с тем чтобы также регистрировать информацию о других видах непосессорных прав в движимых активах.

42. Идея использования общего реестра обеспечительных прав в иных целях, помимо регистрации уведомлений об обеспечительных правах, не нова. Государства, создавшие специальные реестры для регистрации обеспечительных прав в требованиях в отношении платежа (например, право на коммерческую дебиторскую задолженность), иногда предусматривают также регистрацию их прямой уступки.

43. Среди государств, которые создали общие реестры обеспечительных прав, большинство распространяет на прямую уступку дебиторской задолженности такие же требования в отношении регистрации и правила приоритета, как и те, что применяются к обеспечительному праву в дебиторской задолженности. Это объясняется тем, что с точки зрения потребности третьих сторон в обеспечении публичности прямая уступка

мало чем отличается на практике от уступки обеспечения, и поэтому в отношении обоих видов сделок должны применяться одни и те же правила. В настоящем *Руководстве* рекомендуется применять именно такой подход (см. рекомендацию 32).

44. Некоторые государства, которые создали общие реестры обеспечительных прав, тоже делают регистрацию предварительным условием для придания силы в отношении третьих сторон сделкам, в рамках которых происходит передача права владения материальными движимыми активами, но не права собственности на них. Это касается прежде всего операционной аренды значительной продолжительности (например, на один год или на более длительный срок) и коммерческих поставок, в рамках которых инвентарные запасы находятся во владении грузополучателя, выступающего в роли агента по сбыту от имени собственника. Основание для применения такого подхода заключается в том, что в отсутствие регистрации третьи стороны, распоряжающиеся материальными активами, находящимися во владении коммерческого предприятия, не располагают объективными средствами, для того чтобы определить, принадлежат ли эти активы предприятию или же арендодателю или грузоотправителю. В государствах, которые придерживаются такого подхода, приоритет прав арендодателя и грузоотправителя в отношении третьих сторон обычно подпадает под действие тех же правил, которые применяются к держателю приобретательского обеспечительного права (см. главы V о приоритете обеспечительного права и IX о финансировании приобретения). На международном уровне практика распространения требований регистрации, касающихся обеспечительных прав, на настоящую аренду отражена в Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, согласно которой действие предусмотренного Конвенцией международного реестра распространяется помимо обеспечительных прав и финансовой аренды и на соглашения об операционной аренде.

45. Что касается недвижимого имущества, то многие государства уже давно знакомы с концепцией судебной ипотеки, в соответствии с которой кредитор по судебному решению может зарегистрировать судебное решение на определенную денежную сумму в счет недвижимого имущества должника по судебному решению и тем самым обременить это недвижимое имущество. Среди государств, которые создали общие реестры обеспечительных прав, некоторые также предусматривают, что в результате регистрации уведомления о судебном решении в этом реестре создается эквивалент обеспечительного права в движимых активах должника по судебному решению, указанного в этом уведомлении, в пользу кредитора по судебному решению. Такой подход может косвенно побуждать к добровольному погашению присужденного долга, поскольку третьи стороны не пожелают приобретать или получать обеспечительное право в активах должника по судебному решению до тех пор, пока не выплачен присужденный долг и не прекращено действие зарегистрированного уведомления. Вероятность того, что принимающее законодательство государство может придерживаться такого подхода, учитывается в *Руководстве* посредством рекомендации в отношении приоритета между обеспеченным кредитором и кредитором по судебному решению (см. рекомендацию 84).

46. Среди государств, применяющих такой подход, некоторые предусматривают, что обеспечительное право в пользу кредитора по судебному решению утрачивает силу, как только в отношении лица, предоставляющего право, начинается производство по делу о несостоятельности, либо автоматически, либо по ходатайству управляющего в деле о несостоятельности, в течение конкретного срока после регистрации кредитором по судебному решению. В других государствах управляющий в деле о несостоятельности обычно имеет право заявить об обеспечительном праве зарегистрированного кредитора по судебному решению в интересах всех необеспеченных кредиторов (обычно с учетом особой привилегии зарегистрированного кредитора по судебному

решению на получение компенсации в связи с расходами и предпринятыми усилиями). Цель этих двух подходов – обеспечить, чтобы зарегистрированные права кредитора по судебному решению не вступали в коллизию с принципами урегулирования дел о несостоятельности, требующими равного режима для необеспеченных кредиторов должника. Второй подход направлен на достижение этой цели, хотя он все равно позволяет управляющему в деле о несостоятельности претендовать на приоритет в интересах всех необеспеченных кредиторов в отличие от обеспеченных кредиторов, в отношении которых зарегистрированный кредитор по судебному решению имел приоритет до начала производства по делу о несостоятельности. В *Руководстве* никакой рекомендации на этот счет нет, поскольку этот вопрос регулируется законодательством о несостоятельности, а не законодательством об обеспеченных сделках.

4. Владение

а) Общие замечания

47. В большинстве государств передача владения материальными активами обеспеченному кредитору (классический посессорный залог) считается достаточной как для подтверждения факта создания обеспечительного права, так и для придания ему силы в отношении третьих сторон. Что касается создания обеспечительного права, то такой подход основывается на том соображении, что передача владения свидетельствует о косвенном согласии лица, предоставившего право, с обеспечительным правом и объемом активов, обремененных этим обеспечительным правом. Что же касается придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, то передача владения не предусматривает опубликования конкретной информации о существовании обеспечительного права, поскольку владение получателем в равной мере согласуется с необеспечительным механизмом (как, например, операционная аренда или простой депозит). Однако передача владения не устраняет вероятности того, что сохраняющееся владение активами лицом, предоставившим право, может ввести в заблуждение третьи стороны, и они будут считать, что лицо, предоставившее право, является держателем необремененного правового титула на активы.

48. В некоторых государствах регистрация уведомления об обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав заменяет владение и является исключительным методом придания силы в отношении третьих сторон обеспечительным правам в движимых активах (как это обычно происходит в случае недвижимого имущества). В пользу такого подхода выдвигается три взаимосвязанных довода. Первый состоит в том, что владение принижает степень надежности реестра как исчерпывающего источника информации о потенциальном существовании обеспечительных прав в активах лица, предоставившего право. Таким образом, потенциальные обеспеченные кредиторы или покупатели не могут полагаться на поиск в реестре, для того чтобы сделать вывод о том, что соответствующий актив является необремененным. Напротив, они должны также убедиться в том, что актив по прежнему находится во владении лица, предоставившего право. Второй довод связан с трудностью доказывания. В то время как регистрация устанавливает объективное время для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон для целей определения его приоритета, передача владения требует предъявления доказательств, которые подтвердят время фактической передачи владения и которые могут быть оспорены. Третий довод состоит в том, что при передаче владения кредитору третьи стороны могут ошибочно исходить из того, что кредитор является держателем необремененного актива, в отношении которого он может предоставлять обеспечительное право. Иными словами, передача владения кредитору сама по себе не является гарантией того, что кредитор, которому передано владение, имеет право обременять активы.

49. Несмотря на эти соображения, большинство государств, использующих общие реестры обеспечительных прав, рассматривают также передачу владения как альтернативный метод придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон в отношении определенных категорий активов. Для этого имеется несколько причин. В коммерческой практике факт владения обычно признается достаточным для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон. Кроме того, необходимо, чтобы передачу владения как метод придания силы в отношении третьих сторон можно было всегда использовать применительно к оборотным документам и оборотным инструментам в целях сохранения их оборотного характера и связанного с ним приоритета. Более того, что касается посягательства на всеобъемлющий характер регистрационной записи, то потенциальный обеспеченный кредитор или покупатель обычно захочет проверить, существуют ли на самом деле соответствующие активы (поскольку не существует общего реестра для правового титула на движимые активы), и, следовательно, необходимо будет проверить, остались ли активы во владении лица, предоставившего право. Проблемы доказывания, связанные со временем передачи, также вряд ли создадут какие-либо трудности на практике. Добросовестный обеспеченный кредитор сам заинтересован в том, чтобы обеспечить надлежащую регистрацию времени приобретения владения. Наконец, с учетом характера коммерческой деятельности обеспеченного кредитора (например, ломбард) третьи стороны, как правило, вряд ли могут быть введены в заблуждение по вопросу о том, является ли кредитор владельцем актива как собственник или как обеспеченный кредитор (залогодержатель).

50. В государствах, допускающих как регистрацию, так и вступление кредиторов во владение в качестве альтернативных методов придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, на практике сфера действия двух методов не одинакова. Во-первых, передача владения возможна только в том случае, если действительно можно вступить во владение рассматриваемым активом (т. е. это материальный актив). Во вторых, передача владения может иметь место лишь в том случае, если лицо, предоставляющее право, готово отказаться от текущего использования обремененных активов. Этот метод не применим, если лицо, предоставляющее право, нуждается в сохранении обремененных активов для того, чтобы предоставлять свои услуги, производить свою продукцию или иным образом получать доход.

51. По этим причинам в условиях наличия всеобъемлющей и эффективной системы регистрации уведомлений подавляющее большинство обеспеченных кредиторов, как правило, отдают предпочтение регистрации, а не владению в качестве метода придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон. Два основных исключения относятся к конкретным видам сделок или активов и обычно связаны с краткосрочным финансированием. Так, если владение дает преимущества в плане приоритета, например применительно к оборотным инструментам и оборотным документам, то обеспеченные кредиторы захотят вступить во владение даже в том случае, если они уже зарегистрировали обеспечительное право (см. рекомендации 101 и 109). Кроме того, если коммерческая деятельность обеспеченного кредитора заключается в принятии посессорных обеспечительных прав (например, в случае ростовщика), то он вряд ли будет регистрировать свое обеспечительное право. С учетом того, что: *a)* практика посессорного залога хорошо известна и широко признается в большинстве государств; *b)* вступление во владение как метод придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон может быть экономически эффективно; и *c)* целостности реестра не наносится существенного ущерба, в настоящем *Руководстве* в качестве альтернативных методов придания обеспечительному праву в материальном активе силы в отношении третьих сторон признаются регистрация уведомления и передача владения обеспеченному кредитору (см. рекомендацию 37).

b) Подразумеваемого владения недостаточно

52. Непрерывное владение лицом, предоставляющим право, или кем-либо еще, тесно связанным с этим лицом, обычно не является для третьих сторон достаточным свидетельством того, что правовой титул лица, предоставляющего право, потенциально является обремененным. Это легло в основу давно сложившегося принципа, заключающегося в том, что традиционный залог требует фактической передачи владения обремененными активами лицом, предоставляющим право (залогодателем), обеспеченному кредитору (залогодержателю) (см. пункт 21, выше). Однако, как уже отмечалось выше в настоящей главе, со временем некоторые государства смягчили подход к вопросу о том, какое действие можно считать вступлением кредитора во владение. В некоторых государствах подразумеваемое владение (например, соглашение, в котором лицо, предоставляющее право, назначается агентом обеспеченного кредитора) стало признаваться достаточным для вступления во владение и придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в материальных активах. В других государствах получило признание символическое владение, например когда лицо, предоставляющее право, прикрепляет к соответствующему объекту или двери предприятия извещение, в котором указывается, что данный объект или содержание предприятия отданы в залог обеспеченному кредитору. Обычно это было следствием попыток государств отреагировать на коммерческий спрос на непосессорные обеспечительные права в отсутствие более общих механизмов придания непосессорному обеспечительному праву в движимых активах силы в отношении третьих сторон. Несмотря на вышесказанное, некоторые государства, которые не допускают создание непосессорных обеспечительных прав, по-прежнему придерживаются строгого требования, согласно которому владение кредитора должно быть реальным, т. е. публичным, непрерывным и недвусмысленным (обсуждение вопроса о владении как условии создания посессорного обеспечительного права см. в главе II о создании обеспечительного права, пункт 33).

53. Государства, в которых создан общий реестр обеспечительных прав и которые по-прежнему допускают вступление кредитором во владение как альтернативный метод придания силы в отношении третьих сторон, как правило, придерживаются строгого подхода к вопросу владения. Для вступления кредитором во владение требуется реальный отказ лица, предоставляющего право, от обладания обремененными активами. Иными словами, поскольку существование реестра обеспечительных прав создает возможность для предоставления непосессорного обеспечительного права, нет никакой необходимости в упрощении понятия владения для содействия созданию непосессорных обеспечительных прав. Такое обоснование приводится и в *Руководстве*, и в нем рекомендуется именно такой подход (см. введение, раздел B, “Терминология и толкование”, термин “владение”, а также рекомендации 15 и 32).

c) Владение активами третьей стороной

54. Большинство государств придерживаются той позиции, что передача владения отнюдь не предполагает непосредственное хранение активов у обеспеченного кредитора для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон. Вступление агента или представителя обеспеченного кредитора во владение эквивалентно вступлению во владение обеспеченного кредитора при условии, что объективный посторонний наблюдатель не может прийти к заключению, что обремененные активы остаются во владении лица, предоставившего право. Существуют различные причины практического характера, по которым предпочтение может быть отдано вступлению во владение третьей стороны.

55. В некоторых случаях обеспеченный кредитор не располагает возможностями для надлежащей защиты обремененных активов. В таких случаях депозитарий,

действующий по поручению обеспеченного кредитора, обычно вступает во владение активами от имени обеспеченного кредитора. Это может оказаться целесообразным, например, в тех случаях, когда такими активами являются бриллианты, золото, серебро или другие драгоценные металлы, которые лучше хранить в какой-либо компании.

56. В других случаях обремененные активы уже могут находиться во владении перевозчика или управляющего складом, которые являются третьими сторонами. В этом случае сила в отношении третьих сторон может быть приобретена через владение, если третья сторона выдает расписку от имени обеспеченного кредитора или соглашается удерживать обремененные активы от имени обеспеченного кредитора; действия третьей стороны служат подтверждением того, что она владеет активами от имени обеспеченного кредитора.

57. Если же перевозчик или управляющий складом, которые являются третьими сторонами, выдает свою расписку в форме оборотного документа, удостоверяющего правовой титул, то это означает, что перевозчик или управляющий складом обязан доставить активы, на которые распространяется действие такого документа, лицу, во владении которого он находится в данный момент. Как отмечается в настоящей главе (см. пункты 154–158, ниже), предоставление обеспеченному кредитору документа, снабженного любым необходимым индоссаментом, представляет собой, таким образом, альтернативный способ придания обеспечительному праву в активах, на которые распространяется его действие, силы в отношении третьих сторон.

58. Вероятность того, что вступление обеспеченного кредитора во владение обремененными активами может быть осуществлено посредством их хранения агентом или представителем, повышает эффективность и действенность посессорных обеспечительных прав, поскольку позволяет кредиторам делегировать функцию хранения без ущерба для прав третьих сторон. По этим причинам в *Руководстве* подтверждается, что вступление кредитора во владение активами может быть осуществлено посредством их хранения третьей стороной (см. Введение, раздел B, “Терминология и толкование терминов”, термин “владение”, а также рекомендации 15 и 32).

59. В некоторых государствах идея владения третьей стороной была расширена, с тем чтобы устранить необходимость физического перемещения обремененных активов из помещений лица, предоставившего право. Например, в рамках соглашений о “складском хранении на месте” представитель обеспеченного кредитора (которым обычно является служащий лица, предоставившего право, который становится агентом компании по складскому хранению на месте) физически вступает во владение обремененными активами в помещениях лица, предоставившего право (например, поместив их в запирающееся помещение, ключ от которого имеется только у этого представителя). Для выдачи активов, находящихся на этом складе, лицу, предоставившему право, требуется согласие обеспеченного кредитора, которое дается через его представителя.

60. Наиболее часто соглашения о складском хранении на месте применяются в тех государствах, в которых посессорный залог является единственно возможной формой обеспечительного права в движимых активах. В государствах, которые предлагают в качестве альтернативы публичную регистрацию, обеспеченный кредитор все равно может пожелать воспользоваться складским хранением на месте как одним из практических методов контроля за перемещением обремененных активов. В то же время обеспеченный кредитор обычно желает также зарегистрировать уведомление о своем обеспечительном праве для обеспечения определенности в вопросе о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, даже если соглашение о складском хранении на месте успешно опротестовывается на том основании, что оно предусматривает всего лишь подразумеваемую, а не реальную передачу владения.

d) Неприменимость концепции владения к нематериальным активам

61. Главной составляющей идеи владения как возможного метода придания силы в отношении третьих сторон является представление о том, что физическое хранение активов должно быть очевидным. Именно по этой причине государства, допускающие создание обеспечительных прав на основе соглашений о залоге, предусматривают, что обремененные активы должны быть материальными. Нематериальные активы исключаются по той причине, что вступление в физическое владение нематериальным активом невозможно. Очень часто кредитор стремится получить обеспечительное право в дебиторской задолженности лица, предоставившего право, но не может придать силу своему обеспечительному праву в дебиторской задолженности в отношении третьих сторон путем вступления во владение. Кредитор может придать своему обеспечительному праву в дебиторской задолженности силу в отношении третьих сторон путем обладания оборотным инструментом только в том случае, если дебиторская задолженность преобразуется в оборотный инструмент. Напротив, если обеспеченный кредитор становится обладателем депозитного сертификата или другого инструмента, свидетельствующего лишь о наличии задолженности, но не являющегося оборотным на основании законодательства, регулирующего оборотные документы, такое обладание в принципе не является методом придания обеспечительному праву в дебиторской задолженности, свидетельством которой является такой сертификат или инструмент, силы в отношении третьих сторон. Точно так же если лицо, предоставившее право, стремится создать обеспечительное право в своем праве в качестве арендатора какого-либо оборудования, оно не может придать этому обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон путем передачи такого оборудования (собственником которого оно не является) и не может придать силу в отношении третьих сторон обеспечительному праву в своем праве в качестве арендатора путем передачи договора об аренде обеспеченному кредитору, потому что договор об аренде не является документом, удостоверяющим правовой титул (специальные правила, применимые к владению документами, удостоверяющими правовой титул, см. пункты 154–158, ниже).

e) Достаточность владения для целей принудительной реализации

62. Не все обеспеченные кредиторы стремятся незамедлительно придать обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон в момент создания этого обеспечительного права. По той или иной причине они могут не зарегистрировать уведомление в общем реестре обеспечительных прав и не вступить во владение обремененными активами. В этом случае необходимо определить условия, при которых последующее вступление кредитора во владение все равно будет придавать обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон.

63. Здесь возможны две ситуации: обеспеченный кредитор может вступить во владение до или после неисполнения платежа или другого неисполнения обеспеченного обязательства лицом, предоставившим право. В первом случае (владение до неисполнения обязательства) все государства разрешают кредитору придавать обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон посредством владения просто путем принятия обремененного актива у лица, предоставившего право. Вступить во владение можно либо потому, что оно добровольно передается лицом, предоставляющим право, либо в результате получения кредитором судебного распоряжения на владение (вне рамок процедуры принудительной реализации обеспечительного права) на том основании, что это было одним из условий соглашения об обеспечении.

64. Во втором случае (вступление во владение после неисполнения обязательства) государства придерживаются различных подходов. В некоторых государствах обеспечительное право не приобретает силу в отношении третьих сторон на основании

вступления во владение, если оно происходит в результате наложения обеспеченным кредитором ареста на активы вследствие неисполнения обязательства лицом, предоставившим право. Такой подход имеет как теоретическое, так и практическое обоснование. Теоретически добровольная передача владения лицом, предоставившим право, обеспеченному кредитору в самом начале обеспеченной сделки предполагает признание обеими сторонами того обстоятельства, что таким образом должны защищаться права обеспеченного кредитора в отношении третьих сторон. Арест в целях принудительной реализации обычно предполагает недобровольный отказ лица, предоставившего право, от владения обремененным активом в результате неисполнения им своих обязательств. Более того, даже если лицо, предоставившее право, передает такие активы добровольно, оно делает это, сознавая угрозу возбуждения процедуры принудительной реализации. Главной составляющей практического обоснования является тот факт, что к процедуре наложения ареста для целей принудительной реализации, как правило, будет прибегать обеспеченный кредитор, не зарегистрировавший уведомление о своем обеспечительном праве или зарегистрировавший его ненадлежащим образом. Выражается обеспокоенность в связи с тем, что особенно в условиях конкуренции с управляющим по делу о несостоятельности лица, предоставившего право, признание ареста в качестве достаточного шага для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон может поощрять неосмотрительное поведение или побуждать к принятию поспешных мер по принудительной реализации, и это может вызвать необходимость решать сложные вопросы доказывания того, когда был произведен арест – до или после начала производства по делу о несостоятельности.

65. В то же время в других государствах мотивы и обстоятельства вступления кредитора во владение не имеют большого значения для определения его правовых последствий. В этих государствах вступление кредитора во владение придает обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон даже в том случае, если обеспеченный кредитор вступает во владение посредством наложения ареста на обремененные активы для целей принудительной реализации. Такой подход основывается на том соображении, что вступление во владение призвано исключить вероятность нанесения третьим сторонам ущерба из-за иллюзии наличия богатства, возникающей в результате того, что лицо, предоставившее право, продолжает владеть активами, на которые оно не имеет необремененного правового титула. Владение обеспеченным кредитором служит этой цели независимо от мотивов вступления во владение или обстоятельств, при которых произошло вступление во владение.

66. Как уже отмечалось, этот принципиально важный вопрос возникает прежде всего тогда, когда имеет место коллизия приоритетов обеспеченного кредитора и управляющего в деле о несостоятельности лица, предоставившего право. Поэтому в *Руководстве* нет конкретной рекомендации на этот счет и эти вопросы предлагается решать в рамках режима, регулирующего несостоятельность в соответствующем государстве (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава V, пункты 57, 62–65 и 67–71).

5. Регистрация в специальном реестре или внесение отметки в сертификат правового титула

a) Общие замечания

67. Два только что рассмотренных основных подхода к вопросу придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон (регистрация в общем реестре обеспечительных прав и вступление кредитора во владение) предполагают, что главная цель состоит в предупреждении третьих сторон о возможном существовании

обеспечительного права. Даже в тех государствах, где уже созданы фрагментарные реестры обеспечительных прав, такие как реестры, систематизированные по виду сделок (например, реестры коммерческого залога), статусу лица, предоставляющего право (например, корпоративные реестры), виду обеспеченного кредитора (например, банки) или виду обремененного актива (например, реестры оборудования или дебиторской задолженности), в центре внимания каждого такого реестра находятся обеспечительные права. Лишь в исключительных случаях в таких реестрах могут регистрироваться операции, которые не связаны с обеспечительными правами или не предназначены для использования в таком качестве (например, прямая уступка дебиторской задолженности, долгосрочная аренда и коммерческие поставки).

68. Тем не менее во многих государствах традиционно применяются другие формы придания правам публичного характера. В некоторых случаях могут создаваться специальные реестры конкретных прав для регистрации всех сделок, касающихся данного вида актива, включая приобретение и передачу правового титула на актив и обеспечительных прав в нем. Примером такого вида реестров служит стандартный реестр прав в недвижимом имуществе, в котором часто могут быть зарегистрированы правовые титулы, обременения, публичные сервитуты и даже предупреждения, касающиеся предстоящего судебного разбирательства. Общие специальные реестры движимых активов могут включать реестры для конкретных видов активов, таких как морские и воздушные суда, и некоторых видов интеллектуальной собственности, как, например, патенты, торговые марки и авторские права. Государства также создали системы, в рамках которых определенные виды движимых активов определяются по сертификату правового титула, а различные сделки, связанные с такими активами (включая зачастую и обеспечительные права), могут быть непосредственно указаны в сертификате правового титула. Эти механизмы оказались настолько эффективными, что даже в тех государствах, где созданы общие реестры обеспечительных прав, они зачастую используются в качестве альтернативных методов придания обеспечительным правам силы в отношении третьих сторон наряду с регистрацией и вступлением кредитора во владение.

b) Регистрация в специальном реестре

69. Основные и процедурные правила, регулирующие регистрацию в специальном реестре, обычно излагаются в законе, на основании которого создается реестр, и в любых относящихся к нему нормативных документах. Общей характерной чертой специальных регистров является то, что они основываются на активах (например, реестры морских и воздушных судов, патентов или торговых марок) и, таким образом, открыты для регистрации прав в конкретных видах активов. Другой характерной чертой является то, что специальные реестры являются прежде всего реестрами правовых титулов. Поскольку регистрация несанкционированной передачи может причинить ущерб правам получателя или обеспеченного кредитора, который полагается на запись в реестре прав собственности, в случае передачи права собственности законодательство, регулирующее регистрацию в специальном реестре, обычно требует от лиц, осуществляющих регистрацию, представить доказательства наличия документации, подкрепляющей эту передачу. В зависимости от конкретных действующих правил необходимые доказательства могут варьироваться от регистрации всей документации по сделке или ее краткого изложения до регистрации уведомления. Кроме того, юридические последствия регистрации обеспечительного права в специальном реестре могут варьироваться от создания обеспечительного права или придания ему силы в отношении третьих сторон до последствий в плане доказывания, объявления или регулирования. Таким образом, специальный реестр не только может использоваться для придания правам публичного характера и силы в отношении третьих сторон, но и может также выполнять более

широкие и важные функции, которые не могут быть осуществлены с помощью общего реестра обеспечительных прав. Например, общепризнано, что реестры морских и воздушных судов – это два специальных реестра, которые не только облегчают осуществление коммерческих операций, но также призваны решать международные задачи регулирования в целях обеспечения безопасности и национальные задачи государственной безопасности.

70. Когда существуют специальные реестры правовых титулов, основанные на видах активов, государства должны сначала определить, могут ли обеспечительные права в конкретных активах регистрироваться в этих реестрах. Многие государства не разрешают такую регистрацию, и кредиторы должны прибегать к регистрации соглашений как обусловленных передач правового титула в качестве средства придания обеспечительному праву публичного характера. Как уже разъяснялось (см. главу I о сфере применения, пункты 110–112), в *Руководстве* не поддерживается сохранение этих видов регистрации правового титула как механизма создания обеспечительного права. Поэтому в *Руководстве* высказывается предположение, что если государство ведет специальный реестр, то оно допускает регистрацию уведомления об обеспечительном праве как метод придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон (см. рекомендации 34, подпункт *a)* iii), и 38, подпункт *a)*).

71. Государства, которые ведут специальные реестры для регистрации уведомлений об обеспечительных правах, должны определить, является ли регистрация в специальном реестре исключительным методом придания силы в отношении третьих сторон обеспечительным правам в активах, подлежащих регистрации в специальном реестре. Здесь существует различная практика даже в отношении реестров одного и того же государства. Некоторые государства, которые разрешают регистрацию в специальном реестре уведомления об обеспечительном праве в некоторых видах активов как метод придания силы в отношении третьих сторон, делают такую регистрацию исключительным методом придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон. Реализация прав в активах не может быть истребована обеспеченным кредитором в отношении третьих сторон, если уведомление или другой документ, касающийся этих прав, не зарегистрированы в специальном реестре. Другие государства занимают менее категоричную позицию и допускают применение альтернативных методов придания обеспечительным правам в активах, охватываемых специальным реестром, силы в отношении третьих сторон. Эти государства исходят из того, что за исключением конкурирующих заявителей требований, которые стремятся защитить свои права путем регистрации уведомления в специальном реестре и чья позиция основывается на априорном доверии к реестру, нет никаких причин, по которым сила обеспечительных прав в отношении всех других третьих сторон не могла бы быть придана с помощью других общедоступных методов, включая регистрацию в общем реестре обеспечительных прав или, когда это возможно, передачу права владения обремененными активами. Именно этот подход рекомендован и в *Руководстве* (см. рекомендации 32 и 34).

72. Однако в этих государствах, когда сила в отношении третьих сторон придается обеспечительному праву посредством одного из этих других методов, его приоритет уступает приоритету прав конкурирующих обеспеченных кредиторов и получателей обремененных активов, зарегистрировавших свои права в специальном реестре. Так, в случае обеспечительного права, зарегистрированного в общем реестре обеспечительных прав, и права, зарегистрированного в специальном реестре, первое уступает второму независимо от соответствующего времени регистрации в двух реестрах. Тем не менее разрешение придавать силу в отношении третьих сторон и посредством регистрации в общем реестре обеспечительных прав позволяет обеспеченному кредитору, получающему обеспечительное право во всех движимых активах лица, предоставившего право, или в родовых категориях таких активов, защищать себя от требований

управляющего в деле о несостоятельности лица, предоставившего право, или кредиторов по судебному решению путем осуществления регистрации лишь в общем реестре обеспечительных прав.

73. Согласно такому подходу, регистрация в специальном реестре необходима на практике только в том случае, если обеспеченный кредитор приходит к заключению, что риск несанкционированного предоставления обеспечительного права конкурирующему обеспеченному кредитору или передачи получателю, который осуществляет регистрацию в специальном реестре, является настолько высоким, что он служит основанием для осуществления дополнительной регистрации в специальном реестре. С учетом того, что количество таких специальных реестров и видов охватываемых ими активов является ограниченным, наделение приоритетом тех прав, которые зарегистрированы в специальном реестре, не наносит существенного ущерба эффективности и целостности общего реестра обеспечительных прав. Поэтому в рекомендациях *Руководства* предусмотрено, что в тех случаях, когда имеется возможность использования специальных реестров, сила обеспечительного права в отношении третьих сторон может тем не менее быть приобретена с помощью таких альтернативных методов, как регистрация в общем реестре или вступление кредитора во владение, при условии обеспечения защиты более приоритетного положения лиц, осуществивших регистрацию в специальном реестре (см. рекомендации 38, 77 и 78).

74. Хотя в *Руководстве* нет никаких рекомендаций в отношении законодательства, регулирующего специальные реестры, соображения эффективности при принятии системы регистрации на основе уведомления для придания обеспечительным правам силы в отношении третьих сторон в равной мере применимы в принципе к специальным реестрам. Так, государства, которые ведут такие реестры, возможно, пожелают рассмотреть вопрос о реформировании своего законодательства, регулирующего специальные реестры, с тем чтобы допустить регистрацию уведомления об обеспечительном праве как метод придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон путем включения в это законодательство всех других характерных черт системы регистрации, основанной на уведомлении (см. главу IV о приоритете обеспечительного права в целом и, в частности, раздел A.10; см. также рекомендацию 38).

c) Координация регистрации в специальном реестре и в общем реестре обеспечительных прав

75. В *Руководстве* берется за основу предположение, что в тех случаях, когда, согласно другому законодательству, уведомления или документы, удостоверяющие обеспечительные права в определенных видах активов, могут быть зарегистрированы в специальном реестре, обеспечительным правам в таких активах сила в отношении третьих сторон может быть придана посредством регистрации в специальном реестре или в общем реестре обеспечительных прав (см. рекомендацию 38). Однако *Руководство* не рекомендует регистрировать уведомления или документы, удостоверяющие обеспечительные права в определенных видах активов, в специальном реестре, если, согласно иному законодательству, это невозможно. *Руководство* не рекомендует также производить в каждом случае двойную регистрацию уведомлений или документов, удостоверяющих обеспечительные права в определенных видах активов.

76. Обеспеченному кредитору может потребоваться зарегистрировать уведомление о своем обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав или же уведомление или документ – в соответствующем специальном реестре в зависимости от того, желает ли он обеспечить приоритет по отношению ко всем конкурирующим заявителям требований. В некоторых случаях обеспеченному кредитору достаточно произвести регистрацию в общем реестре обеспечительных прав (например, если мало-

вероятно, что появятся другие обеспеченные кредиторы, заявляющие о праве, зарегистрированном в специальном реестре). В других случаях обеспеченному кредитору необходимо произвести регистрацию в специальном реестре (например, если есть вероятность появления других обеспеченных кредиторов, заявляющих о праве, зарегистрированном в специальном реестре, или других третьих сторон, как, например, нарушители прав интеллектуальной собственности). А в третьих случаях обеспеченный кредитор будет сам заинтересован в регистрации уведомления о своем обеспечительном праве в обоих реестрах. Так дело зачастую будет обстоять в том случае, когда первоначальное обеспечительное право обременяет все активы лица, предоставившего право, и некоторые из них являются активами, обеспечительные права в которых подлежат регистрации в специальном реестре.

77. В таких случаях, вместо того чтобы требовать от обеспеченного кредитора регистрации в обоих реестрах, возможно, целесообразно создать систему, в которой обеспечительные права, зарегистрированные в общем реестре обеспечительных прав, автоматически направляются для регистрации в специальном реестре, и наоборот. При этом лицу, производящему регистрацию, необходимо будет произвести только одну регистрацию в общем реестре обеспечительных прав или в соответствующем специальном реестре. Лицу, осуществляющему поиск, потребуется вести такой поиск только в специальном реестре, поскольку он будет содержать информацию не только об обеспечительных правах, но также и о других правах. Однако такой подход потребует координации систем регистрации и возложит дополнительное бремя как на реестры, так и на лиц, осуществляющих регистрацию. Поскольку в основе специальных реестров лежат активы, для того чтобы уведомление об обеспечительном праве, зарегистрированное в общем реестре обеспечительных прав, могло быть зарегистрировано и в специальном реестре, лицо, осуществляющее регистрацию, должно будет конкретно описать в уведомлении соответствующие активы. Так, например, лицу, осуществляющему регистрацию, необходимо будет конкретно и четко указать, что уведомление, охватывающее “все материальные активы”, включает конкретные материальные активы (например, суда или самолеты), подлежащие регистрации в специальном реестре, и описать эти материальные активы таким образом, как того требует регистрация в специальном реестре. Точно так же, если первоначальное уведомление охватывало “все активы”, обеспеченному кредитору необходимо будет указать конкретные патенты или торговые марки, подлежащие обременению, используя такие формулировки, которые позволят произвести регистрацию в реестре патентов или торговых марок (в зависимости от обстоятельств), если он хочет зарегистрировать свое обеспечительное право в этой интеллектуальной собственности в специальном реестре патентов или торговых марок.

78. Кроме того, для чтобы такая система направления уведомлений из реестра обеспечительных прав в специальный реестр работала, специальный реестр должен принимать уведомления об обеспечительных правах. Для облегчения поиска обеспечительных прав в активах лиц специальный реестр помимо обычного индекса по активам должен иметь индекс и по должникам. К тому же работникам реестра необходимо будет проверять содержащуюся в уведомлении информацию и вносить ее в систему другого реестра. Такое требование может быть сочтено несовместимым с принципом (который подробно рассматривается в пунктах 13 и 16 главы IV *Руководства* о регистрации), который заключается в том, что в интересах эффективности и снижения расходов проведение работниками реестра проверки не должно быть предварительным условием регистрации в общем реестре обеспечительных прав. Поэтому следует рассмотреть вопрос о том, чтобы разрешить электронную пересылку уведомлений без какого-либо вмешательства со стороны работников реестра. В качестве альтернативы обеспеченному кредитору может быть предоставлено право производить регистрацию

в отдельной системе. Это не станет непомерным бременем, если требования в отношении регистрации в другой системе будут скорректированы для применения простого процесса регистрации на основе уведомления.

79. Аналогичные трудности возникнут и в том случае, если уведомление или другой документ, относящийся к обеспечительному праву, зарегистрированному в специальном реестре, будет направляться в общий реестр обеспечительных прав. Кроме того, информацию о записях в специальном реестре необходимо будет вводить в общий реестр обеспечительных прав в формате, приемлемом для этого реестра; эту задачу можно возложить на работников реестра или на лиц, осуществляющих регистрацию. К тому же в общем реестре обеспечительных прав помимо обычного индекса по должникам необходимо будет вести и индекс по активам для облегчения поиска как по имени должника, так и по описанию актива.

80. Альтернативой системе, допускающей направление уведомлений из одного реестра в другой, могла бы стать система, в которой имеется общий шлюз для выхода как в общий реестр обеспечительных прав, так и в различные специальные реестры. Такой общий шлюз позволил бы лицам, осуществляющим регистрацию, вносить уведомления одновременно в оба реестра. Для обеспечения эффективности и результативности работы общего шлюза необходимо предпринять несколько шагов.

81. Во-первых, в специальном реестре необходимо будет разрешить регистрацию обеспечительных прав посредством простого уведомления в том виде, который приемлем для общего реестра обеспечительных прав. Во-вторых, лицам, осуществляющим регистрацию, необходимо будет включить в уведомление как имя лица, предоставляющего право (для целей общего реестра обеспечительных прав), так и конкретное описание актива в такой форме, которая позволит зарегистрировать это уведомление в специальном реестре. Во многих случаях, например когда это связано с описанием категорий активов, это конкретное описание должно быть гораздо более подробным, чем то, которое необходимо для регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав. В-третьих, работа общего шлюза будет эффективной только в том случае, если будет возможность вести поиск по одному запросу одновременно в обоих реестрах. То есть лицо, ведущее поиск, возможно, пожелает узнать, является ли конкретный актив, входящий в категорию активов, обремененных обеспечительным правом, которое зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав, и предметом конкретной регистрации в специальном реестре. Хотя лицо, ведущее поиск, может знать имя лица, предоставившего право, с точки зрения категории актива (например, судно или патент) оно может не знать конкретное кодовое обозначение для этого актива в специальном реестре. Поэтому, для того чтобы эта система эффективно функционировала для целей поиска, необходимо будет вести индексы и по лицам, предоставляющим права, и по активам и обеспечивать перекрестные ссылки между ними.

82. Хотя в *Руководстве* предполагается, что государства, возможно, пожелают усовершенствовать свои различные специальные реестры (см. в целом главу IV о регистрации и, в частности, раздел A.10), в нем нет никакой конкретной рекомендации относительно того, как государства должны обеспечивать наиболее эффективную координацию регистраций, которые будут производиться как в общем реестре обеспечительных прав, так и в любом данном специальном реестре движимых активов.

d) Внесение отметки в сертификат правового титула

83. Хотя в большинстве государств имеются системы регистрации права собственности и передачи права собственности на автомобили и другие аналогичные виды активов, обычно такие регистрационные системы не рассматриваются в качестве источника

информации о правах собственности для целей коммерческих сделок. Они предназначены прежде всего для целей регулирования: в частности, с их помощью власти могут устанавливать собственников имущества в случае аварии или нарушения норм уголовного законодательства или правил безопасности, а также определять ответственность и обязательства в рамках системы обязательного страхования. Поскольку такие системы регистрации не выполняют функции механизма по приданию силы правам собственника в отношении третьих сторон, они не являются общедоступными для целей поиска.

84. В рамках таких режимов регистрации транспортных средств владелец обычно получает регистрационное свидетельство. При продаже транспортного средства владелец обязательно сдает старое свидетельство в соответствующий регистрирующий орган, который затем выдает новое свидетельство на имя нового владельца. В некоторых государствах сертификат регистрации правового титула служит основой для придания публичного характера обеспечительным правам в активе, представленном регистрационным свидетельством. В этих государствах указание обеспечительного права в сертификате рассматривается как достаточное условие для придания соответствующему обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон.

85. В тех государствах, где подобная система внесения отметки в сертификат уже существует, и, как показывает практика, прекрасно функционирует, полностью устранять такую систему в процессе внедрения современного режима обеспечительных прав может быть нецелесообразно. Тем не менее необходимо согласовать действие существующей системы с другими предусмотренными новым режимом методами придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон. Обычно внесения отметки в сертификат правового титула достаточно для придания обеспечительному праву в материальных активах, охватываемых данной системой, силы в отношении третьих сторон. Кроме того, имеются такие методы, как регистрация в общем реестре обеспечительных прав и принятие кредитором во владение. Однако при использовании любого из этих двух методов обеспечительное право, к которому они относятся, обычно обладает менее высоким приоритетом по сравнению с правами конкурирующего покупателя или обеспеченного кредитора, которые воспользовались системой внесения отметок в сертификат правового титула.

86. В свете того, что такие системы внесения отметок в сертификаты правового титула затрагивают весьма ограниченное количество активов и хорошо освоены в принявших их государствах, создание права с более высоким приоритетом для тех, кто использует реестр, основанный на системе внесения отметок в сертификат правового титула, не ведет к значительному снижению эффективности общего реестра обеспечительных прав. Подобно подходу, применяемому в отношении регистрации в специальном реестре правовых титулов, этот подход преследует цель обеспечивать надежность и целостность системы сертификатов правового титула при одновременном повышении степени гибкости и эффективности общей системы обеспеченных сделок. По этим причинам в *Руководстве* рекомендуется придавать обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон путем простого внесения отметки в сертификат правового титула и подчинять приоритет обеспечительного права, зарегистрированного только в общем реестре обеспечительных прав, приоритету прав конкурирующего заявителя требований, который внес отметку о своих правах в сертификат правового титула (см. рекомендации 38, 77 и 78).

6. Автоматическое придание силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в поступлениях

87. Обремененные активы могут быть проданы и перепроданы в течение срока, когда обеспеченное обязательство остается непогашенным, но не просроченным.

Независимо от того, санкционирована ли продажа (как это часто бывает в случае инвентарных запасов) или не санкционирована (как это обычно бывает в случае оборудования) обеспеченным кредитором в соглашении об обеспечении или другом соглашении, продажа или иная реализация обремененных активов обычно ведет к получению поступлений либо в виде наличных средств, оборотных инструментов, дебиторской задолженности и других полученных в обмен активов, либо в виде сочетания всего вышеперечисленного. В некоторых государствах обеспечительное право в любых поступлениях (включая поступления от поступлений), получаемых от первоначальных обремененных активов, создается автоматически с момента возникновения этих поступлений при условии, что они поддаются идентификации. Как отмечается в главе II (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 72–85), в *Руководстве* рекомендован именно этот подход к поступлениям (см. рекомендацию 19). Однако это не единственный вопрос, требующий решения. Необходимо также определить, следует ли обеспеченному кредитору производить регистрацию или принимать какие-то иные меры для придания обеспечительному праву в поступлениях силы в отношении третьих сторон.

88. Хотя уведомления, регистрируемые в общем реестре обеспечительных прав, обычно организуются и индексируются путем ссылки на личность или другой отличительный признак лица, предоставившего право, в регистрируемом уведомлении должно содержаться описание обремененных активов (см. рекомендации 57 и 63). Таким образом, необходимо, во-первых, различать ситуацию, когда обеспечительному праву в первоначальных обремененных активах была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления, которое охватывает будущие активы, и когда характер поступлений подпадает под описание будущих активов в зарегистрированном уведомлении. Например, если в зарегистрированном уведомлении обремененные активы описаны как “все текущие и будущие материальные активы”, а лицо, предоставившее право, продает сельскохозяйственный трактор и использует поступления для покупки доильного аппарата, то описание, содержащееся в зарегистрированном уведомлении, охватывает доильный аппарат как первоначальный обремененный актив в виде будущих материальных активов. Поскольку регистрация может происходить до приобретения лицом, предоставляющим право, прав в активах, описанных в зарегистрированном уведомлении, первоначальной регистрации достаточно для придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву, созданному впоследствии в доильном аппарате, когда лицо, предоставившее право, приобретает права в ней. Соответственно государства, которые предусматривают автоматическое создание права в поступлениях, предусматривают также и автоматическое придание обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон в этих случаях. Именно этот результат и рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 39).

89. Более сложные вопросы возникают тогда, когда придание силы обеспечительному праву в первоначальных обремененных активах в отношении третьих сторон происходит либо посредством регистрации уведомления, в котором данные активы не описаны как полученные в качестве поступлений, либо посредством метода, которого недостаточно для придания силы в отношении третьих сторон, если поступления были первоначальными обремененными активами. Если брать описанный выше пример, то первая ситуация возникнет в том случае, если в зарегистрированном уведомлении первоначальные обремененные активы описаны как “все текущее и будущее полевое оборудование”; это описание не будет охватывать доильный аппарат. Что касается второй ситуации, то, если первоначальный обремененный актив представляет собой право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, которому сила в отношении третьих сторон придается на основании контроля, а лицо, предоставившее право, без разрешения снимает средства для покупки доильного аппарата, способа придания силы в отношении третьих сторон, используемого применительно к первоначальным обремененным активам, будет недостаточно для поступлений.

90. Приведенные примеры вызывают различные принципиальные соображения. Автоматическое придание обеспечительному праву в поступлениях силы в отношении третьих сторон подрывает принципы, на которых основаны требования, касающиеся придания силы в отношении третьих сторон, поскольку третьи стороны не будут предупреждены о возможном существовании обеспечительного права в поступлениях. В конце концов возможный покупатель, который приобретет доильный аппарат у лица, предоставившего право, не обязательно разберется в том, что зарегистрированное уведомление, указывающее на существование обеспечительного права в полевом оборудовании (т. е. первоначальных обремененных активах), охватывает также доильный аппарат в качестве поступлений (т. е. поступлений от первоначальных обремененных активов). С другой стороны, требование к обеспеченному кредитору немедленно предпринять шаги для придания силы обеспечительному праву в поступлениях в отношении третьих сторон может повлечь за собой чрезмерное бремя по осуществлению контроля и риск приоритета. Поступления часто возникают в результате совершения лицом, предоставившим право, несанкционированных операций с первоначальными обремененными активами. В таких случаях обычно лишь по прошествии долгого времени обеспеченному кредитору становится известно о несанкционированной реализации активов. Если на реализацию действительно не было разрешения, обеспеченный кредитор, как правило, будет иметь право удостовериться в том, что первоначальный обремененный актив попал в руки получателя, и поэтому ему не будет причинен никакой ущерб. Вместе с тем не всегда можно после свершившегося факта определить местонахождение актива или получателя. Кроме того, в некоторых случаях сумма полученных поступлений фактически может превышать стоимость актива на момент, когда возникает необходимость в реализации обеспечительного права. Таким образом, хотя обеспеченный кредитор не может получить больше того, что находится в его собственности, он может получить обеспечение в полном объеме, если он может полагаться на стоимость поступлений, и не в полном объеме, если он может полагаться только на стоимость первоначальных обремененных активов.

91. Стремясь добиться разумного баланса между этими разными принципами, государства, предусматривающие автоматическое обеспечительное право в поддающихся определению поступлениях, обычно считают, что обеспечительное право в поступлениях, которые не охвачены методом придания силы в отношении третьих сторон, используемым в отношении первоначальных обремененных активов, автоматически приобретает силу в отношении третьих сторон либо бессрочно, либо на какой-то период времени. Рамки и сроки действия такой автоматической силы в отношении третьих сторон зависят от характера первоначальных обремененных активов и от характера поступлений.

92. Бессрочная сила в отношении третьих сторон, как правило, придается обеспечительному праву в поддающихся определению поступлениях, которые представляют собой денежные средства, дебиторскую задолженность, оборотные документы и права на выплату средств, зачисленных на банковский счет. Этот подход основывается на том, что отсутствие независимого акта для придания силы обеспечительному праву в такого рода поступлениях в отношении третьих сторон не влечет какого-либо значительного риска нанесения ущерба правам третьих сторон.

93. В случае поступлений в виде денежных средств и оборотных инструментов последующим получателям или обеспеченным кредиторам, которые вступают во владение такими поступлениями, не наносится ущерба вследствие отсутствия независимого акта для придания силы в отношении третьих сторон, потому что они, как правило, в любом случае получают подобные активы без обеспечительного права. Получатель средств с банковского счета, как правило, получает их свободными от какого-либо обеспечительного права, и поэтому отсутствие публичности не наносит ущерба их

правам. Что касается цессионариев (включая обеспеченных кредиторов), получающих право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, то конкурирующие заявители требований, как предполагается, должны знать, что они рискуют подчинением приоритета (или даже утратой обеспечительного права, если денежные средства снимаются со счета в обстоятельствах, при которых они больше не поддаются определению), если только они не защитятся посредством контроля за банковским счетом. Рекомендации, касающиеся последствий этих принципов для приоритета, даются в *Руководстве* в главе V (см. главу V о приоритете обеспечительного права, пункты 154–164, и рекомендации 101–106).

94. Учитывая эти соображения, государства, которые признают автоматическое обеспечительное право в поступлениях, обычно распространяют бессрочное придание силы в отношении третьих сторон на поступления в форме денежных средств, дебиторской задолженности, оборотных инструментов и прав на выплату средств, зачисленных на банковский счет при условии, что обеспечительное право в первоначальных обремененных активах получило силу в отношении третьих сторон при возникновении поступлений. Это решение рекомендуется и в настоящем *Руководстве* (см. рекомендацию 39).

95. Что касается поступлений, которые имеют форму других видов активов, то здесь используется другой набор принципов. Возвращаясь к приведенным выше примерам, предположим, что первоначальному обеспечительному праву была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации уведомления, в котором обремененные активы описаны как “все нынешнее и будущее полевое оборудование”, а лицо, предоставившее право, позднее обменивает трактор на доильный аппарат. Теперь предположим, что первоначальный обремененный актив – это право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, которому придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля, а лицо, предоставившее право, без разрешения снимает средства для покупки доильного аппарата. Дело вполне может обстоять так, что сделки, в результате которых возникли поступления, не были санкционированы и что обеспеченный кредитор не скоро узнал о реализации. Однако в отличие от тех видов активов, которые рассматриваются в предыдущем пункте, третьим сторонам вполне может быть причинен ущерб, если придание обеспечительному праву, автоматически созданному в доильном аппарате, силы в отношении третьих сторон должно было быть признано как постоянное. Дело будет обстоять именно так, поскольку без явной защиты третьи стороны примут доильный аппарат обремененным этим обеспечительным правом, даже если метод придания силы в отношении третьих сторон, использованный в отношении первоначальных обремененных активов, не предупредит их об обеспечительном праве, автоматически созданном в доильном аппарате, как в поступлениях.

96. Для того чтобы избежать несправедливого ущемления прав третьих сторон, большинство государств, которые признают автоматическое обеспечительное право в таких поступлениях, как те, что рассматривались в предыдущем пункте, ограничивают автоматическое придание ему силы в отношении третьих сторон коротким периодом времени после возникновения поступлений. Чтобы обеспечить бессрочное приобретение силы в отношении третьих сторон, обеспеченный кредитор должен зарегистрировать уведомление или предпринять иные позитивные шаги для придания обеспечительному праву в поступлениях силы в отношении третьих сторон до истечения этого периода времени. Обычно этот период относительно короткий, но не столь короткий, чтобы лишать разумно осмотрительного обеспеченного кредитора возможности предпринять шаги к сохранению силы своего обеспечительного права в отношении третьих сторон (приемлемым компромиссом обычно считается период продолжительностью 20–30 дней). В *Руководстве* принят подход, предусматривающий кратковременный период автоматического придания силы в отношении третьих сторон, в течение

которого обеспеченный кредитор должен принять позитивные меры для придания силы в отношении третьих сторон своему обеспечительному праву в поступлениях, если по своему характеру они отличаются от первоначальных обремененных активов и не являются денежными средствами, дебиторской задолженностью, оборотными инструментами и правами на выплату средств, зачисленных на банковский счет (см. рекомендацию 40).

7. Придание силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в принадлежностях

a) Общие положения

97. Актив, обремененный обеспечительным правом, которому придана сила в отношении третьих сторон, может быть уже присоединен или может позднее стать присоединенным к другим движимым активам или недвижимому имуществу. Например, двигатель, уже обремененный обеспечительным правом, может быть присоединен к транспортному средству или отопительный котел, уже обремененный обеспечительным правом, может быть впоследствии присоединен к зданию. Во многих государствах как только обремененный актив становится принадлежностью другого движимого актива или недвижимого имущества, действие обеспечительного права автоматически прекращается. Этот подход основан на принципиальной заботе о защите положения покупателей и других третьих сторон, которые впоследствии приобретают права в активах, к которым присоединяется обремененный актив. Если первоначальный обремененный актив становится принадлежностью недвижимого имущества, то возникает еще одно серьезное опасение, что последующее разъединение в контексте реализации обеспечительного права может привести к причинению недвижимому имуществу серьезного ущерба.

98. Государства, создавшие всеобъемлющие системы регистрации для движимых активов, обычно допускают сохранение обеспечительного права в активе после присоединения к другому активу, по крайней мере в отношениях между сторонами. Вместе с тем для учета соответствующих прав обеспеченного кредитора и третьих сторон в этих режимах предусмотрен также полный набор правил, касающихся силы в отношении третьих сторон и приоритета. В *Руководстве* рекомендован именно этот общий подход. Так, в главе II о создании обеспечительного права подтверждается, что обеспечительное право может быть создано в материальном активе, который уже является принадлежностью в данное время или становится принадлежностью впоследствии (см. рекомендацию 21). В настоящей главе рассматривается вопрос о силе в отношении третьих сторон, в то время как глава V касается приоритета. Что касается дополнительных принципиальных соображений, возникающих в случае принадлежностей недвижимого имущества, последующее отделение которых может причинить слишком большой ущерб недвижимому имуществу, то эта ситуация рассматривается как вопрос, касающийся реализации обеспечительного права (см. главу VIII о реализации обеспечительного права, пункты 85–89).

b) Принадлежности движимого имущества

99. Обеспечительное право может быть создано в материальном активе либо до, либо после того, как он станет принадлежностью (см. рекомендацию 21). Независимо от того, создано ли обеспечительное право до или после того, как актив становится принадлежностью, применяются общие требования, касающиеся придания силы в отношении третьих сторон. В обоих случаях в отношении принадлежностей не существует специального режима.

100. Применение этого принципа в отношении обеспечительного права, созданного после того, как обремененный актив становится принадлежностью, означает, что, если обеспечительному праву придается сила в отношении третьих сторон посредством регистрации до момента присоединения, оно сохраняет силу после присоединения, и нет необходимости предпринимать какие-либо дальнейшие шаги (см. рекомендацию 41). Это объясняется тем, что в отличие от ситуации, когда первоначальный обремененный актив заменяется поступлениями, принадлежности сохраняют свои отдельные характеристики после присоединения к другим активам, и риск возникновения неясности здесь зачастую весьма невелик. Таким образом, есть основания предполагать, что третья сторона, осуществляющая в реестре поиск обеспечительных прав в активах, к которым присоединяется обремененный актив (например, автомобиль), поймет, что в зарегистрированном уведомлении, описывающем принадлежность (например, автомобильные шины), может содержаться ссылка на шины, установленные на автомобиле, в котором заинтересована третья сторона.

101. Теоретически обеспечительное право в принадлежности сохраняет также свою силу в отношении третьих сторон, если ему сила была придана до момента присоединения путем передачи во владение (либо обеспеченному кредитору, либо агенту кредитора, являющемуся третьей стороной), а не путем регистрации в общем реестре обеспечительных прав. Однако на практике сила в отношении третьих сторон, как правило, утрачивается после присоединения, поскольку обеспеченный кредитор обычно должен отказаться от владения для того, чтобы могло произойти присоединение. Следовательно, третьи стороны, имеющие дело с активом после присоединения, будут принимать его свободным от обеспечительного права, если только обеспеченный кредитор не сохранит свой статус путем регистрации в общем реестре обеспечительных прав до отказа от владения или до возникновения прав третьих сторон. И наоборот, в необычном случае, когда обеспеченный кредитор уже владеет движимым активом, к которому присоединяется принадлежность, сила в отношении третьих сторон сохраняется.

c) Принадлежности недвижимого имущества

102. Если обремененный актив присоединяется к недвижимому имуществу, принципиальные соображения носят более сложный характер. Это объясняется тем, что любые права, обременяющие недвижимое имущество, как правило, регистрируются в реестре недвижимого имущества. Что касается отношений между сторонами, то в главе II *Руководства* рекомендуется предусмотреть, что обеспечительное право в принадлежности движимого имущества может быть создано либо в соответствии с принципами, изложенными в *Руководстве* в отношении создания обеспечительного права, либо в соответствии с режимом, регулирующим создание обеспечения в недвижимом имуществе (см. рекомендацию 21). В соответствии с этой идеей созданному таким образом обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон можно придать либо посредством регистрации в общем реестре обеспечительных прав, либо посредством регистрации в реестре недвижимого имущества (см. рекомендацию 43).

103. Однако выбор между двумя этими методами придания силы в отношении третьей стороны имеет последствия для установления приоритета. Для сохранения надежности и целостности реестра недвижимого имущества большинство государств, у которых имеется оба вида реестров, предусматривают, что обеспеченный кредитор или покупатель, производящий регистрацию в реестре недвижимого имущества, имеет приоритет по отношению к обеспеченному кредитору, который производит регистрацию только в общем реестре обеспечительных прав. Таким образом, регистрация в реестре недвижимого имущества необходима для обеспечения максимальной защиты в отношении третьих сторон. Именно такой подход рекомендуется и в *Руководстве* (см. рекомендацию 87).

104. Такой подход применим лишь в том случае, если регистрация обеспечительного права в принадлежности в реестре недвижимого имущества является простой и эффективной. Многие системы регистрации недвижимого имущества требуют представления полного набора обеспечительной документации или предусматривают другие формальности, как, например, нотариально заверенное свидетельство для регистрации обременения в недвижимом имуществе. Если это имеет место, то, возможно, необходимо пересмотреть законы о земельной регистрации, с тем чтобы разрешить обеспеченным кредиторам осуществлять регистрацию обеспечительного права в принадлежности в реестре недвижимого имущества путем представления такой же формы простого уведомления, как и та, что используется для регистрации в общем реестре обеспечительных прав. В противном случае затраты и расходы, связанные с защитой в полном объеме их приоритетного статуса посредством регистрации в реестре недвижимого имущества могут удерживать обеспеченных кредиторов от участия в обеспеченном финансировании, имеющем отношение к принадлежностям недвижимого имущества.

d) Принадлежности активов, подлежащих специальной регистрации или охватываемых системой сертификатов правового титула

105. В тех государствах, где имеются специальные реестры правового титула или системы внесения отметок в сертификат правового титула, виды активов, подпадающих под действие этих систем, могут включать активы, к которым обычно присоединяются другие материальные активы (например, двигатель воздушного судна). Вполне логично, что подход, которого придерживаются в отношении обеспечительного права в материальных активах, присоединяемых к недвижимому имуществу, должен распространяться и на принадлежности активов, в отношении которых действует система регистрации в специальном реестре правового титула или внесения отметки в сертификат правового титула. Согласно этому подходу, обеспечительному праву в принадлежности сила в отношении третьих сторон может быть придана либо посредством регистрации в общем реестре обеспечительных прав (или путем вступления кредитором во владение, хотя это происходит редко), с одной стороны, либо посредством регистрации в специальном реестре или внесения соответствующей отметки в сертификат правового титула, с другой стороны (см. рекомендацию 42).

106. Как и в случае принадлежностей недвижимого имущества, для защиты целостности и надежности систем специальной регистрации регистрация в специальном реестре или внесение отметки в сертификат правового титула необходимы для обеспечения максимальной защиты третьих сторон. Иными словами, обеспеченный кредитор или покупатель, который полагается на систему специальных реестров, имеет приоритет над обеспеченным кредитором, который придает обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав или с помощью какого-то другого метода (см. рекомендацию 89).

107. Рекомендуемый в *Руководстве* подход к приданию силы в отношении третьих сторон обеспечительным правам в принадлежностях материальных активов, на которые распространяется действие систем регистрации в специальных реестрах или сертификатов правового титула, аналогичен подходу к приданию силы в отношении третьих сторон обеспечительным правам, первоначально полученным в таких активах (см. рекомендации 38, 77 и 78). По этой причине замечания относительно того, как обеспечивать эффективную и действенную координацию регистрации в общем реестре обеспечительных прав и в любой данной системе специальной регистрации или сертификатов правового титула в равной мере применимы и в случае принадлежностей (см. пункты 75–86, выше).

8. Автоматическое придание силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в массе или продукте

108. По причинам, изложенным выше (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 90–95 и 100–102), в *Руководстве* рекомендуется, чтобы обеспечительное право в материальных активах, которые позднее проходят обработку или объединение, автоматически сохранялось в готовом продукте или объединенной массе (см. рекомендацию 22). Однако в этой рекомендации не говорится о том, имеет ли силу обеспечительное право в готовом продукте или массе в отношении третьих сторон. Если предположить, что обеспечительное право в составном активе приобрело силу в отношении третьих сторон до обработки или объединения, то принципиальный вопрос состоит в том, следует ли считать обеспечительное право, которое сохраняется в продукте или массе, как автоматически имеющее силу в отношении третьих сторон.

109. В наиболее общем случае придания силы обеспечительному праву в первоначальных обремененных активах в отношении третьих сторон происходит путем регистрации в общем реестре обеспечительных прав (действительно, это практически единственный метод, применимый к обеспечительным правам в инвентарных запасах в виде сырья, когда лицо, предоставляющее право, должно удерживать владение инвентарными запасами для использования в рамках своей обычной коммерческой деятельности). Следовательно, государствам необходимо решить, достаточно ли этой первоначальной регистрации для придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в продукте или массе, которые получены в результате обработки или объединения первоначальных обремененных активов.

110. Как отмечалось ранее, хотя уведомления в общем реестре обеспечительных прав организуются по идентификатору лица, предоставившего право, в регистрируемом уведомлении должно содержаться также описание обремененных активов (см. рекомендации 57 и 63). Как и в случае обеспечительных прав в поступлениях от реализации обремененных активов, различие необходимо проводить на основе того, как описаны первоначальные обремененные активы в зарегистрированном уведомлении.

111. Рассмотрим первую ситуацию, когда описание обремененных активов в зарегистрированном уведомлении охватывает конечный продукт или массу. Например, в зарегистрированном уведомлении обремененные активы могут быть описаны как “вся существующая и будущая пшеница определенного вида или качества”, а пшеница лица, предоставившего право, позднее может быть объединена с другой пшеницей того же самого вида или качества. Другой пример касается случая, когда обеспечительное право создается в смоле, которая позднее используется для производства древесностружечных плит, а в зарегистрированном уведомлении обремененные активы описываются как “все существующее и будущее сырье и готовая продукция”. В обоих случаях описание обремененных активов надлежащим образом предупредит третью сторону, ведущую поиск в реестре, о возможном существовании обеспечительного права в объединенной массе или произведенном продукте. Таким образом, не может быть принципиальных возражений против того, чтобы считать первоначальную регистрацию достаточной для придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в будущем продукте или массе. По этой причине большинство государств, создавших современный режим обеспечительных прав, придерживаются позиции, заключающейся в том, что если обеспечительному праву сила в отношении третьих сторон придана с помощью метода, которого достаточно для придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в продукте или массе, получившимся из первоначально обремененных активов, обеспечительному праву в продукте или массе сила в отношении третьих сторон придается автоматически (см. рекомендацию 44).

112. Более трудные принципиальные вопросы возникают в том случае, когда в зарегистрированном уведомлении обремененные активы описаны в выражениях, которые не охватывают объединенную массу или готовый продукт. Например, обеспеченный кредитор, возможно, зарегистрировал уведомление, в котором обремененный актив описан как пшеница определенного вида или качества, а затем эта пшеница безвозвратно объединяется с гораздо большим количеством пшеницы другого вида или качества. Третья сторона, ведущая поиск в реестре, возможно, не знает, что пшеница одного вида или качества, смешанная с пшеницей другого вида или качества, включает первоначальный обремененный актив. Еще более сложная ситуация возникает в том случае, когда обеспеченный кредитор регистрирует уведомление, в котором обремененный актив описан как "смола", а эта смола позднее перерабатывается в древесностружечные плиты. В данном случае третья сторона, которая ведет поиск в реестре для определения того, существует ли какое-либо обеспечительное право в древесностружечных плитах лица, предоставившего право, может не знать, что уведомление, указывающее на обеспечительное право в смоле, распространяется также на древесностружечные плиты, изготовленные из этой смолы.

113. Эта вторая ситуация в особенности вызывает различные принципиальные соображения. Автоматическое придание силы обеспечительному праву в древесностружечных плитах в отношении третьих сторон может дискредитировать принципы, которые лежат в основе требований, касающихся придания силы в отношении третьих сторон, поскольку зарегистрированное уведомление не обязательно предупреждает третьи стороны, которые ведут поиск в реестре, о существовании обеспечительного права. Однако требование к обеспеченному кредитору включать в его зарегистрированное уведомление и описание конечного продукта или массы может воспрепятствовать финансированию под обеспечение сырья лица, предоставившего право, или привести к регистрации уведомлений, содержащих слишком общие описания (как в вышеприведенном примере, где в уведомлении упоминается "сырье", хотя обеспечительное право ограничено только смолой), ограничивая тем самым доступ лица, предоставляющего право, к обеспеченному кредиту из других источников.

114. Для увязывания этих конкурирующих требований государства используют различные подходы. В одних государствах считается, что обеспечительное право автоматически приобретает силу в отношении третьих сторон, и для этого не нужно предпринимать какие-либо дальнейшие действия. Этот подход основан на том, что риск использования третьими сторонами информации в ущерб себе на практике является минимальным. Последующие обеспеченные кредиторы будут в достаточной степени осведомлены о производственных операциях лица, предоставившего право, для того чтобы понять, что зарегистрированное уведомление, указывающее на обеспечительное право, с описанием, касающимся только компонента активов, охватывает также любой готовый продукт, произведенный из этих активов. Последующие покупатели будут, как правило, защищены, поскольку готовый продукт или объединенная масса будут обычно составлять инвентарные запасы, продаваемые в ходе обычной коммерческой деятельности лица, предоставившего право, и в любом случае покупатель в рамках обычной коммерческой деятельности получает их без какого-либо обеспечительного права.

115. В других государствах считается, что обеспечительное право автоматически приобретает силу только в отношении других обеспеченных кредиторов. Если имеет место конкуренция с кем-то иным, а не с другим обеспеченным кредитором (например, с другим покупателем, помимо покупателя в рамках обычной коммерческой деятельности, кредитором по судебному решению или управляющим в деле о несостоятельности), то обеспечительное право не имеет силы, если только уведомление, в котором обремененный актив описан в выражениях, включающих продукт или массу, не было

зарегистрировано до возникновения этих других прав. Этот подход основан на том предположении, что в отличие от обеспеченных кредиторов лица, предоставившего право, для этих других категорий конкурирующих заявителей требований существует большая вероятность того, что их будет вводить в заблуждение описание в зарегистрированном уведомлении, которое включает лишь сырье, а не готовый продукт, в который оно входит.

116. В *Руководстве* рекомендуется использовать первый из двух вышеизложенных подходов. Иными словами, в нем рекомендуется, что если обеспечительное право в составном активе имеет силу в отношении третьих сторон, то обеспечительное право в готовом продукте должно автоматически приобретать силу в отношении третьих сторон, и обеспеченному кредитору нет необходимости предпринимать какие-либо дальнейшие шаги (см. рекомендацию 44). Этот выбор основан на двух соображениях. Во-первых, на практике готовый продукт или объединенная масса почти всегда представляют собой инвентарные запасы, которые позднее продаются покупателю в рамках обычной коммерческой деятельности, и покупатель принимает эти инвентарные запасы в любом случае свободными от обеспечительного права (см. рекомендацию 79). Во-вторых, необеспеченные кредиторы, как правило, не рассчитывают на инвентарные запасы лица, предоставившего право, для целей удовлетворения их судебных решений, поскольку более вероятно, что лицо, предоставившее право, в состоянии произвести выплату по их требованиям, если оно может продолжать продавать свои инвентарные запасы в рамках обычной коммерческой деятельности.

9. Сохранение силы обеспечительного права в отношении третьих сторон после изменения местонахождения актива или лица, предоставляющего право

117. Возможность изменения местонахождения является характерной особенностью движимых активов. Люди и предприятия также мобильны и могут изменять свое местонахождение. Как разъясняется в главе X о коллизионном праве (см. пункты 73–78), норма права, применимая к приданию силы обеспечительным правам в отношении третьей стороны, определяется путем обозначения нынешнего местонахождения либо обремененных активов, либо лица, предоставляющего право, в зависимости от характера обремененных активов (см. рекомендации 203, 208 и 219–220). В основе использования нынешнего местонахождения (в отличие от местонахождения во время создания обеспечительного права) лежит предположение, что третьи стороны, которые имеют дело с обремененными активами или лицом, предоставляющим право, вряд ли смогут выяснить, находились ли ранее обремененные активы или лицо, предоставившее право, в другом государстве. Однако такой подход может создать серьезные риски для обеспеченных кредиторов. Сила в отношении третьих сторон прекращает действовать, как только меняется местонахождение активов или лица, предоставившего право (в зависимости от того, что является соответствующим связующим фактором для действующего законодательства), если только обеспечительному праву сила в отношении третьих сторон не была придана на основании законодательства государства нового местонахождения. Хотя обеспеченный кредитор может защитить себя, если он заранее знал об изменении местонахождения, в типичной ситуации дело обстоит иначе.

118. В этой ситуации некоторые государства, стремясь обеспечить баланс прав обеспеченных кредиторов и третьих сторон, предусматривают период временного автоматического действия силы в отношении третьих сторон после перемещения обремененных активов или лица, предоставившего право, в зависимости от того, что является соответствующим связующим фактором для соответствующего обеспечительного права. В соответствии с этим подходом обеспечительное право, которому сила в отно-

шении третьих сторон была придана согласно праву предыдущего местонахождения, по законодательству государства, в которое перемещаются активы или лицо, предоставившее право, считается автоматически сохраняющим силу в отношении третьих сторон в течение короткого льготного периода после перемещения. Если обеспечительному праву сила в отношении третьих сторон придается в соответствии с законодательством нового местонахождения до истечения этого периода, то оно сохраняет силу в отношении третьих сторон, которые приобретают права в обремененных активах после перемещения. Это имеет место даже в том случае, если конкурирующие права третьих сторон были приобретены до придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон согласно законодательству нового местонахождения при условии, что сила в отношении третьих сторон была придана до истечения льготного периода. Однако некоторые государства защищают покупателей в этой ситуации, исходя из того, что у покупателей не всегда могут быть возможности или средства для установления прежнего местонахождения приобретаемого актива или выяснения, не обременен ли он зарегистрированным обеспечительным правом в другом государстве. И наоборот, если сила в отношении третьих сторон согласно законодательству нового местонахождения не придана до истечения указанного льготного периода, обеспечительное право не имеет силы в отношении третьих сторон, которые приобрели права в течение льготного периода и впоследствии вплоть до момента придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон согласно законодательству страны нового местонахождения.

119. В *Руководстве* принят этот подход (см. рекомендацию 45) на том основании, что он обеспечивает разумный баланс учета прав обеспеченных кредиторов и прав третьих сторон, имеющих дело с активами или лицом, предоставившим право, после их перемещения. С одной стороны, обеспеченному кредитору предоставляется разумный период времени для принятия мер по защите своих прав. С другой стороны, установленный период времени позволяет третьей стороне, приобретающей права в обремененном активе после перемещения, принять эффективные защитные меры, такие как приостановление выдачи ссуды, или выплаты кредита или корректировка покупной цены до истечения короткого периода автоматического придания силы обеспечительному праву в отношении третьих сторон, поскольку третья сторона может рассчитывать на получение актива свободным от какого-либо иностранного обеспечительного права, если ему не была придана сила в отношении третьих сторон до истечения этого периода.

10. Сохранение силы и перерыв в действии обеспечительного права в отношении третьих сторон

120. Как уже упоминалось, в большинстве государств, которые для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон создали общие реестры обеспечительных прав, допускается также применение альтернативных методов придания таким правам силы в отношении третьих сторон (например, вступление кредитора во владение, контроль в отношении прав на выплату средств, зачисленных на банковский счет, регистрация в специальном реестре или внесение соответствующей отметки в сертификат правового титула). Иногда обеспеченный кредитор одновременно использует несколько методов для придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в конкретном виде обремененного актива. К тому же иногда обеспеченный кредитор может изменить метод придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон (например, вступивший во владение обеспеченный кредитор может позднее зарегистрировать уведомление об обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав). Многие государства, которые признают альтернативные методы придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон,

предусматривают, что сила обеспечительного права в отношении третьих сторон сохраняется независимо от изменения метода, с помощью которого она ему была придана, при условии, что такое право ни на какое время не утрачивает силу в отношении третьих сторон при применении по крайней мере одного метода.

121. Как отмечалось выше, основной довод в пользу требований, касающихся придания силы в отношении третьих сторон, заключается в том, чтобы дать потенциальным обеспеченным кредиторам и другим третьим сторонам возможность сравнительно легко определить, обременяет ли уже обеспечительное право активы, в которых они собираются приобрести права. Если допускаются различные методы придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, то это условие выполняется независимо от метода, который выбирает кредитор. Следовательно, если нет какого-либо периода, в течение которого обеспечительное право не имело силы в отношении третьих сторон, обеспеченный кредитор должен иметь возможность изменить метод придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон без прерывания действия силы своего обеспечительного права в отношении третьих сторон. Именно такой подход рекомендован в *Руководстве* (см. рекомендацию 46). Однако изменение метода может иметь последствия для установления приоритета. Так, например, если кредитор сначала регистрирует обеспечительное право в принадлежности в реестре недвижимого имущества, а затем регистрирует уведомление об этом в общем реестре обеспечительных прав и после этого аннулирует регистрацию в реестре недвижимого имущества, обеспечительное право сохраняет свою силу в отношении третьих сторон, однако утрачивает преференциальный приоритетный статус, полученный при регистрации в реестре недвижимого имущества. Такие последствия изменения метода придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон для приоритета обсуждаются в главе V о приоритете обеспечительного права (см. пункты 132–134).

122. И наоборот, существуют ситуации, когда действие обеспечительного права в отношении третьих сторон может прерываться. Рассмотрим ситуацию, когда условия, необходимые для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон на основании одного метода, более не соблюдаются и обеспеченный кредитор не успевает придать такому праву силу в отношении третьих сторон каким-либо иным допустимым методом до истечения срока действия первого метода. Например, регистрация может истечь или быть аннулирована, обеспеченный кредитор может уступить право владения обремененным активом или обстоятельства, приведшие к автоматическому распространению силы обеспечительного права на третьи стороны, изменились, а обеспеченный кредитор не принял мер для придания такому праву силы в отношении третьих сторон иным методом до истечения первоначального действия силы обеспечительного права в отношении третьих сторон.

123. Государства придерживаются различных подходов к восстановлению силы обеспечительного права в отношении третьих сторон после истечения ее действия. Некоторые государства считают, что перерыв в действии обеспечительного права в отношении третьих сторон является непоправимым для сохранения силы в отношении третьих сторон и что в случае восстановления такое право будет иметь силу в отношении третьих сторон только с момента восстановления. В данном случае идея состоит в том, чтобы избавить третьи стороны от необходимости выходить за рамки записи в реестре для выяснения того, действительно ли обеспечительное право ранее существовало. Другие государства предусматривают льготный период, в течение которого истекшая регистрация может быть восстановлена. В таких государствах в том случае, если сила обеспечительного права в отношении третьих сторон восстанавливается до истечения льготного периода, она считается непрерывавшейся, и за обеспеченным кредитором сохраняется первоначальный приоритет, за исключением приоритета перед конкурирующими заявителями требований, которые приобрели права в обремененных активах в течение

периода с момента истечения и до восстановления силы действия обеспечительного права. В данном случае идея состоит в том, чтобы дать обеспеченному кредитору, который по недосмотру допустил прекращение действия силы своего обеспечительного права в отношении третьих сторон, возможность исправить свою ошибку при условии, что от этого не пострадают интересы третьих сторон. В третьих же государствах восстановление действия силы в отношении третьих сторон в любой момент после истечения ее действия сохраняет непрерывность действия силы в отношении третьих сторон, опять же при условии соблюдения прав вступающих в дело конкурирующих заявителей требований.

124. Для того чтобы решить, какой из этих трех подходов выбрать, целесообразно проанализировать общие последствия, которые может повлечь за собой перерыв в действии силы обеспечительного права в отношении третьих сторон. В этом смысле наиболее показательны две ситуации. Первая ситуация – это когда третья сторона (например, покупатель, управляющий в деле о несостоятельности или кредитор по судебному решению) приобретает права в обремененных активах после прекращения действия силы обеспечительного права в отношении третьих сторон и до того, как оно будет восстановлено. Поскольку обеспечительное право в отношении третьих сторон не имело силы в тот момент, когда такая третья сторона приобрела свои права, покупатель принимает обремененные активы свободными от обеспечительного права, в то время как право управляющего в деле о несостоятельности и кредитора по судебному решению будет иметь преимущественную силу по сравнению с обеспечительным правом. Такой результат будет получен при применении всех рассмотренных выше подходов.

125. Вторым поводом для беспокойства является ситуация, когда обеспечительное право до перерыва в его действии имело приоритет перед конкурирующим обеспечительным правом. Как правило, приоритет среди конкурирующих обеспечительных прав устанавливается на основе очередности регистрации или придания силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 76). Согласно первому подходу, если действие силы в отношении третьих сторон прерывается, приоритет устанавливается только с того момента, когда оно будет восстановлено. Прервавшееся обеспечительное право будет считаться второстепенным по отношению к конкурирующему обеспечительному праву, которое зарегистрировано или приобрело силу в отношении третьих сторон до или во время перерыва в действии такого права. Согласно второму и третьему подходам, поскольку восстановление силы в отношении третьих сторон, как считается, происходит с момента первоначального придания силы в отношении третьих сторон, обеспечительное право вновь приобретает существовавший до перерыва приоритет перед конкурирующими обеспечительными правами, но (как отмечалось в предыдущем пункте) не перед обеспечительными правами, которые не приобрели силу в отношении третьих сторон в течение периода между истечением и восстановлением действия силы.

126. В предыдущем пункте регистрация права рассматривается отдельно от придания ему силы в отношении третьих сторон. Это связано с тем, что регистрация в отличие от других способов придания силы в отношении третьих сторон может предшествовать созданию обеспечительного права. Даже если требования в отношении создания могут еще быть не выполнены, приоритет обеспечительного права по отношению к конкурирующим обеспечительным правам отсчитывается с момента регистрации, а не с момента его последующего создания. Это значит, что важным моментом является время истечения действия регистрации, а не время создания обеспечительного права.

127. В пользу всех трех подходов существуют веские принципиальные доводы. Однако второй и третий подходы могут осложнить оценку приоритета в ситуациях, когда держатель обеспечительного права, действие силы которого в отношении третьих сторон прервалось, затем вновь восстанавливает свой приоритет по отношению к

конкурирующему обеспеченному кредитору, существовавшему до перерыва, путем восстановления силы в отношении третьих сторон, а во время перерыва в действии силы появился третий конкурирующий обеспеченный кредитор. Здесь в споре по поводу приоритета может возникнуть замкнутый круг. Так, например, хотя обеспечительное право, действие силы которого в отношении третьих сторон прервалось, обладает приоритетом перед обеспечительным правом, существовавшим до перерыва, оно считается второстепенным по отношению к третьему появившемуся обеспечительному праву, которое, в свою очередь, обладает приоритетом перед прервавшимся обеспечительным правом. Единственная разница между вторым и третьим подходами заключается в том, что второй подход направлен на снижение вероятности возникновения такого осложнения путем ограничения периода времени для восстановления силы в отношении третьих сторон. Кроме того, принятие любого из этих двух подходов требует такой формулировки записи в реестре, которая даст возможность восстановить или сослаться на первоначальную регистрационную запись в целях обеспечения транспарентности. Для того чтобы избежать этих осложнений и обеспечить четкую и эффективную регистрацию и режим приоритетов, в *Руководстве* рекомендуется первый подход. Если регистрация истекает или действие обеспечительного права прерывается из-за того, что условия обеспечения силы в отношении третьих сторон согласно одному методу перестают соблюдаться до его замены другим методом, в обоих случаях регистрация может быть возобновлена или сила в отношении третьих сторон может быть восстановлена только с этого момента (см. рекомендацию 47).

B. Замечания, касающиеся конкретных активов

1. Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в личном или имущественном праве, которое служит обеспечением платежа по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или любому другому нематериальному активу

128. Весьма часто обязательства по дебиторской задолженности, оборотным документам и другим нематериальным активам обеспечиваются личной гарантией или обеспечительным правом. Например, лицо, предоставляющее право и занимающееся продажей активов в кредит, может иметь обеспечительное право в проданных активах для обеспечения платежных обязательств покупателей. В тех случаях, когда лицо, предоставляющее право, само выступает в качестве заимодателя, платежные обязательства его клиентов могут быть подкреплены дополнительным обеспечением, например личной гарантией третьей стороны.

129. В большинстве государств дополнительные личные или имущественные обеспечительные права автоматически сопровождают обязательство, выплату под которое они обеспечивают. То есть в том случае, если кредитор по дебиторской задолженности или держатель оборотного инструмента, подкрепленного обеспечительным правом или личной гарантией, передает дебиторскую задолженность или оборотный инструмент третьей стороне, то получатель также сможет пользоваться этими дополнительными правами в дополнение к праву на погашение обязательства, которое они обеспечивают. Это вытекает из общих принципов норм права, регулирующих обязательства в большинстве государств, и именно этот подход рекомендован в *Руководстве* (см. рекомендацию 25).

130. Тот принцип, что дополнительные обеспечительные права и личные гарантии автоматически сопровождают дебиторскую задолженность, оборотный инструмент или другое основное обязательство, применим, как правило, и к обеспечительным правам,

предоставляемым в дебиторской задолженности или оборотном инструменте. Иными словами, обеспеченный кредитор, который получает обеспечительное право в платежном обязательстве, автоматически может пользоваться – в отношении лица, предоставившего право, – любыми дополнительными правами, удерживаемыми этим лицом в отношении третьих сторон, как только создается обеспечительное право в платежном обязательстве. Однако здесь возникает вопрос, должна ли сила в отношении третьих сторон – в том случае, когда обеспечительному праву в дебиторской задолженности или оборотном инструменте придана сила в отношении третьих сторон, – автоматически распространяться на дополнительные права без необходимости принятия лицом, предоставившим право, или обеспеченным кредитором каких-либо дальнейших мер. Большинство государств придерживается такого подхода, исходя из того, что это не наносит ущерба третьим сторонам, поскольку они, как считается, понимают, что дополнительные права являются неотъемлемой частью основного обремененного актива. Поэтому данный подход рекомендуется и в *Руководстве* (см. рекомендацию 48).

131. Право обеспеченного кредитора на принудительную реализацию дополнительного обеспечительного права в отношении третьих сторон зависит также от того, имеет ли дополнительное обеспечительное право силу в отношении третьих сторон и может ли оно быть реализовано в данный момент лицом, предоставившим право. Например, если лицо, предоставившее право, не предприняло необходимых шагов для придания обеспечительному праву в материальных активах, которое обеспечивает платежное обязательство, силы в отношении третьих сторон, то обеспеченный кредитор, который приобретает обеспечительное право в этом обязательстве, будет соответственно получать ограниченное право в том, что касается дополнительного обеспечительного права.

а) Независимые обязательства

132. Однако возникают дополнительные принципиальные соображения, когда личное или имущественное право, обеспечивающее основное обязательство, является независимым обязательством, и государства в этом случае придерживаются различных подходов.

133. В некоторых государствах такие права следуют за обеспечиваемым ими платежным обязательством только в том случае, если они могут быть переданы и если такая передача осуществляется в рамках отдельного юридического акта. В основе данного подхода лежит идея о том, что, хотя стороны должны быть изначально настроены на то, что дополнительные права будут автоматически передаваться вместе с обеспечиваемыми ими обязательствами, сам факт независимости независимого обязательства говорит о том, что стороны имели иные намерения. В других государствах даже независимые обеспечительные и другие права автоматически следуют за обязательством, которое они обеспечивают, при этом никаких дополнительных действий предпринимать не требуется. Такой подход основан на том соображении, что обеспеченный кредитор, как правило, будет просить предоставляющее право лицу передать ему все права, обеспечивающие дебиторскую задолженность лица, предоставляющего право, и что упрощение достижения этой цели позволит сэкономить время и снизить расходы и, таким образом, положительно скажется на доступности и стоимости кредита.

134. Этот второй подход также предполагает, что защита прав третьих сторон, имеющих обязательства в связи с независимыми правами (например, в связи с независимым обязательством), может обеспечиваться с помощью отдельных правил. Например, в случае обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству сила такого права в отношении третьих сторон автоматически

распространяется на право на получение поступлений по независимому обязательству, но не распространяется на право получать средства (т. е. право просить или требовать от лица, имеющего обязательства, произвести выплату), которое является независимым правом (см. рекомендацию 25, подпункт *b)*). В результате лицо, имеющее независимое обязательство, защищено от необходимости производить платеж третьей стороне (обеспеченному кредитору) и, таким образом, ничто не мешает автоматически распространять на третьи стороны силу прав обеспеченного кредитора на любые права, о которых он может заявить в связи с независимым обязательством. Поэтому такой второй подход рекомендуется и в *Руководстве* (см. рекомендацию 48).

b) Дебиторская задолженность, обеспеченная обременением в недвижимом имуществе

135. В ситуациях, когда погашение дебиторской задолженности обеспечено обременением недвижимого имущества (т. е. залогом, ипотекой или другим эквивалентным обременением недвижимого имущества), возникают дополнительные принципиальные соображения. Как отмечалось выше (см. пункт 130), общее правило, существующее в большинстве государств и рекомендованное в *Руководстве*, заключается в том, что если обеспечительному праву придана сила в отношении третьих сторон, то сила в отношении третьих сторон автоматически распространяется на любые дополнительные обеспечительные права, обеспечивающие погашение основного обязательства, без необходимости принятия каких-либо дальнейших мер. Однако в некоторых государствах законодательство, касающееся недвижимого имущества, требует, чтобы в таких случаях лицу, предоставляющему обременение недвижимого имущества, направлялось уведомление об обеспечительном праве, с тем чтобы кредитор с обеспечением в дебиторской задолженности мог воспользоваться таким обременением. Если обеспеченный кредитор не может воспользоваться какими-либо более широкими правами по сравнению с правами цедента дебиторской задолженности, необходимость в таком ограничении ставится под сомнение, и *Руководство* не рекомендует делать его.

136. В других государствах обеспечительному праву в дебиторской задолженности, обеспеченной залогом или другим обременением недвижимого имущества, сила в отношении третьих сторон может быть придана лишь путем регистрации в земельном кадастре. В основе этого подхода лежит то соображение, что третьи стороны, заинтересованные в обременении недвижимого имущества, обычно рассчитывают найти какие-либо конкурирующие обременения, зарегистрированные в земельном кадастре, а не в общем реестре обеспечительных прав для движимого имущества (в частности, поскольку это довольно необычный случай, и во многих государствах юридически невозможно уступить дебиторскую задолженность, обеспеченную недвижимым имуществом, отдельно от такого обременения). В третьих же государствах обеспечительному праву в дебиторской задолженности может быть придана сила в отношении третьих сторон в рамках режима, регулирующего обеспечение и применяемого к движимым активам, однако это обеспечительное право обладает более низким приоритетом по сравнению с правом обеспеченного кредитора, который произвел регистрацию в реестре недвижимого имущества. Хотя *Руководство* рекомендует автоматически распространять силу обеспечительного права в дебиторской задолженности в отношении третьих сторон на обременение недвижимого имущества, обеспечивающее ее погашение (см. рекомендацию 48), оно также признает, что общие принципы права, регулирующего недвижимое имущество, могут заставить государства следовать этим другим подходам.

137. Как уже отмечалось, в некоторых государствах обеспеченный кредитор может передать обременение недвижимого имущества отдельно от основного обязательства,

которое это обременение обеспечивает. Государства, которые допускают создание таких видов независимого обременения недвижимого имущества, делают это главным образом для того, чтобы облегчить процесс передачи такого обременения. Зачастую специальные финансовые процедуры, связанные с таким независимым обременением, четко прописаны в земельном законодательстве государства; иногда дело обстоит иначе, и они являются результатом признанной в судебном порядке договорной практики. В любом случае принципиальные соображения, касающиеся возможности создания такого независимого обременения и последствия таких методов обеспечения, тесно связаны с земельным законодательством государства. Поэтому в *Руководстве* рекомендуется, чтобы действие прав, обеспечивающих выплату по дебиторской задолженности или оборотному документу, автоматически не распространялось на третьи стороны, когда такое право рассматривается в качестве независимого обременения недвижимого имущества (см. рекомендацию 48).

2. Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

138. Средства, зачисленные на банковский счет, все шире используются в качестве актива, который лица, предоставляющие права, могут предлагать в обеспечение кредита. Активом, в отношении которого предоставляется обеспечительное право, фактически является не столько сам банковский счет, сколько право лица, предоставившего право, требовать выполнение обязательства банка по выплате стоимости средств, зачисленных на банковский счет лица, предоставившего право (см. главу II о создании обеспечительного права, пункт 123).

139. Вопрос о требованиях, необходимых для придания обеспечительному праву в данном виде активов силы в отношении третьих сторон, по-разному решается в разных государствах. В большинстве государств, в которых отсутствуют общие реестры обеспечительных прав, применяются общие правила придания обеспечительным правам в дебиторской задолженности силы в отношении третьих сторон. Иногда они предусматривают регистрацию уведомления в специальном реестре для регистрации уступки или создания обеспечительного права в дебиторской задолженности, хотя в некоторых случаях требуется также, чтобы обеспеченный кредитор направил письменное уведомление владельцу банковского счета о наличии обеспечительного права.

140. Среди государств, в которых существуют общие реестры обеспечительных прав, некоторые квалифицируют право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, точно так же, как и любую другую дебиторскую задолженность. Как отмечалось выше, в этих государствах регистрация обычно является единственным имеющимся на практике методом придания обеспечительному праву в дебиторской задолженности силы в отношении третьих сторон. Поэтому в этих государствах сила обеспечительному праву в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет лица, предоставившего право, может быть придана лишь путем регистрации в общем реестре обеспечительных прав.

141. Другие государства, у которых имеются общие реестры обеспечительных прав, разработали специальный свод правил для придания силы в отношении третьих сторон, основанных на том, что обеспеченный кредитор получает “контроль” в отношении права на выплату средств, зачисленных на банковский счет. Если обеспеченным кредитором выступает депозитарный банк, то право контроля и сила в отношении третьих сторон возникают автоматически. Другие обеспеченные кредиторы могут получить право контроля одним из двух способов. При первом способе обеспеченный кредитор занимает место лица, предоставившего право, в качестве клиента банка по счету. Хотя

такое решение функционально эквивалентно традиционному посессорному залогу, оно не может быть применено в отношении лица, предоставившего право, которому необходимо иметь свободный доступ к своим счетам для осуществления своей обычной коммерческой деятельности. Поэтому на практике в основном используется другой метод, известный как “соглашение о контроле”. В этом случае контроль устанавливается на основе соглашения между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором и банком. Как и в случае автоматического перехода контроля депозитарному банку, соглашение о контроле не приводит к замораживанию средств, если это не предусматривается в соглашении о контроле. Как правило, в соглашении о контроле предусматривается, что доступ лица, предоставившего право, к средствам блокируется только в случае неисполнения этим лицом обязательств перед обеспеченным кредитором и после представления обеспеченным кредитором инструкций депозитному банку в отношении блокирования такого доступа. Тем не менее сила в отношении третьих сторон может быть обеспечена в таких обстоятельствах даже в том случае, если за лицом, предоставляющим право, будет сохранено право снимать средства со счета до тех пор, пока банк не получит иных распоряжений от обеспеченного кредитора.

142. При обоих общих подходах (регистрация и контроль), принятых государствами, в которых существуют общие реестры обеспечительных прав, получатель средств, переведенных с банковского счета по распоряжению предоставляющего право лица, принимает их свободными от обеспечительного права. Однако эти два подхода имеют совершенно различные последствия в плане приоритета. При первом подходе приоритет, как правило, определяется порядком регистрации обеспечительного права. В тех случаях, когда депозитарный банк также выступает в качестве обеспеченного кредитора, он не пользуется никаким особым приоритетным статусом (хотя, согласно иным правовым нормам, он обычно имеет право зачитывать собственные требования к лицу, предоставившему право, за счет требований других, опережающих его по очередности обеспеченных кредиторов, т. е. фактически имеет приоритет). При втором подходе депозитарный банк, автоматически получивший право контроля, имеет приоритет перед всеми остальными обеспеченными кредиторами за исключением кредитора, который получает контроль, заняв место лица, предоставившего право, в качестве клиента банка по счету.

143. Первый подход имеет то преимущество, что он является ясным и простым, в то время как второй подход требует разработки достаточно сложного комплекса специальных правил создания, придания силы в отношении третьих сторон и приоритета. Первый подход обеспечивает транспарентность благодаря публичной регистрации, в то время как согласно второму подходу депозитарный банк не обязан раскрывать информацию о том, что он приобрел обеспечительное право в свою пользу или заключил соглашение о контроле с другим обеспеченным кредитором. Первый подход не дает никаких привилегий депозитарному банку в тех случаях, когда он осуществляет свои права в качестве обеспеченного кредитора, в то время как при втором подходе депозитарный банк, как правило, имеет приоритет по отношению к другим обеспеченным кредиторам. Кроме того, при первом подходе лицо, предоставляющее право, может создать обеспечительное право в пользу другого кредитора, а при втором подходе депозитарный банк не обязан заключать соглашение о контроле даже по указанию лица, предоставившего право. И наконец, публичная регистрация согласно первому подходу может оказаться более эффективной с точки зрения расходов и затраченного времени, чем трехсторонние переговоры, необходимые для обсуждения и заключения соглашения о контроле в соответствии со вторым подходом.

144. Однако в некоторых отношениях второй подход в большей мере учитывает банковскую практику. Автоматический переход права контроля к депозитарному банку соответствует ситуации, регулируемой правовыми нормами о зачете требований,

согласно которым депозитарный банк вправе распоряжаться средствами, зачисленными на счет его клиента и, следовательно, причитающимися лицу, предоставившему право, для покрытия любых сумм, которые клиент задолжал банку в результате выплаты ему кредита. Однако обычно банк утрачивает право на зачет требований в отношении будущих займов с того момента, как им будет получено уведомление о создании обеспечительного права (или его прямой уступке) в пользу третьей стороны. Это может создавать трудности для депозитарных банков и их коммерческих клиентов, которым зачастую необходимо иметь возможность оперативно совершать финансовые операции с использованием своих банковских счетов. Необходимость проверять, что банк не получал уведомлений о прямой уступке или создании обеспечительного права в пользу третьей стороны, перед исполнением поручения клиента может отрицательно сказаться на оперативности таких операций. Кроме того, неопределенность относительно точного времени получения уведомлений и выплаты банком кредита может привести к спорам между третьей стороной, выступающей в качестве обеспеченного кредитора или цессионария, и банком. Применение принципов автоматического контроля вместе с предоставлением приоритета депозитарному банку позволяет устранить данный источник риска и неопределенности.

145. Второй подход к вопросу контроля также, как представляется, не влечет никаких обоснованных негативных последствий для лица, предоставляющего право. Во-первых, обеспечительное право в пользу депозитарного банка может быть создано только с согласия предоставляющего право лица. Если такой банк не является источником финансирования, то лицо, предоставляющее право, скорее всего своего согласия не даст. Кроме того, в тех случаях, когда необходимо обеспечить, чтобы наиболее высокий приоритет был предоставлен другому обеспеченному кредитору, правила, определяющие порядок приоритетности при переходе права контроля, можно изменить, заключив соглашение о субординации. В свете существующей в банковском секторе конкуренции банки не будут необоснованно возражать против установления субординации (или заключения соглашения о контроле), поскольку лицо, предоставляющее право, всегда может перевести свой счет в другое банковское учреждение.

146. Хотя концепция контроля не является, как и регистрация в общем реестре обеспечительных прав, транспарентным методом придания силы в отношении третьих сторон, такое отсутствие транспарентности, как правило, не ставит третьи стороны в гораздо более невыгодное положение по сравнению с тем, в котором они и так находятся. Как отмечалось выше, депозитарный банк в соответствии с иными правовыми нормами обычно имеет право зачитывать любые обязательства, которые перед ним несет лицо, предоставляющее право, в первоочередном порядке по сравнению с правами других кредиторов предоставившего право лица – как обеспеченных, так и необеспеченных. Поскольку зачет не является обеспечительным правом, он не подпадает под требование, касающееся публичной регистрации; кроме того, банк не обязан сообщать третьим сторонам об имеющемся у него праве на зачет. Таким образом, в государствах, в которых действует первый подход, кредиторы не могут полностью полагаться на информацию, содержащуюся в реестре, поскольку банк может всегда заявить о своем приоритете на основании своего права на зачет; интересы получателей средств, выплаченных со счета по поручению предоставившего право лица, также не страдают, поскольку, как отмечалось выше, при обоих подходах они, как правило, получают такие средства свободными от обеспечения.

147. Государства, которые приняли принцип контроля, обычно предусматривают, что это не единственно возможный метод придания силы в отношении третьих сторон в таких обстоятельствах. Однако здесь возникают ненужные ограничения в плане гибкости, поскольку соображения банковской практики, которые лежат в основе принятия принципа контроля, о чем говорилось выше, можно учесть, предоставив

обеспеченному кредитору, обладающему правом контроля, приоритет перед любым обеспеченным кредитором, регистрирующим свое право, независимо от того, в какой последовательности происходили установление контроля и регистрация. Хотя этот подход делает регистрацию менее эффективным способом придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, возможность произвести регистрацию все равно будет позволять придавать обеспечительному праву силу в отношении кредиторов предоставившего право лица по судебному решению и управляющего в деле о несостоятельности, поскольку особый приоритет обеспеченного кредитора, который приобрел контроль, действует только в отношении других обеспеченных кредиторов, а не в отношении всех конкурирующих заявителей требований.

148. Поскольку подход, который позволяет обеспеченному кредитору, в частности депозитарным банкам, придавать обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон путем установления контроля, в целом отвечает практическим нуждам банков и их коммерческих клиентов, в *Руководстве* помимо регистрации в общем реестре обеспечительных прав рекомендуется установление контроля как привилегированный метод придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет (см. рекомендацию 49).

3. Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

149. Как уже разъяснялось выше (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 126–127), во многих государствах обеспечительное право может быть создано в праве на получение поступлений по независимому обязательству, но не в праве на получение средств по независимому обязательству. Этот подход рекомендован в *Руководстве* (см. рекомендацию 27). В то же время другие государства не допускают создания обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству. Однако даже среди государств, которые придерживаются позиции, рекомендованной в *Руководстве*, особый характер обремененного актива (право на получение поступлений) вынуждает государства придерживаться различных принципов в том, что касается придания такому обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон.

150. В некоторых государствах для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон предусмотрено сразу несколько способов. Так, обеспеченный кредитор может зарегистрировать уведомление в общем реестре обеспечительных прав. И наоборот, в государствах, признающих принцип контроля, обеспеченный кредитор может приобрести контроль по соглашению или автоматически. Однако в некоторых случаях обеспеченный кредитор не может придать обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон путем вступления во владение, поскольку актив (право на получение поступлений по независимому обязательству) не является материальным активом (хотя поступления становятся материальным активом после выплаты).

151. В других государствах контроль является единственным допустимым методом придания обеспечительному праву в праве на поступления по независимому обязательству силы в отношении третьих сторон. Право контроля и, следовательно, сила в отношении третьих сторон возникают автоматически, когда обеспеченный кредитор является эмитентом или иным назначенным лицом. Если в качестве обеспеченного кредитора выступает третья сторона, то для приобретения контроля необходимо, чтобы эмитент или другое назначенное лицо подтвердили право такого обеспеченного кредитора на получение поступлений после надлежащего получения средств бенефициаром. При таком подходе обеспеченный кредитор может получить контроль и соответственно придать своему праву силу в отношении третьих сторон только в том случае, если

эмитент согласится выплатить такому обеспеченному кредитору должным образом полученные поступления. Требование согласия эмитента на выплату подкрепляется двумя принципиальными соображениями. Во-первых, согласие эмитента необходимо для того, чтобы избежать принуждения эмитента обязательства к вступлению в отношения с третьей стороной. Во-вторых, это позволяет эмитенту удостовериться, что требование о выплате было сделано надлежащим образом и что бенефициар признал за обеспеченным кредитором право на получение поступлений.

152. Как уже отмечалось (см. пункт 150, выше), сам характер права на получение поступлений по независимому обязательству делает невозможным придание обеспечительному праву в праве на получение поступлений силы в отношении третьих сторон путем вступления во владение инструментом, подтверждающим право на получение поступлений. Однако это не мешает обеспеченному кредитору фактически вступить в физическое владение этим инструментом (самим независимым обязательством). Хотя это и не приводит к приданию обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, владение инструментом позволяет защитить интересы обеспеченного кредитора на практическом уровне в тех случаях, когда по условиям независимого обязательства для получения средств требуется физическое представление эмитенту инструмента, подтверждающего наличие независимого обязательства. Поскольку в этом случае бенефициар не сможет получить средства без содействия обеспеченного кредитора, владеющий обязательством обеспеченный кредитор может обезопасить свои интересы, потребовав от бенефициара заручиться признанием эмитентом его прав. Такое признание позволит обеспеченному кредитору приобрести контроль в обмен на возврат инструмента.

153. Существенное влияние на порядок придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон в целом и в отношении эмитента и назначенного лица в частности оказывает особая практика, принятая в сфере аккредитивов и независимых гарантий. Эмитент должен быть защищен от потенциальной ответственности за осуществление платежа обеспеченному кредитору в тех случаях, когда представление не было сделано должным образом или когда по условиям соглашения об обеспечении обеспеченный кредитор лишился права требовать платежа после надлежащего получения средств. По этим причинам в *Руководстве* рекомендуется применять принцип контроля в качестве единственно возможного способа, посредством которого обеспеченный кредитор может придать силу в отношении третьих сторон обеспечительному праву в праве на получение поступлений по независимому обязательству (см. рекомендацию 50).

4. Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в оборотном документе или материальном активе, представленном оборотным документом

154. Основная специфика оборотного документа (например, коносамента) заключается в том, что он представляет материальные активы, на которые распространяется его действие. Выдача должным образом индоссированного документа позволяет его владельцу требовать вступления во владение этими активами. По этой причине в большинстве государств создание обеспечительного права в оборотном документе обычно рассматривается как создание обеспечительного права в материальных активах, представленных этим оборотным документом. Отсюда следует, что если обеспечительное право в оборотном документе имеет силу в отношении третьих сторон, то обеспечительное право в активах, представленных этим документом, также имеет силу в отношении третьих сторон в течение того времени, когда эти активы представлены данным документом (см. рекомендацию 52).

155. Материальный характер оборотного документа означает, что в тех государствах, где имеются общие реестры обеспечительных прав, обеспечительному праву в таком документе сила в отношении третьих сторон может придаваться либо посредством регистрации в общем реестре обеспечительных прав, либо посредством передачи обеспеченному кредитору права владения таким документом в течение того времени, когда эти активы представлены данным документом (см. рекомендацию 51).

156. Для содействия созданию обеспечительного права в активах, представленных оборотными документами, в *Руководство* включены рекомендации о том, что обеспечительному праву в таких активах может быть придана сила в отношении третьих сторон либо путем регистрации в общем реестре обеспечительных прав, либо путем передачи владения документом в период, когда активы представлены таким документом (см. рекомендации 51 и 52).

157. На практике обеспеченный кредитор может быть вынужден вернуть оборотный документ предоставившему право лицу, чтобы дать ему возможность распоряжаться активами в ходе его коммерческой деятельности. Как правило, это ведет к временному прекращению действия силы обеспечительного права в отношении третьих сторон, если только обеспеченный кредитор дополнительно не придал такую силу посредством регистрации. В некоторых государствах право обеспеченного кредитора автоматически продолжает действовать в отношении третьих сторон в течение непродолжительного периода времени (например, 15 или 20 дней) после того, как оборотный документ был возвращен лицу, предоставившему право, для целей продажи, обмена, погрузки или разгрузки или иных действий с активами, представленными этим оборотным документом. Такое автоматическое продление действия силы обеспечительного права в отношении третьих сторон не ограничено требованием о том, чтобы обеспеченный кредитор восстановил силу своего права в отношении третьих сторон до истечения такого периода. Поэтому обеспечительное право будет действовать в отношении прав третьих сторон, возникших в этот период времени (но не впоследствии), даже в том случае, если ему до истечения срока не будет иным способом придана сила в отношении третьих сторон. Такой подход отвечает краткосрочному характеру финансовых операций, которые обычно совершаются с активами, представленными оборотным документом, и которые, как правило, бывают связаны с финансированием в рамках международной купли-продажи товаров между производителем товаров или сырья из одного государства и оптовым покупателем из другого государства. При нормальных обстоятельствах платеж обеспеченному кредитору в таком виде сделок обычно производится еще до истечения такого срока, и он более не вступает во владение оборотным документом. Такой подход рекомендован в *Руководстве* (см. рекомендацию 53).

158. В то же время необходимо отметить, что в этих государствах для такого автоматического продления действия права в отношении третьих сторон необходимо заключить соглашение об обеспечении (т. е. между сторонами должно действовать обеспечительное право). Рассмотрим ситуацию, когда обеспечительное право в оборотном документе было создано по устной договоренности и посредством передачи права владения таким документом обеспеченному кредитору. Передача права владения – это не просто метод придания силы в отношении третьих сторон. Это основной элемент создания обеспечительного права на основе устной договоренности. Однако в тех случаях, когда обеспечительное право создается не путем передачи права владения, необходимо наличие какого-то письменного документа. Поэтому, если впоследствии обеспеченный кредитор должен будет временно отказаться от владения, сила в отношении третьих сторон будет автоматически сохранена лишь в том случае, если имеется достаточное письменное подтверждение того, что между сторонами продолжает действовать обеспечительное право (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 30–33, и рекомендацию 15).

C. Рекомендации 29–53

Цель

Цель положений, касающихся силы обеспечительного права в отношении третьих сторон, заключается в создании основы для предсказуемого, справедливого и эффективного определения приоритетов посредством:

a) установления требования о регистрации в качестве предварительного условия придания силы обеспечительному праву в отношении третьих сторон, кроме тех случаев, когда исключения и альтернативы регистрации оправданы иными превалирующими соображениями коммерческой политики; и

b) создания правовой основы для внедрения и поддержания простой, экономичной и эффективной публичной системы ведения реестров для регистрации уведомлений об обеспечительных правах.

1. Общие рекомендации

Придание силы в отношении третьих сторон

29. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право имеет силу в отношении третьих сторон только в том случае, если оно создано и если это было сделано с помощью одного из методов, упомянутых в рекомендациях 32, 34 или 35.

Сила обеспечительного права, не действующего в отношении третьих сторон, в отношении лица, предоставляющего право

30. В законодательстве следует предусмотреть, что созданное обеспечительное право имеет силу в отношении лица, предоставляющего право, даже в том случае, если оно не имеет силы в отношении третьих сторон.

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон, продолжающая действовать после передачи обремененного актива

31. В законодательстве следует предусмотреть, что после передачи права, иного, чем обеспечительное право в обремененных активах, обеспечительное право в этих обремененных активах, которое имело силу в отношении третьих сторон в момент передачи, продолжает обременять эти активы, за исключением случаев, предусмотренных в рекомендациях 79–81 (глава V о приоритете обеспечительного права), и сохраняет силу в отношении третьих сторон, если иное не предусмотрено в рекомендации 65.

Общий метод придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон: регистрация

32. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право имеет силу в отношении третьих сторон, если уведомление в отношении данного обеспечительного права зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав, о котором идет речь в рекомендациях 54–75 (глава IV о системе регистрации).

33. В законодательстве следует предусмотреть, что регистрация уведомления не создает обеспечительного права и не является необходимой для его создания.

Альтернативные методы придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон и исключения, касающиеся регистрации

34. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) обеспечительному праву может быть также придана сила в отношении третьих сторон посредством одного из следующих альтернативных методов:

i) в материальном имуществе – посредством владения обеспеченного кредитора, как это предусмотрено в рекомендации 37;

ii) в движимых активах, права в которых подлежат специальной регистрации или охватываются системой сертификатов правового титула, – посредством регистрации в специальном реестре или записи в сертификате правового титула, как это предусмотрено в рекомендации 38;

iii) в принадлежностях движимого имущества, права в которых подлежат специальной регистрации или охватываются системой сертификатов правового титула, – посредством регистрации в специальном реестре или записи в сертификате правового титула, как это предусмотрено в рекомендации 42; и

iv) в принадлежностях недвижимого имущества – посредством регистрации в реестре недвижимого имущества, как это предусмотрено в рекомендации 43;

v) в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, – посредством контроля, как это предусмотрено в рекомендации 49;

vi) в материальных активах, охватываемых оборотным документом, – посредством владения обеспеченным кредитором документом, как это предусмотрено в рекомендациях 51–53;

b) обеспечительное право автоматически приобретает силу в отношении третьих сторон:

i) в поступлениях, если обеспечительное право в первоначально обремененных активах имеет силу в отношении третьих сторон, как это предусмотрено в рекомендациях 39 и 40;

ii) в принадлежностях движимого актива, если обеспечительное право в активах имеет силу в отношении третьих сторон до того, как они стали принадлежностью, как это предусмотрено в рекомендации 41;

iii) в массе или продукте, если обеспечительное право в подвергнутых обработке или объединенных активах приобрело силу в отношении третьих сторон до того, как они стали частью массы или продукта, как это предусмотрено в рекомендации 44; и

iv) в движимых активах после изменения местонахождения этих активов или лица, предоставляющего право, на данное государство, как это предусмотрено в рекомендации 45; и

c) обеспечительное право в личном или имущественном праве, которое служит обеспечением платежа или иного исполнения обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или иным нематериальным активам, имеет силу в отношении третьих сторон, как это предусмотрено в рекомендации 48.

Метод придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в праве на получение поступлений по независимому обязательству

35. В законодательстве следует предусмотреть, что, за исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 48, обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству может приобретать силу в отношении третьих сторон только посредством контроля, как это предусмотрено в рекомендации 50.

Различные методы придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон применительно к различным видам активов

36. В законодательстве следует предусмотреть, что для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон могут использоваться различные методы для разных видов

обремененных активов, независимо от того, производилось ли их обременение на основании одного и того же соглашения об обеспечении или нет.

Сила обеспечительного права в материальных активах в отношении третьих сторон посредством владения

37. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в материальных активах может приобретать силу в отношении третьих сторон посредством регистрации, как это предусмотрено в рекомендации 32, или через владение обеспеченного кредитора.

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в движимых активах, подлежащих специальной регистрации или охватываемых системой сертификатов правового титула

38. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительному праву в движимых активах, которые подлежат регистрации в специальном реестре или записи в сертификате правового титула согласно иному законодательству, может быть придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации, как это предусмотрено в рекомендации 32, или посредством:

a) регистрации в специальном реестре; или

b) внесения соответствующей записи в сертификат правового титула.

Автоматическое придание силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в поступлениях

39. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в обремененных активах имеет силу в отношении третьих сторон, то обеспечительное право в любых поступлениях по данным обремененным активам (включая любые поступления по поступлениям) имеет силу в отношении третьих сторон автоматически с момента возникновения поступлений, при условии, что поступления указаны в общем виде в зарегистрированном уведомлении и что поступления представляют собой денежные средства, дебиторскую задолженность, оборотные инструменты или права на выплату средств, зачисленных на банковский счет.

40. В законодательстве следует предусмотреть, что если поступления не указаны в зарегистрированном уведомлении, как это предусмотрено в рекомендации 39, или если они не представляют собой денежные средства, дебиторскую задолженность, оборотные инструменты или права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, то обеспечительное право в поступлениях непрерывно имеет силу в отношении третьих сторон в течение [короткого срока, который будет указан] дней с момента возникновения поступлений. Если обеспечительное право в таких поступлениях имеет силу в отношении третьих сторон с использованием одного из методов, указанных в рекомендации 32 или 34, до истечения этого срока, то обеспечительное право в поступлениях имеет силу в отношении третьих сторон непрерывно после этого.

Автоматическое придание силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в принадлежностях

41. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в материальных активах имеет силу в отношении третьих сторон в момент, когда эти активы становятся принадлежностью, то обеспечительное право сохраняет после этого силу в отношении третьих сторон без каких-либо дополнительных действий.

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в принадлежностях, подлежащих специальной регистрации или охватываемых системой сертификатов правового титула

42. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительному праву в принадлежностях движимых активов, которое подлежит регистрации в специальном реестре или записи в сертификате правового титула согласно иному законодательству, может быть автоматически придана сила в отношении третьих сторон, как это предусмотрено в рекомендации 41 или посредством:

a) регистрации в специальном реестре; или

b) внесения соответствующей записи в сертификат правового титула.

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в принадлежностях недвижимого имущества

43. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительному праву в принадлежностях недвижимого имущества может автоматически придаваться сила в отношении третьих сторон, как это предусмотрено в рекомендации 41 или посредством регистрации в реестре недвижимости.

Автоматическое придание силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в массе или продукте

44. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в материальных активах имеет силу в отношении третьих сторон в тот момент, когда они становятся частью массы или продукта, то обеспечительное право, сохраняющееся в массе или продукте, как это предусмотрено в рекомендации 22 (глава IV о создании обеспечительного права), имеет силу в отношении третьих сторон без каких-либо дополнительных действий.

Сохранение силы обеспечительного права в отношении третьих сторон при изменении местонахождения на данное государство

45. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в обремененных активах имеет силу в отношении третьих сторон в соответствии с законодательством государства, в котором находятся обремененные активы или лицо, предоставляющее право (в зависимости от того, что определено применимым правом согласно коллизионным нормам), и это местонахождение меняется на данное государство, то обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон в соответствии с законодательством данного государства в течение [краткого срока, который будет указан] дней после этого изменения. Если требования законодательства данного государства, касающиеся придания силы обеспечительному праву в отношении третьих сторон, выполняются до истечения указанного срока, то обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон согласно законодательству данного государства. Для целей соблюдения любого правила данного государства, в котором время регистрации или другой метод придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон влияют на определение приоритета, таким временем является момент, когда обеспечительное право было зарегистрировано или ему была придана сила в отношении третьих сторон согласно законодательству государства, в котором находились обремененные активы или лицо, предоставляющее право, до того, как их местонахождение изменилось на данное государство.

Сохранение силы обеспечительного права в отношении третьих сторон при изменении метода придания силы в отношении третьих сторон

46. В законодательстве следует предусмотреть, что сила обеспечительного права в отношении третьих сторон сохраняется независимо от изменения метода, с помощью которого ему была придана сила в отношении третьих сторон, при условии, что это обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон без перерывов.

Утрата силы в отношении третьих сторон или истечение срока предварительной регистрации

47. В законодательстве следует предусмотреть, что, если обеспечительное право имело силу в отношении третьих сторон, а затем в течение определенного срока утратило эту силу, такая сила может быть восстановлена. В этом случае сила обеспечительного права в отношении третьих сторон начинает действовать с момента ее восстановления. Аналогичным образом, если срок действия регистрации, произведенной до создания обеспечительного права, как это предусмотрено в рекомендации 67, истекает, как это предусмотрено в рекомендации 69 (глава IV о системе регистрации), он может быть восстановлен. В этом случае регистрация вступает в силу с момента регистрации нового уведомления в отношении этого обеспечительного права.

2. Рекомендации, касающиеся конкретных активов

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в личном или имущественном праве, которое служит обеспечением платежа по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или любому другому нематериальному активу

48. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в дебиторской задолженности, оборотном документе или любых иных нематериальных активах, охваченных этим законодательством, имеет силу в отношении третьих сторон, то без каких-либо дополнительных действий со стороны лица, предоставляющего право, или обеспеченного кредитора такая сила в отношении третьих сторон распространяется на любое личное или имущественное право, обеспечивающее платеж или иное исполнение обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или любым иным нематериальным активам. Если личное или имущественное право представляет собой независимое обязательство, то его сила в отношении третьих сторон автоматически распространяется на право на получение поступлений по независимому обязательству (однако, как это предусмотрено в подпункте *b)* рекомендации 25 в главе II о создании обеспечительного права, обеспечительное право не распространяется на право на выплату средств по этому независимому обязательству). Настоящая рекомендация не затрагивает право в недвижимом имуществе, которое согласно иному законодательству может передаваться отдельно от дебиторской задолженности, оборотного инструмента или иных нематериальных активов, которые оно может обеспечивать.

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

49. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, может также иметь силу в отношении третьих сторон посредством регистрации, как это предусмотрено в рекомендации 32, или посредством получения обеспеченным кредитором контроля в отношении права на выплату средств, зачисленных на банковский счет.

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

50. В законодательстве следует предусмотреть, что, за исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 48, обеспечительному праву в праве на получение поступлений по независимому обязательству может быть придана сила в отношении третьих сторон только посредством получения обеспеченным кредитором контроля в отношении права на получение поступлений по независимому обязательству.

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в оборотном документе или материальном активе, представленном оборотным документом

51. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительному праву в оборотном документе может быть придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации, как это предусмотрено в рекомендации 32, или посредством вступления обеспеченного кредитора во владение этим документом.

52. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в оборотном документе имеет силу в отношении третьих сторон, то соответствующее обеспечительное право в активе, представленном этим документом, также имеет силу в отношении третьих сторон. До тех пор пока оборотный документ представляет активы, обеспечительному праву в активах может быть придана сила в отношении третьих сторон посредством вступления обеспеченного кредитора во владение этим документом.

53. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в оборотном документе, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством вступления обеспеченного кредитора во владение этим документом, сохраняет силу в отношении третьих сторон в течение [короткого срока, который будет указан] дней после того, как оборотный документ был возвращен лицу, предоставляющему право, или иному лицу для целей окончательной продажи или обмена, погрузки или разгрузки или иных действий с активами, представленными этим оборотным документом.

IV. Система регистрации

A. Общие замечания

1. Введение

1. Ключевой задачей современного режима обеспеченных сделок является содействие повышению предсказуемости и прозрачности обеспечительных прав в движимых активах. Нет ничего более важного для решения этой задачи, чем создание общей системы регистрации, основанной на уведомлении (см. подпункт *f)* рекомендации 1). В этой связи целая глава *Руководства* посвящена оптимальной структуре, организации и функциональным подробностям такой системы регистрации. Исторически сложилось так, что основным механизмом создания обеспечительных прав в движимых активах было фактическое владение. Однако со временем государства разработали другие механизмы создания и регистрации таких прав. Одни государства выбрали частные каналы для регистрации, например через нотариальную контору, а другие разработали публичные системы регистрации применительно к конкретным активам. Ввиду увеличения числа сделок, связанных с размежеванием права собственности и владения движимыми активами (например, лизинг, аренда и продажа с оговоркой о сохранении права собственности), расширения деятельности предприятий и практики создания и использования ими нематериальных активов, государства столкнулись с необходимостью разработать другие механизмы регистрации для придания гласности обеспечительным правам в движимых активах.

2. Структура и функциональные особенности системы регистрации во многом зависят от целей, достижение которых призвана обеспечить эта система регистрации. Государства не пришли к единому мнению относительно таких целей. Так, например, одни государства стремятся регистрировать правовой титул на такие категории движимых активов, которые обладают достаточной долговечностью и имеют достаточную стоимость для обеспечения сохранности средств, вложенных в создание и ведение реестра. Другие государства создают реестры более ограниченной сферы применения и для более ограниченного круга целей, причем в этом случае правовой титул создается на основании факта, не подлежащего публичной регистрации.

3. Рекомендуемый в *Руководстве* общий реестр обеспечительных прав представляет собой реестр, предназначенный главным образом для регистрации существующих или потенциальных обеспечительных прав в движимых активах. Как таковой он преследует три основные цели. Во-первых, регистрация служит для обеспеченных кредиторов общим методом придания силы обеспечительным правам во всех видах движимых активов в отношении третьих сторон, за исключением права на получение поступлений в рамках независимого обязательства. Во-вторых, с помощью регистрации третьи стороны могут пользоваться объективным источником информации о том, могут ли активы, которыми владеет лицо, предоставляющее право, подпадать под действие обеспечительного права. В-третьих, регистрация способствует эффективному и справедливому порядку установления приоритетности на основании подлежащей объективной проверке ссылки на определенное время для применения правил определения приоритета исходя из момента регистрации.

4. Хотя регистрация уведомления в общем реестре обеспечительных прав является основным методом, рекомендованным в *Руководстве* для придания силы обеспечительному праву в отношении третьих сторон, сама регистрация не придает обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон и не является необходимым условием создания обеспечительного права (см. рекомендации 13, 14 и 33). Как было разъяснено в главе III, посвященной вопросу о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон (см. пункты 35–36), обеспечительное право приобретает силу в отношении третьих сторон только в том случае, если имеют место и регистрация, и принятие мер, требуемых для создания обеспечительного права. Однако следует отметить, что в соответствии с рекомендациями, изложенными в данной главе, регистрация уведомления в общем реестре обеспечительных прав может производиться до заключения соглашения об обеспечении или создания обеспечительного права (см. рекомендацию 67).

5. Регистрация не является той мерой, под которой понимается “конструктивное уведомление” об обеспечительном праве, о котором говорится в таком уведомлении. Концепция конструктивного уведомления применима только в отношении режима приоритета, который позволяет третьей стороне, фактически не осведомленной о наличии обеспечительного права, приобретать активы без обременения этим обеспечительным правом. Вместе с тем, исходя из рассматриваемых в главе V *Руководства* правил приоритета на основе регистрации, фактическая осведомленность конкурирующего заявителя требования о наличии существовавшего ранее обеспечительного права не имеет значения для определения приоритета (см. рекомендацию 93).

6. Конкретные особенности современного общего реестра обеспечительных прав рассматриваются в различных разделах данной главы. В разделе A.2 приводится ряд соображений относительно структуры и функционирования такого реестра. В разделах A.3 и A.4 рассматриваются вопросы, касающиеся защиты, целостности и достоверности записей в реестре. В разделе A.5 рассматриваются вопросы, связанные с требованиями в отношении содержания уведомлений, которые могут заноситься в реестр. В разделах A.6–A.9 приводится ряд подробных сведений, касающихся предварительной регистрации, момента вступления в силу, разрешения на регистрацию, изменения и отмены регистрации. В разделе A.10 кратко рассматриваются специальные реестры. Глава IV завершается разделом B, в котором изложен ряд конкретных рекомендаций относительно структуры и функционирования общего реестра обеспечительных прав, призванного обеспечить простоту, эффективность и доступность процессов регистрации и поиска информации. Вопрос о том, в каком государстве следует регистрировать сделки, имеющие трансграничный элемент, освещается в главе X, посвященной коллизионному праву.

2. Принципы функционирования реестра

a) Общие соображения

7. В большинстве государств не существует всеобъемлющего централизованного реестра обеспечительных прав во всех видах движимых активов. Поэтому создание общей системы регистрации обеспечительных прав в движимых активах может существенным образом изменить положение. В одних государствах ведутся реестры, в которых регистрируются правовой титул на конкретные активы, например на морские и воздушные суда или автотранспортные средства, а также связанные с ними обременения. В других государствах ведутся несколько реестров в разбивке по категориям активов, категориям лиц, предоставляющих право, и категориям кредиторов. Во многих государствах требуется регистрация конкретных документов, создающих обеспечительное право, или их представление совместно с ходатайством о регистрации.

8. Рекомендованный в *Руководстве* общий реестр обеспечительных прав сильно отличается от только что упомянутых примеров существующих реестров. Во-первых, он представляет собой единый централизованный реестр, предназначенный для регистрации всех обеспечительных прав во всех видах движимых активов. Во-вторых, регистрация осуществляется посредством представления простого уведомления, содержащего только основные сведения о соглашении об обеспечении; стороне, ходатайствующей о регистрации, не нужно представлять подтверждающую обеспечение документацию или иным образом представлять доказательства его существования. Таким образом, такой вид реестра призван устранить недостатки, дополнительные расходы и задержки, связанные с многообразием используемых подходов и одновременным существованием многих видов реестров.

b) Государственная система образования и профессиональной подготовки кадров

9. Новизна общего реестра обеспечительных прав для многих государств предполагает, что государства должны принять меры к обеспечению того, чтобы предприниматели и юристы были профессионально подготовлены к внедрению реестра и выполняющей важные функции системе регистрации задолго до вступления в силу соответствующего законодательства. В равной степени важно обеспечить обстоятельное консультирование потенциальных клиентов реестра по практическим вопросам материально-технического обеспечения процессов регистрации и поиска информации, например, посредством распространения руководств и учебных пособий (в оптимальном варианте как в печатном, так и электронном формате), а также лично адресованной информации и организации учебных курсов. Несмотря на то, что организацией государственного учебного процесса и изданием инструкций руководит, как правило, соответствующий правительственный орган, определенную пользу могут принести также специальные знания и опыт юристов и предпринимателей. Эти инициативы не должны носить чересчур обременительный характер ввиду наличия моделей реализации и опубликованных материалов в государствах, в которых аналогичные реформы уже проведены.

c) Концепция регистрации уведомления

10. Как уже отмечалось (см. пункты 7–8, выше), со временем государства разработали различные виды системы регистрации применительно к движимым активам. К одному из наиболее распространенных видов системы регистрации можно отнести систему регистрации правового титула. Этот тип системы регистрации предусматривает регистрацию правового титула, а иногда и имеющихся обременений и других сделок, затрагивающих правовой титул на конкретные движимые активы, например на морские суда. Реестр правовых титулов функционирует в качестве источника достоверной информации о текущем состоянии правового титула на конкретные активы. В целях защиты целостности регистрации правового титула лицо, ходатайствующее о регистрации, как правило, обязано представить документы о фактической передаче правового титула или об обеспечении, либо нотариально заверенные или просто заверенные резюме этих документов для проверки лицом, производящим регистрацию.

11. В ряде государств была создана так называемая система регистрации документов о наличии обеспечительных прав, которая не регистрирует правовой титул на движимые активы, а служит средством засвидетельствования наличия конкретных обеспечительных механизмов. Нередко в государствах ведется несколько реестров такого типа в разбивке по активам, лицам, предоставляющим право, кредиторам или применяемым обеспечительным механизмам. Однако иногда в государствах ведутся сводные

документарные реестры обеспечительных прав. Независимо от того, ведутся ли несколько реестров или единый реестр, документация о фактическом обеспечении представляется для проверки лицу, производящему регистрацию, которое впоследствии выдает регистрационный сертификат, являющийся по крайней мере презюмируемым (а то и окончательным) подтверждением наличия обеспечительного права.

12. В отличие от таких систем в *Руководстве* рекомендуется использовать общий реестр обеспечительных прав, основанный на концепции регистрации уведомлений. Система регистрации уведомлений не требует регистрировать подтверждающую обеспечение документацию или даже представлять ее для проверки лицу, производящему регистрацию. Вместо этого регистрация осуществляется путем простого уведомления, в котором содержатся только основные сведения об указанном в нем обеспечительном праве: *a)* идентификационные данные о сторонах, *b)* описание обремененных активов; и *c)* в зависимости от действующей в каждом государстве практики, максимальная сумма, из расчета которой предоставляется обеспечительное право, и запрашиваемый срок действия регистрации (см. рекомендацию 57).

13. Система регистрации уведомлений имеет множество преимуществ. Она существенно упрощает процесс регистрации и сводит к минимуму соблюдение административных и архивных формальностей в рамках системы регистрации. Кроме того, лица, ходатайствующие о регистрации, освобождаются от ненужных задержек и расходов, связанных с представлением подтверждающей обеспечение документации. В то же время при ведении такого реестра отпадает необходимость выделения помещений для хранения такой документации и найма работников для ее проверки. При этом существенно уменьшается риск возможной ошибки и последующей ответственности реестра. Кроме того, принимая во внимание тот факт, что уведомление должно содержать только основные сведения, намного проще создать электронную систему регистрации таких данных, чем использовать требующую больших затрат времени и средств бумажную систему регистрации уведомлений. Наконец, система регистрации уведомлений, а не подтверждающих обеспечение документов, является достаточной с точки зрения правовых последствий регистрации, т. е. с точки зрения придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, а не его создания (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 2–7, и главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 6–8).

14. Реестры, основанные на концепции регистрации уведомлений, существуют во многих государствах, число которых постоянно растет, и пользуются весомой международной поддержкой (см. Типовой закон об операциях с обеспечением Европейского банка реконструкции и развития, Типовой межамериканский закон об обеспеченных сделках Организации американских государств, *Руководство* о реестрах недвижимости Азиатского банка развития, Конвенцию о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования и связанные с ней протоколы, а также приложение к Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности)[1]. С учетом такой тенденции в *Руководстве* государствам рекомендуется принять эту модель общего реестра обеспечительных прав (см. рекомендацию 54).

d) Предварительные условия регистрации

15. В различных государствах установлены разные формальные требования и предварительные условия для регистрации. Во многих государствах регистрация призвана служить окончательным или презюмируемым свидетельством наличия обеспечи-

[1] См. Введение, сноски 3–9.

тельного права. В этом случае лицо, производящее регистрацию, или другое публичное должностное лицо обязано проверить содержание соглашения об обеспечении и подтвердить достоверность и действительность данных в зарегистрированном уведомлении.

16. Как уже отмечалось (см. пункт 13, выше), при ведении основанного на уведомлении общего реестра обеспечительных прав официального рассмотрения или проверки, подтверждающей обеспечение документацией, не требуется, равно как и не требуется предварительная проверка или утверждение содержания регистрируемого уведомления. Введение требования об официальном утверждении в качестве предварительного условия регистрации будет противоречить задаче создания оперативной и экономичной системы регистрации, необходимой для расширения доступа к обеспеченному кредиту. Основная идея заключается в том, чтобы обеспечить регистрацию без дополнительных формальностей (например, аффидевита и нотариально заверенных документов) после уплаты требуемых регистрационных сборов и заполнения в формуляре уведомления требуемых информационных граф (см. подпункт *c)* рекомендации 54).

17. Поскольку регистрация уведомления об обеспечительном праве необходима обеспеченному кредитору для обеспечения силы обеспечительного права в отношении третьих сторон и определения его приоритетности, лицом, ходатайствующим о регистрации, будет выступать, как правило, обеспеченный кредитор или назначенное им лицо. Вместе с тем в силу того, что основанная на уведомлении система регистрации не предусматривает официальную проверку обеспечительной документации в качестве предварительного условия регистрации, какие-либо ограничения в отношении того, кто может производить регистрацию, обычно отсутствуют (за исключением случаев, когда это необходимо для целей защиты системы и идентификации; см. пункт 48, ниже). По этой же причине в рамках системы регистрации уведомлений согласие лица, предоставляющего право, на момент регистрации не требуется, и это согласие не является частью регистрируемых сведений. Хотя во многих государствах согласие лица, предоставляющего право, на регистрацию требуется, само наличие соглашения об обеспечении считается достаточным свидетельством согласия, независимо от того, исполнено ли оно до или после момента регистрации (см. подпункт *d)* рекомендации 54).

e) Доступ к обеспечительной документации, не подлежащей государственной регистрации

18. Регистрация в рамках основанной на уведомлении системы призвана предупредить третьи стороны о возможном наличии такого права, с тем чтобы они могли принять меры для своей защиты от этого риска. При этом, однако, в зарегистрированном уведомлении не содержится всей информации, необходимой третьей стороне для того, чтобы определить, действительно ли то или иное обеспечительное право существует и, если это так, то какой оно имеет статус или на каких условиях было заключено соглашение об обеспечении. Поэтому третьей стороне придется обратиться к лицу, предоставляющему обеспечительное право, или к обеспеченному кредитору, указанным в регистрационной записи, с просьбой предоставить ей возможность ознакомиться с подтверждающей обеспечение документацией, которая не содержится в реестре. Например, возможный покупатель или обеспеченный кредитор могут отказаться от продолжения совершения сделки по финансированию приобретения до тех пор, пока не будет аннулирована произведенная ранее регистрация, или до тех пор, пока обеспеченный кредитор, указанный в зарегистрированном уведомлении, не примет меры к подчинению своего права праву возможного покупателя или обеспеченного кредитора.

19. В некоторых государствах обеспеченные кредиторы обязаны отвечать на запросы третьих сторон о предоставлении информации в отношении текущего статуса

обеспечительного права, о котором говорится в зарегистрированном уведомлении, в том числе о текущей сумме обеспеченного обязательства, остающегося непогашенным. Такое требование обычно предусматривается для оказания помощи необеспеченным кредиторам (включая кредиторов по решению суда) в определении того, действительно ли существует обеспечительное право, и если существует, то в достаточной ли степени стоимость активов лица, предоставляющего право, превышает стоимость обеспечительного права для покрытия расходов, связанных либо с возбуждением иска о принудительном исполнении, либо с попыткой конфискации или продажи таких активов. Право требовать предоставления такой информации обычно распространяется на всех существующих кредиторов, а также на лиц, претендующих на имущественное право (например, право собственности или право совместной собственности) в активах, указанных в зарегистрированном уведомлении. Предполагается, что лицо, предоставляющее право, не обязательно захочет добровольно представить такую информацию своим существующим кредиторам или лицам, оспаривающим его права в обремененных активах. В других государствах такое требование не предусмотрено, но должники по решению суда обязаны под присягой засвидетельствовать наличие у них активов и любых обременений таких активов. Поскольку этот вопрос, как правило, относится к компетенции законодательства государств, регулирующего отношения между должниками и кредиторами, в *Руководстве* он не рассматривается и каких-либо выводов в отношении того, должны ли обеспеченные кредиторы отвечать на запросы третьих сторон о предоставлении информации, не делается.

f) Защита лиц, предоставляющих право, от несанкционированной регистрации

20. Поскольку предварительные условия в этих системах являются минимальными, существует опасность того, что акты регистрации могут быть связаны с несуществующим или прекратившим свое действие обеспечительным правом. В этом случае лицо, предоставляющее право, как правило, может прибегнуть к упрощенной административной процедуре, предусматривающей аннулирование несанкционированной или истекшей регистрации. В некоторых государствах существует обеспокоенность в связи с возможными случаями мошенничества и злоупотребления при использовании таких видов систем регистрации уведомлений, при которых регистрация может производиться при соблюдении минимальных формальностей. Для того чтобы снять эту обеспокоенность, некоторые государства вводят также административные штрафные санкции за несанкционированные акты регистрации или аннулирования. Характер и охват любых мер защиты, принимаемых государством, зависят от его оценки степени вероятности несанкционированных и мошеннических актов регистрации и связанных с этим издержек, которые могут повлечь за собой подобные административные меры. Авторы *Руководства* рекомендуют применять этот подход (см. подпункт *c)* рекомендации 55 и подпункт *b)* рекомендации 72).

g) Централизованная и консолидированная система регистрации

21. В некоторых государствах функционируют децентрализованные и многопрофильные системы регистрации. Так, например, учреждения по регистрации земельной собственности часто создаются на региональной основе, ведомственной основе или на основе административных округов. Кроме того, во многих государствах ведется несколько реестров обеспечительных прав в движимых активах в разбивке по категориям активов (например, воздушные и морские суда, оборудование, дебиторская задолженность или инвентарные запасы), в разбивке по лицам, предоставляющим право (например, физическое или юридическое лицо), в разбивке по характеру

обеспечительного права (например, комбинированный фиксированный и плавающий залог, ипотека предприятия, сделка с удержанием правового титула и непосессорный залог). За исключением реестров правовых титулов, предназначенных для таких конкретных движимых активов, как морские и воздушные суда, многопрофильные реестры создаются, как правило, на основе специального выборочного признания существования отдельных непосессорных обеспечительных прав в движимых активах.

22. В случае избрания государствами функциональной концепции обеспечительных прав в движимых активах у них появляется мощный стимул для создания как централизованной, так и консолидированной системы регистрации. Это означает, что после объединения материальных норм, регулирующих обеспечительные права, в рамках единого нормативного режима появляется возможность самым оптимальным образом свести воедино все регистрационные записи в единый реестр независимо от вида активов, принадлежности лица, предоставляющего право, к юридическому или физическому лицу, или характера обеспечительного права. Кроме того, даже в тех государствах, которые придерживаются формальной множественности прав в средствах на финансирование приобретения (что, согласно *Руководству*, называется неунитарным подходом к финансированию приобретения; см. главу IX, посвященную вопросам финансирования приобретения), все же существует эффективная возможность предусмотреть регистрацию всех этих прав в общем регистре обеспечительных прав.

23. В идеальном варианте регистрационная запись должна вестись в электронном формате в рамках единой централизованной базы данных для каждой страны. Государствам, которые ведут отдельные регистрационные записи по регионам или округам, необходимо применять сложные правила для определения надлежащего места регистрации и решения вопросов, связанных с последствиями перемещения активов или лица, предоставляющего право. Хотя физическая интеграция децентрализованных множественных реестров и представляется возможной, цели обеспечения эффективности, доступности и прозрачности системы регистрации в наиболее полной мере достигаются в рамках консолидированного и централизованного реестра в электронном формате по образцу, рекомендованному в *Руководстве* (см. подпункт *e)* рекомендации 54).

24. Создание централизованной базы данных реестра может вызвать обеспокоенность в связи с возможным отсутствием равного доступа для пользователей, находящихся в отдаленных местах. Однако современные коммуникационные технологии позволяют оперативно осуществлять прямую передачу в центральный реестр уведомлений, которые представляются в местные отделения. Это означает, что при ведении регистрационных записей в электронном формате появляется возможность использовать местные отделения реестра в качестве пунктов доступа к центральному реестру. В этом заключается важное преимущество электронных реестров. Кроме того, электронные реестры позволяют создать механизмы доступа к регистрационной записи в режиме реального времени. В случае использования соответствующих протоколов для регистрации и поиска доступ к реестру будет открыт из любого места, где имеется Интернет или другие электронные средства связи. Наконец, даже если реестр ведется в электронной форме, по-прежнему существует возможность осуществлять регистрацию в бумажном формате с последующим преобразованием сотрудниками реестра информации в бумажном формате в компьютеризованную запись. Однако ручное преобразование данных из бумажного в электронный формат может повысить риск ошибки и ответственности реестра. Будет необходимо также повысить стоимость регистрации, поскольку для такого преобразования потребуются специальные сотрудники реестра. Поэтому по мере возможности структура реестра должна предусматривать, что лица, желающие зарегистрировать уведомления, несут ответственность за прямой ввод этих уведомлений электронным способом в установленную форму регистрации. Именно этот подход рекомендуют авторы *Руководства* (см. подпункты *e)* и *j)* рекомендации 54).

h) Публичный доступ

25. Одна из основных целей любой системы регистрации заключается в повышении уровня определенности в отношении прав на активы. Должным образом отлаженное функционирование реестра позволяет заинтересованным третьим сторонам, включая существующих и будущих кредиторов, а также покупателям обремененных активов определить, обременены ли чьи-либо активы каким-либо обеспечительным правом. Располагая такой информацией, они могут предпринять, шаги с тем чтобы защитить себя от связанного с приоритетом риска, который это обеспечительное право может создавать для их потенциальных прав, или от воздействия, которое оно может иметь для существующих у них прав.

26. Для достижения упомянутой цели реестр должен быть, как правило, доступен общественности. Государства придерживаются различных подходов в отношении достижения должного равновесия между предоставлением публичного доступа заинтересованным третьим сторонам и защитой конфиденциального характера отношений между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором. Выбор решения связан с двумя вопросами: *a)* какие ограничения следует вводить в отношении того, кто правомочен вести поиск информации в реестре; и *b)* какие критерии могут применяться в отношении поиска информации в реестре. Эти вопросы подробно рассматриваются ниже.

i) Право на поиск информации в реестре

27. В некоторых государствах доступ к поиску записей в реестре ограничен лицами, которые могут продемонстрировать наличие у них законных оснований для этого. Понятие законного основания в различных странах трактуется весьма по-разному. Порой критерий этого понятия настолько узок, что может подорвать открытую конкуренцию, связанную с получением кредита. Кроме того, применение критерия в отношении доступа к информации означает, что кто-то должен принимать решение о законности поиска информации, хотя такое процедурное требование ведет к снижению эффективности и повышению административных издержек осуществления поиска информации.

28. В государствах, в которых ведется общий реестр уведомлений об обеспечительных правах, публичный доступ к реестру обычно ничем не обусловлен. Разрешение неограниченного публичного допуска к реестру не подрывает конфиденциального характера отношений между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором. Конфиденциальность обеспечивается за счет того, что в регистрируемом уведомлении указывается только ограниченная информация о сторонах. Это означает, что в уведомлении обычно указываются только наименования сторон (или наименование агента обеспеченного кредитора), описание обремененных активов, срок действия регистрации (и в некоторых государствах – максимальная сумма обременения активов обеспечительным правом, а не фактическая сумма). Поскольку в *Руководстве* рекомендуется внедрение общего реестра обеспечительных прав, основанного на регистрации уведомлений, в нем также рекомендуется, во избежание ненужных затрат и задержек, не требовать от лиц, ведущих поиск информации, предъявлять законные основания или вообще любое основание для проведения поиска информации. Короче говоря, реестр должен быть полностью публичным (см. подпункты *f)* и *g)* рекомендации 54).

ii) Поиск по ссылке на лицо, предоставляющее право, или на обеспеченного кредитора

29. Как будет разъяснено в следующем подразделе настоящей главы, правовая функция общего реестра обеспечительных прав требует такой организации учетной записи,

которая позволяет проводить поиск по идентификационным данным лица, предоставляющего право, а не по идентификационным данным обеспеченного кредитора. Однако на практике количество и содержание уведомлений, представляемых конкретным обеспеченным кредитором, может представлять собой рыночную ценность как источник перечней личных данных клиентов для компаний, стремящихся реализовать на рынке соответствующие финансовые или иные продукты. В этой связи некоторые государства, стремясь увеличить доходы, разрешают проводить поиск по идентификационным данным обеспеченного кредитора, а также по идентификационным данным лица, предоставляющего право, однако в большинстве государств это запрещено. Такой подход большинства государств продиктован тем принципиальным соображением, что способность получения и продажи такой информации не отвечает правовой функции реестра, а потому разрешение поиска информации по идентификационным данным обеспеченного кредитора может нарушить коммерческие ожидания в отношении соблюдения конфиденциальности и подорвать доверие общественности к самой системе. По этой же причине в *Руководстве* рекомендуется использовать единственный доступный общественности критерий поиска – наименование и другие идентификационные данные лица, предоставляющего право (см. подпункт *h)* рекомендации 54). Вместе с тем государства, возможно, пожелают разрешить проведение поиска по наименованию обеспеченного кредитора для внутренних административных целей (в отличие от публичного поиска), поскольку такой поиск облегчает обработку данных об изменениях, которые необходимо вносить во многие зарегистрированные уведомления в тех случаях, когда обеспеченный кредитор изменяет наименование своего делового предприятия.

30. В интересах обеспечения эффективности в некоторых государствах лицу, ходатайствующему о регистрации, прямо разрешается идентифицировать обеспеченного кредитора в регистрируемом уведомлении по наименованию доверительного собственника, агента или другого представителя. Такой подход облегчает, например, заключение соглашений о синдицированном кредите, поскольку в записи в качестве обеспеченного кредитора следует идентифицировать только головной банк или назначенное им учреждение. Это не наносит ущерба правам третьих сторон, поскольку лицо, идентифицируемое в уведомлении как обеспеченный кредитор, фактически уполномочено действовать от имени фактического обеспеченного кредитора в связи с любыми контактами или спорами, связанными с обеспечительным правом, к которому относится регистрация. В конечном итоге основная причина требования об идентификации обеспеченного кредитора в регистрируемом уведомлении заключается в том, чтобы лица, осуществляющие поиск информации, могли узнать, с кем можно связаться для получения дальнейшей информации о возможных обеспечительных правах, обременяющих идентифицируемые активы лица, предоставляющего право. Такой подход имеет еще одно дополнительное преимущество, поскольку он способствует решению проблемы защиты конфиденциальной коммерческой информации обеспеченного кредитора. В *Руководстве* рекомендуется именно этот подход, поскольку он способствует проведению финансовых операций с обеспечением без ущерба для интересов лица, предоставляющего право, или третьих лиц (см. подпункт *a)* рекомендации 57).

i) Индексация лица, предоставляющего право, в сравнении с индексацией активов

31. Главная задача, стоящая перед конкурирующим заявителем требования, заключается в определении того, обременены ли те или иные конкретные активы лица, предоставляющего право. Поэтому теоретически реестр должен быть построен таким образом, чтобы лица, ведущие поиск, могли получить доступ к такой информации либо путем ввода наименования или других идентификационных данных лица, предоставляющего право, либо путем ссылки на обремененные активы. Как правило,

в большинстве случаев ведение и индексация реестров земельной собственности осуществляются с указанием ссылки на активы (конкретный земельный участок), а не на собственника. Соответственно земельные обременения также индексируются путем ссылки на активы, а не на лицо, предоставляющее право. Аналогичным образом, как уже отмечалось выше, в некоторых государствах существуют также специальные реестры движимых активов (например, морские и воздушные суда, а иногда и автотранспортные средства) для регистрации правового титула, а также обеспечительных прав и других обременений. Эти реестры также, как правило, организованы на основе системы индексации активов. Вместе с тем, когда речь идет о реестрах, предназначенных для регистрации только обеспечительных прав в движимых активах, внесение, индексация и поиск регистрационных записей производятся исключительно со ссылкой на идентификационные данные лица, предоставляющего обеспечительное право, а не на активы.

32. Система индексации со ссылкой на лицо, предоставляющее право, пользуется такой широкой популярностью в контексте общего реестра обеспечительных прав, поскольку она существенно упрощает и облегчает процесс регистрации. Обеспеченные кредиторы могут придать силу обеспечительному праву в отношении третьих сторон даже применительно ко всем существующим и будущим движимым активам лица, предоставляющего право, путем однократной регистрации. Им не нужно беспокоиться по поводу обновления записей каждый раз, когда лицо, предоставляющее право, приобретает новые активы, поскольку описание активов указано в уведомлении. Соответственно в *Руководстве* рекомендуется считать идентификационные данные лица, предоставляющего право, основным механизмом индексации уведомлений, регистрируемых в общем реестре обеспечительных прав (см. подпункт *h)* рекомендации 54).

33. Однако системе индексации со ссылкой на лицо, предоставляющее право, присущ один существенный недостаток. Если обремененные активы становятся предметом несанкционированных последовательных передач, то потенциальные обеспеченные кредиторы и покупатели не могут защитить свои интересы путем осуществления поиска по наименованию ближайшего очевидного владельца. Поскольку система индексируется со ссылкой на лицо, предоставляющее право, поиск информации не выявит наличие обеспечительного права, предоставленного любым из предшественников очевидного собственника по правовому титулу. Эту проблему можно проиллюстрировать на следующем примере. Лицо A, предоставляющее право, может без разрешения или уведомления обеспеченного кредитора B продать активы, обремененные обеспечительным правом, покупателю C, который, в свою очередь, может предложить продать или передать обеспечительное право в этих активах лицу D. Если предположить, что лицо D не осведомлено о том, что лицо C приобрело активы у первоначального лица, предоставляющего право, то лицо D будет осуществлять поиск информации в реестре с использованием только наименования лица C. Поскольку уведомление было индексировано по наименованию первоначального лица, предоставляющего право (A), поиск лицом D не выявит наличия зарегистрированного обеспечительного права. Соответственно при использовании системы регистрации на основе индексации лица, предоставляющего право, для получения полного представления об обеспечительных правах, которые могут затрагивать активы какого-либо лица, потенциальному обеспеченному кредитору или покупателю придется добывать документацию из источников, помимо публичного реестра, для получения информации о всей цепочке правовых титулов на эти активы.

34. Для решения этой проблемы некоторые государства организуют свои общие реестры обеспечительных прав таким образом, чтобы они обеспечивали дополнительные возможности индексирования и поиска, основанные на активах, когда речь идет о дорогостоящих активах длительного пользования, для которых существует вторичный рынок сбыта и которые имеют надежный универсальный цифровой или иной

идентификатор, способный служить в качестве критерия поиска. Самый распространенный из этих дополнительных индексов, основанных на активах, связан с автотранспортными средствами, которые при регистрации индексируются также по серийному идентификационному номеру производителя.

35. Вместе с тем идентификация по серийному номеру не лишена своих недостатков, поскольку она налагает на обеспеченных кредиторов дополнительное регистрационное бремя и риск и ограничивает возможность придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон применительно к будущим активам и таким массовым активам, как инвентарные запасы. В тех случаях, когда обремененные активы являются либо средствами производства, либо потребительскими товарами, находящимися в собственности лица, предоставляющего право, эти активы, как правило, рассматриваются и лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором как разрозненные активы. Поэтому административная необходимость указывать также в регистрируемом уведомлении конкретный цифровой идентификатор не будет чрезмерно обременительной. Однако если обремененные активы рассматриваются лицом, предоставляющим право, как инвентарные запасы, предназначенные для перепродажи или аренды, то требование об указании серийного номера поставит перед обеспеченными кредиторами невыполнимые задачи в области регистрации, поскольку каждый раз им придется регистрировать изменения в записи серийного номера каждого нового компонента инвентарных запасов, приобретаемого лицом, предоставляющим право. В любом случае идентификация серийного номера инвентарных запасов, как правило, не требуется для защиты покупателей и арендаторов. Чаще всего они будут приобретать обремененные активы в ходе обычной коммерческой деятельности продавца и в этом случае получат эти активы без каких-либо обеспечительных прав, созданных продавцом или любым предшественником ближайшего продавца по правовому титулу (см. рекомендации 80–82). В этой связи государства, в которых предусмотрено поле серийного номера в регистрационной записи общего реестра обеспечительных прав, ограничивают обязательное требование в отношении идентификации серийного номера случаями, когда серийно пронумерованные активы не фигурируют в качестве инвентарных запасов (см. также пункты 85 и 115, ниже).

36. Кроме того, как было отмечено выше, исходя из анализа затрат и результатов, регистрация серийных номеров должна быть предусмотрена только для относительно дорогостоящих активов длительного пользования, для которых существует вторичный рынок сбыта, поскольку только такие активы относятся к тем категориям обремененных активов, которые могут создать практические проблемы, связанные с опасениями относительно нанесения ущерба отдаленным сторонам. Для того чтобы регистрация и поиск информации, основанные на активах, были возможными для этих видов активов, они должны быть такими активами, для которых существует надежный и общепризнанный цифровой или аналогичный индивидуальный идентификатор.

j) Регистрационные сборы и сборы за поиск информации

37. Основополагающий принцип системы общего реестра обеспечительных прав заключается в повышении уровня прозрачности и определенности в отношении обеспечительных прав в движимых активах. В этой связи современная система регистрации разработана таким образом, чтобы стимулировать лиц, ходатайствующих о регистрации, и лиц, осуществляющих поиск информации, использовать эту систему. Поэтому исключительно важно, чтобы сборы были установлены на таком уровне, который способствует доступу, позволяя при этом системе покрывать свои капитальные и эксплуатационные затраты в разумные сроки. Чрезмерно высокие сборы за регистрацию и поиск информации, установленные скорее с целью повышения доходов, а не

обеспечения самоокупаемости системы, равносильны взиманию налога (в конечном итоге с заемщика), который препятствует доступу к системе и ее использованию. В этой связи в *Руководстве* рекомендуется, чтобы сборы за пользование реестром не превышали суммы, необходимой для самоокупаемости реестра (см. подпункт *i)* рекомендации 54).

k) Способы доступа к реестру

38. Традиционно регистрационные записи должны были вестись в бумажном формате. Однако появление цифрового хранения способствовало внедрению компьютеризированных баз данных, существенно сокративших административные и архивные издержки, связанные с ведением архива.

39. Компьютеризованная регистрационная запись имеет множество преимуществ перед бумажной системой. Самое очевидное преимущество заключается в том, что электронные архивы занимают меньше места и упрощают поиск информации. Кроме того, бóльшая часть современных систем позволяет представлять просьбы о регистрации в электронном формате, а также представлять и считывать в электронной форме запросы о поиске и результаты поиска, что облегчает прямой доступ для клиентов. Кроме того, большинство современных реестров обеспечительных прав позволяют получить прямой электронный доступ для изменения или аннулирования регистрации. Прямой доступ клиентов значительно уменьшает эксплуатационные расходы и расходы на обслуживание системы. Кроме того, это повышает эффективность процесса регистрации для клиентов путем установления прямого контроля над сроками регистрации со стороны лица, ходатайствующего о регистрации. В частности, прямой электронный доступ исключает любые задержки во времени между представлением уведомления лицу, производящему регистрацию, и фактическим внесением содержащейся в уведомлении информации в соответствующую базу данных.

40. В некоторых государствах, применяющих общий реестр обеспечительных прав, электронный доступ (либо из служебных помещений клиента, либо из отделения реестра) является единственным имеющимся способом доступа как к регистрации, так и к поиску информации. Поскольку данные, подлежащие регистрации, представляются в электронном формате, бумажные записи никогда не ведутся. Подобная полностью электронная система налагает ответственность за достоверный ввод данных непосредственно на лиц, ходатайствующих о регистрации. В результате кадровые и эксплуатационные расходы реестра сводятся к минимуму и исключается возможность допущения ошибки персоналом в ходе составления документов. В других государствах, в которых предусмотрены электронные регистрация и поиск информации, клиенты могут по своему выбору представить просьбу о регистрации или поиске информации лично, по факсу или устно по телефону. Однако даже в этих государствах представление просьб в электронном формате является самым распространенным способом представления данных, который применяют на практике при оформлении подавляющего большинства актов регистрации.

41. В *Руководстве* государствам рекомендуется, чтобы они, насколько это возможно, вели компьютеризированный общий реестр обеспечительных прав, позволяющий клиентам реестра иметь прямой электронный доступ (см. подпункт *j)* рекомендации 54). Тем не менее, учитывая практические соображения, связанные с ведением электронного реестра, в *Руководстве* также рекомендуется предоставлять клиентам реестра несколько способов доступа, по крайней мере на ранних этапах осуществления, с тем чтобы вселить уверенность пользователей, которые незнакомы с работой системы. Наконец, для облегчения пользования в *Руководстве* рекомендуется организовать

реестр таким образом, чтобы он обеспечивал несколько пунктов доступа для представления уведомлений и запросов о поиске информации как в электронном и бумажном формате, так и в устной форме (см. подпункт *k)* рекомендации 54).

l) Время работы

42. В большинстве государств, признающих важное значение публичного доступа, реестры функционируют в соответствии с надежным и последовательным графиком, в котором время начала работы определено с учетом потребностей клиентов. В зависимости от этих потребностей время работы реестра может начинаться до начала обычного рабочего дня и завершаться после его окончания. Если система поддерживает прямой электронный допуск, то дни и часы работы не имеют практического значения. В этом случае он может быть доступен на постоянной основе 24 часа в сутки 7 дней в неделю. В этой связи в *Руководстве* рекомендуется разрабатывать реестр таким образом, чтобы он был доступен непрерывно, за исключением планового технического обслуживания (см. подпункт *l)* рекомендации 54).

m) Оптимальное использование электронной технологии

43. О преимуществах общего реестра обеспечительных прав, который поддерживает ведение компьютеризованных записей и обеспечивает прямой электронный доступ, уже говорилось выше. Однако уровень возможной компьютеризации в различных странах может различаться в зависимости от объема имеющегося стартового капитала, доступа к необходимым специальным знаниям, уровня компьютерной грамотности потенциальных пользователей, надежности местной инфраструктуры связи и вероятности того, что сумма ожидаемых поступлений будет достаточной для капитальных расходов на строительство в разумные сроки. Не все государства могут немедленно перейти к полностью компьютеризированному реестру. Тем не менее даже в тех государствах, в которых по-прежнему применяются бумажные реестры, преследуется одна и та же всеобщая цель: сделать процесс регистрации и поиска информации максимально простым, прозрачным, действенным, недорогим и доступным. В соответствии с общим подходом к использованию электронной технологии (см. рекомендации 11 и 12) в *Руководстве* рекомендуется, чтобы государства в кратчайшие возможные сроки создали компьютеризированный общий реестр обеспечительных прав, позволяющий осуществлять прямой электронный доступ (см. подпункт *j)* рекомендации 54).

n) Язык реестра

44. Как отмечалось выше, в современном реестре обеспечительных прав регистрируются только уведомления, касающиеся соглашений об обеспечении. Не регистрируется ни само соглашение об обеспечении, ни его краткое содержание. В результате язык соглашения об обеспечении не будет иметь прямого отношения к языку записей в реестре (касательно языка соглашения об обеспечении см. главу II о создании обеспечительного права, пункт 16; касательно языка уведомлений в контексте реализации см. главу VIII о реализации обеспечительного права, пункты 47 и 70). Учитывая порядок организации и индексации современного общего реестра обеспечительных прав, призванный облегчить поиск информации по наименованию лица, предоставляющего права, или другим идентификационным данным, записи в реестре будут производиться на языке реестра. Таким образом, хотя соглашение об обеспечении и может быть составлено на любом языке, согласованном сторонами, информация о наименовании лица, предоставляющего право, или другие идентификационные данные, указанные в регистрационной записи, будут на языке реестра. Единственным исключением из этого

правила будет случай, когда официальное наименование лица, предоставляющего право, например иностранного предприятия, само фигурирует на иностранном языке. Если только в другом законе не предусмотрено, что официальные наименования предприятий должны указываться на национальном языке, в данном случае в регистрационной записи будет указана информация на иностранном языке. При отсутствии такого требования могут возникать другие проблемы, когда официальное наименование лица, предоставляющего право, указано на алфавите, отличающемся от алфавита языка реестра. В таких случаях государствам придется ввести правила, которые дают возможность изложить наименование или транскрипцию идентификатора лица, предоставляющего право, таким образом, который позволяет осуществлять эффективный поиск информации.

45. Аналогичные соображения действуют в отношении языка, на котором излагается описание обремененных активов. Современные общие реестры обеспечительных прав часто ведутся в компьютеризированной форме. Сторонам разрешается помечать галочкой графу, в которой приводится типовое описание обремененных активов, однако обычно им также необходимо давать словесное описание для обеспечения достаточной идентификации. В данном случае такая функция реестра (по предоставлению лицам, осуществляющим поиск, доступа к информации, которая позволяет им определить, какие активы лица, предоставляющего право, фактически обременены обеспечительным правом) свидетельствует в пользу требования о том, что описание таких активов должно быть на языке реестра.

46. В ряде государств существует несколько официальных языков. В этих государствах реестры, как правило, построены таким образом, чтобы обеспечить регистрацию на всех официальных языках. Для обеспечения доступа к этой информации всех лиц, осуществляющих ее поиск, в ряде государств стороны обязаны оформлять регистрацию на всех официальных языках. В других государствах регистрация может производиться только на одном языке, однако администратор реестра обязан подготовить и зарегистрировать копии на всех официальных языках. Оба эти подхода требуют больших затрат и чреваты ошибками, например в идентификаторе лица, предоставляющего право, или различиями в языковых вариантах описания обремененных активов. В результате во многих государствах, в которых существует несколько официальных языков, один из которых можно использовать для регистрации обеспечительного права, регистрация должна производиться только на одном языке. Тем не менее в этих государствах используемый для регистрации и поиска информации интерфейс имеется на всех официальных языках реестра. Авторы *Руководства* не предлагают никаких рекомендаций относительно языка уведомлений, полагая, что этот вопрос должен регулироваться другим законодательством. Государствам придется рассмотреть возможные пути решения этого вопроса, чтобы обеспечить составление уведомления на том языке, который, как это разумно предполагается, будет понятен и лицу, предоставляющему право, и третьим сторонам.

3. Безопасность и целостность системы регистрации

а) Ответственность государства за систему регистрации

47. В различное время государства придерживались различных подходов к управлению системами регистрации и их эксплуатации. В одних государствах эта услуга предоставляется правительственными ведомствами или корпорациями, находящимися в государственной собственности. В других государствах эта функция возложена на конкретные профессиональные учреждения, например на нотариальные конторы. Еще в некоторых государствах повседневная деятельность по регистрации осуществляется

частным образованием, особенно когда такое образование способно обеспечить более эффективное с точки зрения затрат обслуживание. Однако за редким исключением тех государств, где нет государственных систем регистрации и где эту брешь восполняют неофициальные частные регистрационные учреждения, государство неизбежно продолжает нести ответственность за обеспечение функционирования реестра в соответствии с регламентирующей нормативной базой. И именно этот подход рекомендуется в *Руководстве* (см. подпункт *a)* рекомендации 55).

b) Регистрация идентификационных данных лица, ходатайствующего о регистрации

48. В одних государствах лица, ходатайствующие о регистрации, обязаны представлять подтверждение своих идентификационных данных. Главным основанием такого подхода является обеспечение законности использования реестра. Недостатки такого подхода заключаются в увеличении сроков и издержек регистрации. В других государствах проверка идентификационных данных в качестве предварительного условия регистрации уведомления не требуется (помимо тех данных, которые необходимы для оформления оплаты регистрационных сборов), хотя реестр и может предусматривать требование об указании лицом, ходатайствующим о регистрации, своих идентификационных данных. В государствах, в которых имеются опасения в отношении возможных несанкционированных или совершаемых со злым умыслом актов регистрации, реестр может предусматривать требование о предоставлении по крайней мере минимального подтверждения достоверности идентификационных данных (в отношении прав лица, предоставляющего право, требовать аннулирования или изменения регистрационных записей, см. рекомендацию 72). Необходимость в таком требовании не влечет чрезмерных административных издержек, если процедура идентификации является частью процесса оплаты услуг. Кроме того, поскольку большинство лиц, ходатайствующих о регистрации, будут постоянными клиентами, таким клиентам могут присваиваться постоянные коды безопасного доступа при открытии им счета в реестре, и в результате необходимость в повторной процедуре идентификации в случае последующих регистраций отпадает. Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. подпункт *d)* рекомендации 54 и подпункт *b)* рекомендации 55).

c) Право лица, предоставляющего право, на получение копии зарегистрированного уведомления

49. Поскольку в зарегистрированном уведомлении указывается, что лицо, предоставляющее право, могло создать или может иметь намерение создать обеспечительное право в своих активах и это может затронуть способность лица, предоставляющего право, получить новый обеспеченный кредит, в большинстве государств предусмотрено, что поименованное в зарегистрированном уведомлении лицо, предоставляющее право, имеет право на получение копии регистрационной записи и любых изменений уведомления, внесенных обеспеченным кредитором. Это позволяет лицу, предоставляющему право, проверить достоверность данных в уведомлении и в случае их недостоверности, а также в случае несанкционированных актов регистрации или актов регистрации, совершенных со злым умыслом, использовать свое право внести изменения или аннулировать регистрацию (см. рекомендации 72 и 74).

50. Вопрос о том, кто должен нести ответственность за направление копии зарегистрированного уведомления лицу, предоставляющему право, в разных государствах решается по-разному. В целях обеспечения максимальной защиты против несанкционированной регистрации в некоторых государствах эта задача поручена самой системе

регистрации. Так, если регистрация совершена обманным путем, то фактическое лицо, предоставляющее право, обнаружит этот обман, что вряд ли бы произошло, если обязанность по направлению копии уведомления была наложена на фактического обеспеченного кредитора. Однако в этом случае следует учитывать дополнительные издержки и риски, связанные с таким порядком функционирования системы регистрации. Если факты несанкционированной регистрации отсутствуют и целостность системы регистрации в конкретном государстве не подвергается серьезной и основательной опасности, анализ затрат и результатов свидетельствует в пользу возложения упомянутых обязанностей на обеспеченного кредитора.

51. Кроме того, поскольку в большинстве случаев регистрация осуществляется добросовестно и в установленном порядке, требование к обеспеченному кредитору предоставить копию зарегистрированного уведомления лицу, предоставляющему право, не служит целям эффективности системы регистрации и даже может затянуть регистрацию. Устанавливать такое требование представляется нецелесообразным, потому что оно практически не затрагивает права третьих сторон, которые будут наводить справки в реестре. Поэтому большинство государств придерживаются подхода, согласно которому невыполнение этого обязательства обеспеченным кредитором приводит всего лишь к номинальным административным санкциям и выплате компенсации за любой фактический ущерб, причиненный лицу, предоставляющему право. Принимая во внимание предусмотренный в *Руководстве* общий подход, согласно которому административные расходы на регистрацию должны быть минимальны, рекомендуется, чтобы ответственность за предоставление копии уведомления лицу, предоставляющему право, возлагалась на обеспеченного кредитора (см. подпункт *c)* рекомендации 55).

d) Право обеспеченного кредитора на получение копии об изменениях в регистрационной записи

52. В большинстве государств, в которых ведется современный общий реестр обеспечительных прав, зарегистрированное уведомление может быть аннулировано или изменено обеспеченным кредитором в любое время таким же образом, как и любой другой вид регистрации (см. рекомендацию 73). Кроме того, в большинстве государств лицо, предоставляющее право, может потребовать аннулирования или изменения регистрации посредством упрощенной судебной или административной процедуры (см. подпункт *b)* рекомендации 72). Чтобы обеспеченный кредитор мог проверить законность аннулирования или изменения, регистрационный орган, как правило, обязан в оперативном порядке направить копию любых изменений в зарегистрированном уведомлении лицу, которое указано в уведомлении как обеспеченный кредитор. Такой порядок не должен быть связан с чрезмерными расходами или рисками для системы регистрации, поскольку при первоначальном открытии обеспеченным кредитором счета в реестре может быть достигнута договоренность об эффективном способе электронной связи (например, через электронную почту). Кроме того, если система функционирует в электронном формате, ее можно запрограммировать таким образом, чтобы она автоматически направляла копии любых изменений на конкретный адрес электронной почты без какого-либо участия человека. Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. подпункт *d)* рекомендации 55).

e) Оперативное подтверждение факта регистрации

53. Все стороны заинтересованы в оперативном получении подтверждения факта регистрации. Например, прежде чем выделить средства по соглашению об обеспечении, обеспеченный кредитор, как правило, хочет убедиться в том, что его уведомление

было внесено в реестр и что информация была занесена без искажений. Кроме того, для обеспечения своего приоритета перед другими потенциальными обеспеченными кредиторами обеспеченный кредитор будет часто регистрировать уведомление о соглашении об обеспечении, которое еще не заключено с лицом, предоставляющим право. Соответственно современные электронные реестры организованы таким образом, чтобы лицо, ходатайствующее о регистрации, могло получить распечатанную или электронную запись о регистрации, как только соответствующие данные были внесены в реестр. Если реестр ведется в бумажном формате, то неизбежно возникает задержка между представлением уведомления и подтверждением о том, что оно было внесено в регистрационную запись. Однако следует прилагать максимум усилий для сведения таких задержек к минимуму. Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. подпункт *e)* рекомендации 55).

f) Целостность данных и их сохранение

54. Любая система регистрации, будь то в бумажном или электронном формате, может выйти из строя в результате непредвиденных обстоятельств. Как правило, очень трудно восстановить реестр в бумажном формате, если записи в нем повреждены или уничтожены (например, в результате наводнения или пожара). Не все государства располагают средствами, с помощью которых можно хранить копии документов в отдельном месте. Кроме того, поскольку эти копии могут подшиваться в досье и индексироваться вручную, существует риск возникновения ошибки. Однако, когда бумажный реестр архивируется в электронном формате или когда весь реестр ведется в электронном формате, обеспечение сохранения данных в реестре не представляет особой сложности. Государства, в которых реестры функционируют в электронном формате, как правило, ведут резервные копии записей в реестре, которые хранятся в памяти отдельного сервера в отдельном месте. Такие резервные копии обычно обновляются ночью в рамках специальной процедуры, с тем чтобы они могли быть восстановлены в случае сбоя в работе системы или ее физического уничтожения. Чтобы обеспечить целостность записей в реестре без больших затрат, в *Руководстве* рекомендуется, чтобы реестры в электронном формате копировались на регулярной основе (см. подпункт *f)* рекомендации 55).

4. Ответственность за утрату или ущерб

55. Как отмечалось выше (см. пункт 47), контроль за общим реестром обеспечительных прав осуществляется государством, однако обслуживание системы регистрации может обеспечиваться по контракту с частным подрядчиком, а вся полнота ответственности за функционирование реестра возлагается на назначаемое на государственную службу лицо, производящее регистрацию, и на государственных служащих, работающих под контролем такого лица. Поэтому в большинстве государств разработаны подробные правила, которые регламентируют порядок несения правовой ответственности за утрату или ущерб, которые были причинены по вине персонала или в результате сбоя в функционировании системы, а также предусматривают объем такой ответственности. Теоретически сбой в работе системы или ошибки по вине персонала могут произойти в трех случаях, независимо от вида принятого реестра.

56. Первый случай имеет место тогда, когда сотрудник или представитель реестра мог получить недостоверную или неточную устную рекомендацию или информацию. В этом случае некоторые государства не предусматривают никакой ответственности. В государствах, в которых допускается предъявление исков к реестру, обычно действуют инструкции в отношении требуемых норм обслуживания. В одних государствах

поведение сотрудников регламентируется нормами ответственности общего права, регулирующими обязательства, связанные со случаями допущения ошибок. В других государствах действуют более жесткие нормы, требующие, чтобы предполагаемый потерпевший доказал факт недобросовестного отношения.

57. Второй возможный случай наступления ответственности связан с утратой, причиненной в результате ошибок или упущений в информации, которая заносится в регистрационную запись. За любые ошибки в информации, представленной лицами, ходатайствующими о регистрации, ответственность будут нести эти лица. Реестр может нести ответственность только за ошибку, связанную с неправильным внесением в регистрационную базу данных информации, представленной лицом, ходатайствующим о регистрации. Основной вопрос в данном случае заключается в определении того, кто несет ответственность за внесение в базу данных информации, представленной лицом, ходатайствующим о регистрации.

58. Если регистрационные данные первоначально представляются лицами, ходатайствующими о регистрации, сотрудникам реестра (будь то по факсу, в бумажной форме или по телефону), то сотрудники реестра будут должны внести их в базу данных и, следовательно, они будут нести ответственность за любые неточности, допущенные в процессе внесения данных. В этом случае действующие правовые режимы, как правило, предусматривают средства правовой защиты в отношении утраты или ущерба, причиненных по вине сотрудников реестра, которые не внесли информацию в базу данных реестра или внесли ее с ошибками.

59. Однако если уведомление представляется в электронном формате, то современные системы, как правило, предусматривают использование типовой электронной формы, которая позволяет автоматически вносить в базу данных реестра данные, представляемые лицами, ходатайствующими о регистрации (электронному редактированию подлежат только обязательные для заполнения поля), без какой-либо проверки или вмешательства или иных действий со стороны сотрудников реестра. В этих системах риск ошибки лежит на лице, ходатайствующем о регистрации, поскольку любая ошибка должна неизбежно относиться на счет данных, представленных таким лицом. Даже если проблема предположительно могла быть вызвана неполадками в работе системы, государства, как правило, не предусматривают ответственности за любой случай, когда система, как утверждается, не произвела регистрацию или произвела ее с ошибками. При отсутствии зарегистрированного уведомления в бумажном формате (или в форме факса или письменной записи устного представления) утверждение о неполадках системы доказать невозможно.

60. Если сотрудник реестра зарегистрировал с ошибками информацию, представленную лицом, ходатайствующим о регистрации, то лицом, которое, как правило, имеет право на получение компенсации, будет осуществлявшая поиск информации третья сторона, которая понесла убытки в результате использования вводящей в заблуждение информации в зарегистрированном уведомлении. Иная ситуация возникает тогда, когда ошибка сотрудников реестра заключается в том, что они не внесли в систему всю информацию, содержащуюся в бумажном уведомлении. В *Руководстве* рекомендуется предусмотреть в законодательстве, что регистрация уведомления вступает в силу только с момента внесения регистрационных данных в базу данных, чтобы она стала доступной для третьих лиц, ведущих поиск в реестре (см. рекомендацию 70). Из этого следует, что, если уведомление, представленное сотрудникам реестра лицом, ходатайствующим о регистрации, не было внесено в систему, оно никогда не приобретет юридической силы, и лицом, которое потенциально понесет убытки, будет обеспеченный кредитор, обеспечительное право которого так и не приобрело юридической силы в отношении третьих сторон.

61. Третий случай потенциальной ответственности возникает тогда, когда реестр предоставляет результаты поиска, которые недостоверно отражают информацию, содержащуюся в базе данных реестра. В этом случае в некоторых государствах признается ответственность за ущерб, причиненный в результате ошибки или упущения в результатах поиска, допущенных по вине сотрудников реестра. Однако процедура доказывания снимает ответственность в тех случаях, когда истец утверждает, что он обнаружил ошибку в результатах поиска, которые были получены в электронном формате или в распечатанном виде в собственной фирме клиента.

62. Не все государства придерживаются принципа безусловной ответственности за ошибки, совершенные сотрудниками реестра. В одних государствах действует принцип суверенного иммунитета, в соответствии с которым реестр освобождается от какой бы то ни было ответственности. В других государствах ответственность признается, но устанавливается верхний предел суммы потенциальной компенсации. В государствах, в которых ответственность признается, как правило, действуют также процедурные оговорки, обязывающие истцов следовать подробным инструкциям в отношении порядка возбуждения и доказывания иска и устанавливающие предписанный срок для возбуждения иска.

63. В некоторых государствах существуют специальные компенсационные фонды, предназначенные для покрытия любого ущерба в случае установления ответственности. В случае создания специального компенсационного фонда, предназначенного для защиты реестра, в регистрационный сбор обычно включается небольшая сумма для покрытия платежей по любым удовлетворенным искам об ответственности. В тех случаях, когда реестр использует частную систему страхования, предназначенную для покрытия таких убытков, в регистрационный сбор включается небольшая сумма для покрытия страхового взноса.

64. В *Руководстве* не делается попыток умалить какой-либо из вышеуказанных подходов, поскольку этот принципиальный вопрос решается по-разному каждым конкретным государством. Независимо от выбранного подхода, основной вопрос заключается в том, что принимающим соответствующее законодательство государствам следует предусмотреть четкие нормы, регулирующие распределение ответственности за утрату или ущерб, причиненные в результате ошибки в управлении или эксплуатации реестра (см. рекомендацию 56).

5. Требуемое содержание зарегистрированного уведомления

65. Рекомендованная в *Руководстве* система общего реестра обеспечительных прав основана на концепции регистрации уведомления. В государствах, которые приняли эту систему, в зарегистрированном уведомлении всегда требуется указывать следующую основную информацию: *a)* наименование или иной идентификатор лица, предоставляющего право, и его адрес; *b)* наименование или иной идентификатор обеспеченного кредитора и его адрес; и *c)* описание обремененных активов (см. рекомендацию 57). В государствах, в которых отсутствует заранее установленный законом срок действия регистрации, лицо, ходатайствующее о регистрации, обязано также указать в уведомлении желаемый срок действия регистрации. Кроме того, в некоторых государствах лицо, ходатайствующее о регистрации, должно указать максимальную денежную сумму, которая может быть взыскана в связи с обеспечительным правом, указанным в уведомлении (в отношении обоих пунктов см. рекомендацию 57). Более подробно все эти требования к содержанию рассматриваются ниже.

a) Информация о лице, предоставляющем право

i) Воздействие ошибки в идентификаторе лица, предоставляющего право, на действительность регистрации

66. В современном общем реестре обеспечительных прав уведомления индексируются по наименованию или иному идентификатору лица, предоставляющего право, и по этим же данным производится поиск информации (см. подпункт *h)* рекомендации 54). Таким образом, важным компонентом действительной регистрации является ссылка в уведомлении на идентификатор лица, предоставляющего право. Воздействие ошибки в идентификаторе лица, предоставляющего право, на юридическую силу зарегистрированного уведомления зависит от организационной структуры конкретной системы регистрации. Некоторые электронные записи запрограммированы так, что позволяют вести поиск только точных соответствий между идентификатором, который был введен лицом, осуществляющим поиск информации, и идентификаторами в базе данных. В таких системах любая ошибка не позволит осуществить поиск уведомления лицами, использующими правильный идентификатор лица, предоставляющего право. Поэтому предполагаемая регистрация является ничтожной и не влечет за собой придание силы обеспечительному праву в отношении третьих сторон.

67. В некоторых государствах применяется более сложный алгоритм поиска информации. В этих государствах регистрационные записи организуются и индексируются таким образом, чтобы лицо, ведущее поиск информации, которое вводит правильный идентификатор, могло получить доступ к уведомлениям, в которых идентификатор лица, предоставляющего право, схож с правильным идентификатором, но не идентичен ему. В государствах, в которых применяются эти более сложные алгоритмы поиска, действительность многих в иных отношениях ошибочных регистраций будет сохранена независимо от наличия ошибки, если поиск по правильному идентификатору попрежнему позволит извлечь зарегистрированное уведомление даже в случае неполного соответствия. Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 58). Однако эта система работает только в том случае, если логика поиска информации тщательно продумана, с тем чтобы ограничить количество близких соответствий, которые фигурируют в процессе поиска. Если ведущие поиск лица вводят правильный идентификатор и в результате поиска извлекают чрезмерное количество уведомлений, содержащих близкие соответствия, то все последствия ошибки первоначального лица, ходатайствующего о регистрации, несправедливо ощутит лицо, ведущее поиск, которому, возможно, впоследствии придется сделать большое количество дополнительных запросов, с тем чтобы определить, какие из этих близких соответствий относятся к соответствующему лицу, предоставляющему право.

ii) Правильный идентификатор для физических лиц

68. Поскольку ошибка в идентификаторе лица, предоставляющего право, может повлечь недействительность регистрации, государства, как правило, с большой осмотрительностью подходят к установлению четких правовых норм в отношении того, что представляет собой правильный идентификатор. Наиболее часто используемым критерием является имя (фамилия) лица, предоставляющего право. Вместе с тем в том или ином государстве может отсутствовать универсальное правило определения того, что следует понимать под правильным юридическим именем (фамилией) физического лица, и в результате имя (фамилия), используемое в повседневной предпринимательской деятельности или общественной жизни, может отличаться от имени (фамилии), которое указывается в официальных документах лица, предоставляющего обеспечительное право. Кроме того, имя (фамилия) может быть изменено после рождения в

результате изменения семейного положения или иного сознательного выбора. Поэтому нормативные правила или административные нормы, регулирующие функционирование реестра, как правило, должны содержать четкие руководящие указания относительно того, какими официальными документами, в которых указывается имя (фамилия) лица, предоставляющего право, могут пользоваться лица, ходатайствующие о регистрации, и лица, ведущие поиск информации.

69. Выбор документов, которые будут считаться надлежащими для этой цели, зависит от наличия и надежности официальных документов, выдаваемых каждым государством. Чтобы охватить лиц, предоставляющих право, которые не имеют соответствующих официальных документов первого порядка, и лиц, предоставляющих право, которые не являются постоянными жителями или гражданами того или иного конкретного государства, в государствах предусматривается, как правило, соподчиненная последовательность дополнительных ссылок.

70. Какой-либо универсальной формулы для установления такой последовательности не существует, поскольку многое зависит от ресурсов, которыми располагает каждое государство для оформления надежных идентификаторов для физических лиц, а также установления местных правил присвоения имен (фамилий). С учетом сказанного в пунктах ниже говорится о том, как может применяться подход, рекомендуемый в *Руководстве* (см. рекомендацию 59):

a) если лицо, предоставляющее право, родилось в государстве, принявшем содержащиеся в *Руководстве* рекомендации, и дата рождения лица, предоставляющего право, зарегистрирована в государственном учреждении, то имя (фамилия) лица, предоставляющего право, – это имя (фамилия), указанное в свидетельстве о рождении такого лица;

b) если местом рождения лица, предоставляющего право, является государство, принявшее содержащиеся в *Руководстве* рекомендации, но факт рождения лица, предоставляющего право, не был зарегистрирован, то именем (фамилией) лица, предоставляющего право, является:

i) имя (фамилия), указанное в паспорте, выданном лицу, предоставляющему право, правительством государства, принявшего содержащиеся в *Руководстве* рекомендации;

ii) если лицо, предоставляющее право, не имеет паспорта, то – имя (фамилия), указанное в действующем национальном удостоверении личности или, при его отсутствии, в действующей карточке социального страхования, которые были выданы лицу, предоставляющему право, правительством государства, принявшего содержащиеся в *Руководстве* рекомендации;

iii) если лицо, предоставляющее право, не имеет действующего паспорта, национального удостоверения личности или карточки социального страхования, – имя (фамилия), указанное в паспорте, который был выдан лицу, предоставляющему право, правительством государства, где обычно проживает это лицо;

c) если лицо, предоставляющее право, не родилось в государстве, принявшем содержащиеся в *Руководстве* рекомендации, но является гражданином этого государства, то именем (фамилией) лица, предоставляющего обеспечительное право, является имя (фамилия), которое указано в свидетельстве о гражданстве лица, предоставляющего право;

d) если лицо, предоставляющее право, не родилось в государстве, принявшем содержащиеся в *Руководстве* рекомендации, и не является его гражданином, то именем (фамилией) этого лица является:

i) имя (фамилия), указанное в действующей визе, выданной лицу, предоставляющему право, правительством государства, принявшего содержащиеся в *Руководстве* рекомендации;

ii) если лицо, предоставляющее право, не имеет действующей визы – имя (фамилия), указанное в действующем паспорте, выданном этому лицу правительством государства, в котором лицо, предоставляющее право, обычно проживает;

iii) если лицо, предоставляющее право, не имеет действующей визы или действующего паспорта – имя (фамилия), указанное в свидетельстве о рождении или в аналогичном документе, выданном этому лицу правительственным учреждением, которое ведает вопросами регистрации рождений в государстве, где родилось лицо, предоставляющее право;

e) в случае когда указанные выше правила не применяются, именем (фамилией) лица, предоставляющего право, является имя (фамилия), указанное в действующих правах водителя автотранспортного средства или в документе о регистрации автотранспортного средства, либо в другом официальном документе, которые были выданы лицу, предоставляющему право, государством, принявшим содержащиеся в *Руководстве* рекомендации; и

f) если имя (фамилия) лица, предоставляющего право, как оно определяется иным образом в соответствии с настоящими правилами, было в юридическом порядке изменено в соответствии с законодательством государства обычного местожительства лица, предоставляющего право, в том числе в результате заключения брака, то именем (фамилией) лица, предоставляющего право, является новое установленное в юридическом порядке имя (фамилия), если такое изменение имени (фамилии) имело место в момент создания обеспечительного права.

71. Если результаты поиска показывают, что одно и то же имя (фамилию) носят несколько лиц, предоставляющих обеспечительное право, адрес лица, предоставляющего право, будет зачастую служить ключом к ответу на вопрос о личности для тех, кто осуществляет поиск информации. В государствах, где несколько лиц носят одно и то же имя (фамилию), представляется целесообразным предусмотреть требование о представлении дополнительной информации, например такой, как дата рождения лица, предоставляющего право. Если в том или ином государстве установлен порядок цифровой идентификации личности его граждан, такой порядок может также использоваться при условии обеспечения частного характера информации и соблюдения мер безопасности государства, принявшего содержащиеся в *Руководстве* рекомендации, а также при условии присвоения альтернативного идентификатора для лиц, предоставляющих право, которые не являются гражданами. Однако если в государстве требуется дополнительная идентификационная информация, то авторы *Руководства* рекомендуют разъяснить в законодательстве последствия в отношении действительности регистрации в результате правильного представления нескольких, но не всех элементов идентификационных данных (см. рекомендацию 59).

iii) Правильный идентификатор для юридических лиц

72. Для корпоративных лиц, предоставляющих право, и других юридических лиц идентификатором лица, предоставляющего право, для целей эффективной регистрации и поиска информации является, как правило, наименование, которое указано в учредительных документах. Это наименование можно, как правило, проверить в публичном реестре корпоративных и коммерческих структур, который ведет каждое государство. Проблем с общими идентификаторами произойти не должно, поскольку для занесения в реестр компаний или коммерческих структур коммерческие наименования обычно

должны носить уникальный характер. Если информация в этом реестре и в реестре обеспечительных прав хранится в электронном формате, то может быть обеспечен общий доступ к обеим базам данных с целью упрощения процесса проверки. Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 60).

iv) Различие между физическими и юридическими лицами

73. Лицу, ходатайствующему о регистрации, как правило, необходимо указать, является ли лицо, предоставляющее право, индивидуальным или физическим лицом, с одной стороны, или юридическим лицом, с другой стороны. Несмотря на возможную различную терминологию, основное различие одно и то же. Точная категоризация имеет исключительно важное значение в силу того, что две категории лиц, предоставляющих право, как правило, фигурируют в раздельных полях для поиска или в книгах регистрационных записей. Поиск в категории юридических лиц не выявит обеспечительное право, зарегистрированное физическим лицом, предоставляющим право, и наоборот. Обеспечение точности имеет особое значение, когда физическое лицо, например Джон Смит, управляет предприятием, которое имеет зарегистрированное наименование “Джон Смит”. Для целей идентификации лица, предоставляющего обеспечительное право в коммерческих активах, правильным является только идентификатор “Джон Смит, Инкорпорейтэд”.

74. Как правило, государства будут также следить за тем, чтобы правила, регулирующие порядок указания идентификаторов лица, предоставляющего право, содержали четкие указания в тех случаях, когда физические лица управляют предприятием, имеющим другое наименование, или товариществом без образования юридического лица. Например, если физическое лицо (например, Джон Смит) управляет предприятием “Смит Пламбинг” без регистрации этого предприятия в качестве компании, единственным правильным идентификатором лица, предоставляющего обеспечительное право, является имя Джон Смит. Однако государства часто предоставляют лицам, ходатайствующим о регистрации, возможность внесения в уведомление коммерческого наименования в качестве наименования лица, предоставляющего право, при условии, что правильным юридическим наименованием является наименование собственника и при условии, что уведомление является недействительным, если в нем указано только коммерческое наименование.

v) Последствия изменения идентификатора лица, предоставляющего право, для действительности регистрации

75. Наименование или другой идентификатор лица, предоставляющего право, могут изменяться после регистрации, например в результате изменения в юридическом порядке имени лица, предоставляющего право, которое является физическим лицом, или консолидации или иных аналогичных актов, в силу которых лицо, предоставляющее право, являющееся юридическим лицом, продолжает свою коммерческую деятельность под иным наименованием. Такое последующее изменение наименования или другого применимого идентификатора лица, предоставляющего право, создает проблемы, связанные с обнаружением ранее зарегистрированных уведомлений. Идентификатор лица, предоставляющего право, является главным критерием для поиска, и поиск по новому идентификатору этого лица не выявит обеспечительного права, зарегистрированного по прежнему наименованию. В этой связи для защиты интересов третьих сторон, которые могут иметь дело с лицом, предоставляющим право, с его новым наименованием, в некоторых государствах обеспеченный кредитор обязан изменить зарегистрированное уведомление для указания нового идентификатора лица, предоставляющего право, до истечения определенного срока. Невыполнение этого

требования делает регистрацию недействительной. Вместе с тем обеспечительное право имеет меньший приоритет по сравнению с правами обеспеченных кредиторов, покупателей, арендаторов и лицензиатов, которые приобретают права в обремененных активах или связанные с ними права после изменения идентификатора, но до регистрации уведомления об изменении. Тем не менее обеспеченный кредитор сохраняет приоритет по отношению к этим категориям конкурирующих заявителей требований, если их права возникли до изменения наименования. Такой подход преследует цель раскрытия информации, с тем чтобы защитить интересы третьих сторон, которые в противном случае могли бы полагаться в ущерб себе на результаты "чистого" поиска по новому наименованию лица, предоставляющего право.

76. Лицо, предоставляющее право, как правило, обязано по соглашению об обеспечении или по закону уведомить обеспеченного кредитора о любом изменении наименования или иного юридического идентификатора. В некоторых государствах льготный период, предоставляемый обеспеченному кредитору для внесения изменений в уведомление, начинает действовать только с того момента, когда обеспеченный кредитор узнает об изменении идентификатора лица, предоставляющего право. В других государствах льготный период начинается с момента изменения наименования. Невнесение изменений в уведомление до истечения льготного периода влечет за собой утрату приоритета в отношении конкурирующих заявителей требования независимо от того, узнал ли обеспеченный кредитор об изменении до истечения этого срока. Такой подход рекомендован в *Руководстве*, поскольку он обеспечивает надлежащее равновесие между правами обеспеченного кредитора и правами третьих лиц, осуществляющих поиск информации, с учетом того, что обеспеченный кредитор может узнать об изменении наименования в любом случае в рамках своей обычной деятельности по контролю (см. рекомендацию 61).

77. Согласно рекомендованному подходу отсутствие регистрации изменения после изменения наименования создает для обеспеченных кредиторов риск утраты приоритета только в том случае, если конкурирующим заявителем требования является покупатель, обеспеченный кредитор, арендатор или лицензиат. Невнесение изменений в уведомление не затрагивает силу обеспечительного права в отношении третьих сторон, приданную ему в результате первоначальной регистрации в отношении кредиторов по решению суда лица, предоставляющего право, или управляющего в деле о несостоятельности. Это происходит, поскольку необеспеченные кредиторы не являются доверчивыми кредиторами в том смысле, что отрицательные результаты поиска в реестре являются необходимым условием для принятия ими решения о предоставлении кредита. Соответственно авторы *Руководства* придерживаются того мнения, что при балансировании прав обеспеченного кредитора и интересов третьих сторон обеспеченный кредитор должен находиться в более привилегированном положении.

vi) Последствия передачи обремененных активов для действительности регистрации

78. Как и в случае изменения первоначального наименования или иного идентификатора лица, предоставляющего право, после передачи этим лицом обремененных активов поиск по наименованию получателя третьими сторонами, имеющими дело с обремененными активами, находящимися во владении получателя, не выявит обеспечительного права, созданного лицом, передающим активы. В этой ситуации некоторые государства используют рекомендованный в *Руководстве* подход в отношении изменения наименования лицом, предоставляющим право, который был описан в предыдущем разделе. В соответствии с этим подходом обеспеченный кредитор должен зарегистрировать изменение с указанием получателя в качестве лица,

предоставляющего право, в установленный срок после передачи с целью сохранения приоритета перед обеспеченными кредиторами и покупателями, которые приобретают права в обремененных активах после передачи. Если изменение было внесено позже установленного срока, это не затрагивает силу обеспечительного права в отношении третьих сторон, приданную ему в результате первоначальной регистрации. Однако права обеспеченного кредитора имеют меньший приоритет, чем приоритет прав кредиторов и покупателей, которые возникают после передачи, но до регистрации изменения.

79. Как и в случае изменения наименования, другие государства придерживаются мнения, что льготный период для регистрации изменения должен начинаться только после того, как обеспеченный кредитор узнает о факте передачи лицом, предоставляющим право, обремененных активов. В основе этого подхода лежит представление о том, что обеспеченный кредитор не может узнать о несанкционированной передаче обремененных активов лицом, предоставляющим право, сразу же после факта передачи, поскольку в отличие от ситуации с изменением наименования лицо, предоставляющее право, может предпринять активные шаги для сокрытия от обеспеченного кредитора факта его несанкционированной деятельности. Однако другие государства считают, что несанкционированная передача лицом, предоставляющим право, осуществляемая в нарушение положений договора об обеспечении, ни в коем случае не должна наносить ущерб статусу приоритета обеспеченного кредитора и что, таким образом, решение обеспеченного кредитора о регистрации изменения для раскрытия наименования получателя в качестве нового лица, предоставляющего право, должно быть строго добровольным. Эти два подхода в различной степени отражают мнение, что в случае несанкционированной передачи права обеспеченных кредиторов должны превалировать над интересами конкурирующих заявителей требования в том, что касается возможности полагаться на результаты “чистого” поиска в реестре по наименованию лица, владеющего обремененными активами.

80. *Руководство* не содержит конкретной рекомендации по этому вопросу, за исключением указания на то, что он должен решаться самими государствами, принявшими содержащиеся в *Руководстве* рекомендации (см. рекомендацию 62). Было сочтено, что каждое государство должно принять решение об использовании надлежащего подхода в контексте своего собственного кредитного рынка и с учетом осознаваемого в местных условиях уровня риска неправомерного поведения лица, предоставляющего право, в форме несанкционированной передачи обремененных активов.

b) Идентификатор обеспеченного кредитора

81. В государствах, в которых ведется общий реестр обеспечительных прав (или любой вид реестра), неизменно действует требование об указании в регистрируемом уведомлении наименования или другого идентификатора и адреса обеспеченного кредитора или его представителя, или назначенного им лица (см. подпункт *a)* рекомендации 57). Однако, поскольку эти данные никогда не служат критерием поиска, ошибки в регистрации не создают такого же риска введения в заблуждение третьих лиц, осуществляющих поиск, как ошибки во внесении идентификационных данных лица, предоставляющего право. С другой стороны, достоверная запись все же имеет большое значение, поскольку она позволяет заинтересованным третьим сторонам, осуществляющим поиск, искать дополнительную информацию, например информацию о том, действительно ли активы лица, предоставляющего право, обременены обеспечительным правом, и подробные данные о финансовых отношениях. Достоверная запись служит также презюмируемым подтверждением того, что обеспеченный кредитор, претендующий впоследствии на приоритет, основанный на уведомлении, действительно является тем

лицом, которое имеет на это право. Соответственно в *Руководстве* содержится рекомендация, согласно которой неверное указание лицом, ходатайствующим о регистрации, идентификатора или адреса обеспеченного кредитора, не влечет за собой недействительность зарегистрированного уведомления, если только оно серьезным образом не вводит в заблуждение действующее разумно лицо, осуществляющее поиск (см. рекомендацию 64).

c) Описание активов, указанных в уведомлении

82. Теоретически при использовании системы регистрации уведомлений идентификация обремененных активов вовсе не требуется, поскольку само существование уведомления, индексированного по имени или другому идентификатору лица, предоставляющего право, является достаточным для предупреждения третьих сторон о возможном наличии обеспечительного права в одних или нескольких активах лица, предоставляющего право. Однако отсутствие какого-либо описания в уведомлении может ограничивать способность лица, предоставляющего право, продать или создать обеспечительное право в активах, которые остаются необремененными. Будущие покупатели и обеспеченные кредиторы потребуют предоставить определенную защиту (например, документ об отказе обеспеченного кредитора от своего права), прежде чем заключать какие-либо сделки, связанные с любыми активами лица, предоставляющего право. Отсутствие описания уменьшит также ценность информации в реестре для управляющих в деле о несостоятельности и кредиторов по решению суда. В этой связи в *Руководстве* рекомендуется включать в регистрируемое уведомление описание обремененных активов (см. подпункт *b)* рекомендации 57).

83. Несмотря на требование об описании обремененных активов, современные режимы регистрации не предусматривают конкретного попредметного описания. Для информационных нужд лиц, осуществляющих поиск, достаточно общего описания (например, “все материальные активы” или “вся дебиторская задолженность”) или даже всеохватывающего описания (например, “все текущие и будущие движимые активы”). В действительности возможность указания только общего описания требуется для обеспечения действительной регистрации обеспечительного права, предоставленного в будущих активах и в оборотных категориях активов, таких как инвентарные запасы или дебиторская задолженность. Такие же соображения лежат в основе рекомендаций *Руководства*, в которых описаны требования, предъявляемые к соглашениям об обеспечении. Соответственно в *Руководстве* содержится рекомендация, согласно которой для регистрируемого уведомления достаточно такое же описание обремененных активов в уведомлении, которое отвечает требованиям к описанию, установленным для соглашений об обеспечении (см. рекомендацию 63), а именно описание, в разумной мере позволяющее идентифицировать обремененные активы (см. подпункт *d)* рекомендации 14). Такой рекомендованный подход повышает также эффективность процесса регистрации, поскольку он позволяет обеспеченным кредиторам только переносить описание из соглашения об обеспечении в регистрируемое уведомление (и наоборот).

84. В отличие от наименования или иного идентификатора лица, предоставляющего право, описание в зарегистрированном уведомлении обремененных активов не является критерием поиска. Соответственно стандарт достоверности описания не столь высок, как в случае идентификатора лица, предоставляющего право. Поскольку цель уведомления заключается в уведомлении третьих сторон, осуществляющих поиск, о возможности востребования обеспечительного права в конкретных активах, основной вопрос состоит в том, смогут ли лица, осуществляющие поиск, несмотря на ошибку, понять, что данное описание охватывает соответствующие активы. В соответствии с этим принципом и подходом, которым обычно руководствуются государства, в которых

ведется общий реестр обеспечительных прав, в *Руководстве* содержится рекомендация, согласно которой неправильное указание данных в описании обремененных активов лицом, ходатайствующим о регистрации, не влечет за собой недействительность зарегистрированного уведомления, если только это в серьезной степени не вводит в заблуждение действующее разумно лицо, осуществляющее поиск (см. рекомендацию 65). Термин “действующее разумно лицо, осуществляющее поиск” указывает на то, что проверка должна быть объективной. Таким образом, основной вопрос заключается в том, не будет ли введение в заблуждение лица, осуществляющего поиск, абстрактным понятием и не должен ли конкурирующий заявитель требования, оспаривающий правильность описания, доказывать, что он действительно был введен в заблуждение. Принятие субъективного подхода может способствовать возникновению спорных ситуаций и проявлению халатности при указании описания.

85. Одним из случаев, когда даже внешне незначительная ошибка в описании может тем не менее повлечь за собой недействительность регистрации, является случай, когда то или иное государство принимает решение о введении дополнительного индивидуального критерия поиска для отдельных видов обремененных активов, основанного на использовании уникального цифрового идентификатора (см. пункты 34 и 35, выше, и 115, ниже). Поскольку в этом случае идентификатор активов служит критерием поиска, для обеспечения достаточности информации в регистрируемом уведомлении очень важно указать идентификатор таким образом, который обеспечивает возможность его получения третьими сторонами, осуществляющими поиск в соответствии с правильным идентификатором.

86. В случае ошибки, достаточной для возбуждения проверки на предмет действительности с целью выявления факта “серьезного введения в заблуждение”, в *Руководстве* содержится рекомендация, согласно которой степень недействительности должна ограничиваться активами, имеющими недостаточное описание, а не распространяться на все уведомление. Таким образом, в той мере, в какой уведомление включает также активы, имеющие надлежащее описание, регистрация должна сохранять свою силу в отношении этих активов, поскольку имеющаяся ошибка не вводит в заблуждение действующих разумно лиц, осуществляющих поиск, в отношении этих активов (см. рекомендацию 65).

d) Срок действия регистрации уведомления и его продление

87. Срок действия обеспеченных сделок по финансированию может существенно различаться. Это, в свою очередь, требует определенной гибкости при решении вопроса о сроке действия зарегистрированных уведомлений, касающихся таких сделок. Необходимую гибкость можно, как правило, обеспечить одним из двух способов. Первый способ заключается в том, чтобы разрешить лицам, ходатайствующим о регистрации, выбирать желаемый срок действия регистрации с правом регистрации дальнейших продлений в случае необходимости. Второй способ заключается в установлении в рамках системы универсального фиксированного срока (например, пять лет) с правом регистрировать продление в течение аналогичных дополнительных сроков. В обоих случаях продление срока регистрации производится путем уведомления об изменении, представляемого в реестр до истечения срока действия уведомления.

88. Что касается среднесрочных и долгосрочных соглашений о финансировании, то первый подход уменьшает для обеспеченных кредиторов риск утратить приоритет в результате непреднамеренного упущения зарегистрировать продление в установленные сроки. Что касается краткосрочных соглашений о финансировании, то второй подход уменьшает для лиц, предоставляющих право, риск, связанный с

тем, что обеспеченные кредиторы, проявляя чрезмерную осторожность, произведут регистрацию на слишком длительные сроки. Для поощрения своевременного аннулирования регистрации в системах, основанных на втором подходе, то или иное государство может не взимать каких-либо сборов за регистрацию уведомления об аннулировании. Кроме того, в целях предотвращения выбора в пользу чрезмерной продолжительности сроков действия регистрации сборы могут устанавливаться на основе прогрессивного тарифа из расчета продолжительности выбранного срока действия регистрации. Некоторые государства могут также выбрать компромиссный вариант. Лица, ходатайствующие о регистрации, могут сами выбирать срок действия регистрации и продлять первоначальный срок действия регистрации при соблюдении максимального предельного срока действия (например, 10 лет), установленного для каждой регистрации или продления. Авторы *Руководства* рекомендуют обеспечить для сторон возможность применения обоих подходов к определению срока действия регистрации (см. рекомендацию 69).

89. Государства, руководствующиеся подходом, связанным с самостоятельным выбором сторон, должны рассмотреть вопрос о последствиях для действительности зарегистрированного уведомления неправильного указания срока действия регистрации лицом, ходатайствующим о регистрации. В *Руководстве* содержится рекомендация, согласно которой такая ошибка не должна повлечь за собой недействительность зарегистрированного уведомления. Однако такое положение может встретить серьезное возражение, связанное с тем, что третьим сторонам, которые полагаются на неверное указание информации, должна быть обеспечена защита (см. рекомендацию 66). Для выяснения вопроса о том, каким образом у третьих сторон может возникнуть доверие к информации, необходимо различать две возможные ситуации.

90. Первая ситуация связана с тем, что лицо, ходатайствующее о регистрации, указывает более короткий срок действия, чем срок, на который он в действительности рассчитывает. В этой ситуации регистрация перестает действовать по истечении указанного срока и обеспечительное право утрачивает свою силу в отношении третьих сторон. Хотя обеспеченный кредитор может восстановить силу обеспечительного права в отношении третьих сторон, она начнет действовать в отношении третьих сторон только с этого момента (см. рекомендацию 47).

91. Вторая ситуация возникает в том случае, когда обеспеченный кредитор указывает более длительный срок, чем срок, на который он в действительности рассчитывает. В этой ситуации каких-либо проблем с защитой интересов третьих сторон, по всей видимости, не возникает. Если обеспечительное право, указанное в уведомлении, действительно прекращает свое действие (например, при погашении обеспеченного обязательства), то тогда его сила в отношении третьих сторон перестает действовать в любом случае. Если, с другой стороны, обеспеченное обязательство еще не погашено, то в этом случае трудно представить, какой ущерб может быть нанесен третьим сторонам в результате неверного указания информации, поскольку зарегистрированное уведомление по-прежнему указывает им на наличие обеспечительного права, и они могут принять меры для защиты от такого риска. В этом случае ошибка обеспеченного кредитора выгодна для него самого. Однако поскольку ущерб третьим сторонам не нанесен, то в таком случае нет необходимости подвергать обеспеченного кредитора штрафным санкциям.

е) Максимальная сумма обеспеченных обязательств

92. Государства расходятся по вопросу о том, должна ли в уведомлении указываться денежная сумма, которая может быть взыскана в силу действия обеспечительного права, указанного в уведомлении. Ни в одном из государств с современным режимом

регистрации не требуется указания фактической суммы обеспеченного обязательства, поскольку такое указание препятствовало бы созданию обеспечительных прав для обеспечения будущих или неопределенных обязательств (см. рекомендацию 16).

93. Однако в некоторых государствах требуется, чтобы в зарегистрированном уведомлении указывалась максимальная сумма, которая может быть взыскана по обеспечительному праву, указанному в уведомлении (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 43–47 и подпункт *e)* рекомендации 14). Подобный подход призван облегчить лицу, предоставляющему право, доступ к обеспеченному финансированию от других кредиторов в тех случаях, когда стоимость активов, обремененных зарегистрированным ранее обеспечительным правом, превышает максимальную сумму, указанную в уведомлении. Такой подход базируется на предположении, что остаточная стоимость обремененных активов позволит лицу, предоставляющему право, получить кредит из других источников, даже если такой кредит будет обеспечен обеспечительным правом с более низким приоритетом, чем приоритет обеспечительного права, служащего обеспечением первоначально предоставленного кредита. Он также базируется на предположении, что лицо, предоставляющее право, будет располагать достаточными возможностями для достижения договоренности о том, что первый зарегистрированный обеспеченный кредитор не будет регистрировать чрезмерно максимальную сумму. В государствах, которые следуют такому подходу, приоритет обеспечительного права, к которому относится уведомление, перед последующими обеспечительными правами ограничивается максимальной суммой, указанной в уведомлении.

94. В других государствах указывать максимальную сумму в зарегистрированном уведомлении не требуется. Первый зарегистрированный обеспеченный кредитор имеет приоритет по отношению ко всем его будущим платежам лицу, предоставляющему право, без ограничения суммы, при условии что при использовании первого подхода будущие обязательства прямо покрываются либо действующим, либо будущим соглашением об обеспечении. В соответствии с этим подходом более поздний обеспеченный кредитор не будет готов предоставить кредит против существующей остаточной стоимости обремененных активов, поскольку первый зарегистрированный обеспеченный кредитор будет сохранять приоритет в отношении предоставления им любого более позднего кредита против такой остаточной стоимости. В государствах, следующих такому подходу, существует опасение, что требование о регистрации максимальной суммы: *a)* ограничит размер кредита, который можно получить от первоначального обеспеченного кредитора; или *b)* будет неэффективным на практике, поскольку первоначальный обеспеченный кредитор просто потребует у лица, предоставляющего право, дать согласие на чрезмерную максимальную сумму для покрытия всех возможных будущих случаев предоставления кредита. Такой подход базируется на предположениях о том, что: *a)* первый обеспеченный кредитор является либо оптимальным долгосрочным источником финансирования, либо более вероятным кредитодателем, особенно для малых начинающих предприятий, если ему известно, что он будет пользоваться первоочередным приоритетом в отношении потребностей лица, предоставляющего право, в будущем финансировании; *b)* лицо, предоставляющее право, не будет иметь достаточных переговорных возможностей для того, чтобы требовать у первого зарегистрированного обеспеченного кредитора указать в регистрируемом уведомлении реалистичную максимальную сумму; и *c)* последующий кредитор, к которому лицо, предоставляющее право, обращается за финансированием, будет в состоянии заключить с первым зарегистрированным обеспеченным кредитором соглашение о субординации в отношении кредита, предоставляемого на основе фактической стоимости обремененных активов, превышающей стоимость обременения.

95. В *Руководстве* признается, что оба подхода имеют свои преимущества, и рекомендуется, чтобы государства придерживались политики, которая в наибольшей

степени соответствует эффективной финансовой практике, сложившейся в том или ином государстве, и, в частности, предположениям кредитного рынка, лежащим в основе каждого из подходов (см. подпункт *d)* рекомендации 57).

96. Государствам, в которых вводится требование об указании в регистрируемом уведомлении максимальной суммы, будет необходимо рассмотреть вопрос о последствиях ошибки в указании такой суммы, допущенной лицом, ходатайствующим о регистрации. Что касается этого вопроса, то в соответствии с подходом государств, в которых уже действует такое требование, в *Руководстве* рекомендуется, чтобы неверное указание суммы не влекло за собой недействительность зарегистрированного уведомления, за исключением случая, когда оно вводит в заблуждение третьи стороны (см. рекомендацию 66). В этом случае проверка того, серьезным ли образом допущенная ошибка вводит в заблуждение, является субъективной; т. е. третьей стороне, оспаривающей действительность уведомления на основании наличия ошибки, будет необходимо доказать, что эта ошибка действительно ввела ее в заблуждение. В данном случае субъективность проверки оправданна, поскольку цель требования об указании максимальной суммы заключается в том, чтобы обеспечить лицу, предоставляющему право, возможность искать дополнительное финансирование на основе остаточной стоимости активов, уже обремененных обеспечительным правом, не вызывая у третьей финансирующей стороны опасений по поводу того, что стоимость ее обеспечительного права может быть уменьшена в результате более позднего предоставления кредита первым зарегистрированным обеспеченным кредитором.

97. При определении того, какая ошибка в указании максимальной суммы может причинить ущерб третьим сторонам, которые доверились этой информации, следует различать две ситуации. Первая ситуация возникает тогда, когда сумма, указанная в уведомлении, превышает максимальную сумму, фактически согласованную в соглашении об обеспечении. В данном случае третьей стороне вряд ли грозит ущерб, поскольку ее решение о предоставлении кредита, как правило, будет основываться на сумме, указанной в зарегистрированном уведомлении. Кроме того, в этой ситуации лицо, предоставляющее право, может потребовать у первого зарегистрированного обеспеченного кредитора внести изменения в уведомление для исправления суммы, с тем чтобы он мог получить финансирование против подлинной стоимости необремененных активов лица, предоставляющего обеспечительное право. Вторая ситуация возникает тогда, когда сумма, указанная в уведомлении, меньше суммы, согласованной в соглашении об обеспечении. Такая ситуация действительно может ввести в заблуждение третью финансирующую сторону. Соответственно если последующий обеспеченный кредитор регистрирует обеспечительное право и предоставляет кредит, то первый обеспеченный кредитор будет, как правило, иметь право привести в исполнение свое обеспечительное право в отношении третьей стороны только в размере суммы, указанной в зарегистрированном уведомлении.

6. Заблаговременная регистрация и одна регистрация нескольких обеспечительных прав

98. Как отмечалось выше, в рамках системы регистрации уведомления зарегистрированное уведомление не зависит от соглашения об обеспечении и для регистрации уведомления лицу, ходатайствующему о регистрации, не нужно представлять подтверждающих обеспечение документов или иных свидетельств наличия регистрируемого обеспечительного права. Таким образом, регистрация уведомления устраняет любые препятствия на пути регистрации до заключения соглашения об обеспечении или когда для создания обеспечительного права требуется какой-либо дополнительный акт (например, передача владения активами обеспеченному кредитору) до создания обеспечительного права (т. е. “заблаговременная регистрация”). Соответственно во многих

государствах, в которых действует система регистрации уведомления, регистрация может производиться до или после заключения соглашения об обеспечении. Поскольку система регистрации уведомлений устраняет любую практическую необходимость в существовании однозначной взаимосвязи между регистрацией и соглашением об обеспечении, в государствах, в которых принят такой подход, обычно также предусмотрено, что регистрации одного уведомления достаточно для придания силы обеспечительным правам в активах, указанных в уведомлении, в отношении третьих сторон независимо от того, созданы ли эти права одним соглашением об обеспечении или несколькими не связанными между собой соглашениями об обеспечении между одними и теми же сторонами, даже если эти соглашения были заключены в различное время.

99. Заблаговременная регистрация имеет несколько важных преимуществ. Во первых, она облегчает лицу, предоставляющему право, доступ к кредиту, поскольку она позволяет обеспеченному кредитору, с которым лицо, предоставляющее право, заключает соглашение об обеспечении, установить свой приоритет по отношению к другим обеспеченным кредиторам согласно общему правилу приоритетов в пользу того, кто зарегистрировался первым, не заботясь о временной последовательности регистрации и формальном подписании соглашения об обеспечении. Например, заблаговременная регистрация освобождает от риска, связанного с тем, что обеспеченный кредитор B получит приоритет в силу регистрации до подписания соглашения об обеспечении между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором A, но после того, как обеспеченный кредитор A произведет регистрацию. Он также освобождает от риска недействительности регистрации в тех случаях, когда основное соглашение об обеспечении имеет технические недостатки в момент регистрации, но впоследствии исправляются. Кроме того, она придает большую гибкость финансовым отношениям между сторонами, поскольку она позволяет им скорректировать условия соглашения об обеспечении и заключать новые соглашения об обеспечении, основанные на тех же обремененных активах, без регистрации новых уведомлений при появлении у лица, предоставляющего право, новых финансовых потребностей.

100. В государствах, в которых ведется общий реестр обеспечительных прав, обычно применяется подход, согласно которому уведомление можно также регистрировать до создания обеспечительного права, указанного в уведомлении. Поскольку обеспечительное право может создаваться в конкретных активах, только если лицо, предоставляющее право, владеет этими активами или имеет права в них, заблаговременная регистрация создания обеспечительного права является действительной регистрацией обеспечительных прав в будущих активах. Любое другое правило потребовало бы регистрировать новое уведомление каждый раз, когда лицо, предоставляющее право, приобретает новые активы, что делает невозможным с административной точки зрения финансирование против обеспечения будущими активами, включая инвентарные запасы и дебиторскую задолженность.

101. В связи с вышеуказанным в *Руководстве* рекомендуется считать регистрацию уведомления действительным для придания обеспечительным правам силы в отношении третьих сторон независимо от того, производится ли эта регистрация до или после заключения первоначального соглашения об обеспечении или создания обеспечительных прав в соответствии с таким соглашением или любыми иными соглашениями об обеспечении, которые могут быть заключены между одними и теми же сторонами и которые охватывают обремененные активы, указанные в уведомлении (см. рекомендации 67 и 68).

7. Срок действия регистрации уведомления или изменения

102. Действует общее правило, согласно которому приоритет конкурирующих обеспечительных прав, которым была придана сила в отношении третьих сторон исключи-

тельно путем регистрации, определяется очередностью регистрации (см. подпункт *a)* рекомендации 76). Из этого следует, что срок вступления в силу регистрации имеет исключительно важное значение для определения приоритета конкурирующих обеспечительных прав. Если обеспечительное право уже существует, то момент, когда регистрация приобретает юридическую силу, может также иметь весьма важное значение для урегулирования связанных с приоритетом коллизий между обеспеченным кредитором и покупателем или арендатором обремененных активов или между необеспеченными кредиторами лица, предоставляющего право, и управляющим в деле о несостоятельности.

103. При использовании системы регистрации, которая разрешает лицам, ходатайствующим о регистрации, представлять в реестр уведомления в бумажной форме (даже направлять их по факсу) или по телефону (в отличие от прямого электронного ввода или в качестве альтернативы ему), будут неизбежно иметь место определенные задержки между временем получения уведомления регистрационным органом и временем занесения информации об уведомлении в реестр сотрудниками реестра, чтобы эту информацию могли найти третьи стороны. В связи с этой задержкой во времени возникает вопрос о том, когда регистрация должна считаться вступившей в силу: когда уведомление поступает в регистрационный орган или когда информация становится доступной для лиц, ведущих поиск? Для решения этого вопроса во многих государствах предусмотрено, что риск утраты приоритета в результате задержки во времени несет обеспеченный кредитор, а не третьи лица, ведущие поиск. В этих государствах действует принцип, согласно которому действительный момент регистрации должен совпадать с моментом появления у лиц, осуществляющих поиск, возможности получить информацию, указанную в уведомлении. Надежность реестра пострадает, если лица, осуществляющие поиск, должны искать нужное им уведомление, которое не доступно для публичного поиска. Считается также, что обеспеченный кредитор находится в более выгодном положении для принятия мер по своей защите, чем третьи стороны (например, посредством прекращения кредитования до того момента, когда уведомление станет доступным). В любом случае структура и функционирование современного реестра обеспечительных прав должны обеспечивать оперативную и эффективную процедуру регистрации, которая позволяет сводить задержки к минимуму.

104. При использовании полностью электронной системы, которая функционирует без вмешательства сотрудников реестра, внесение уведомления в реестр и обеспечение его доступности для лиц, осуществляющих поиск, происходят практически одновременно, и поэтому проблемы задержки во времени между представлением и доступностью для третьих сторон практически отсутствуют.

105. В этой связи авторы *Руководства* исходят из того, что фактическим моментом регистрации является момент, когда третьи лица, осуществляющие поиск, могут найти уведомление (см. рекомендацию 70).

8. Разрешение на регистрацию

106. Во многих государствах регистрация уведомления вступает в силу только тогда, когда она производится самим лицом, предоставляющим право (что весьма редко), или с согласия этого лица. Однако в этих государствах обычно предусмотрено, что обеспеченному кредитору не нужно получать письменного разрешения лица, предоставляющего право, в момент или до момента регистрации или предъявлять в реестр доказательства того, что согласие получено. Применение такого подхода объясняется тем, что предоставление возможности получать разрешение либо до, либо после регистрации

существенно уменьшает задержки и расходы при регистрации, а также риск того, что технические ошибки могут иным образом нанести ущерб силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, приданной этому праву в результате регистрации (см. подпункт *d)* рекомендации 54). Кроме того, получение отдельного письменного согласия лица, предоставляющего право, не требуется, поскольку считается, что разрешение подразумевается тем фактом, что стороны заключили соглашение об обеспечении. Как об этом говорится в следующем разделе настоящей главы, если стороны не заключили соглашения об обеспечении, то современные режимы позволяют лицу, предоставляющему право, требовать аннулирования регистрации посредством использования упрощенной судебной или административной процедуры, а другое законодательство может предусматривать штрафные санкции за случаи мошеннической регистрации. Соответственно практический результат во многом аналогичен результату в государствах, в которых не предусмотрено прямого требования о получении у лица, предоставляющего право, официального письменного разрешения (при том предположении, что соглашение об обеспечении представляет собой такое согласие). Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 71).

9. Аннулирование или изменение зарегистрированного уведомления

a) Аннулирование или изменение в обязательном порядке

107. По соображениям безопасности во многих государствах предусмотрено, что только обеспеченный кредитор (или уполномоченный им представитель) имеет право аннулировать или изменять регистрацию. Однако регистрация, которая фактически не представляет существующего или потенциального обеспечительного права, может нанести ущерб способности лица, поименованного в уведомлении в качестве лица, предоставляющего право, продавать или создавать обеспечительное право в активах, указанных в уведомлении. Поэтому представляется исключительно важным обеспечить, чтобы зарегистрированные уведомления аннулировались или изменялись как можно скорее в тех случаях, когда: *a)* никакого соглашения об обеспечении не существует и не предусматривается; или *b)* обеспечительное право исчерпано в результате полного и окончательного удовлетворения обеспеченного обязательства; или *c)* в зарегистрированном уведомлении содержится информация, на которую лицо, предоставляющее право, разрешение не давало (например, описание активов в уведомлении может быть слишком широким и включать элементы или виды активов, которые не предназначены служить объектом какого-либо фактического или планируемого соглашения об обеспечении между сторонами).

108. Для защиты интересов лиц, предоставляющих право, в таких обстоятельствах в ряде государств лицу, предоставляющему право, разрешается направлять обеспеченному кредитору письменное требование об аннулировании или изменении регистрации, с тем чтобы она отражала фактическое состояние их отношений. Обеспеченный кредитор обязан зарегистрировать уведомление об аннулировании или изменении, в зависимости от обстоятельств, в течение установленного срока (например, в течение 20–30 дней) после получения такого требования. Если обеспеченный кредитор не делает этого, то лицо, предоставляющее обеспечительное право, может потребовать аннулирования или изменения уведомления в рамках упрощенных административных или, что встречается реже, судебных процедур (см. рекомендации 72 и 74). Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве.* В этих государствах, если обеспеченный кредитор не получает судебного решения об ином, неисполнение дает право лицу, предоставляющему право, потребовать от регистрационного органа зарегистрировать

аннулирование или изменение, представив регистрационному органу доказательства того, что он направил требование и что это требование не было исполнено, и затем направить соответствующее уведомление обеспеченному кредитору. В некоторых из этих государств лицу, предоставляющему право, даже разрешается аннулировать или изменять регистрацию в одностороннем порядке, хотя оно при этом несет ответственность за ущерб, причиненный в случае несоблюдения требуемых процедур направления требования.

b) Удаление и архивирование аннулированных уведомлений

109. Как только срок действия зарегистрированного уведомления истекает или оно аннулируется, это уведомление, как правило, оперативно удаляется из общедоступных для поиска регистрационных записей. Однако информация, содержащаяся в истекшем или аннулированном уведомлении, и факт истечения срока или аннулирования архивируются, с тем чтобы в случае необходимости их можно было найти. Эта информация может оказаться необходимой, например, для установления приоритета зарегистрированного обеспечительного права в конкретный момент. В *Руководстве* рекомендуется именно такой подход к удалению и архивированию аннулированных уведомлений (см. рекомендацию 74).

c) Изменения

110. Как уже говорилось выше (см. пункты 75–77), обеспеченные кредиторы должны регистрировать изменения, касающиеся последующего изменения идентификатора лица, предоставляющего право, для сохранения приоритета в отношении обеспеченных кредиторов и покупателей, имеющих дело с обремененными активами после такого изменения. Напротив, хотя в большинстве государств обеспеченному кредитору и разрешается изменять зарегистрированное уведомление для раскрытия информации об изменении его идентификатора, зарегистрированное уведомление сохраняет свою юридическую силу, даже если изменение не вносится. Это происходит, поскольку в отличие от идентификатора лица, предоставляющего право, идентификатор обеспеченного кредитора не является критерием поиска. Таким образом, изменение идентификатора обеспеченного кредитора не влияет на способность третьих лиц, осуществляющих поиск, получить доступ к уведомлению.

111. Однако, даже несмотря на факультативный характер, регистрация обеспеченным кредитором изменения своего идентификатора, указанного в первоначальном зарегистрированном уведомлении, является, как правило, благоразумным шагом. Если изменение связано с изменением идентификатора или адреса, то отсутствие регистрации такого изменения подвергнет обеспеченного кредитора риску, связанному с тем, что он не будет получать уведомлений от третьих сторон в отношении обеспечительного права, указанного в зарегистрированном уведомлении. Если последующее изменение является результатом передачи первоначального обеспеченного обязательства, то непроведение новым обеспеченным кредитором регистрации изменения означает, что первоначальный обеспеченный кредитор сохраняет юридическое право на изменение регистрационной записи. Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 75).

112. Совершенно иная ситуация возникает тогда, когда обеспечительное право не зарегистрировано или иным образом приобрело силу в отношении третьих сторон в момент уступки обеспеченного обязательства и сопутствующего обеспечительного

права новому обеспеченному кредитору. В этом случае цессионарию потребуется зарегистрировать уведомление для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон. Есть все основания полагать, что в уведомлении цессионарий может квалифицироваться в качестве обеспеченного кредитора. Другими словами, у лица, ходатайствующего о регистрации, нет необходимости в первоочередной регистрации от имени первоначального обеспеченного кредитора.

113. Если финансовые потребности лица, предоставляющего право, изменяются после заключения первоначального соглашения об обеспечении, лицо, предоставляющее право, может дать согласие на создание обеспечительного права в дополнительных активах. В интересах обеспечения гибкости система регистрации может допускать внесение изменений в текст зарегистрированного уведомления, с тем чтобы добавить в регистрационную запись описание новых обремененных активов вместо того, чтобы предусматривать обязательность регистрации нового уведомления. Однако изменение в отношении новых обремененных активов вступает в силу только с момента его регистрации, в результате чего оно не наносит ущерба правам третьих сторон, приобретенным в дополнительных активах до регистрации изменения.

114. Совершенно иная ситуация возникает тогда, когда изменение отражает новые активы в форме поступлений от первоначальных обремененных активов. Если изменение вносится до истечения установленного срока временного автоматического приобретения силы в отношении третьих сторон, обеспечительное право в поступлениях приобретает силу в отношении третьих сторон с момента регистрации первоначального уведомления (см. главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 92–93).

115. Если описание в первоначальных регистрационных записях охватывает будущие активы, то регистрация изменения, как правило, не нужна. Однако если система регистрации предусматривает регистрацию дополнительных активов в отношении будущих серийно пронумерованных товаров (см. пункты 34, 35 и 85, выше), то в регистрационную запись будет необходимо внести изменение, с тем чтобы отразить новые серийные номера с целью придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон.

116. Если обеспеченный кредитор соглашается субординировать зарегистрированное обеспечительное право праву другого кредитора, то для сохранения действительности регистрации регистрация изменения, касающаяся такой субординации, в принципе не требуется. Поскольку субординация затрагивает только вопрос приоритета соответствующих сторон в отношении друг друга, такой подход не наносит ущерба правам третьих сторон.

10. Специализированные реестры

117. Если регистрация обеспечительного права производится в специальном реестре, то в этом случае применяются многие из тех принципов, которые были рассмотрены в настоящей главе. Вместе с тем, поскольку цели и организация специальных реестров, а также управление ими неодинаковы в различных государствах, а иногда и в различных реестрах, в *Руководстве* не содержится специальных рекомендаций в отношении их структуры и функционирования. Тем не менее государства, возможно, пожелают при создании или реформировании общего реестра обеспечительных прав одновременно реформировать и свои специальные реестры для обеспечения аналогичного уровня современного и эффективного функционирования, например путем применения системы регистрации уведомлений для регистрации обеспечительных прав (см. также главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 75–82).

B. Рекомендации 54–75

Цель

Цель положений о системе регистрации состоит в создании общего реестра обеспечительных прав и регулировании его функций. Цель системы регистрации заключается в том, чтобы обеспечить наличие:

a) метода, с помощью которого действующее или будущее обеспечительное право в существующих или будущих активах лица, представляющего право, могло иметь силу в отношении третьих сторон;

b) эффективной исходной основы для применения правил определения приоритета исходя из времени регистрации уведомления в отношении обеспечительного права; и

c) объективного источника информации для третьих сторон, имеющих дело с активами лица, предоставляющего право (например, будущих обеспеченных кредиторов и покупателей, кредиторов, действующих на основании судебного решения, и управляющего в деле о несостоятельности лица, предоставляющего право), о возможном обременении этих активов обеспечительным правом.

Для достижения этой цели система регистрации должна быть построена таким образом, чтобы процесс регистрации и поиска был простым, оперативным, экономичным, удобным для пользователя и общедоступным.

Функциональная основа процессов регистрации и поиска

54. В законодательстве следует предусмотреть:

a) общедоступность четких и ясных инструкций в отношении процедур регистрации и поиска и широкое распространение информации о наличии и роли реестра;

b) осуществление регистрации посредством регистрации уведомления, содержащего информацию, указанную в рекомендации 57, а не предъявления требования о представлении оригинала или копии соглашения об обеспечении или иного документа;

c) разрешение внесения в реестр уведомления, представленного с использованием разрешенного средства связи (например, в бумажной, электронной форме), за исключением случаев, когда:

i) оно не сопровождается уплатой требуемого сбора;

ii) оно не обеспечивает идентификатора лица, предоставляющего право, достаточного для проведения индексации; или

iii) в нем не содержится определенная информация в отношении какого-либо из других пунктов, требуемых согласно рекомендации 57;

d) запрещение лицу, производящему регистрацию, требовать удостоверение личности лица, ходатайствующего о регистрации, проверять наличие разрешения на регистрацию уведомления или проводить дальнейшую проверку содержания уведомления;

e) централизованный характер внесения в реестр записей, который включает все уведомления об обеспечительных правах, зарегистрированных согласно этому законодательству;

f) общедоступность информации, включенной в реестр записей;

g) освобождение лица, ведущего поиск, от необходимости обосновывать причины такого поиска;

h) индексацию уведомлений и возможность их поиска по идентификатору лица, предоставляющего право;

i) установление сборов за регистрацию и поиск информации, если таковые предусмотрены, в размере, не превышающем сумму, позволяющую окупать издержки;

j) по возможности, электронную систему регистрации. В частности:

i) хранение уведомлений в электронной форме в компьютерной базе данных;

ii) прямой доступ лиц, ходатайствующих о регистрации, и лиц, ведущих поиск, к реестру записей с помощью электронных или аналогичных средств, включая Интернет и электронную систему обмена данными;

iii) программирование системы таким образом, чтобы свести к минимуму риск ввода неполной или не относящейся к делу информации; и

iv) программирование системы таким образом, чтобы содействовать оперативному поиску и полному получению информации и сводить к минимуму практические последствия человеческой ошибки;

k) предоставление лицам, ходатайствующим о регистрации, возможности выбирать из нескольких режимов и пунктов доступа к реестру; и

l) непрерывное функционирование реестра, если он ведется в электронной форме, за исключением планового технического обслуживания, и надежное и последовательное функционирование в рабочее время с учетом потребностей потенциальных пользователей реестра, если он ведется в неэлектронной форме.

Защита и целостность реестра

55. В целях обеспечения защиты и целостности реестра в законодательстве следует предусмотреть следующие функциональные и юридические принципы реестра:

a) хотя функции повседневного функционирования реестра могут быть делегированы частному органу, государство продолжает нести ответственность за обеспечение его работы в соответствии с регламентирующей нормативной базой;

b) личные данные о лице, ходатайствующем о регистрации, запрашиваются и вносятся в реестр[1];

c) лицо, ходатайствующее о регистрации, обязано направлять копию уведомления упомянутому в уведомлении лицу, предоставляющему право. Невыполнение обеспеченным кредитором этого обязательства может повлечь за собой взимание только номинальных пени и любых убытков, вытекающих из такого неисполнения, которые могут быть доказаны;

d) регистрационный орган обязан незамедлительно направлять копию любых изменений, внесенных в зарегистрированное уведомление, лицу, указанному в уведомлении в качестве обеспеченного кредитора;

e) лицо, ходатайствующее о регистрации, может сразу же после ввода регистрационной информации в реестр ознакомиться с регистрационной записью; и

f) вся внесенная в реестр информация хранится в нескольких копиях и все регистрационные записи могут быть восстановлены в случае утраты или ущерба.

Ответственность за утрату или ущерб

56. В законодательстве следует предусмотреть распределение ответственности за утрату или ущерб, причиненные ошибкой в управлении или эксплуатации системы регистрации и поиска. Если такая система допускает прямую регистрацию и поиск информации пользователями реестра без вмешательства со стороны персонала регистрационного органа, то ответственность регистрационного органа должна быть ограничена ответственностью за сбои в работе системы.

Требуемое содержание уведомления

57. В законодательстве следует предусмотреть, что в уведомлении должна указываться только следующая информация:

---

[1] В отношении проверки удостоверения личности лица, ходатайствующего о регистрации, см. подпункт *d)* рекомендации 54.

a) идентификатор лица, предоставляющего право, с соблюдением стандартов, предусмотренных в рекомендациях 58–60, и сведения об обеспеченном кредиторе или его представителе, а также их адреса;

b) описание активов, охватываемых уведомлением, с соблюдением стандартов, предусмотренных в рекомендации 63;

c) срок регистрации, как это предусмотрено в рекомендации 69; и

d) если государство определяет, что для содействия вспомогательному кредитованию, возможно, полезно указать в уведомлении максимальную денежную сумму, которая может быть взыскана в связи с данным обеспечительным правом, – указание этой максимальной суммы.

Достаточность идентификатора лица, предоставляющего право

58. В законодательстве следует предусмотреть, что уведомление имеет силу только в том случае, если в нем указан правильный идентификатор лица, предоставляющего право, или, в случае приведения неправильных сведений, если данное уведомление можно извлечь посредством поиска регистрационной записи по правильному идентификатору.

59. В законодательстве следует предусмотреть, что если лицо, предоставляющее право, является физическим лицом, то его идентификатором для целей эффективной регистрации является фамилия лица, предоставляющего право, как она указана в соответствующем официальном документе. Если необходимо однозначно идентифицировать лицо, предоставляющее право, следует установить требование о введении дополнительной информации, например даты рождения или номера удостоверения личности.

60. В законодательстве следует предусмотреть, что если лицо, предоставляющее право, является юридическим лицом, то его идентификатором для целей эффективной регистрации является наименование, указанное в учредительных документах данного юридического лица.

Последствия изменения идентификатора лица, предоставляющего право, для действительности регистрации

61. В законодательстве следует предусмотреть, что если после регистрации уведомления изменяется использованный в уведомлении идентификатор лица, предоставляющего право, и, как следствие этого, идентификатор этого лица не соответствует стандартам, предусмотренным в рекомендациях 58–60, то обеспеченный кредитор может внести изменение в зарегистрированное уведомление с целью представить новый идентификатор в соответствии с этими стандартами. Если обеспеченный кредитор не зарегистрирует изменение в течение [короткого срока, который будет указан] дней после изменения, обеспечительное право утрачивает силу в отношении:

a) конкурирующего обеспечительного права, в отношении которого уведомление зарегистрировано или которому иным образом была придана сила в отношении третьих сторон до регистрации подобного изменения; и

b) лица, которое приобретает, арендует или лицензирует обремененные активы до регистрации подобного изменения.

Последствия передачи обремененных активов для действительности регистрации

62. В законодательстве следует рассмотреть вопрос о последствиях передачи обремененных активов для действительности регистрации.

Достаточность описания активов, указанных в уведомлении

63. В законодательстве следует предусмотреть, что описание активов, указанных в уведомлении, является достаточным, если оно отвечает требованиям, указанным в подпункте *d)* рекомендации 14 (глава II о создании обеспечительного права).

Последствия неправильного указания или недостаточного описания

64. В законодательстве следует предусмотреть, что неправильное указание лицом, ходатайствующим о регистрации, идентификатора или адреса обеспеченного кредитора или его представителей, либо описание обремененных активов, которое не отвечает требованиям рекомендации 63, не влечет за собой недействительность зарегистрированного уведомления, если только оно серьезным образом не вводит в заблуждение действующее разумно лицо, осуществляющее поиск.

65. В законодательстве следует предусмотреть, что описание определенных обремененных активов, которое не отвечает требованиям рекомендации 63, не влечет за собой недействительность зарегистрированного уведомления в отношении других активов, описание которых является достаточным.

66. В законодательстве следует предусмотреть, что неправильное указание в уведомлении данных в отношении срока действия регистрации и максимальной суммы обеспечения, если таковая предусмотрена, не влечет за собой недействительности зарегистрированного уведомления. Третьи стороны, которые положились на такое неправильное указание данных, должны иметь соответствующую защиту.

Время регистрации

67. В законодательстве следует предусмотреть, что уведомление, касающееся обеспечительного права, может быть зарегистрировано до или после:

a) создания обеспечительного права; или

b) заключения соглашения об обеспечении.

Достаточность одного уведомления о нескольких обеспечительных правах, вытекающих из нескольких соглашений между одними и теми же сторонами

68. В законодательстве следует предусмотреть, что регистрация одного уведомления является достаточной для придания силы одному или нескольким обеспечительным правам в отношении третьих сторон, независимо от того, существуют обеспечительные права в момент регистрации или создаются позднее, и независимо от того, вытекают они из одного или нескольких соглашений об обеспечении между одними и теми же сторонами.

Срок действия регистрации уведомления и его продление

69. В законодательстве следует либо указать срок действия регистрации уведомления, либо предусмотреть возможность указания лицом, ходатайствующим о регистрации, этого срока в уведомлении в момент регистрации и продления его в любое время до истечения его срока действия. В каждом случае обеспеченный кредитор должен иметь право на продление срока действия регистрации посредством представления уведомления об изменении в регистрационный орган в любой момент до истечения срока действия этого уведомления. Если в законодательстве предусмотрен срок действия регистрации, то период продления в результате регистрации уведомления об изменении должен составлять дополнительный период времени, равный первоначальному периоду. Если лицо, ходатайствующее о регистрации, имеет согласно законодательству право указывать срок действия регистрации, то период продления этого срока должен указываться в уведомлении об изменении.

Время вступления в силу регистрации уведомления или изменения

70. В законодательстве следует предусмотреть, что регистрация уведомления или изменения вступает в силу с момента, когда информация, содержащаяся в уведомлении или изменении, вносится в регистрационную запись, чтобы она стала доступной для лиц, ведущих поиск в регистрационных записях.

Разрешение на регистрацию

71. В законодательстве следует предусмотреть, что регистрация уведомления имеет силу только в случае письменного разрешения лица, предоставляющего право. Разрешение может быть дано до регистрации или после нее. Достаточным разрешением для регистрации является письменное соглашение об обеспечении. Действительность регистрации не зависит от личности лица, ходатайствующего о регистрации.

Аннулирование или изменение уведомления

72. В законодательстве следует предусмотреть, что, если соглашение об обеспечении не заключено, если обеспечительное право утрачивает силу в результате полной выплаты долга или по какой-либо иной причине или если лицо, предоставляющее право, не дало разрешения на регистрацию уведомления:

a) обеспеченный кредитор обязан представить в регистрационный орган уведомление об аннулировании или изменении, в той мере, в какой это целесообразно, в отношении соответствующего зарегистрированного уведомления не позднее, чем в течение [короткого срока, который будет указан] дней после получения обеспеченным кредитором письменной просьбы лица, предоставляющего право;

b) лицо, предоставляющее право, может потребовать аннулирования уведомления или внесения в него соответствующего изменения посредством упрощенной судебной или административной процедуры;

c) лицо, предоставляющее право, может потребовать аннулирования уведомления или внесения в него соответствующего изменения, как это предусмотрено в подпункте *b)*, даже до истечения срока, предусмотренного в подпункте *a)*, при наличии надлежащих механизмов для защиты обеспеченного кредитора.

73. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор вправе в любой момент представить в регистрирующий орган уведомление об аннулировании или изменении, в той мере, в какой это целесообразно, в отношении соответствующего зарегистрированного уведомления.

74. В законодательстве следует предусмотреть, чтобы вскоре после истечения срока действия зарегистрированного уведомления, как это предусмотрено в рекомендации 69, или его аннулирования, как это предусмотрено в рекомендациях 70 или 73, содержащаяся в уведомлении информация должна удаляться из общедоступных регистрационных записей. Однако информацию, содержащуюся в истекшем, аннулированном или измененном уведомлении, и сведения о факте истечения срока, аннулирования или внесения изменения следует хранить в архиве, с тем чтобы ее можно было извлечь в случае необходимости.

75. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае уступки обеспеченного обязательства в уведомление могут вноситься изменения, отражающие наименование нового обеспеченного кредитора. Тем не менее уведомление без внесения таких изменений остается в силе.

V. Приоритет обеспечительного права

A. Общие замечания

1. Введение

1. Понятие приоритета образует сердцевину любого действенного режима регулирования обеспеченных сделок. Оно является основным средством, с помощью которого государство разрешает споры между конкурирующими заявителями требований в отношении активов лица, предоставляющего право. Это понятие отражено в совокупности принципов и правил, регулирующих степень, в которой обеспеченный кредитор может получить экономическую выгоду от своего права в обремененном активе в преференциальном порядке по отношению к любому другому конкурирующему заявителю требований, который получает свои права в этом активе от того же самого предоставляющего право лица.

2. Логику и пределы понятия приоритета легче понять на фоне общих норм права какого-либо государства, касающихся взаимоотношений между должником и кредитором. В некоторых государствах нормы права, касающиеся взаимоотношений между должником и кредитором, прямо не затрагивают взаимоотношений между различными кредиторами должника; эти нормы касаются только взаимоотношений между должником и конкретным кредитором. В случае неисполнения обязательства кредитор может заручиться судебным решением в отношении своего должника, а затем просто изъять и продать активы должника (а если он не является лицом, предоставляющим право, то активы лица, предоставляющего право) для возмещения требующейся суммы на основании решения суда. В этих государствах, согласно их общим нормам права, регулирующим взаимоотношения между должником и кредитором, понятие приоритета (т. е. какой из двух или более заявителей требований имеет преимущественное право на получение экономической выгоды от своего права в каком-либо активе) имеет значение только тогда, когда конкурирующий заявитель требования оспаривает право обеспеченного кредитора на реализацию своего обеспечительного права в одном или нескольких активах его должника. Это может происходить, например, в том случае, когда кредитор изымает имущество, которое было найдено в помещениях его должника, но которое может фактически принадлежать какой-либо третьей стороне.

3. Однако в большинстве государств нормы права, регулирующие взаимоотношения между должником и кредитором, сформулированы более широко и обеспечивают также бóльшую ясность относительно того, каким образом следует регулировать взаимоотношения между всеми кредиторами должника. В этих государствах такие взаимоотношения, как правило, регулируются двумя общими принципами. Во-первых, такие нормы права обычно предусматривают, что все активы должника могут быть изъяты и проданы для платежа по обязательству, подтвержденному судебным решением в пользу одного любого кредитора (активы должника представляют собой “общий залог” его кредиторов). Вместе с тем если другие кредиторы также заручились судебным решением в отношении должника и присоединяются к изъятию, то поступления от продажи используются для удовлетворения требований всех кредиторов, которые присоединились к изъятию. Во-вторых, в случае когда нет достаточных денежных средств, полученных в результате продажи активов, для полного платежа всем этим кредиторам, их

требования засчитываются на пропорциональной основе, и они делят между собой поступления от продажи в пропорции к соответствующим суммам их требований (т. е. им производят соразмерные платежи).

4. Хотя оба принципа, упомянутые в предыдущем пункте, являются частью соответствующих норм права многих государств, нормы права, регулирующие взаимоотношения между должником и кредитором в этих государствах, получили развитие и включают и другие принципы. Весьма важно, что в этих государствах некоторые конкретные кредиторы могут получить преимущество по сравнению с другими кредиторами. Иными словами, эти два основных принципа регулируют все взаимоотношения между должником и кредитором только в том случае, если один или несколько кредиторов не договорились со своим должником о преференциальном возмещении.

5. Существует несколько способов, с помощью которых кредиторы могут договориться о преференциальном праве. Например, во многих государствах продавцы используют такие способы, как удержание правового титула, для того чтобы предотвратить вхождение некоторых активов в состав общего залога. Точно так же во многих государствах ссудодатели могут использовать такое средство, как продажа с правом выкупа, для того чтобы вывести некоторые активы должника из состава общего залога. Поступив таким образом, эти кредиторы могут увеличить вероятность получения полного платежа по любым обязательствам перед ними, поскольку они уже не будут вынуждены делить экономическую стоимость активов, на которые распространяются действия таких средств, с конкурирующими заявителями требований. Кроме того, в большинстве государств некоторым кредиторам разрешается получать преференциальное право при распределении поступлений от продажи в порядке реализации своих требований. Такая преференция может возникать либо в силу законодательно установленной преференции (такой, как преференция, которая часто предоставляется тем, кто осуществляет ремонт активов, не получившим платежа продавцам активов, и налоговым органам), либо путем заключения договора для получения обеспечительного права в конкретных активах должника. В таких случаях право некоторых кредиторов на получение платежа в преференциальном порядке по сравнению с другими кредиторами непосредственно увеличивает вероятность того, что они получат полный платеж по своим требованиям, поскольку конкурирующие заявители требований получат платеж только после удовлетворения в полной мере требований преференциальных кредиторов. Подробное рассмотрение принципов и последствий предоставления конкретным кредиторам преференциальных прав по сравнению с конкурирующими заявителями требований является одной из ключевых целей правил, регулирующих приоритет.

6. Государства используют разные общие подходы к созданию совокупности правил приоритета. В некоторых государствах этому понятию придается весьма узкое значение в том смысле, что оно используется только для обозначения случаев коллизии между заявителями требований, которые получили преференциальное право в результате нарушения принципа равенства кредиторов. В этих государствах приоритет не затрагивает вопроса правового титула. Случаи коллизий, затрагивающих других заявителей, требования которых не включают заявление прав на один или несколько активов должника (особенно продавцов, которые удерживают правовой титул, и последующих приобретателей активов должника), как правило, не квалифицируются как случаи коллизии приоритетов. Эти коллизии прежде всего урегулируются путем определения того, имеет ли заявитель требования или должник правовой титул на данный актив (путем ссылки на общие принципы права, регулирующего вопросы собственности, как, например, тот принцип, что никто не может передать другому лицу больше прав, чем имеет передающее лицо: nemo dat quod non habet). Кроме того, в этих государствах вопросы приоритета обычно возникают только тогда, когда кредитор стремится обеспечить исполнение своего требования в отношении активов своего должника; понятие

приоритета не имеет материально-правового значения до наступления этого момента времени.

7. В других государствах термин “приоритет” имеет более широкое значение в том смысле, что он используется для обозначения любых случаев коллизии между всеми заявителями требований, которые обладают имущественными правами в активах своего должника, включая активы, которые находятся во владении должника и в отношении которых должник обладает только правом использования, даже если он фактически может не иметь их в своей собственности (презюмируемые активы должника). Например, в этих государствах коллизия между продавцом, который удерживает правовой титул на актив, и третьей стороной, которой должник предположительно продал этот актив, и кредитором по судебному решению такой третьей стороны с правом в этом активе характеризуется как коллизия приоритета. Кроме того, в этих государствах понятие приоритета регулирует взаимоотношения между конкурирующими заявителями требований даже до неисполнения обязательства должником. Таким образом, коллизия между получателем требования (например, по дебиторской задолженности) и кредитором, который обращает взыскание по этому требованию, рассматривается как коллизия приоритетов даже в том случае, когда должник, возможно, еще и не считается не исполнившим обязательство перед обращающим взыскание кредитором. Точно так же, если два обеспеченных кредитора договорились с лицом, предоставляющим право, о получении в собственность обремененного актива по требованиям до неисполнения обязательства, коллизия между ними представляет собой коллизию приоритетов, даже если должник, возможно, и не считается не исполнившим обязательство перед кем-либо из них.

8. Некоторые государства придерживаются даже еще более широкого подхода к приоритету в том смысле, что рассматривают коллизии приоритетов между кредиторами и заявителями требований, права которых возникают не в связи с одним и тем же должником, как коллизии приоритета, регулируемые правом, посвященным обеспеченным сделкам. Так, например, предоставившее право лицо A создает обеспечительное право в пользу кредитора M и сдает обремененный актив в аренду арендатору X до продажи актива покупателю B. Затем покупатель B предоставляет обеспечительное право в этом активе кредитору N и сдает обремененный актив в аренду арендатору Y. Даже если их права предоставлены двумя различными должниками (A и B), коллизия между M, N, X и Y считается коллизией приоритетов. В других государствах понятие приоритета, наоборот, возникает только в тех случаях, когда конкурирующие заявители требований получают свои права от одного и того же предоставившего их лица. Если два различных лица, предоставивших права, создали права в одном и том же активе, эти государства используют другие нормы права, как, например, основные нормы права, регулирующие вопросы собственности, или нормы права, регулирующие вопросы купли-продажи для определения принципов (как, например, принцип nemo dat quod non habet), регулирующих конкурирующие права двух категорий кредиторов (кредиторов лица A, с одной стороны, и кредиторов лица B, с другой).

9. В главе I, в которой говорится о сфере применения, основных подходах к обеспечению и темах, являющихся общими для всех глав *Руководства*, в *Руководстве* рекомендуется, чтобы государства использовали полностью комплексный и всеобъемлющий подход к обеспеченным сделкам в качестве общей организационной основы. За исключением случаев, когда речь идет об использовании неунитарного подхода к финансированию приобретения (см. рекомендацию 9), вопрос о том, стремится ли кредитор получить преференциальное право, договорившись об использовании либо принципа общего залога, либо принципа равенства кредиторов, такая договоренность будет характеризоваться как создающая основу для возникновения обеспечительного права, и права конкурирующих заявителей требований будут урегулироваться как споры в

отношении приоритета (см. рекомендацию 8). Тем не менее, поскольку государства могут проводить различную политику в отношении основных норм права, регулирующих вопросы собственности, в *Руководстве* не рассматриваются коллизии между заявителями требований, права которых были получены не от одного и того же лица. Эти вопросы подлежат урегулированию другими нормами права государства. Таким образом, в данной главе и во всем *Руководстве* термин "приоритет" используется только для определения тех коллизий, будь то до неисполнения обязательства или в момент реализации права, между обеспеченным кредитором и любыми другими заявителями требований, которые получили свои права от одного и того же лица (см., например, рекомендацию 76).

10. В разделе А.2 данной главы рассматриваются общие подходы к разработке правил приоритета, а в разделе А.3 – различные способы, с помощью которых может быть определен приоритет. Затем в этой главе проводится обзор ключевых правил приоритета, которые должны стать частью современного режима регулирования обеспеченных сделок. В разделе А.4 рассматриваются взаимоотношения между различными конкурирующими заявителями требований; а в разделе А.5 затрагиваются вопросы сферы действия и толкования правил приоритета. В разделе В рассматриваются специальные правила приоритета, которые применяются только к определенным конкретным категориям активов. Глава завершается изложением ряда рекомендаций.

2. Сфера действия приоритета

а) Виды коллизий приоритета

11. До изучения вопроса о том, почему понятие приоритета является столь важным (см. пункты 16–19, ниже), рассматриваются различные ситуации, в которых возникают вопросы приоритета, с тем чтобы разъяснить соответствующий контекст. Вопросы приоритета обычно возникают в трех основных контекстах, причем во всех них презюмируется, что по меньшей мере один из конкурирующих заявителей требований является обеспеченным кредитором (т. е. обладателем договорного обеспечительного права).

12. Наиболее часто вопросы приоритета становятся значимыми в момент реализации обеспечительного права, например в случае, когда лицо, предоставившее обеспечительное право в обремененном активе, не исполняет свое обеспеченное обязательство и когда стоимость данного обремененного актива не является достаточной для погашения обязательств перед реализующим его кредитором и всеми другими конкурирующими заявителями требований, утверждающими свое право в этом активе. В таких ситуациях нормы права, регулирующие обеспеченные сделки, должны определять, каким образом экономическую стоимость актива следует распределять между ними. Зачастую конкурирующий заявитель требования будет являться еще одним обеспеченным кредитором лица, предоставляющего право. Типичным примером этого является случай, когда лицо, предоставляющее право, предоставило обеспечительные права в одном и том же активе двум различным ссудодателям. Однако в других случаях конкурирующий заявитель требования будет являться держателем имущественного права другого вида, такого, как право, созданное в силу статута (например, преференциальный кредитор), или необеспеченным кредитором лица, предоставившего право, который заручился судебным решением против этого лица и предпринял шаги по приведению в исполнение судебного решения в отношении активов, обремененных обеспечительным правом.

13. Вопросы приоритета возникают также тогда, когда какая-либо третья сторона утверждает требование в отношении обремененного права, успешная реализация

которого позволит данной третьей стороне получить необремененный правовой титул на этот актив, т. е. свободный ото всех обеспечительных прав в данном активе и от других конкурирующих требований в отношении данного актива, или использовать этот актив по договору аренды или лицензионному соглашению. Типичным примером этого является случай, когда лицо, предоставляющее право, создает обеспечительное право в пользу ссудодателя, но удерживает владение активом, а затем продает обремененный актив какой-либо третье стороне. В такой ситуации нормы права, регулирующие обеспеченные сделки, должны определять, приобретает ли покупатель актива правовой титул на данный актив свободным от обеспечительного права ссудодателя. Другой пример касается случая, когда лицо, предоставляющее право, создает обеспечительное право в активе в пользу ссудодателя, а затем передает этот актив какой-либо третьей стороне в порядке аренды или на основании лицензии. В таком случае нормы права, регулирующие обеспеченные сделки, должны определять, может ли арендатор или держатель лицензии пользоваться своими правами на основании аренды или лицензии, не затрагиваемыми обеспечительным правом ссудодателя. Еще один пример касается случая, когда управляющий в деле о несостоятельности в ходе производства по делу о несостоятельности лица, предоставившего право, предъявляет требование в отношении активов, обремененных обеспечительным правом кредитора в интересах имущественной массы в деле о несостоятельности.

14. Третий контекст, в котором возникает коллизия приоритетов, не предполагает, что начался процесс принудительной реализации права или даже что другой заявитель требования утверждает право на получение необремененного правового титула на обремененный актив. Лицо, предоставляющее право, может, например, создать два обеспечительных права в дебиторской задолженности и согласиться также разрешить каждому обеспеченному кредитору взыскивать дебиторскую задолженность за вычетом суммы, причитающейся согласно обеспеченному обязательству, из платежей, получаемых на ежемесячной основе, с возвратом остатка (если таковой имеется) лицу, предоставившему право. Даже если лицо, предоставляющее право, не является не исполнившим обязательство, все равно будет необходимо определить, кто из обеспеченных кредиторов обладает правом на взыскание дебиторской задолженности. Аналогичная коллизия может возникнуть и тогда, когда лицо, предоставляющее право, предоставляет двум обеспеченным кредиторам право на владение обремененным активом по требованию, в то время как действует соглашение об обеспечении. В обоих этих случаях соответствующие права двух кредиторов будут определяться правилами приоритета в нормах права, регулирующих обеспеченные сделки.

15. Важно отметить, что во всех из только что упомянутых случаев большинство государств придерживаются той позиции, что приоритет является вопросом, возникающим только тогда, когда обеспечительные права, связанные со спором о приоритете, имеют силу в отношении третьих сторон (о различии между силой обеспечительного права в отношениях между сторонами и его силой в отношении третьих сторон см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 1–7). Тем не менее некоторые государства предусматривают последствия с точки зрения приоритета для определенных прав, даже если они могут и не иметь полной силы в отношении третьих сторон. Так, например, в этих государствах могут существовать специальные правила в отношении приоритета, которые должны регулировать коллизии только между двумя или более обеспеченными кредиторами, которые еще не заявили о вступлении в силу их прав в отношении третьих сторон. Однако в государствах, которые проводят четкое различие между правами, вступившими в силу в отношении третьих сторон, и правами, которые не имеют такой силы, обеспечительные права, которые не приобрели силу в отношении третьих сторон, обладают одним и тем же статусом как в отношении друг друга, так и в отношении прав обычных необеспеченных кредиторов. Иными словами, они не имеют

никакого приоритета по отношению к другим правам. Кроме того, в этих государствах конкурирующие заявители требований, которые имеют преференциальный статус согласно другим нормам права (например, такие поставщики услуг, как лица, осуществляющие ремонт, и лица, которым предоставляется законодательная преференция) или которые приобретают активы у лица, предоставляющего право, всегда будут обладать приоритетом над обеспечительным правом, которому не была придана сила в отношении третьих сторон. И наконец, следует отметить, что даже в том случае, если обеспечительные права не имеют силы в отношении третьих сторон и не порождают последствий с точки зрения приоритета, они тем не менее имеют силу и могут быть реализованы в отношении лица, предоставляющего право. Подход, согласно которому обеспечительные права, которым не была придана сила в отношении третьих сторон, не влекут никаких последствий для третьих сторон, рекомендован и в настоящем *Руководстве* (см. рекомендацию 30).

b) Значение правил приоритета

16. По ряду причин широко признается то, что эффективные правила приоритета имеют большое значение для содействия наличию обеспеченных кредитов.

17. С самого начала следует отметить, что наиболее важный вопрос для кредитора, который рассматривает вопрос о предоставлении кредита, обеспеченного конкретными активами, заключается в том, каким будет приоритет его обеспечительного права в случае, если он попытается реализовать это обеспечительное право либо в рамках производства по делу о несостоятельности лица, предоставляющего право, либо за его рамками. Если говорить более конкретно, то вопрос заключается в том, насколько обеспеченный кредитор может разумно ожидать получения поступлений от продажи обремененных активов. Этот вопрос имеет особое значение тогда, когда, как ожидается, обремененные активы являются основным или единственным источником возвращения средств кредитору. В той мере, в какой кредитор испытывает неуверенность относительно приоритета своего потенциального обеспечительного права в момент, когда он решает вопрос о том, предоставлять ли кредит, он будет в меньшей степени полагаться на эти обремененные активы как на источник возвращения средств. Эта неопределенность относительно того, в каком объеме средства могут быть получены в результате продажи активов, может побуждать кредитора к увеличению стоимости кредита (например, путем взимания более высокой процентной ставки) или уменьшению суммы кредита (путем предоставления меньшей процентной доли стоимости обремененных активов). В некоторых случаях это может даже привести к тому, что кредитор вообще откажет в предоставлении кредита.

18. Чтобы свести эту неопределенность к минимуму, весьма важно, чтобы нормы права, регулирующие обеспеченные сделки, предусматривали четкие правила приоритета, применение которых вело бы к получению предсказуемых результатов в случае любой коллизии между заявителями требований в отношении обремененных активов. Кроме того, поскольку обеспечительные права не будут иметь практически никакой стоимости для обеспеченных кредиторов, если только они не могут быть принудительно реализованы в ходе производства по делу о несостоятельности лица, предоставившего право, весьма важно, чтобы эти результаты признавались законодательством государства о несостоятельности в максимально возможной степени (см. главу XII о последствиях несостоятельности обеспечительного права, пункты 13 и 59–63). Это является особенно важным, потому что во многих случаях неисполнение обязательства в отношении обеспеченного кредитора может совпадать с исполнением обязательств перед другими кредиторами, и это обстоятельство может положить начало производству по делу о несостоятельности.

19. Хорошо продуманные правила приоритета могут также оказывать позитивное воздействие на общее наличие обеспеченного кредитования. Многие банки и другие финансовые учреждения готовы предоставлять кредиты на основе обеспечительных прав, которые являются субординированными одному или нескольким обеспечительным правам более высокого статуса, удерживаемым другими обеспеченными кредиторами, если только они осознают существование остаточной стоимости в активах лица, предоставляющего право (превышающей суммы других обеспеченных обязательств), поддерживающей их обеспечительные права, и могут прямо подтвердить точный приоритет своих обеспечительных прав. Это предполагает, что потенциальный кредитор в состоянии определить максимальную сумму, обеспеченную обеспечительными правами более высокого статуса, либо путем вступления в переписку с держателями других обеспечительных прав, либо – в государствах, которые требуют публичного заявления о максимальной сумме, на которую обеспечительное право обременяет актив, – путем ознакомления с зарегистрированным уведомлением в общем реестре обеспечительных прав (см. пункт 139, ниже, и рекомендацию 98). И напротив, в ситуациях, когда потенциальный обеспеченный кредитор не в состоянии убедиться в том, что существует достаточная остаточная стоимость для поддержки предлагаемого нового предоставления кредита, данный обеспеченный кредитор может быть в состоянии создать достаточную стоимость путем заключения соглашения о субординации с одним или несколькими обеспеченными кредиторами с более высоким статусом. В таких соглашениях кредиторы с более высоким статусом либо будут субординировать свои обеспечительные права в конкретных активах предложенному новому обеспечительному праву, либо договорятся ограничить сумму требования с более высоким статусом, которое они будут предъявлять, фиксированной суммой (см. пункты 128–131, ниже, и рекомендацию 94). Обеспеченные кредиторы с более высоким статусом могут быть готовы субординировать свои обеспечительные права либо ограничить сумму своих требований с более высоким статусом, поскольку они считают, что предложенное новое предоставление кредита будет способствовать предпринимательской деятельности лица, предоставляющего право, и тем самым увеличивать вероятность того, что их требования более высокого статуса будут оплачены. Эти примеры показывают, почему ясные и хорошо продуманные правила приоритета способствуют предоставлению нескольких обеспечительных прав в одних и тех же активах, что позволяет лицу, предоставляющему право, максимизировать стоимость своих активов, которые могут быть использованы для получения кредита.

3. Подходы к разработке правил приоритета

20. Государства сталкиваются с рядом ключевых принципиальных выборов при разработке правил приоритета. Первоначально они должны определить сферу действия режима приоритета. Первый вопрос заключается в том, должен ли такой режим охватывать только случаи коллизии между различными кредиторами по личным обязательствам или же охватывать случаи коллизии между всеми лицами, которые претендуют на права в активах или презюмируемых активах должника или по отношению к ним. По уже приведенным причинам (см. пункты 1–9, выше) в *Руководстве* занята позиция, согласно которой режим приоритета должен охватывать случаи коллизии приоритетов между всеми потенциальными конкурирующими заявителями требований, которые получили свои права от одного и того же лица.

21. Затем государства должны решить вопрос о том, каким образом эти правила приоритета должны быть систематизированы и разработаны. Представляется возможным использование различных подходов, хотя они широко отражают альтернативные тенденции в области разработки законодательства.

22. Один из подходов сопряжен с разработкой правил приоритета в качестве свода общих принципов для толкования и применения судами при разрешении конкретных коллизий. Если государства используют такой подход, особенно в сочетании с принятием нового режима регулирования обеспеченных сделок полностью комплексного вида, который рекомендуется в *Руководстве*, то на суды возлагается огромное бремя определения детального применения этих общих принципов. Судьи не только должны оперативно овладеть логикой, лежащей в основе нового режима, но и должны определить и усвоить самую различную рыночную практику, с тем чтобы разработать конкретные правила, которые являются предсказуемыми и действенными. Кроме того, может иметь место значительный период времени до того, как будет вынесено достаточное число судебных решений, касающихся достаточного спектра вопросов, с тем чтобы обеспечить подлинную определенность в отношении действия принципов приоритета на практике.

23. Другой подход заключается в разработке большого числа подробных правил приоритета, которые предназначаются для регулирования всех возможных ситуаций, затрагивающих конкурирующих заявителей требований, которые можно вообразить. Иногда такой подход может привести к путанице между юристами и судьями, которые не знакомы с общей логикой, которую эти правила отражают. Кроме того, в государствах, у которых уже есть режимы приоритета, основанные на широких принципах, вытекающих из первоначального определения права собственности на активы, являющиеся объектом конкурирующих требований, всеобъемлющая система конкретных правил может выглядеть незнакомой и чрезмерно сложной и оказаться трудной для юристов и судей с точки зрения ее эффективного использования.

24. Третий подход заключается в разработке и систематизации правил приоритета в качестве единого целого в виде ряда более общих принципов, за которыми должны следовать конкретные примеры применения этих принципов в наиболее часто возникающих ситуациях. Такой подход может обеспечивать и ясность, и высокую степень определенности в отношении любого конкретного случая коллизии приоритетов.

25. При выборе того или иного из этих трех подходов государство должно учитывать общие цели, которые оно стремится достичь при реформировании своего законодательства, как это рекомендуется в *Руководстве*. Следует напомнить о том, что *Руководство* направлено на установление такого режима регулирования обеспеченных сделок, какой предусматривает непосессорные обеспечительные права в отношении целого ряда материальных и нематериальных активов, которые во многих государствах ранее не поддавались обременению или не могли быть обременены более чем одним обеспечительным правом одновременно (см. рекомендацию 2, подпункт *a)*). Кроме того, в *Руководстве* содержится рекомендация, предусматривающая, что эти активы могут быть объектом более чем одного обеспечительного права, и это обстоятельство также является новым во многих государствах (см. подпункт *b)* положения о цели рекомендаций о приоритете обеспечительных прав в конце настоящей главы). В *Руководстве* также используется полностью комплексный подход к сделкам, которые, независимо от их названия, предназначаются для обеспечения исполнения обязательства (см. рекомендацию 8). И наконец, *Руководство* признает разнообразие методов, с помощью которых обеспечительным правам может быть придана сила в отношении третьих сторон (см. рекомендации 32 и 34–36). По всем этим причинам в *Руководстве* рекомендуется, чтобы государства в целях оптимального достижения целей реформирования законодательства по обеспеченным сделкам использовали третий подход к разработке их правил приоритета.

26. С учетом этой логики современный режим регулирования обеспеченных сделок должен включать свод подробных и точных правил приоритета, которые:

a) основываются на четко выраженных и легко поддающихся пониманию общих принципах; *b)* являются всеобъемлющими по своей сфере действия; *c)* охватывают широкую совокупность существующих и будущих обеспеченных обязательств; *d)* применяются ко всем видам обремененных активов, включая будущие активы и поступления; и *e)* предусматривают пути разрешения коллизий приоритета между самыми разнообразными конкурирующими заявителями требований. Такой подход к правилам приоритета способствует предоставлению потенциальными кредиторами обеспеченных кредитов путем предоставления им высокой степени гарантии того, что они могут предвидеть, каким образом будет разрешен возможный спор в отношении приоритета. В остальных разделах этой главы конкретно указывается, какие вопросы должны затрагиваться этими подробными правилами и каким образом эти правила должны быть сформулированы.

4. Различные основы, на которых может быть определен приоритет

27. В рамках современных режимов регулирования обеспеченных сделок правила приоритета предназначаются для регулирования коллизий, затрагивающих права держателя обеспечительного права и права одной или нескольких третьих сторон. Основное правило – это общий принцип, заключающийся в том, что обеспечительное право не может иметь приоритет над правом третьей стороны, если только этому обеспечительному праву не была придана сила в отношении этой третьей стороны. Именно такая позиция рекомендуется в *Руководстве*. Только в таких случаях может возникнуть вопрос о приоритете. Вследствие этого правила приоритета, рекомендуемые в *Руководстве*, тесно связаны с различными методами, с помощью которых обеспечительному праву может быть придана сила в отношении третьих сторон.

28. Как уже отмечалось (см. главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 6–8 и 22–28), сила в отношении третьих сторон может быть придана, когда обеспечительное право создано с учетом категории обременяемых активов и когда предпринят один из следующих дополнительных шагов: *a)* регистрация уведомления в общем реестре обеспечительных прав; *b)* владение обеспеченным кредитором обремененным активом; *c)* заключение соглашения о контроле; *d)* регистрация обеспечительного права в специальном реестре или внесение отметки в сертификат правового титула; и *e)* направление уведомления третьей стороне, имеющей обязательство. В *Руководстве* также высказывается предположение о том, что в некоторых случаях обеспечительному праву в отношении третьей стороны сила может быть придана автоматически путем создания обеспечительного права.

a) Основополагающая политика

29. Прежде чем проводить подробный обзор того, как различные принципы приоритета применяются к правам различных конкурирующих заявителей требований, целесообразно изложить в общих словах основные варианты, которые имеются у государств, стремящихся разработать правила приоритета. Большинство государств формулируют правила приоритета путем объединения двух принципов. Первый принцип заключается в том, что приоритет должен определяться строго на временной основе. Второй принцип – это то, что приоритет должен определяться путем указания конкретных особенностей заявляемого требования. Хотя эти принципы, как представляется, являются относительно ясными, их применение на практике требует тщательной проработки.

30. Обычно, если государство выбирает временной принцип для определения приоритета, основополагающее правило заключается в том, что оно объявляет, что статус

требований определяется по дате, когда они вступили в силу в отношении третьих сторон: первый по времени – первый в праве (prior tempore potior jure). Однако такое государство может также допускать исключения из этого правила. В некоторых ситуациях первым приоритет может получить последнее заявленное требование. Такое правило существует в некоторых государствах, например, в отношении финансирования, предоставляемого должнику в ходе производства по делу о его несостоятельности (после открытия производства). Таким образом, даже если государства принимают решение по определению приоритета на временной основе, необходимо конкретно указать, определяется ли статус по правилу первого или последнего по времени.

31. Если государство решает устанавливать приоритет путем ссылки на различные особенности требования, то существует еще больше возможностей. Вопрос заключается в том, следует ли устанавливать приоритет на основе: *a)* законодательного установления статуса, при котором основное внимание уделяется характеру требования (например, срочный кредит, кредитная линия, требование, возникающее в связи с неправомерным действием); *b)* характера заявителя требования (например, продавец, лицо, занимающееся ремонтом, муниципалитет); *c)* суммы причитающегося обязательства (мелкие требования, средние требования, крупные требования); *d)* оставшейся суммы по обязательству в процентном выражении (например, менее 25 процентов, 25–50 процентов, или более 50 процентов); или *e)* способа придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон (например, регистрация в общем реестре обеспечительных прав, владение, регистрация в специальном реестре или контроль). Иными словами, когда государство определяет приоритет, используя такие виды субъективных критериев, система установления статуса становится сложной, и многие положительные элементы режима, регулирующего обеспеченные сделки и основанного на правилах “первый по времени”, утрачиваются.

32. При рассмотрении различных основ для определения приоритета преследуется двойная цель: *a)* обеспечить основной контекст для краткого обзора того, как эти разные общие принципы приоритета могут применяться в зависимости от метода, с помощью которого обеспечивается вступление в силу в отношении третьих сторон; и *b)* предопределить, что государства всегда устанавливают правила приоритета, которые предусматривают какое-то сочетание правил, основанных на времени, и правил, основанных на характере требования, даже если метод придания силы в отношении третьих сторон (в частности, регистрация), похоже, тяготеет к принятию абсолютного правила приоритета “первый по времени”.

b) Применение такой политики к различным методам придания силы в отношении третьей стороны

33. Как уже обсуждалось (см. главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункт 23, и главу IV о системе регистрации, пункт 3), наиболее эффективный способ обеспечить кредиторам средства для определения их приоритета с высокой степенью определенности в то время, когда они предоставляют кредит, заключается в том, чтобы определять приоритет на основе использования открытого реестра. В большинстве государств, в которых существует надежная система регистрации уведомлений в отношении обеспечительных прав, общий принцип заключается в том, что приоритет отдается праву, упомянутому в самом раннем зарегистрированном уведомлении.

34. Однако правило первого по регистрации не может быть абсолютным. В современных режимах регулирования обеспеченных сделок существуют конкретные исключения из этих правил. Иногда государства предусматривают, что обеспечительное право

может вступать в силу в отношении третьих сторон при его создании без необходимости регистрировать уведомление. Такое исключение наиболее часто встречается в отношении обеспечительных прав в потребительских товарах. В этих случаях приоритет обеспечительного права определяется путем обозначения времени его создания (см. пункт 38, ниже). Кроме того, некоторые государства предусматривают льготный период, в течение которого определенные виды обеспечительных прав могут быть зарегистрированы с ретроактивным действием (см. в целом пункт 50, ниже, и главу IX о финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, пункты 108–111). И наконец, многие государства приняли исключение из правила приоритета "первый по регистрации" в отношении обеспечительных прав, которые вступают в силу в отношении третьих сторон на основании иного метода, нежели регистрация уведомления в общем реестре обеспечительных прав (см. пункты 35–37, ниже).

35. Когда придание праву силы в отношении третьих сторон может быть обеспечено посредством владения обеспеченным кредитором, государство также обычно принимает для определения приоритета правило времени. Приоритет имеет тот, кто первый вступил во владение (см. пункты 51–53, ниже). Тем не менее в случае некоторых активов, как, например, оборотные инструменты, многие государства предусматривают, что обеспечительное право, которое приобретает силу в отношении третьих сторон на основании владения, обычно имеет приоритет над обеспечительным правом, вступившим в силу в отношении третьих сторон на основании другого метода, включая регистрацию уведомления, даже если регистрация происходит раньше (см. пункты 154–156, ниже).

36. Если придание праву силы в отношении третьих сторон может быть обеспечено с помощью контроля, приоритет между кредиторами, которые получили контроль в отношении обремененного актива, и обеспеченными кредиторами, которые обеспечили придание праву силы в отношении третьих сторон с использованием какого-либо другого метода, обычно присуждается кредитору, который приобрел контроль независимо от того, произошло ли это до или после того, как права конкурирующих заявителей требований в активе приобрели силу в отношении третьих сторон посредством иного метода (см. пункт 158, ниже). Однако в государствах, в которых предусматривается, что контроль является исключительным методом приобретения силы в отношении третьих сторон, нет необходимости разрабатывать дополнительные правила приоритета, поскольку коллизии между обеспечительными правами, которые приобретают силу в отношении третьих сторон на основании контроля, и обеспечительными правами, которые приобретают силу в отношении третьих сторон на основании каких-либо иных средств, не могут возникнуть (см. пункты 165 и 166, ниже).

37. Если придание праву силы в отношении третьих сторон происходит на основании регистрации в специальном реестре правовых титулов для определенных видов активов или внесения отметки в сертификат правового титула, в большинстве государств предусматривается, что статус прав устанавливается в том порядке, в котором они зарегистрированы или в котором внесены отметки. Эти государства также обычно предусматривают, что право, которое зарегистрировано в специальном реестре или в отношении которого внесена отметка в сертификат правового титула, будет иметь приоритет над обеспечительным правом, вступившим в силу в отношении третьих сторон на основании какого-либо другого метода (см. пункты 56 и 57, ниже).

38. В государствах, которые приняли системы регистрации, придание обеспечительным правам силы в отношении третьих сторон для некоторых видов активов, как, например, потребительские товары, иногда происходит автоматически. В этих государствах приоритет обеспечительного права обычно определяется путем сопоставления времени, когда создано обеспечительное право, со временем регистрации

уведомления в отношении конкурирующего обеспечительного права в общем реестре обеспечительных прав или временем вступления конкурирующего обеспечительного права в силу в отношении третьих сторон на основании какого-либо иного метода.

39. Если обеспечительные права создаются в дебиторской задолженности или в других правах на выплату, то государства обычно предусматривают, что приоритет будет определяться по дате регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав или, если речь идет о каком-либо другом методе приобретения силы в отношении третьих сторон, по дате приобретения силы в отношении третьих сторон. Однако в других государствах придание силы обеспечительному праву в дебиторской задолженности в отношении третьих сторон и приоритет между конкурирующими заявителями требований с обеспечительными правами в дебиторской задолженности определяются по времени, когда должника по дебиторской задолженности уведомляют о наличии обеспечительного права или даже по времени создания обеспечительного права. Рекомендуемый в *Руководстве* общий метод для придания силы в отношении третьих сторон применяется также и к обеспечительным правам в дебиторской задолженности (см. рекомендацию 32 и главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 29–46). Таким образом, приоритет обеспечительных прав в дебиторской задолженности определяется по порядку регистрации уведомления в отношении этих прав (см. раздел A.5, ниже).

40. Во многих государствах некоторым требованиям, например налоговым требованиям и требованиям в отношении внесения взносов на программы социального обеспечения и заработной платы служащим, приоритет придается исключительно на основе характера требований независимо от даты возникновения этого требования или же придания ему силы в отношении третьих сторон. В таких случаях государства устанавливают статус приоритетов, который применим ко всем случаям коллизии между заявителями требований. Иногда эти права также требуют регистрации, а иногда – нет. Однако в любом случае приоритет определяется с учетом законодательно установленного статуса, а не согласно порядку, в котором обеспечительное право могло быть создано или вступить в силу в отношении третьих сторон (см. пункты 90–93, ниже).

41. Приведенный выше обзор того, как политика в отношении основы для определения приоритета применяется к различным методам придания силы в отношении третьих сторон, показывает, что в каждом случае режим, принятый в большинстве государств, включает сочетание принципов приоритета, основанных на времени, и принципов приоритета, основанных либо на конкретном характере требований кредиторов, либо на конкретном методе придания праву силы в отношении третьих сторон. В следующем разделе будет подробно рассмотрено применение этих принципов к различным коллизиям приоритетов между конкурирующими заявителями требований.

5. Правила определения приоритета между конкурирующими заявителями требований

42. Рассмотренные выше общие принципы образуют основную структуру режима приоритета по отношению к: *a)* различным способам, с помощью которых система приоритетов может быть организована; и *b)* приоритету обеспечительного права, особенно в том, что касается будущих обязательств, будущих активов и поступлений. Рассмотрение этих вопросов ниже сосредоточено на конкретных правилах приоритета, регулирующих права конкурирующих заявителей требований. Эти правила приоритета будут применяться при регулировании коллизий приоритетов в отношении всех активов, включая такие материальные активы, как оборудование, инвентарные запасы и дебиторская задолженность.

a) Приоритет между обеспеченными и необеспеченными кредиторами

43. Как правило, государства предусматривают, что все обеспечительные права, которым была придана сила в отношении третьих сторон, имеют приоритет над правами необеспеченных кредиторов. Общепринято то, что предоставление обеспеченным кредиторам такого приоритета является необходимым в целях содействия наличию обеспеченного кредитования. Необеспеченные кредиторы могут предпринять другие шаги по защите своих прав, такие как взимание доплаты для учета их увеличившегося риска, осуществление контроля над статусом кредита или предъявление должнику требования выплатить проценты по суммам, срок уплаты которых уже наступил. Кроме того, обеспеченный кредит может увеличивать оборотный капитал лица, предоставляющего право. Зачастую платежи, производимые за счет механизма обеспеченного возобновляемого кредитования оборотного капитала, являются основным источником, из которого какая-либо компания будет производить платежи своим необеспеченным кредиторам в ходе обычной коммерческой деятельности.

44. Во многих государствах приоритет, предоставляемый обеспеченным кредиторам по сравнению с необеспеченными кредиторами, носит абсолютный характер. Вместе с тем в некоторых государствах он обусловливается исключением в пользу кредиторов по судебному решению. Держатель необеспеченного требования может получить право в активах должника, заручившись судебным решением или временным судебным предписанием против должника. Путем регистрации такого судебного решения в общем реестре обеспечительных прав кредитор по судебному решению в состоянии преобразовать необеспеченное требование в обеспеченное требование, статус которого определяется согласно обычным правилам приоритета. Другие государства идут дальше и предусматривают, что в случае если необеспеченный кредитор предпринял требуемые согласно применимому праву шаги для получения судебного решения или временного судебного предписания, имущественные права, которые он утверждает, могут фактически обладать приоритетом над определенными требованиями ранее существовавшего обеспеченного кредитора (см. пункты 94–102, ниже).

b) Приоритет между конкурирующими обеспечительными правами в одних и тех же обремененных активах

45. Одна из ключевых особенностей современного режима регулирования обеспеченных сделок заключается в эффективности, с которой такой режим позволяет урегулировать споры в отношении приоритета между конкурирующими обеспечительными правами в одних и тех же обремененных активах. Такие споры в отношении приоритета могут быть сопряжены с обеспечительными правами, всем из которых придается сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав, обеспечительными правами, которым придается сила в отношении третьих сторон с помощью иного метода, или сочетанием обеспечительных прав, которым придается сила в отношении третьих сторон путем регистрации, и обеспечительных прав, которым придается сила в отношении третьих сторон с помощью иного метода. С весьма незначительным числом исключений (см. пункты 54–59, ниже) государства в отношении всех различных ситуаций, которые вскоре будут рассмотрены, предусматривают, что приоритет будет определяться на временной основе: первый по времени – первый в праве. Кроме того, государства почти всегда устанавливают придание силы в отношении третьих сторон в качестве основного критерия для определения момента времени, когда обеспечительное право может вступить в коллизию приоритетов. В нижеследующих пунктах подробно рассматривается вопрос о том, каким образом данный основной принцип обычно применяется к конкретным ситуациям.

i) Приоритет между обеспечительными правами, которым была придана сила путем регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав

46. Во многих государствах, в которых существует общий реестр обеспечительных прав, приоритет между обеспечительными правами, всем из которых была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления, определяется очередностью придания силы в отношении третьих сторон. То есть, даже если в этих государствах допускается регистрация уведомления в отношении обеспечительного права до фактического возникновения такого права (например, обеспечительное право в отношении исключительно будущих движимых активов), приоритет будет устанавливаться путем обозначения даты, когда лицо, предоставляющее право, приобретает права в активе, и вследствие этого обеспечительное право приобретает силу в отношении и третьих сторон. Этот подход имеет серьезный недостаток при использовании в современной практике коммерческого финансирования. Он потребует от тех, кто ведут поиск в реестре, установления, когда каждый актив, охватываемый зарегистрированным уведомлением, был фактически приобретен (как в случае приобретения инвентарных запасов или оборудования). Поэтому большинство государств, которые приняли регистрацию уведомления в общем реестре обеспечительных прав в качестве метода придания силы в отношении третьих сторон, придерживаются иного подхода, который представляет собой серьезное исключение из основного принципа установления приоритета путем обозначения даты придания силы в отношении третьих сторон. Эти государства предусматривают, что приоритет между обеспечительными правами, которые все приобрели силу в отношении третьих сторон на основании регистрации уведомления, определяется очередностью, в которой происходит регистрация, независимо от очередности придания силы в отношении третьих сторон, даже если одно или несколько требований, касающихся придания силы в отношении третьих сторон, не были выполнены в то время. Признается лишь весьма ограниченное число исключений из этого принципа (см. пункт 59, ниже).

47. Этот подход можно проиллюстрировать следующим примером. Лицо, предоставляющее право, обращается в банк А с просьбой о предоставлении кредита, который должен быть обеспечен обеспечительным правом во всем существующем и будущем оборудовании этого лица, предоставляющего право (обеспечительным правом, которому может быть придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав). В день 1 банк А ведет поиск в реестре, и этот поиск подтверждает, что не было зарегистрировано других уведомлений в отношении обеспечительных прав других кредиторов в оборудовании данного лица, предоставляющего право. В день 2 банк А заключает соглашение об обеспечении с этим лицом, предоставляющим право, в котором банк А берет на себя обязательство предоставить запрашиваемый обеспеченный кредит. Кроме того, в день 2 банк А регистрирует уведомление об обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав, но не предоставляет кредит лицу, предоставляющему право, до дня 5. Таким образом, обеспечительное право банка А было создано, и ему была придана сила в отношении третьих сторон в день 5 (т. е. впервые, когда все требования, касающиеся создания обеспечительного права и придания ему силы в отношении третьих сторон, были выполнены). Однако в день 3 лицо, предоставляющее право, заключает соглашение об обеспечении с банком В, предусматривающее предоставление банком В кредита данному лицу, предоставляющему право, который должен быть обеспечен обеспечительным правом в существующем и будущем оборудовании данного лица, предоставляющего право. В тот же день (день 3) банк В регистрирует уведомление об обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав и предоставляет кредит лицу, предоставляющему право. В результате этого обеспечительное право банка В было создано, и ему была придана сила в отношении третьих сторон в день 3. Согласно подходу,

основывающемуся на первой регистрации и изложенному выше, обеспечительное право банка А будет иметь приоритет над обеспечительным правом банка В, несмотря на тот факт, что обеспечительное право банка В было создано, и ему была придана сила в отношении третьих сторон до создания и обеспечения вступления в силу в отношении третьих сторон обеспечительного права банка А.

48. Основные причины исключения на основании первой регистрации из общего принципа установления приоритета путем обозначения даты придания силы в отношении третьих сторон заключаются в следующем: *a)* поощрение регистрации уведомления как можно скорее (что позволяет сообщить другим потенциальным кредиторам о том, что обеспечительное право уже может обременить активы лица, предоставляющего им права); *b)* облегчение предоставления кредита, обеспеченного будущими активами, путем указания одной даты для установления приоритета; и *c)* обеспечение определенности для обеспеченных кредиторов путем предоставления им возможности определить до предоставления ими кредита приоритет их обеспечительных прав по сравнению с правами других обеспеченных кредиторов. В вышеизложенном примере, если банк А проводит поиск в реестре в день 2, после того как он зарегистрировал свое уведомление, и определяет, что в реестре нет других уведомлений, которые охватывают соответствующий обремененный актив, банк А может предоставить свой кредит в день 5, будучи осведомленным с определенностью о том, что его обеспечительное право будет иметь приоритет над любым другим обеспечительным правом в данном обремененном активе, которому может быть придана сила в отношении третьих сторон в будущем, поскольку приоритет обеспечительного права банка А был создан еще в момент его регистрации. Путем предоставления банку А возможности достижения этого высокого уровня определенности основывающийся на первой регистрации подход может являться существенным фактором содействия обеспеченному кредитованию. Аналогичным образом, если банк В проводит поиск в реестре, то он незамедлительно узнает о том, что его позиция будет субординированной, если банк А предоставит кредит, и он будет, следовательно, в состоянии скорректировать положения и условия предоставления кредита соответствующим образом.

49. Как отмечается в предыдущем пункте, такая определенность не существовала бы в случае использования альтернативного подхода, принятого в некоторых государствах, согласно которому приоритет предоставляется первому обеспечительному праву, которому придается сила в отношении третьих сторон. Всегда будет существовать риск того, что другое обеспечительное право может получить силу в отношении третьих сторон и, таким образом, приоритет после проведения банком А или В своего поиска в реестре, но до заключения соглашения об обеспечении и предоставлении им кредита. Такой риск будет существовать независимо от того, насколько коротким может быть данный период времени. По этой причине авторы *Руководства* рекомендуют подход, согласно которому приоритет конкурирующих заявителей требований в таких случаях должен определяться датой регистрации уведомления, а не датой создания и фактического придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 76, подпункт *a)*).

50. И наконец, если приоритет основывается на правиле первой регистрации, действие этого правила все же может быть смягчено во многих государствах в том, что касается так называемых “льготных периодов” для регистрации. Льготные периоды допускают ретроактивность в плане придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон в случае, если регистрация имеет место в течение короткого периода времени после создания обеспечительного права. В таких случаях приоритет будет определяться по дате создания права, а не по дате регистрации. В результате этого обеспечительное право, которое создано первым, но зарегистрировано вторым, может тем не менее иметь приоритет над обеспечительным правом, которое создано вторым, но

зарегистрировано первым, если только уведомление в отношении обеспечительного права, созданного ранее, регистрируется в течение применимого льготного периода. В таких случаях до истечения данного льготного периода дата регистрации не является надежным показателем статуса приоритета кредитора. С тем чтобы избежать подрыва определенности, достигнутой благодаря правилу первой регистрации, государства обычно ограничивают использование "льготных периодов" особыми обстоятельствами, как, например, предоставлением финансовых средств для целей приобретения (см. в целом главу IX о финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, пункты 108–111).

ii) Приоритет между обеспечительными правами, которым была придана сила в отношении третьих сторон с помощью иного способа, чем регистрация уведомления в общем реестре обеспечительных прав

51. В случае возникновения спора в отношении приоритета между обеспечительными правами, которым была придана сила в отношении третьих сторон с помощью иного способа, чем регистрация уведомления в общем реестре обеспечительных прав, государства обычно предоставляют приоритет обеспечительному праву, которому первому была придана сила в отношении третьих сторон. Эти другие способы включают владение, регистрацию в специальном реестре, внесение отметки в сертификат правового титула, контроль и автоматическое придание силы в отношении третьих сторон. Поскольку многие государства принимают конкретные правила приоритета для регулирования ситуаций, связанных с приданием силы в отношении третьих сторон на основании регистрации в специальном реестре, внесения отметки в сертификат правового титула и контроля, основные обстоятельства, когда такой подход фактически применяется на основании общих правил, связаны с приданием силы в отношении третьих сторон посредством владения.

52. В случае обеспечительных прав, которым была придана сила в отношении третьих сторон посредством вступления во владение, обычно нет необходимости в правиле, основывающемся на "вступлении во владение первым", аналогичном уже упомянутому правилу, основывающемуся на "первой регистрации", поскольку обычно обеспеченный кредитор вступит во владение обремененным активом в тот же момент времени, когда он предоставляет кредит, а не до этого. Вместе с тем в некоторых государствах вполне возможно вступление кредитором во владение через какую-либо третью сторону, действующую от имени обеспеченного кредитора. В этом случае во владение таким способом, через одну и ту же третью сторону, могут вступить несколько обеспеченных кредиторов. Хотя их относительный приоритет определяется очередностью вступления во владение через третью сторону, это может вызвать неопределенность, если обеспечительное право еще не создано. Поэтому в тех случаях, когда придание силы в отношении третьей стороны осуществляется посредством вступления во владение, государства обычно предусматривают, что соответствующей датой для определения приоритета является дата придания силы в отношении третьей стороны (т. е. создание плюс владение). Аналогичный результат будет получен в случаях автоматического придания силы в отношении третьей стороны. Приоритет будет зависеть от даты, когда была придана сила в отношении третьей стороны, хотя бывает и так, что в случае автоматического придания силы в отношении третьей стороны это будет та же самая дата, когда обеспечительное право приобретает силу между сторонами (т. е. дата создания обеспечительного права).

53. Такой подход можно проиллюстрировать случаем коллизии, когда одно обеспечительное право в конкретном обремененном активе приобретает силу в отношении третьих сторон посредством владения, а другое обеспечительное право в том же самом

активе приобретает силу автоматически при его создании. В этом примере в отличие от принципа, применимого к обеспечительным правам, которые приобретают силу в отношении третьих сторон на основании регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав, необходимо определить соответствующие даты, когда наступило владение или произошло автоматическое придание силы в отношении третьих сторон. Как уже отмечалось, это общий подход к приоритету, принятый в большинстве государств для таких случаев, а именно определение приоритета конкурирующих заявителей требований путем обозначения даты, когда обеспечительное право приобрело силу в отношении третьих сторон. Это также подход, который рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 76, подпункт *b)*).

iii) Приоритет между обеспечительными правами, которым была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав, и обеспечительными правами, которым была придана сила в отношении третьих сторон с помощью других способов

54. Некоторые обеспечительные права могут приобретать силу в отношении третьих сторон более чем одним способом. Поэтому государства должны также предусмотреть случай, когда спор в отношении приоритета возникает между обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав, и обеспечительным правом, которому сила в отношении третьих сторон придана другими способами. Как уже отмечалось, государство обычно предоставляет приоритет первому обеспечительному праву, которому придана сила в отношении третьих сторон. Но если государства согласились с исключением в случаях, связанных с регистрацией в общем реестре обеспечительных прав, предоставляя приоритет дате регистрации, а не придания силы в отношении третьих сторон (а именно такая позиция рекомендована в *Руководстве*), они обычно также предусматривают, что приоритет предоставляется первому обеспечительному праву, которое было зарегистрировано или приобрело силу в отношении третьих сторон другим способом, в зависимости от того, что произошло раньше. Такой подход представляет собой логичное расширение правила о первой регистрации с использованием реестра в качестве основы для предоставления обеспеченным кредиторам возможности достичь высокой степени определенности в отношении приоритета их обеспечительных прав. Так как уведомление может быть зарегистрировано до создания обеспечительного права (результат, который не представляется возможным для придания силы в отношении третьих сторон посредством владения и с точки зрения логики невозможен в отношении автоматического придания силы в отношении третьих сторон в момент создания), такой подход также способствует использованию реестра для придания обеспечительным правам силы в отношении третьих сторон. Поскольку общее использование реестра дает объективно определяемую дату установления приоритета и, таким образом, позволяет получить наиболее эффективный результат в плане определения времени, когда сила в отношении третьих сторон придается посредством различных способов, в *Руководстве* рекомендуется именно такой подход (см. рекомендацию 76, подпункт *c)*).

iv) Исключения из принципа “первый по времени” для установления приоритета между конкурирующими обеспеченными кредиторами

55. Вышеупомянутые примеры того, каким образом принцип “первый по времени” применяется к различным ситуациям, когда обеспечительным правам придается сила отношении третьих сторон с помощью различных способов, тем не менее

обусловливаются ограниченным числом исключений. Такие исключения бывают двух видов. Одни отражают специальные правила приоритета, касающиеся определенных способов придания обеспечительным правам силы в отношении третьих сторон. Другие отражают конкретные правила в отношении определенных видов сделок или обремененных активов. Упоминавшиеся различные способы придания силы в отношении третьих сторон, в частности три способа (т. е. регистрация в специальном реестре, внесение отметки в сертификат правового титула и контроль), часто ведут к применению специальных правил приоритета.

a. Регистрация в специальном реестре или внесение отметки в сертификат правового титула

56. Во многих государствах обеспечительное или иное право (такое, как право покупателя или арендатора обремененного актива) может быть зарегистрировано в специальном реестре или отметка о нем может быть внесена в сертификат правового титула. Большинство из этих государств предусматривают, что статус обеспечительных прав определяется очередностью их регистрации или внесения отметки. Это означает, что зарегистрированное обеспечительное право или право, о котором внесена отметка, имеет приоритет над обеспечительным правом, которое регистрируется или отметка о котором вносится в сертификат правового титула позднее. В целях защиты неприкосновенности специальных реестров или систем внесения отметок в *Руководстве* рекомендуется придерживаться аналогичного подхода (см. рекомендацию 77, подпункт *b)*).

57. Если специальный реестр существует, то также необходимо определить приоритет между правом, зарегистрированным в специальном реестре или внесенным в сертификат правового титула, с одной стороны, и правом, зарегистрированным в общем реестре обеспечительных прав, или правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством владения или с помощью некоторых других способов, с другой стороны. В большинстве таких государств обеспечительное или иное право, зарегистрированное в специальном реестре или внесенное в сертификат правового титула, получает приоритет над обеспечительным правом, зарегистрированным в общем реестре или получившим силу в отношении третьих сторон с помощью иного метода, чем регистрация в специальном реестре или внесение отметки в сертификат правового титула, независимо от того, что происходит раньше. Так, например, в этих системах, если обеспеченный кредитор А регистрирует уведомление в общем реестре обеспечительных прав или вступает во владение обремененным активом, а затем обеспеченный кредитор В регистрирует обеспечительное право в специальном реестре или вносит отметку в сертификат правового титула, обеспеченный кредитор В будет иметь приоритет над обеспеченным кредитором А. И вновь следует отметить, что для защиты неприкосновенности таких реестров и систем внесения отметок в *Руководстве* рекомендован аналогичный подход (см. рекомендацию 77, подпункт *a)*).

b. Соглашения о контроле

58. Второе исключение обычно устанавливается в государствах, которые разрешают придание силы в отношении третьих сторон обеспечительным правам в определенных видах нематериального актива, что достигается посредством “контроля”. Эти государства предусматривают, что в тех случаях, если кредитор наделяет обеспечительное право силой в отношении третьих сторон посредством контроля, то приоритет предоставляется этому обеспечительному праву независимо от того, могли ли другие кредиторы, обладающие обеспечительным правом в том же обремененном активе, ранее зарегистрировать уведомление в общем реестре обеспечительных прав или придать силу в

отношении третьих сторон с помощью других способов (см. пункты 158 и 166, ниже). С учетом специального характера обеспечительных прав в правах на выплату средств в *Руководстве* рекомендован аналогичный подход (см. рекомендации 103 и 107).

c. Другие исключения из правила "первый по времени"

59. В дополнение к этим ситуациям, если сила в отношении третьих сторон придается с помощью специальных способов, многие государства предусматривают исключения из правила "первый по времени" для определенных видов сделок или определенных видов обремененных активов, если сила в отношении третьих сторон придается на основании регистрации или владения. Наиболее часто встречающиеся ситуации связаны со следующими видами сделок или активов: *a)* сделки, связанные с предоставлением финансовых средств для целей приобретения (в *Руководстве* эти сделки рассматриваются в главе IX о финансировании приобретения; см. рекомендации 178–185 и 191–199); *b)* обеспеченные сделки, связанные с обеспечительными правами в оборотных инструментах, оборотных документах или денежных средствах, которым может быть придана сила в отношении третьих сторон посредством владения (см. пункты 154–156, 164 и 167–169, ниже, и рекомендации 101, 102, 106, 108 и 109); *c)* обеспеченные сделки, связанные с обеспечительными правами в принадлежностях (см. пункты 110–116, ниже, и рекомендации 87–89); и *d)* обеспеченные сделки, связанные с обеспечительными правами в массе или продукте (см. пункты 117–124, ниже, и рекомендации 90–92).

c) Приоритет прав получателей, арендаторов и лицензиатов на обремененные активы

i) Общие замечания

60. Когда лицо, предоставляющее право, передает, сдает в аренду или предоставляет лицензию на материальные активы (иные, чем оборотные инструменты или оборотные документы), которые являются объектом существующих обеспечительных прав, получатель, арендатор или лицензиат заинтересован в получении этих активов свободными от любого обеспечительного права, тогда как существующий обеспеченный кредитор заинтересован в сохранении своего обеспечительного права в этих активах по отношению к получателю, арендатору или лицензиату (при условии некоторых исключений; см. пункты 65–88, ниже). Весьма важно то, что правила приоритета касаются такой заинтересованности в обоих случаях и что следует обеспечить надлежащий баланс между ними. Если права обеспеченного кредитора в конкретных активах подвергаются риску каждый раз, когда лицо, предоставляющее право, передает, сдает в аренду или предоставляет лицензию на них, их стоимость как обеспечения будет серьезно уменьшена, а наличие обеспеченного кредитования на основании их стоимости будет поставлено под угрозу.

61. В большинстве государств отправным моментом является общий принцип, согласно которому получатель (включая покупателя, лицо, осуществляющее обмен, дарополучателя, наследника и других аналогичных получателей), арендатор или лицензиат обремененного актива получает свои права в этом активе обусловленными существующим обеспечительным правом, которому придана сила в отношении третьих сторон. Указывается, что такое обеспечительное право охватывает право следования в отношении активов, находящихся в руках получателя, арендатора или лицензиата (см. главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 15–18, и

рекомендацию 31; см. также рекомендацию 79). Другими словами, обеспеченный кредитор может контролировать передачу актива в руки покупателя или другого получателя, арендатора или лицензиата. Из этого следует, что другие третьи стороны, которые получают свои права от покупателя или другого получателя, арендатора или лицензиата, в таких случаях, как правило, также примут свои права обремененными существующим обеспечительным правом (см. пункты 84–88, ниже). Исключения из этого общего принципа в отношении каждого из подобных видов сделок рассматриваются ниже.

ii) Права покупателей

62. Как уже упоминалось (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 72–89, и главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 15–18 и 87–96), если обремененный актив продается, то обеспеченный кредитор сохраняет свое обеспечительное право в первоначальном обремененном активе, а также получает обеспечительное право в поступлениях от продажи (которые могут включать наличные средства, дебиторскую задолженность или даже другие активы в случае сделок между участниками меновой торговли или лицами, осуществляющими обмен). В такой ситуации возникает вопрос о том, должно ли обеспечительное право в поступлениях заменять обеспечительное право в обремененном активе, с тем чтобы покупатель получал свои права свободными от обеспечительного права.

63. Иногда утверждается, что обеспечительное право следует отличать от купли-продажи, исходя из той предпосылки, что обеспеченному кредитору не причиняется ущерб в результате продажи активов свободными от его обеспечительного права до тех пор, пока он удерживает обеспечительное право в поступлениях от такой продажи. Однако этот результат не обязательно защищает обеспеченного кредитора, поскольку поступления часто не являются столь ценными для кредитора, как первоначальный обремененный актив. Во многих случаях поступления могут иметь незначительную ценность для кредитора в качестве обеспечения или не иметь ее вообще (например, дебиторская задолженность, которая не может быть взыскана, поскольку должник по дебиторской задолженности не является финансово состоятельным). В других случаях может быть весьма трудным или невозможным для кредитора идентифицировать поступления, и его требование на эти поступления может быть в силу этого иллюзорным. Кроме того, существует риск того, что поступления, даже если они имеют ценность для обеспеченного кредитора, могут быть размыты продавцом, который их получил, что оставляет кредитора с пустыми руками. И наконец, вполне может быть, что другой кредитор мог принять обеспечительное право в поступлениях как первоначальных обремененных активах и может иметь приоритет в отношении этих поступлений. Эта возможность является особенно реальной в случае дебиторской задолженности, когда лицо, предоставляющее право, зачастую получает финансирование под залог инвентарных запасов от одного ссудодателя, а финансирование под дебиторскую задолженность – от другого ссудодателя.

64. Хотя государства приняли различные подходы к обеспечению баланса между интересами обеспеченных кредиторов и лиц, покупающих обремененные активы у лиц, предоставляющих право и владеющих этими активами, в большинстве случаев предусматривается, что обеспечительное право должно сохраниться после передачи даже тогда, когда обеспеченный кредитор также в состоянии истребовать право в поступлениях. Это не означает, что обеспеченному кредитору платеж будет произведен дважды. Поскольку обеспечительное право обеспечивает исполнение обязательства, обеспеченный кредитор, который утверждает права в активах и в поступлениях, не может требовать или получать более того, что ему причитается. В *Руководстве* рекомендован подход, согласно которому в качестве общего принципа обеспеченный кредитор должен

сохранить свое обеспечительное право в первоначальном обремененном активе, а также обеспечительное право в поступлениях от его продажи или иной передачи (см. рекомендации 19, 31, 39, 40 и 79).

65. При этом большинство государств признают два исключения из общего принципа, согласно которому обеспечительное право в каком-либо активе продолжает обременять данный актив после его продажи, и это признается также в *Руководстве*. Первое исключение касается ситуаций, в которых обеспеченный кредитор прямо санкционирует продажу свободной от обеспечительного права (см. рекомендацию 80, подпункт *а)*). Обеспеченный кредитор может санкционировать такую продажу, например, потому, что, по его мнению, поступления являются достаточными для производства платежа по обеспеченному обязательству, или потому, что лицо, предоставляющее право, передает обеспеченному кредитору другие активы в качестве обеспечения для компенсации потерь при продаже актива. Вместе с тем следует отметить, что это исключение не относится к ситуациям, в которых обеспеченный кредитор санкционирует продажу, но не разрешает лицу, предоставляющему право, осуществлять продажу свободной от обеспечительного права. В таких ситуациях покупатель обычно принимает правовой титул на данный актив обусловленным обеспечительным правом.

66. Второе исключение относится к ситуациям, в которых санкция обеспеченного кредитора на продажу активов свободными от обеспечительного права подразумевается, поскольку обремененные активы носят такой характер, что обеспеченная сторона ожидает, что они будут проданы свободными от обеспечительного права, или когда все соответствующие стороны заинтересованы в продаже активов свободными от обеспечительного права. Государства формулируют данное второе исключение по-разному, как это показано в следующих далее пунктах.

a. Подход, основывающийся на обычной коммерческой деятельности

67. Общий подход, используемый во многих государствах, заключается в том, чтобы предусмотреть, что продажа обремененных активов, состоящих из инвентарных запасов, которая была произведена лицом, предоставляющим право, в ходе обычной коммерческой деятельности, будет иметь своим результатом автоматическое погашение любых обеспечительных прав, которыми обеспеченный кредитор обладает в этих активах, без каких-либо последующих действий со стороны покупателя, продавца или обеспеченного кредитора. Следствие этого правила заключается в том, что, когда продажа инвентарных запасов производится за рамками обычной коммерческой деятельности лица, предоставляющего право, или когда такая продажа касается иного актива, чем инвентарные запасы, это исключение не будет применяться; такая продажа не погашает обеспечительного права, и обеспеченный кредитор может в случае неисполнения своих обязательств лицом, предоставляющим право, обеспечить реализацию своего обеспечительного права в обремененном активе, находящемся в руках покупателя (если только обеспеченный кредитор не санкционировал продажу свободной от обеспечительного права). Если соглашение об обеспечении предусматривает это, то сама продажа может представлять собой неисполнение обязательства, дающее обеспеченному кредитору право принудительно реализовать свое обеспечительное право; в противном случае обеспеченный кредитор не может сделать это до наступления факта неисполнения обязательства.

68. В соответствии с этим подходом для продажи обремененного актива свободным от обеспечительного права необходимо выполнить два требования. Первое требование заключается в том, что продавец этого актива должен заниматься коммерческой деятельностью по продаже активов такого рода. Обремененный актив не может быть

предметом, который продавец не продает в обычном порядке. Кроме того, продажа не может быть произведена в ином порядке, чем порядок, которого обычно придерживается продавец, таком как продажа продавцом за пределами его обычного канала распределения (например, если продавец обычно продает товары только розничным торговцам, а продажа в данном случае является продажей оптовому торговцу). Второе требование заключается в том, что покупатель не должен быть осведомлен о том, что продажа нарушает права обеспеченного кредитора по соглашению об обеспечении. Это имело бы место в случае, например, когда покупатель осведомлен о том, что продажа ему запрещена условиями соглашения об обеспечении. С другой стороны, простой осведомленности покупателя о том факте, что данный актив обременен обеспечительным правом, было бы недостаточно.

69. Подход, основывающийся на обычной коммерческой деятельности, имеет то преимущество, что он соответствует коммерческим ожиданиям, согласно которым лицо, предоставляющее право, продаст свои инвентарные запасы материальных активов (и оно действительно должно сделать это для сохранения своей финансовой состоятельности), и что покупатели данных материальных активов получат их свободными от существующих обеспечительных прав. Без такого исключения из принципа, согласно которому обеспечительное право сохраняется в активах, находящихся в руках покупателя, способность лица, предоставляющего право, продать инвентарные запасы в ходе обычной коммерческой деятельности будет в значительной мере подорвана, поскольку покупатели будут вынуждены расследовать требования на данные материальные активы до их приобретения. Такая ситуация привела бы к значительному увеличению издержек по сделкам и существенно препятствовала бы заключению обычных коммерческих сделок.

70. Подход, основывающийся на обычной коммерческой деятельности, также обеспечивает простую и транспарентную основу для определения того, продаются ли инвентарные запасы свободными от обеспечительных прав. Например, продажа оборудования торговцем оборудованием производителю, который будет использовать это оборудование на своей фабрике, явно является продажей инвентарных запасов в ходе обычной коммерческой деятельности торговца оборудованием, а покупатель должен автоматически получить такое оборудование свободным от любых обеспечительных прав в пользу кредиторов этого торговца. Такой результат соответствует ожиданиям всех сторон, и покупатель, несомненно, имеет право презюмировать, что и продавец, и любой обеспеченный кредитор продавца ожидают, что продажа производится для того, чтобы генерировать поступления от продажи для продавца. И наоборот, продажа торговцем производственного оборудования большими партиями другому торговцу предположительно не производилась бы в ходе обычной коммерческой деятельности этого торговца. Аналогичным образом, продажа владельцем типографии старых печатных машин также не производилась бы в ходе обычной коммерческой деятельности этого владельца типографии. В большинстве случаев для покупателя будет очевидным – или же ему будет легко установить, – что такая продажа соответствует обычной коммерческой деятельности продавца. По этим причинам подход, основывающийся на обычной коммерческой деятельности, является подходом, рекомендованным в *Руководстве* (см. рекомендацию 81, подпункт *a)*).

71. В отношении случаев продажи, которые явно выходят за рамки обычной коммерческой деятельности лица, предоставляющего право, или случаев, когда у покупателя по меньшей мере возник вопрос такого рода, если обеспечительные права кредиторов подлежат регистрации в общем реестре обеспечительных прав, этот покупатель может защитить себя путем поиска в реестре для определения того, обременен ли приобретаемый им актив обеспечительным правом, и если это так, то добиваться освобождения от этого обеспечительного права у обеспеченного кредитора.

72. В некоторых государствах покупателям обремененных активов разрешается принимать такие активы свободными от обеспечительного права даже тогда, когда сделка выходит за рамки обычной коммерческой деятельности продавца, если такого рода активы являются предметами низкой стоимости. Причина, приводимая в поддержку этого подхода, заключается в том, что в таких правовых системах нормы права, касающиеся обеспеченных сделок, либо не разрешают регистрацию обеспечительного права в предмете низкой стоимости, либо издержки на регистрацию являются достаточно значительными по сравнению со стоимостью актива, и было бы несправедливым переносить эти издержки на покупателя данного предмета. И напротив, можно утверждать, что если предмет действительно имеет низкую стоимость, то обеспеченный кредитор вряд ли сможет принудительно реализовать свое обеспечительное право в активе, находящемся в руках покупателя. Кроме того, определение того, какие предметы имеют достаточно низкую стоимость для того, чтобы их продажу можно было исключить, привело бы к установлению произвольных пределов, которые пришлось бы непрерывно пересматривать, с тем чтобы они соответствовали колебаниям стоимости в результате инфляции и действия других факторов. По этим причинам в *Руководстве* не рекомендуется делать дополнительные исключения в отношении предметов низкой стоимости.

73. Возможный недостаток подхода, основывающегося на обычной коммерческой деятельности, особенно в международной торговле, возникает в том ограниченном числе ситуаций, в которых покупателю не ясно, какие виды деятельности входят в обычную коммерческую деятельность продавца. При этом в рамках нормальных взаимоотношений между покупателем и продавцом весьма вероятно, что покупатели будут осведомлены о виде коммерческой деятельности, которой занимается продавец, и в этих ситуациях подход, основывающийся на обычной коммерческой деятельности, будет соответствовать ожиданиям сторон. По этой причине число случаев, в которых возникает такого рода путаница, на практике ограниченно. В конечном счете преимущества использования подхода, основывающегося на обычной коммерческой деятельности, превалируют над его недостатками. Этот подход способствует торговле и позволяет обеспеченным кредиторам и покупателям защищать свои соответствующие интересы действенным и эффективным с точки зрения затрат образом без причинения ущерба содействию обеспеченному кредитованию.

b. Подход, основывающийся на добросовестности

74. Многие государства использовали иной подход для определения того, принимает ли покупатель обремененных активов правовой титул на эти активы свободными от обеспечительного права, созданного продавцом. В этих государствах покупатель материальных активов принимает их свободными от любых обеспечительных прав, если покупатель приобретает материальные активы добросовестно (без учета того, была ли продажа произведена в ходе обычной коммерческой деятельности продавца). Государства приняли различные формулировки определения понятия “добросовестность” для целей этого критерия. Например, в некоторых государствах покупатель обязан провести расследование по вопросу о том, обременены ли активы обеспечительным правом, тогда как в других государствах покупатель не несет такой обязанности.

75. Один из аргументов в пользу использования этого подхода заключается в том, что добросовестность представляет собой понятие, известное во всех правовых системах, и накоплен значительный опыт применения этого понятия как на национальном, так и на международном уровне. Другой аргумент заключается в том, что должна существовать презумпция того, что покупатель действует добросовестно, если только не доказано иное. Третий аргумент в пользу использования этого подхода заключается в том,

что он освобождает покупателя от расходов и затрат времени, сопряженных с проведением поиска в реестре. Однако проблема, связанная с таким подходом, состоит в том, что он сосредоточивается на субъективном критерии, касающемся осведомленности и намерений покупателя (что порождает трудные доказательственные вопросы), а не на коммерческих ожиданиях сторон, участвующих в сделке.

c. Подход, основывающийся на ограничении по времени

76. Некоторые государства придерживаются третьего подхода к определению времени, когда обеспечительное право может приобрести силу в отношении покупателя или другого получателя лица, предоставляющего право. В этих государствах обеспечительное право, которое обременяет проданный актив, перестанет обременять актив, если обеспечительное право обеспечивает кредит, предоставленный после истечения определенного срока (например, шесть месяцев) со времени придания праву силы в отношении третьих сторон или регистрации такого права. В этой системе получателю не нужно быть ни добросовестным, ни даже приобретать актив в рамках обычной коммерческой деятельности продавца. Критерий погашения обеспечительного права будет просто иметь временной характер. Хотя этот критерий, как представляется, предусматривает объективную дату, он требует от всех покупателей, включая тех, которые совершают покупку в рамках обычной коммерческой деятельности продавца или добросовестно, устанавливать не только наличие обеспечительного права, но и дату, когда был предоставлен кредит, обеспеченный обеспечительным правом. В связи с таким подходом возникают весьма трудные доказательственные и практические вопросы, и он также не отвечает обычным ожиданиям покупателей и продавцов материальных активов.

iii) Права арендаторов

77. Споры в отношении приоритета иногда возникают между держателем обеспечительного права в материальном активе, предоставленного собственником или арендодателем этого актива, с одной стороны, и арендатором такого актива, с другой. В этом контексте вопрос заключается не в том, принимает ли арендатор фактически данный актив свободным от обеспечительного права в том смысле, что обеспечительное право отсечено. Вопрос скорее заключается в том, не затрагивается ли право арендатора использовать арендованный актив на условиях, установленных в соглашении об аренде, обеспечительным правом. Ключевой момент состоит в том, может ли арендатор после того, как держатель обеспечительного права, предоставленного собственником или арендодателем, начнет процедуру принудительной реализации этого права, тем не менее продолжать использовать актив до тех пор, пока он продолжает платить аренду и в иных отношениях соблюдает условия аренды. Общий принцип, который рассматривался в отношении покупателей, применяется также и здесь (см. пункты 62–66, выше). В принципе такой актив обременен обеспечительным правом, и, таким образом, обеспеченный кредитор может принудительно реализовать свое обеспечительное право в случае неисполнения обязательства лицом, предоставляющим право/собственником или лицом, предоставляющим право/арендодателем, даже если это означает перерыв в использовании данного актива арендатором согласно условиям договора аренды.

78. Как и в случае покупателей материальных активов, обремененных ранее существовавшим обеспечительным правом, многие государства признают два исключения из этого общего принципа. Согласно любому из этих исключений обеспечительное право не прекращает своего существования. Однако на срок аренды право обеспеченного кредитора ограничивается собственными правами арендодателя – лица, предоставляющего

право, в этих активах, а арендатор может продолжать без перерыва использовать этот актив в соответствии с условиями договора аренды.

79. Первое исключение применяется тогда, когда обеспеченный кредитор разрешил лицу, предоставляющему право, заключить соглашение об аренде, которое не затрагивается обеспечительным правом. Как и в случае продажи материальных активов, если обеспеченный кредитор разрешил сдачу в аренду, осведомленность арендатора о существовании обеспечительного права не имеет никакого значения. Руководство рекомендует это исключение (см. рекомендацию 80, подпункт *b)*). Второе исключение относится к ситуациям, в которых арендодатель материального актива занимается коммерческой деятельностью, связанной с передачей в аренду материальных активов такого рода, причем соглашение об аренде заключается в ходе обычной коммерческой деятельности арендодателя, а арендатор фактически не осведомлен о том, что аренда нарушает права обеспеченного кредитора, предусмотренные соглашением об обеспечении. Такая осведомленность имела бы место тогда, когда, например, арендатор был осведомлен о том, что соглашение об обеспечении, предусматривающее создание такого обеспечительного права, прямо запрещает лицу, предоставляющему право, сдавать в аренду данные активы. Однако простая осведомленность о существовании обеспечительного права независимо от того, имеет ли она место постольку, поскольку арендатор ознакомился с уведомлением, зарегистрированным в системе регистрации обеспечительных прав или каким-либо иным образом, не будет считаться достаточной для аннулирования прав арендатора. Это исключение основывается на принципиальных соображениях, аналогичных тем соображениям, которые касаются аналогичного исключения в отношении продажи материальных активов в ходе обычной коммерческой деятельности продавца, и отражает подход, рекомендованный в *Руководстве* (см. рекомендацию 81, подпункт *b)*, и пункты 67–73, выше).

iv) Права лицензиатов

80. Рассматриваемые выше вопросы также возникают в контексте выдачи лицензии на нематериальные активы, которые обременены обеспечительным правом, созданным лицензиаром, и общий принцип, применимый к продаже и аренде материальных активов, также применяется к лицензиям в отношении нематериальных активов (см. рекомендацию 79). Таким образом, если обеспечительное право в каком-либо нематериальном активе имеет силу в отношении третьих сторон, оно будет сохраняться в активах, находящихся в руках лицензиата, если только не применяется одно из упомянутых ниже исключений (см. рекомендации 80 и 81).

81. Первое исключение, признанное большинством государств, имеет два аспекта, которые следуют правилу в отношении продажи и аренды материальных активов. Как и в случае аренды, если обеспеченный кредитор разрешает выдачу лицензии, лицензиат принимает указанный в лицензии актив свободным от обеспечительного права, и не имеет значения, был ли лицензиат осведомлен о существовании этого обеспечительного права. В *Руководстве* рекомендуется это исключение (см. рекомендацию 80, подпункт *b)*).

82. Второе исключение (также аналогичное подобным исключениям в отношении продажи и аренды материальных активов) касается ситуации, связанной с неисключительным лицензированием нематериальных активов, когда лицензиар занимается коммерческой деятельностью, сопряженной с выдачей неисключительных лицензий на такие активы, лицензия выдается в ходе обычной коммерческой деятельности лицензиара, а лицензиат не был осведомлен о том, что данная лицензия нарушает права обеспеченного кредитора по соглашению об обеспечении (см. рекомендацию 81, подпункт *c)*). Как и в случае продажи и аренды материальных активов, общепризнано то, что такая

осведомленность имела бы место, если бы, например, лицензиат был осведомлен о том, что соглашение об обеспечении, предусматривающее создание такого обеспечительного права, прямо запрещает лицу, предоставляющему право, выдавать лицензию на данные активы. Однако простая осведомленность о существовании обеспечительного права, подтвержденном уведомлением, которое было зарегистрировано в системе регистрации обеспечительных прав, не будет достаточной для аннулирования прав лицензиата. Типичным примером будет неисключительная лицензия, предоставленная пользователю популярных средств программного обеспечения. Если это предусмотрено соглашением об обеспечении, предоставление лицензии может представлять собой неисполнение обязательств, что дает обеспеченному кредитору право принудительно реализовать свои обеспечительные права и добиваться получения лицензионных платежей от лицензиата; в противном случае обеспеченный кредитор не может сделать этого до тех пор, пока не произойдет неисполнение обязательств. Однако тот факт, что неисключительная лицензия представляет собой неисполнение обязательств, не будет влиять на действие лицензии, пока соблюдаются условия рекомендации 81, подпункт *c)* (в частности, неосведомленность неисключительного лицензиата о том, что выдача лицензии нарушает соглашение об обеспечении между лицензиатом и его обеспеченным кредитором).

83. Важно отметить, что второе исключение относится только к неисключительным лицензиям на нематериальные активы (иными словами, лицензии, согласно которым лицензиат не является единственным и исключительным лицензиатом на интеллектуальную собственность, охватываемую лицензией, как это имеет место в случае массового распространения средств программного обеспечения). Если лицо, предоставляющее право, занимается коммерческой деятельностью, сопряженной с лицензированием нематериальных активов, обеспеченный кредитор, который является держателем обеспечительного права в таких активах, обычно будет предполагать, что лицо, предоставляющее ему право, будет выдавать неисключительные лицензии на эти активы, с тем чтобы генерировать поступления. Кроме того, неразумно ожидать, что лицензиат, имеющий неисключительную лицензию, будет вести поиск в общем реестре обеспечительных прав для того, чтобы убедиться в существовании обеспечительных прав в активах, на которые выдана лицензия. Однако выдача исключительной лицензии на нематериальные активы, согласно которой лицензиату предоставляется исключительное право использования этих активов во всем мире или даже на конкретной территории, обычно является заключенной сделкой. Такая сделка часто выходит за рамки обычной коммерческой деятельности лицензиара, хотя она также может заключаться в ходе обычной коммерческой деятельности лицензиара, если лицензиар занимается коммерческой деятельностью, сопряженной с выдачей исключительных лицензий, как часто происходит в случае, например, касающемся кинематографии. В случае выдачи исключительной лицензии разумно ожидать, что лицензиат проведет поиск в общем реестре обеспечительных прав для установления того, обременены ли активы, на которые выдана лицензия, обеспечительным правом, созданным лицензиаром, и для того, чтобы заручиться соответствующим изъятием или обеспечить субординацию приоритета, если установлено наличие такого обеспечительного права.

v) Права отдаленных получателей, арендаторов и лицензиатов

84. Эффективный режим обеспеченных сделок должен также охватывать различные ситуации, когда обремененный актив продается, передается, сдается в аренду или на него выдается лицензия получателем, арендатором или лицензиатом более одного раза. Ситуации первого вида связаны с передачами, которые представляют собой продажи, ни одна из которых не осуществляется в рамках обычной коммерческой деятельности продавца, не совершается добросовестно или не производится в течение определенного

периода времени (см. пункты 67–76, выше). В некоторых государствах, если лицо, предоставляющее обеспечительное право, продает обремененный актив покупателю (первый покупатель), который затем перепродает этот актив второму покупателю (отдаленный покупатель), то отдаленный покупатель приобретает обремененный актив свободным от обеспечительного права, созданного лицом, предоставившим такое право. Такого подхода в этих государствах придерживаются по той причине, что отдаленному покупателю трудно установить наличие обеспечительного права, предоставленного лицом, который владел обремененными активами до первой покупки. Во многих случаях отдаленным покупателям не известна личность прежнего собственника, и соответственно у них нет возможности провести поиск имени прежнего собственника.

85. Однако проблема с таким подходом заключается в том, что он снижает надежность обеспечительного права, предоставленного соответствующим лицом, ввиду возможности того, что обремененный актив будет продан без осведомленности об этом обеспеченного кредитора первому покупателю, а затем отдаленному покупателю либо по наивности, либо с конкретным умыслом лишить обеспеченного кредитора его обеспечительного права. Поэтому другие государства предусматривают, что права отдаленного покупателя будут зависеть от прав продавца, у которого отдаленный покупатель приобрел обремененный актив (т. е. от того, были ли такие продажи произведены в рамках обычной коммерческой деятельности продавца или добросовестно, или в течение определенного периода времени). Так, например, если отдаленный покупатель производит покупку у продавца, который приобрел актив, обремененный обеспечительным правом, то отдаленный покупатель также приобретает актив, обремененный обеспечительным правом. И наоборот, в этих государствах, если отдаленный покупатель производит покупку у продавца, который приобрел обремененный актив свободным от обеспечительного права, то отдаленный покупатель также приобретает этот актив свободным от обеспечительного права.

86. Ситуации второго вида возникают в тех случаях, когда обеспечительное право сопровождает обремененный актив после продажи первому покупателю, но затем актив перепродается первым покупателем отдаленному покупателю в рамках обычной коммерческой деятельности первого покупателя (или добросовестно или в течение определенного периода времени). В этих случаях необходимо определить, какие обеспечительные права затрагивает принцип обычной коммерческой деятельности. Здесь возможны два подхода. Некоторые государства предусматривают, что продажа в рамках обычной коммерческой деятельности (или продажа добросовестно или в течение определенного периода) только дает отдаленному покупателю возможность приобретать актив без обременения обеспечительными правами, предоставленными первым покупателем. Другие государства предусматривают, что отдаленный покупатель приобретает актив свободным от обеспечительных прав, включая и права, предоставленные первоначальным продавцом.

87. В целях поощрения принципа обычной коммерческой деятельности *Руководство* рекомендует, чтобы в тех случаях, когда покупатель обремененных активов принимает активы свободными от обеспечительного права, предоставленного их продавцом, отдаленный покупатель также примет активы свободными от этого обеспечительного права (см. рекомендацию 82). Если продавец принимает активы обремененными обеспечительным правом, то отдаленный покупатель также обычно принимает их обремененными этим правом (a contrario). Тем не менее, для того чтобы освободить отдаленного покупателя от необходимости изучать историю актива, когда он был приобретен в рамках обычной коммерческой деятельности первоначального продавца, *Руководство* допускает, что отдаленный покупатель в этих случаях принимает актив свободным от всех обеспечительных прав, включая обеспечительные права, которые могли быть

предоставлены первоначальным продавцом. Такой результат обусловлен толкованием рекомендации 79, которая допускает исключения, и рекомендации 81, подпункт *a)*, которая не ограничивается обеспечительными правами, предоставленными непосредственным продавцом обремененного актива. Если требовать от лица (включая потребителя), которое покупает обремененный актив в рамках обычной коммерческой деятельности, отслеживать всю цепочку правового титула, то это будет препятствовать торговле. Отдаленный финансист имеет неограниченное право на поступления в любом случае, в то время как у конечного покупателя обычно нет ни ресурсов, ни времени изучать отдаленную цепочку правовых титулов, и он производит покупку у перекупщика (а не у частного лица) именно для того, чтобы избежать необходимости вести поиск по цепочке правовых титулов.

88. Аналогичные соображения применимы к случаям, связанным с рядом аренд и субаренд. Так, например, в ситуациях, когда подразумевается, что права арендатора материального актива не затрагиваются обеспечительным правом в активах, предоставленных ему арендодателем, обычно считается уместным, чтобы права субарендатора также не затрагивались. И наконец, как и в случае продажи и аренды обремененных активов, существует веский аргумент в пользу гарантирования того, что сублицензиат не затрагивается обеспечительным правом, созданным первоначальным лицензиаром в тех ситуациях, когда, согласно законодательству, сама лицензия не затрагивается обеспечительным правом. Для сохранения последовательности в использовании такого подхода в отношении сделок, осуществляемых в рамках обычной коммерческой деятельности, *Руководство* рекомендует, чтобы субарендаторы или сублицензиаты принимали активы свободными от обеспечительного права во всех случаях, когда первоначальный арендатор или лицензиат принимает их свободными от такого права (см. рекомендацию 82).

vi) Права дарополучателей и других безвозмездных получателей

89. Положение получателя обремененного актива в качестве дара (обычно называемого дарополучателем, а также наследником) несколько отличается от положения покупателя или другого получателя возмездно. Поскольку безвозмездный получатель не расстается со стоимостью, нет и объективного свидетельства того, что получатель полагается в ущерб себе на, по всей видимости, необремененное право собственности, принадлежащее лицу, предоставляющему право. В результате этого в случае спора в отношении приоритета между дарополучателем какого-либо актива и держателем обеспечительного права в этом активе, предоставленного лицом, передающим его получателю, имеет место убедительный аргумент в пользу предоставления приоритета обеспеченному кредитору даже в обстоятельствах, когда обеспечительное право в иных отношениях не имеет силы в отношении третьих сторон. Второй аргумент в пользу использования этого подхода заключается в том, что если обремененный актив является даром, то отсутствуют поступления, на которые обеспеченный кредитор может рассчитывать взамен обремененных активов. Хотя некоторые государства используют этот подход, большинство государств придерживаются общего правила, согласно которому только обеспечительные права, которым была придана сила в отношении третьих сторон, будут обладать приоритетом по сравнению с другими заявителями требований. Это означает, что обеспечительное право, которое имеет силу в отношении третьих сторон, сопровождает актив, находящийся в руках его получателя (см. рекомендацию 79), а исключения предусматриваются только в отношении таких возмездных получателей, как покупатели и другие лица, которые приобретают права у лица, предоставляющего право возмездно, как, например, арендаторы или лицензиаты (см. рекомендации 80–82). Применяя это правило, дарополучатель никогда не может стать получателем в ходе обычной коммерческой деятельности и будет принимать актив

обремененным обеспечительным правом, если только это обеспечительное право приобрело силу в отношении третьих сторон.

d) Приоритет преференциальных требований

90. Во многих государствах в качестве способа достижения общих социальных целей определенные необеспеченные требования вновь квалифицируются как преференциальные требования и наделяются в рамках или даже за рамками производства по делу о несостоятельности приоритетом над другими необеспеченными требованиями. В некоторых случаях приоритет также предоставляется обеспеченным требованиям, в том числе обеспеченным требованиям, которые вступили в силу в отношении третьих сторон на основании регистрации или иным способом до возникновения необеспеченных требований. Например, в некоторых государствах требования служащих в отношении невыплаченной заработной платы и государства в отношении неуплаченных налогов наделяются приоритетом над ранее существовавшими обеспечительными правами. Поскольку социальные цели являются разными в каждой стране, точный характер этих требований и степень, в которой им предоставляется приоритет, являются весьма разнообразными. Кроме того, во многих государствах по меньшей мере некоторые из этих требований должны быть зарегистрированы для придания им силы в отношении третьих сторон, тогда как другие государства не требуют регистрации для придания силы в отношении третьих сторон. В государствах, которые не требуют регистрации, преференциальные требования обычно не наделяются правом сопровождения. Поэтому они не могут выдвигаться в отношении получателей (даже безвозмездных получателей) актива, обремененного преференциальным требованием.

91. Преимущество установления этих преференциальных требований заключается в том, что может оказываться содействие достижению какой-либо социальной цели. Возможные недостатки зависят в значительной мере от того, требуется ли регистрировать такие требования. Недостаток незарегистрированных преференциальных требований заключается в том, что, как правило, будет весьма трудно или невозможно для потенциальных кредиторов знать, существуют ли такие требования, а это обстоятельство может увеличить неопределенность и тем самым воспрепятствовать обеспеченному кредитованию. Данный конкретный недостаток не затрагивает требований, которые должны быть зарегистрированы. Тем не менее даже зарегистрированные преференциальные требования могут неблагоприятно воздействовать на наличие и стоимость обеспеченного кредитования, когда они получают приоритет над предварительно зарегистрированными обеспечительными правами. Причина этого заключается в том, что, поскольку такие требования уменьшают экономическую стоимость актива для обеспеченного кредитора, кредиторы будут часто переносить экономическое бремя, связанное с такими требованиями, на лицо, предоставляющее право, путем увеличения процентной ставки или путем удержания оценочной суммы таких требований из суммы имеющегося кредита.

92. Чтобы избежать воспрепятствования обеспеченному кредитованию, многие государства в последнее время уменьшили число преференциальных требований, которым придается приоритет над существующими обеспечительными правами. Тенденция в современном законодательстве заключается в установлении таких требований только тогда, когда не имеется других эффективных способов достижения основополагающей социальной цели. Например, в некоторых правовых системах налоговые поступления защищаются путем стимулирования директоров компаний к оперативному решению финансовых проблем, ибо в противном случае они будут нести личную ответственность, а требования в отношении заработной платы защищаются с помощью какого-либо публичного фонда. Кроме того, многие государства также стремились ограничить

воздействие преференциальных требований на наличие обеспеченного кредитования путем установления предела в отношении либо суммы, которая может быть выплачена заявителю преференциального требования, либо процентной доли суммы, которая была получена в результате реализации и которая может использоваться для выплаты такому заявителю.

93. Если допускается существование преференциальных требований, то устанавливающее их законодательство должно быть достаточно ясным и транспарентным, с тем чтобы кредитор был в состоянии произвести расчет возможной суммы преференциальных требований заранее и обеспечить свою защиту. Одни государства достигли такой ясности и транспарентности посредством перечисления всех преференциальных требований в одном законе или в приложении к закону. Другие государства достигли этого результата путем установления требования о том, что преференциальные требования должны быть зарегистрированы в публичном реестре и путем предоставления таким требованиям приоритета только над обеспечительными правами, зарегистрированными впоследствии. Однако, когда государства используют этот второй подход, бóльшая часть обоснований для предъявления преференциальных требований исчезает. Это происходит потому, что ряд таких требований возникает непосредственно до начала производства по делу о несостоятельности, и поэтому маловероятно предоставление любого обеспеченного кредита после их регистрации (если только нет необходимости в финансировании под обеспечение после открытия производства). *Руководство* стремится обеспечить баланс в отношении преференциальных требований. В нем нет рекомендации об их регистрации, хотя такая регистрация вполне возможна. Руководство скорее рекомендует, чтобы закон ограничивал такие требования и по видам, и по суммам и чтобы в той степени, в какой существуют преференциальные требования, они были описаны в законодательстве таким образом, какой является достаточно ясным и конкретным, с тем чтобы позволять потенциальным обеспеченным кредиторам принимать решение о том, предоставлять ли кредит какому-либо лицу, предоставляющему право (см. рекомендацию 83).

е) Приоритет прав кредиторов по судебному решению

94. В рамках современных режимов регулирования обеспеченных сделок общее правило заключается в том, что обеспечительное право, имеющее силу в отношении третьих сторон, наделяется приоритетом над правами необеспеченного кредитора. Вместе с тем в некоторых государствах держатель необеспеченного требования может получить право в активах должника, заручившись судебным решением или временным судебным предписанием в отношении этого должника и зарегистрировав такое судебное решение или временное судебное предписание в общем реестре обеспечительных прав. Это приводит к преобразованию необеспеченного требования в обеспеченное требование, статус которого определяется обычными правилами приоритета. Некоторые из этих государств пошли дальше и предусмотрели, что в случае, когда необеспеченный кредитор предпринял шаги, необходимые согласно применимому праву для получения судебного решения или временного судебного предписания, имущественные права, которые он тем самым приобретает, могут фактически иметь приоритет над определенными требованиями ранее существовавшего обеспеченного кредитора. В законодательстве проводится различие между этими кредиторами и другими необеспеченными кредиторами с учетом их внимательного отношения к тому, что они могут предпринять, зачастую при значительных издержках, для предъявления своего требования к лицу, имеющему обязательство перед ними. Для удобства пользования термин “судебное решение” используется в приводимом ниже обсуждении в целях указания как на судебное решение, так и на временное судебное предписание, а термин

“кредитор по судебному решению” используется для указания на кредитора, который получил либо судебное решение, либо временное судебное предписание в отношении должника.

95. Такой результат не является несправедливым для других необеспеченных кредиторов в целом, поскольку они обладают теми же правами на сведение своих требований к сумме по судебному решению, но не воспользовались временем или не понесли расходы для этого. Вместе с тем во избежание предоставления кредиторам по судебному решению чрезмерных полномочий в правовых системах, особенно в тех, в которых один кредитор может возбудить разбирательство по делу о несостоятельности, законодательство о несостоятельности в некоторых странах предусматривает, что обеспечительные права, возникающие из судебных решений, которые были получены в течение конкретно указанного периода времени до начала разбирательства по делу о несостоятельности, могут игнорироваться управляющим в деле о несостоятельности, и в этом случае имущественное право кредитора по судебному решению погашается и не признается в ходе разбирательства по делу о несостоятельности должника.

96. Современные режимы регулирования обеспеченных сделок обычно затрагивают этот вид спора в отношении приоритета посредством сочетания интересов кредитора по судебному решению и обеспеченного кредитора. С одной стороны, кредитор по судебному решению заинтересован в том, чтобы в какой-либо данный момент времени знать, имеется ли достаточная стоимость в необремененных активах лица, предоставляющего право, для того чтобы гарантировать дальнейшее приведение в исполнение данного судебного решения. С другой стороны, существует убедительный основополагающий аргумент в пользу защиты прав обеспеченного кредитора на том основании, что обеспеченный кредитор прямо полагался на свое обеспечительное право как на основание для предоставления кредита.

97. Многие государства стремятся обеспечить такую сбалансированность путем предоставления в целом приоритета обеспечительному праву над имущественным правом кредитора по судебному решению в обремененных активах постольку, поскольку обеспечительное право получает силу в отношении третьих сторон до возникновения имущественного права кредитора по судебному решению. Именно этот общий принцип закреплен в *Руководстве* (см. рекомендацию 84).

98. В государствах, которые стремятся защитить права кредиторов по судебному решению, как правило, установлено одно исключение и два ограничения в отношении только что изложенного общего принципа. Обычно исключение в отношении прав кредиторов по судебному решению устанавливается в случае приобретения обеспечительных прав в иных обремененных активах, чем инвентарные запасы или потребительские товары. Приоритет предоставляется приобретательскому обеспечительному праву даже в том случае, когда оно не имеет силы во время получения кредитором по судебному решению прав в этом обремененном активе постольку, поскольку обеспечительное право приобретает силу в отношении третьих сторон в течение применимого льготного периода времени, предусмотренного для таких обеспечительных прав. Иной результат породил бы неприемлемый риск для лиц, предоставляющих финансирование для целей приобретения, которые уже предоставили кредит до того времени, когда кредитор по судебному решению получил свое имущественное право, и, таким образом, это препятствовало бы финансированию для целей приобретения (см. рекомендацию 183).

99. Упомянутые выше ограничения в отношении этого правила касаются ограничений в отношении предела приоритета обеспечительного права (т. е. размера кредита, которому отдается приоритет) над правами кредитора по судебному решению. Первое ограничение обусловлено необходимостью защищать существующих обеспеченных

кредиторов от предоставления дополнительных сумм кредита на основе стоимости активов, обремененных правами по судебному решению. Должен быть создан механизм уведомления кредиторов о таких правах по судебному решению. Во многих правовых системах, в которых действует система регистрации, такое уведомление обеспечивается за счет распространения на права по судебному решению требований системы регистрации. В случае отсутствия системы регистрации или в случае, когда права по судебному решению не подлежат регистрации, от кредитора по судебному решению могут потребовать уведомить существующих обеспеченных кредиторов о факте наличия такого судебного решения. Кроме того, в законодательстве может быть предусмотрено, что приоритет существующего обеспеченного кредитора сохраняется в течение определенного срока (возможно, 45–60 дней) после регистрации права по судебному решению (или после получения кредитором уведомления о праве кредитора по судебному решению в обремененных активах), с тем чтобы кредитор мог предпринять шаги по соответствующей защите своих прав. Чем меньше период времени, в течение которого существующий обеспеченный кредитор должен отреагировать на наличие прав по судебному решению, и чем меньше распространяется информация о таких правах по судебному решению, тем сильнее будет негативное воздействие потенциального существования таких прав на наличие и стоимость кредитов, особенно в контексте сделок по возобновляемым кредитам, обеспечивающих выплату кредитов в разное время после заключения кредитного соглашения (см., например, Введение, пункт 30).

100. Что касается обеспечительного права, в отношении которого было зарегистрировано уведомление, то в *Руководстве* содержится рекомендация о том, что обеспеченного кредитора должны уведомлять о наличии права кредитора по судебному решению и что приоритет любого обеспечительного права ограничивается кредитом, предоставленным обеспеченным кредитором до и в течение ограниченного числа дней (например, 30–60 дней) после уведомления обеспеченного кредитора (см. рекомендацию 84, подпункт *a)*). Хотя это ограничение налагает на кредитора по судебному решению обязательство уведомлять обеспеченного кредитора о своем праве, обычно это обязательство не возлагает чрезмерного бремени на кредитора по судебному решению и освобождает обеспеченного кредитора от обязательства часто вести поиск судебных решений в отношении лица, предоставляющего право, что представляет собой значительно более обременительное обязательство, требующее более значительных затрат. Существование льготного периода обосновывается тем, что он препятствует обеспеченному кредитору в рамках механизма возобновляемого кредитования или иного механизма кредитования, обеспечивающего будущее предоставление кредитов, немедленно прекратить предоставление ссуд или других форм кредита, что могло бы создать трудности для лица, предоставляющего право, или даже вынудить его возбудить производство по делу о несостоятельности.

101. Второе ограничение касается обязательств предоставить кредит в будущем. Приоритет обеспечительного права может быть распространен на кредит, предоставленный даже после уведомления обеспеченного кредитора о правах кредитора по судебному решению, при условии, что до направления этого уведомления по такому кредиту было принято необратимое обязательство в отношении фиксированной суммы или суммы, которая может быть рассчитана по определенной формуле.

102. Обоснование этого правила заключается в том, что было бы несправедливо лишать обеспеченного кредитора, который принял на себя необратимое обязательство предоставить кредит, приоритета, из которого он исходил, принимая на себя данное обязательство. Довод в пользу обратного заключается в том, что в рамках многих механизмов кредитования наличие судебного решения будет представлять собой событие неисполнения обязательств, дающего обеспеченному кредитору право прекратить предоставление дополнительных кредитов. Однако прекращение предоставления

кредитов может и не быть достаточной защитой для обеспеченного кредитора и может причинять ущерб и другим сторонам. Например, неожиданная потеря кредитов, которой предваряет судебное решение, вполне может вынудить лицо, предоставляющее право, возбудить производство по делу о несостоятельности, в результате чего не только возникнут потери для обеспеченного кредитора и других кредиторов, но и произойдет, возможно, уничтожение коммерческого предприятия лица, предоставляющего право. В *Руководстве* такой спор в отношении приоритета разрешается в пользу продолжения предоставления кредита в рамках механизма принятия безотзывного обязательства, с тем чтобы лицо, предоставляющее право, могло продолжить свою коммерческую деятельность (см. рекомендацию 84, подпункт *b)*).

f) Приоритет прав лиц, предоставляющих услуги в отношении обремененных активов

103. Во многих государствах кредиторам, которые тем или иным образом осуществляют обслуживание или увеличивают стоимость материальных обремененных активов, например путем их хранения, ремонта или перевозки, предоставляется имущественное право в таких активах. В некоторых государствах это право может превратиться в имущественное право, которое позволяет поставщику услуг реализовать свое требование, как если бы оно было обеспечительным правом. В других государствах это право представляет собой всего лишь право отказать в передаче активов собственнику, обеспеченному кредитору собственника или любому лицу, добивающемуся их передачи. Независимо от характера права поставщика услуг в этих государствах это право можно востребовать только в том случае, когда обремененные активы все еще находятся во владении поставщика услуг.

104. Такое отношение к поставщикам услуг обладает тем преимуществом, что побуждает их на постоянной основе обслуживать обремененные активы и способствовать поддержанию нормального состояния и сохранению таких активов. В большинстве государств право, предоставленное поставщикам услуг, имеет приоритет над всеми другими правами, которые могут быть истребованы в активах, находящихся в их владении. В частности, это право обладает более высоким статусом, чем любое другое обеспечительное право в данных активах, независимо от соответствующих дат, в которые данным двум правам была придана сила в отношении третьих сторон. Обоснование такого правила приоритета заключается в том, что поставщики услуг не являются профессиональными финансистами, и их следует освобождать от обязанности вести поиск в реестре с целью установления факта наличия конкурирующих обеспечительных прав до предоставления своих услуг. Кроме того, это правило способствует предоставлению таких услуг, как хранение и ремонт и внесение других усовершенствований, что обычно отвечает интересам обеспеченных кредиторов, а также лиц, предоставляющих право.

105. Возникает вопрос о том, следует ли ограничить приоритет, предоставляемый поставщикам услуг, определенной суммой, или же его следует признавать только при определенных обстоятельствах. Один из подходов заключается в том, чтобы ограничить его некоторой суммой (например, месячной арендной платой в случае собственников недвижимости) и признавать приоритет этих прав по отношению к ранее существовавшим обеспечительным правам только в том случае, когда стоимость активов была увеличена, и это непосредственно отвечает интересам держателей ранее существовавших обеспечительных прав. Этот подход обладает тем преимуществом, что права обеспеченных кредиторов не будут неоправданно ограничиваться. Однако его недостаток заключается в том, что поставщики услуг, которые не увеличили стоимость активов или не смогли продемонстрировать, что их услуги увеличили стоимость (например, услуги по хранению), не будут обеспечены защитой. Кроме того, необходимо будет определять

размер стоимости, добавленной поставщиками услуг. Это может привести к увеличению расходов и возникновению судебной тяжбы.

106. Другой подход заключается в том, чтобы ограничить приоритет поставщиков услуг разумной стоимостью предоставляемых услуг. Такой подход будет отражать справедливое и эффективное сочетание конкурирующих интересов. Он обеспечит разумную защиту поставщиков услуг, но при этом позволит избежать трудных вопросов доказывания, касающихся относительной стоимости обремененных активов до и после оказания соответствующих услуг. Поскольку разумная стоимость услуг основывается на подсчете, который может быть проверен сравнительно и публично, этот подход также сводит к минимуму издержки, связанные с утверждением этого права. По этой причине в *Руководстве* рекомендуется использовать именно этот подход (см. рекомендацию 85).

g) Приоритет права поставщика на возвращение

107. В некоторых государствах поставщик, продающий материальные активы в кредит без обеспечения, может в случае неисполнения покупателем обязательства или его общей неспособности погасить свою задолженность получить предусмотренное законом право потребовать от покупателя возвращения этих материальных активов в течение конкретно указанного срока. Это право обычно известно как “право на возвращение”, а конкретно указанный срок известен как “срок рекламации”. Такое право на возвращение может возникать как в рамках производства по делу о несостоятельности, так и вне этого процесса. Если производство по делу о несостоятельности в отношении покупателя началось, то применимые правовые нормы о несостоятельности будут определять, насколько это приостановит действие прав заявителей требований на возвращение или иным образом затронет их права (см. рекомендации 39–51 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности).

108. Один из важных вопросов состоит в том, должно ли требование о возвращении, касающееся конкретных материальных активов, иметь приоритет над ранее существовавшим обеспечительным правом в этих же активах либо в контексте несостоятельности, либо вне такого контекста. Иными словами, вопрос заключается в том, должны ли эти испрашиваемые активы быть возвращены продавцу свободными от такого обеспечительного права, если активы покупателя (включая активы, являющиеся предметом требования о возвращении) обременены обеспечительным правом. В некоторых государствах требование о возвращении имеет обратную силу, в результате чего продавец оказывается в том же положении, в каком он был до продажи активов (т. е. в положении держателя активов, не обремененных никакими обеспечительными правами в пользу кредиторов покупателя). Это означает, что право на возвращение рассматривается как право, которое вытекает из общих принципов права, регулирующего сделки купли-продажи и призванного специально защищать мелких продавцов в тех случаях, когда покупатель не выполняет свои соответствующие обязательства. В то же время в других государствах такие активы остаются обремененными ранее существовавшими обеспечительными правами при условии, что эти обеспечительные права вступили в силу в отношении третьих сторон до того, как поставщик реализовал свое право на возвращение. Обоснование этого подхода заключается в том, что держатели таких обеспечительных прав, по всей вероятности, будут полагаться на существование испрашиваемых активов при предоставлении кредита. Кроме того, если правам на возвращение был предоставлен приоритет в этой ситуации, то ответной мерой лиц, финансирующих приобретение инвентарных запасов, зачастую будет уменьшение суммы кредита, предоставленного лицу, предоставляющему право, путем “резервирования” возможных требований о возвращении.

109. Если государства установили современный режим регулирования обеспеченных сделок такого рода, какой предусматривается в *Руководстве*, то продавец в состоянии защитить себя путем получения приобретательского обеспечительного права в активах, и по этой причине значительная часть основополагающих целей, достижению которых следует содействовать путем предоставления прав на возвращение, обычно может быть достигнута с помощью иных способов. Поэтому в *Руководстве* содержится рекомендация о том, чтобы права на возвращение не обладали приоритетом над конкурирующим обеспечительным правом, если только они не реализуются до придания этому обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 86).

h) Приоритет обеспечительного права в принадлежностях

110. Материальные активы часто могут становиться принадлежностями других материальных активов (будь то движимых, как в случае шин, являющихся принадлежностью автотранспортных средств, или недвижимых, как в случае люстр или печей, являющихся принадлежностями зданий). В таких случаях часто могут возникать коллизии между обеспечительными правами, созданными в принадлежностях, и обеспечительными правами, созданными в объекте, к которому относятся эти принадлежности. Разные основополагающие соображения вступают в силу при определении относительного приоритета этих обеспечительных прав, когда это связано с принадлежностями недвижимого имущества или принадлежностями движимого имущества.

i) Приоритет обеспечительного права в принадлежности недвижимого имущества

111. В той степени, в какой режим регулирования обеспеченных сделок допускает создание обеспечительных прав в принадлежностях недвижимого имущества (как рекомендуется в *Руководстве*; см. рекомендацию 21), он должен также включать правила, регулирующие относительный приоритет держателя обеспечительного права в принадлежностях недвижимого имущества по отношению к лицам, которые удерживают права на связанное с этим недвижимое имущество. Важнейшая цель таких правил приоритета заключается в недопущении ненужного нарушения установившихся принципов права, касающегося недвижимого имущества.

112. Такие правила приоритета должны быть направлены на урегулирование различных случаев коллизии приоритетов. Во-первых, коллизия приоритетов возникает между обеспечительным правом в принадлежностях (или любым другим правом в принадлежностях, таким как право покупателя или арендатора), которое создается и которому придана сила в отношении третьих сторон согласно нормам права, касающимся недвижимого имущества, и обеспечительным правом в принадлежностях, которому придана сила в отношении третьих сторон согласно режиму обеспеченных сделок, регулирующему движимые активы. В такой ситуации из уважения к нормам права, касающимся недвижимого имущества, большинство государств предоставляют приоритет праву, которое создано и которому придана сила в отношении третьих сторон согласно нормам права, касающимся недвижимого имущества. С целью сохранения надежности реестра недвижимого имущества именно такая позиция занята также в *Руководстве* (см. рекомендацию 87).

113. Второй вид коллизии приоритетов может возникнуть в том случае, когда обеспечительное право в обремененном активе, который является принадлежностью недвижимого имущества в тот момент времени, когда это обеспечительное право приобретает силу в отношении третьих сторон, либо становится принадлежностью недвижимого

имущества впоследствии, приобретает силу в отношении третьих сторон путем регистрации в реестре недвижимого имущества. Вопрос здесь заключается в определении приоритета между обеспечительным правом в принадлежности и обеспечительным правом (или другим правом, таким как право покупателя или арендодателя) в соответствующем недвижимом имуществе. В таких случаях большинство государств придерживаются позиции, заключающейся в том, что приоритет будет определяться очередностью регистрации прав в реестре недвижимого имущества. И вновь обоснованием этого является необходимость сохранения надежности реестра недвижимого имущества, и это обоснование также лежит в основе позиции, занятой в *Руководстве* (см. рекомендацию 88).

114. Третий вид коллизии приоритетов может возникнуть между приобретательским обеспечительным правом в обремененном активе, который становится принадлежностью недвижимого имущества, и обременением этого недвижимого имущества. Чтобы содействовать финансированию приобретения принадлежностей, многие государства предусматривают, что приоритет имеет приобретательское обеспечительное право при условии, что оно зарегистрировано в реестре недвижимого имущества в течение короткого срока (например, 20–30 дней) после того, как обремененный актив становится принадлежностью. По этой же причине в *Руководстве* рекомендуется, чтобы приоритет предоставлялся приобретательскому обеспечительному праву в обремененном активе, который позднее становится принадлежностью (см. рекомендацию 184; согласно рекомендации 195 этот же принцип будет также применяться в случаях, когда лицо, финансирующее приобретение в рамках неунитарного режима, обладает правом на удержание правового титула или правом финансовой аренды).

ii) Приоритет обеспечительного права в принадлежности движимого актива

115. Различные виды коллизии приоритетов могут возникнуть в отношении обеспечительных прав в активах, которые позднее становятся принадлежностями движимых активов. Один из таких видов коллизии приоритетов может возникать между двумя или более обеспечительными правами в активе, который позднее стал принадлежностью другого движимого актива. Другой вид коллизии приоритета может возникать между обеспечительным правом в активе, который позднее становится принадлежностью движимого актива, и обеспечительным правом в соответствующем движимом активе, к которому относится данная принадлежность, если оба обеспечительных права были зарегистрированы в общем реестре обеспечительных прав. И в том, и в другом случае приоритет может определяться в соответствии с общим принципом приоритета, поскольку факт принадлежности не является существенным для определения приоритета. В *Руководстве* рекомендуется именно такой подход. Приоритет в этих ситуациях должен определяться в соответствии с очередностью регистрации или придания силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 76), за исключением случаев, когда обеспечительное право в принадлежности является приобретательским обеспечительным правом (см. главу IX о финансировании приобретения).

116. Однако для трех ситуаций, которые возникают в тех случаях, когда обеспечительное право приобретает силу в отношении третьих сторон на основании его регистрации в специальном реестре или внесения отметки в сертификат правового титула, необходимы специальные правила приоритета. Первый вид коллизии приоритетов в таких случаях может возникнуть между обеспечительным правом в активе, который позднее становится принадлежностью, если обеспечительное право приобрело силу в отношении третьих сторон на основании регистрации в специальном реестре или внесения отметки в сертификат правового титула, и обеспечительным правом в

соответствующем движимом активе, которое было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав. В этой ситуации государства обычно отдают приоритет первому праву в знак уважения к политике защиты целостности специальных реестров и систем внесения отметок в сертификаты правовых титулов. Такой подход рекомендуется и в *Руководстве* (см. рекомендацию 77, подпункт *a)*). Второй вид коллизии приоритетов может возникнуть между двумя обеспечительными правами в активах, которые позднее стали принадлежностями одного или более движимых активов, если оба права приобрели силу в отношении третьих сторон на основании регистрации в специальном реестре или внесения отметки в сертификат правового титула. Третий вид коллизии приоритетов может возникнуть между обеспечительным правом в активе, который позднее стал принадлежностью, и обеспечительным правом в соответствующем движимом активе, к которому относится данная принадлежность, если оба права приобрели силу в отношении третьих сторон на основании регистрации в специальном реестре или внесения отметки в сертификат правового титула. В двух последних случаях большинство государств предусматривают, что приоритет определяется по времени такой регистрации или внесения отметки. И вновь для сохранения целостности таких реестров в *Руководстве* рекомендуется именно этот подход (см. рекомендации 77, подпункт *b)*, и 89).

i) Приоритет обеспечительного права в массе или продукте, вытекающий из обеспечительного права в переработанных или объединенных активах

117. Многие виды материальных активов предназначаются для изготовления, преобразования или объединения с другими материальными активами того же вида. Это обстоятельство приводит к возникновению трех видов потенциальной коллизии приоритетов, которые требуют наличия специальных правил. Этими тремя видами являются: *a)* коллизии между обеспечительными правами, созданными в одних и тех же предметах материальных активов, которые в конечном счете объединяются в массу или продукт (например, сахар и сахар; масло и масло; зерно и зерно); *b)* коллизии, затрагивающие обеспечительные права в различных материальных активах, которые в конечном счете становятся частью массы или продукта (например, сахар и мука, стеклопластик и полиэфирная смола; ткань и красящее вещество в ткани); и *c)* коллизии, затрагивающие обеспечительное право, которое было первоначально создано в отдельных материальных активах, и обеспечительное право в массе или полученном в итоге продукте (например, сахар и кекс; стекловолокно и мебель; ткань и брюки). Каждый из этих возможных видов коллизии рассматривается ниже. Однако важно отметить, что во многих случаях обеспечительное право будет не только обременять сырье, которое в конечном итоге будет объединено в продукт или часть однородного актива, который объединяется в массу. Оно будет также обременять – как будущий актив (см. рекомендацию 17) – готовый продукт и всю массу как первоначальный обремененный актив. В этих случаях приоритет обеспечительного права в части массы или продукта также будет переноситься на всю массу или продукт, и здесь будет применяться основное правило приоритета (см. рекомендацию 76).

i) Приоритет обеспечительных прав в одних и тех же материальных активах, которые объединяются в массу или продукт

118. Государства обычно предусматривают, что непосессорные обеспечительные права в одних и тех же материальных активах, которые объединяются в массу или продукт, имеют такой же приоритет в отношении друг друга, какой они имели до их объединения. Обоснование этого правила заключается в том, что объединение материальных активов в массу или продукт не должно воздействовать на соответствующие права

кредиторов, обладающих конкурирующими обеспечительными правами в отдельных материальных активах. По отношению друг к другу они должны иметь идентичный статус. Например, если обеспеченный кредитор А обладает обеспечительным правом первой очереди в нефти на сумму 100 000 евро, а обеспечительным правом второй очереди в той же нефти обладает обеспеченный кредитор В, то если эту нефть сливают с другой нефтью, очередность прав обеспеченных кредиторов А и В меняться не должна. Аналогичным образом решается вопрос о приоритетах, когда речь идет о конкурирующих обеспечительных правах в муке, которая в процессе выпекания кексов смешивается с другими ингредиентами. Авторы *Руководства* также рекомендуют придерживаться этого принципа (см. рекомендацию 90). Конечно, в этих случаях для сохранения равенства между обеспеченными кредиторами как группой и другими обеспеченными кредиторами, которые могут обладать обеспечительными правами в других активах, внесенных в массу или продукт, общая сумма, выделяемая для удовлетворения требований таких обеспеченных кредиторов, не может превышать стоимость материальных активов, обремененных этими конкурирующими обеспечительными правами, непосредственно до их объединения в массу или продукт (см. рекомендацию 22).

ii) Приоритет обеспечительных прав в различных материальных активах, которые стали частью массы

119. Второй вид коллизии приоритетов возникает между обеспечительными правами в разных материальных активах, которые в конечном счете стали частью массы. Государства придерживаются различных подходов к решению этого вопроса в зависимости от того, каким образом они определяют объем прав обеспеченного кредитора в этой массе. Как отмечалось, большинство правовых систем предусматривают, что обеспечительное право может быть заявлено в объединенных активах соразмерно той доле, которую обремененный актив имеет в общем объеме объединенных активов. Согласно такому подходу, если обремененная нефть на сумму 100 000 евро объединена с нефтью на 50 000 евро в одной и той же цистерне, считается, что обеспеченный кредитор имеет обеспечительное право в двух третях объема нефти, остающегося в цистерне в тот момент, когда возникает необходимость реализовать обеспечительное право. Поскольку в *Руководстве* принят общий принцип, заключающийся в том, что обеспечительные права должны защищаться в максимально возможной степени, в нем рекомендуется именно такой подход. Приоритет обеспечительного права, существовавший до объединения, следует сохранять в объединенных активах соразмерно той доле, которую обремененные активы и активы, не обремененные обеспечительным правом, имеют в массе (см. рекомендацию 91).

iii) Приоритеты обеспечительных прав в различных материальных активах, которые стали частью продукта

120. Если обеспечительные права в разных материальных активах, которые в конечном счете стали частью продукта, сохраняются в этом продукте, то вопрос заключается в том, каким образом определить относительную стоимость прав, которые могут быть истребованы каждым кредитором. Государства использовали многие подходы к решению этого вопроса в зависимости от того, каким образом они определяют объем прав обеспеченного кредитора в продукте. В *Руководстве* рекомендуется, чтобы обеспеченные кредиторы имели право на долю в совокупной максимальной стоимости своих обеспечительных прав в продукте пропорционально стоимости активов, обремененных их соответствующими обеспечительными правами непосредственно до производства или включения в стоимость всех компонентов в это время (см. рекомендацию 22). Рассмотрим этот случай на примере кекса: если стоимость сахара составляет 2 единицы, а

муки – 5 единиц, в то время как стоимость испеченного кекса – 8 единиц, то кредиторы получат 2 и 5 единиц соответственно, но ни один из обеспеченных кредиторов не получит суммы, превышающей сумму его обеспеченного обязательства. И напротив, если во время объединения стоимость сахара составляет 2 единицы, а муки – 5 единиц, в то время как стоимость испеченного кекса – 6 единиц, то кредиторы получат две седьмых и пять седьмых от 6 единиц соответственно. Каждый кредитор в этой ситуации столкнется с пропорциональным уменьшением его доли.

121. Из этого следует, что в случаях такого рода каждый кредитор вправе истребовать свой предоставленный до производства приоритет в доле конечного продукта, отражающей стоимость составной части, в которой он принял обеспечение. Это означает, что, если обеспеченное требование одного обеспеченного кредитора имеет меньшую стоимость, чем стоимость его составной части, а обеспеченное требование другого обеспеченного кредитора превышает стоимость его составной части, то второй обеспеченный кредитор не может истребовать преимущественное право в части стоимости, превышающей стоимость составной части, относимой на долю первого обеспеченного кредитора. Как отмечается в пункте 117, выше, чтобы избежать этих ограничений, многие обеспеченные кредиторы разрабатывают соглашения об обеспечении, содержащие описание обремененных активов как включающих не только составные части, но и любую массу или продукт, которые произведены из этих составных частей. Вместе с тем в случаях, когда соглашение об обеспечении не охватывает будущие активы, государства обычно придерживаются вышеуказанной формулы относительной стоимости при определении прав обеспеченных кредиторов, обладающих обеспечительными правами в различных составных частях массы или продукта. Именно такой подход рекомендуется также в *Руководстве* (см. рекомендацию 91).

iv) Приоритет обеспечительного права, первоначально созданного в материальных активах, по отношению к обеспечительному праву в массе или продукте

122. Еще один вид коллизии, которую государства должны урегулировать, – это коллизия между обеспечительными правами в материальных активах, которые стали частью массы или продукта, и обеспечительными правами, созданными в самой этой массе или продукте. В целом государства занимают позицию, согласно которой для урегулирования этих коллизий применяются обычные правила приоритета. Например, если обеспеченный кредитор A обладает обеспечительным правом в сахаре, которое обусловливается уведомлением, зарегистрированным 1 января, а обеспеченный кредитор B обладает обеспечительным правом в нынешних и будущих кексах, которое обусловливается уведомлением, зарегистрированным 1 февраля, то обеспеченный кредитор A будет иметь приоритет, обусловливаемый ограничением, изложенным в рекомендации 22, т. е. его обеспечительное право ограничивается стоимостью активов, которую они имели непосредственно до того, как они стали частью массы или продукта. И напротив, если обеспеченный кредитор A обладает обеспечительным правом в сахаре, которое обусловливается уведомлением, зарегистрированным 1 февраля, а обеспеченный кредитор B обладает обеспечительным правом в нынешних и будущих кексах, которое обусловливается уведомлением, зарегистрированным 1 января, то приоритетом будет обладать обеспеченный кредитор B.

123. Вместе с тем установлено одно исключение из этого принципа, которое и действует тогда, когда обеспеченный кредитор, принявший обеспечение в какой-либо составной части, является лицом, финансирующим приобретение (см. главу IX о финансировании приобретения). В таких случаях с учетом общего статуса лиц, финансирующих приобретение, государства обычно предоставляют приобретательскому обеспечительному праву приоритет над всеми обеспечительными правами в массе или

продукте, действие которых распространяется на будущие активы. Для сохранения согласованного режима, способствующего наличию кредитов для приобретения материальных активов, в *Руководстве* также рекомендуется принять этот принцип (см. рекомендацию 92).

v) Воздействие инфляции на применение этих принципов

124. В различных ситуациях, рассматриваемых в этом подразделе, стоимость обеспечительного права в активе, который объединяется в массу или продукт, ограничивается тремя способами. Во-первых, согласно общим принципам норм права, регулирующих обеспеченные сделки, она не может быть заявлена на сумму больше той, которая причитается в соответствии с соглашением об обеспеченном кредите. Во-вторых, она не может быть заявлена на бóльшую долю общей стоимости объединенного продукта или массы, чем доля, которую обремененный актив внес в стоимость продукта или массы. В-третьих, она не может быть заявлена на сумму, превышающую стоимость обремененного актива в то время, когда он был включен в массу или продукт. Однако в случаях инфляции существует одно возможное исключение из этого правила. Так, например, обеспечительное право в нефти может частично обеспечивать обязательство на сумму 100 000 евро, а стоимость нефти непосредственно перед объединением могла составлять 80 000 евро, в то время как процентная доля обремененного актива во всем объединенном продукте может составлять 33 процента. Если объединенная нефть продается постепенно, так что остается только 50 процентов от общей суммы, то, согласно только что рассмотренным принципам, максимальная стоимость обеспечительного права составит 50 процентов от 80 000 евро (т. е. 40 000 евро). Однако если в промежуточный период цена нефти возросла в три раза, то обеспеченный кредитор будет иметь право предъявлять требование независимо от того, какую стоимость может иметь нефть в результате инфляции, если только оно не превышает 33 процента от стоимости всей объединенной нефти. Поэтому в данном случае максимальная стоимость обеспечительного права будет ниже 100 000 евро или 120 000 евро (40 000 евро, помноженные на 3).

6. Сфера действия и толкование правил приоритета

a) Иррелевантность осведомленности о существовании обеспечительного права

125. Одна из ключевых черт современного режима регулирования обеспеченных сделок заключается в том, что, независимо от основы, принятой для определения приоритета, он будет устанавливаться с помощью ссылки на объективные факты (например, регистрация уведомления, владение, соглашение о контроле и внесение отметки в сертификат правового титула). Для того чтобы такая система приоритетов обеспечивала определенность, эти объективные факты должны быть исключительными способами определения приоритета. Именно по этой причине в большинстве государств, которые обновили свой режим регулирования обеспечительных прав, очередность приоритетов, определяемая с помощью, например, даты регистрации уведомления или вступления кредитором во владение, применяется даже в том случае, если последующий кредитор или другой конкурирующий заявитель требования приобрел свои права, будучи при этом осведомленным о существовании обеспечительного права, которое в то время не было зарегистрировано или которому как-либо иначе не была придана сила в отношении третьих сторон.

126. Обоснование этого правила основывается на предпосылке, согласно которой зачастую бывает весьма трудно доказать, что какое-либо лицо было осведомлено о каком-либо конкретном факте в какой-либо конкретный момент времени. Это особенно верно в отношении какой-либо корпорации или иного юридического лица с много-

численными служащими. Правила приоритета, основывающиеся на субъективной осведомленности, создают возможности для усложнения урегулирования спора, в результате чего уменьшается определенность в отношении статуса приоритета обеспеченных кредиторов и снижается эффективность и действенность данной системы. Хотя предоставление приоритета кредитору, который осведомлен о существовании обеспечительного права, уже созданного лицом, предоставляющим право, может представляться неуместным, обоснование приоритета очередностью наступления публично проверяемого факта события, посредством которого кредитор придает своим правам силу в отношении третьих сторон, обеспечивает определенность во взаимоотношениях между потенциально конкурирующими заявителями требований. Это соображение поддерживает содержащуюся в *Руководстве* рекомендацию о том, что простая осведомленность о существовании обеспечительного права не имеет отношения к определению приоритета (см. рекомендацию 93).

127. При этом весьма важно отличать осведомленность о всего лишь существовании обеспечительного права от осведомленности о том, что какая-либо конкретная сделка нарушает права обеспеченного кредитора. Например, осведомленность покупателя о существовании зарегистрированного или незарегистрированного обеспечительного права не нанесет ущерба режиму приоритета, установленному на основе объективного факта регистрации уведомления для обеспечительных прав, в отношении которых это уведомление было зарегистрировано. И напротив, если покупатель осведомлен также о том, что приобретаемый им актив продается в нарушение конкретных положений соглашения об обеспечении (например, запрещающих лицу, предоставляющему право, продавать обремененные активы), то вполне могут наступить более существенные правовые последствия (см. пункт 68, выше, касающийся приобретения правового титула на актив, обремененный существующими обеспечительными правами; см. также рекомендации 81, 102, подпункт *b)*, 105 и 106). Кроме того, могут наступить и другие последствия на основании законодательства помимо норм права, регулирующего обеспеченные сделки, если продажа представляет собой мошенничество.

b) Свобода договора в отношении приоритета: субординация

128. Режим приоритетов в большинстве государств предусматривает установление правил, которые применяются, если только они не были конкретно изменены затрагиваемыми сторонами. Другими словами, большинство государств предусматривают, что обеспеченный кредитор может в любой момент времени, будь то в одностороннем порядке или по договоренности, субординировать свое обеспечительное право праву существующего или будущего конкурирующего заявителя требования. Например, ссудодатель A, который обладает пользующимся первым приоритетом обеспечительным правом во всех существующих и приобретенных впоследствии активах лица, предоставляющего право, может дать свое согласие на то, чтобы лицо, предоставляющее право, предоставило пользующееся первым приоритетом обеспечительное право в каком-либо конкретном активе (например, единица оборудования) ссудодателю B, с тем чтобы лицо, предоставляющее право, могло получить дополнительное финансирование у ссудодателя B на основе стоимости этого актива. Признание действительности субординации обеспечительных прав отражает вполне установившуюся практику (см., например, статью 25 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке). С учетом широкого признания полезности соглашений о субординации в *Руководстве* рекомендуется разрешать их заключение (см. рекомендацию 94).

129. В то же время субординация не может отразиться на правах конкурирующего заявителя требования без его согласия. Таким образом, соглашение о субординации не может неблагоприятно затрагивать приоритет обеспеченного кредитора, который не является стороной этого соглашения. Это означает, что в тех государствах, которые

требуют, чтобы кредиторы указывали в зарегистрированном уведомлении максимальную сумму, на которую предоставлено обеспечительное право (см. рекомендацию 57, подпункт *d)*), субординация будет ограничиваться указанной стоимостью права с более высоким статусом. Так, например, если ссудодатель A ограничил свое обеспечительное право 100 000 евро, ссудодатель B обладает обеспечением в размере 50 000 евро, а ссудодатель C обладает обеспечением в размере 200 000 евро, соглашение о субординации ссудодателя A в пользу ссудодателя C не может действовать для того, чтобы позволить ссудодателю C истребовать свыше 100 000 евро по приоритету над ссудодателем B.

130. Цель соглашения о субординации заключается в том, чтобы позволить обеспеченным кредиторам согласовывать между собой наиболее эффективное распределение приоритета их прав в обремененных активах. Для получения полной выгоды от такого консенсуального распределения крайне важно, чтобы приоритет, предоставляемый соглашением о субординации, продолжал действовать в ходе производства по делу о несостоятельности лица, предоставляющего право. В некоторых правовых системах подобное правовое положение уже существует в рамках режима несостоятельности. В других правовых системах может быть необходимо изменить законодательство о несостоятельности, с тем чтобы наделить суды полномочиями обеспечивать исполнение соглашения о субординации и наделить управляющих в делах о несостоятельности правом урегулировать коллизии приоритетов между сторонами соглашений о субординации без какого-либо риска возникновения ответственности (см. главу XII о последствиях несостоятельности для обеспечительных прав, пункт 63, и рекомендацию 240).

131. Субординация обеспечительных прав и других имущественных прав в обремененных активах не влечет за собой субординацию платежей до неисполнения обязательства. Этот вопрос является предметом регулирования общего обязательственного права. Обычно до неисполнения обязательства и пока лицо, предоставляющее право, продолжает возвращать ссуду или другой полученный кредит, обеспеченный кредитор не вправе принудительно реализовать свое обеспечительное право, и проблемы приоритета не возникает. В результате, если не совершается мошенничество и в отсутствие соглашения об ином между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, ничто не препятствует лицу, предоставляющему право, производить платежи по обязательствам, обеспеченным субординированными обеспечительными правами.

c) Воздействие сохранения силы обеспечительного права в отношении третьих сторон на приоритет

132. Если сила в отношении третьих сторон может быть придана обеспечительному праву с помощью более чем одного метода (например, автоматически, посредством регистрации, посредством владения, посредством контроля или посредством внесения отметки в сертификат правового титула), встает вопрос о том, следует ли позволять обеспеченному кредитору, который первоначально установил приоритет своего обеспечительного права с помощью ссылки на один из таких методов, переходить к использованию другого метода без утраты своего первоначального приоритета. Некоторые государства не разрешают кредиторам изменять способы, с помощью которых они обеспечили силу в отношении третьих сторон. В результате этого в таких государствах не представляется возможным сохранять приоритет кредитора после такого перехода. Например, если кредитор регистрирует уведомление в общем реестре обеспечительных прав в день 1, вступает во владение обремененным активом в день 10 и аннулирует регистрацию в день 20, то с этого времени соответствующим моментом установления приоритета в этих государствах будет день 10, а не день 1.

133. В других государствах вполне возможно сохранять приоритет даже после изменения метода, с помощью которого придается сила в отношении третьих сторон.

Вопрос о том, сохраняется ли приоритет, зависит от порядка, в котором систематизированы различные методы придания силы в отношении третьих сторон. В государствах, которые допускают изменение метода придания силы в отношении третьих сторон, принцип заключается в том, что обеспечительное право не будет утрачивать свой приоритет до тех пор, пока не предусмотрен период времени, в течение которого это обеспечительное право не имеет силы в отношении третьих сторон. Например, если обеспечительное право в каком-либо активе первоначально приобретает силу посредством владения и обеспеченный кредитор впоследствии регистрирует уведомление об этом обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав и возвращает владение лицу, предоставляющему право, то обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон, а приоритет относится к моменту времени, когда имело место первоначальное вступление во владение (до тех пор, пока регистрация предшествует передаче владения кредитором). Однако если обеспеченный кредитор регистрирует уведомление после передачи им владения активом, то приоритет обеспечительного права считается установленным только с момента времени, когда обеспеченный кредитор регистрирует такое уведомление. Правила, предусматривающие сохранение приоритета, имеют особо важное значение в случаях, когда сила в отношении третьих сторон первоначально была придана посредством владения, потому что лицо, предоставляющее право, не потребовало использования обремененного актива, а в какой-то более поздний момент в период действия кредитной договоренности в случаях, когда лицу, предоставляющему право, необходимо использовать этот актив в своей коммерческой деятельности, актив возвращается ему. Согласно рекомендациям *Руководства*, касающимся сохранения силы в отношении третьих сторон (см. рекомендации 46 и 47), в нем рекомендуется, чтобы для целей применения временных правил приоритета, рекомендованных в *Руководстве*, приоритет сохранялся, несмотря на изменение метода, с помощью которого он был установлен (см. рекомендации 95 и 96).

134. Следует отметить, что вышеупомянутые правила применяются только в ситуациях, когда временные правила приоритета применяются для установления приоритета, и не применяются в ситуациях, когда действуют невременные правила. В последнем случае изменение способа придания силы в отношении третьих сторон будет воздействовать на приоритет обеспечительного права даже в том случае, когда сила в отношении третьих сторон сохраняется. Например, если держатель оборотного инструмента регистрирует уведомление об обеспечительном праве в этом инструменте до передачи владения, специальный приоритет, относящийся к владению инструментом, не будет сохраняться просто на основании регистрации. Если второй обеспеченный кредитор регистрирует уведомление до того, как передающий владение обеспеченный кредитор зарегистрировал свое уведомление, второй обеспеченный кредитор получает приоритет на основании своей более ранней регистрации (см. рекомендацию 101). Аналогичным образом, если обеспеченный кредитор, обладающий контролем в отношении права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, регистрирует уведомление о своем обеспечительном праве, а затем передает контроль, то специальный приоритет, относящийся к контролю, утрачивается. Если другой обеспеченный кредитор зарегистрировал уведомление в общем реестре обеспечительных прав до первоначального принятия контроля, то в случае передачи контроля этот другой обеспеченный кредитор будет обладать приоритетом на основании его более ранней регистрации (см. рекомендацию 103).

d) Пределы приоритета: условные и будущие обязательства

135. В предыдущих главах затрагивался тот факт, что в рамках современных режимов регулирования обеспеченных сделок обеспечительное право может обеспечивать исполнение не только обязательств, существующих в момент создания обеспечи-

тельного права, но и будущих и условных обязательств (см. главу I о сфере применения *Руководства*, пункт 12, и главу II о создании обеспечительного права, пункты 41–42; см. также рекомендацию 16). Большинство государств предусматривают, что первоначальное обеспечительное право охватывает основную сумму долга и проценты, как указано в соглашении, а также любые сборы и издержки, связанные с возвращением платежа.

136. Что касается ситуаций, когда ссудодатели предоставляют дополнительные средства в будущем согласно существующим кредитным договоренностям (иногда их называют “будущие выплаты”), и ситуаций, связанных с будущими и условными обязательствами, то здесь государства занимают разные позиции. Некоторые государства наделяют обеспечительные права, обеспечивающие оплату будущих и условных обязательств, таким же приоритетом, как и обеспечительное право, связанное с первоначальным обеспеченным обязательством, при том условии, что будущие и условные обязательства поддаются определению с точки зрения как вида, так и суммы. Например, соглашение может предусматривать, что будут обеспечиваться только будущие обязательства в рамках кредитной линии в размере максимум 100 000 евро. В других государствах обеспечительное право может распространяться на все денежные и неденежные обязательства перед обеспеченным кредитором любого вида и в любой сумме, если это предусматривается соглашением. В этих государствах обеспечительные права, обеспечивающие оплату будущих и условных обязательств по соглашению об обеспечении, будут обладать таким же приоритетом, как и обеспечительное право в отношении первоначального обеспеченного обязательства.

137. На практике последствие последнего подхода заключается в том, что во время принятия на себя обязательства предоставить кредит обеспеченный кредитор получает заверение в том, что приоритет его обеспечительного права будет распространяться не только на кредит, который он предоставляет одновременно с заключением соглашения об обеспечении, но и на: *a)* обязательства, которые возникают впоследствии согласно положениям соглашения об обеспечении (такие, как будущие выплаты в соответствии с соглашением о возобновляемом кредитовании); и *b)* условные обязательства, которые фактически становятся обязательствами в момент выполнения соответствующего условия (такие, как обязательства, платежи по которым причитаются обеспеченной стороне на основании гарантии). Например, в случае механизма возобновляемого кредитования, в рамках которого ссудодатель согласился в день 1 производить время от времени в течение всего годичного срока кредитования выплаты лицу, предоставляющему право, обеспеченные обеспечительным правом в активах лица, предоставляющего право, это обеспечительное право будет обладать одним и тем же приоритетом в отношении всех произведенных выплат, независимо от того, были ли они произведены в день 1, день 35 или день 265.

138. В случае кредита, предоставляемого в течение определенного периода времени частями для того, чтобы дать лицу, предоставляющему право, возможность приобрести материальные активы или услуги, этот подход приводит к тому, что требование во всей своей совокупности рассматривается как возникающее в тот момент времени, когда заключается договор о приобретении материальных активов или услуг, а не в момент времени каждой поставки материальных активов или предоставления услуг. Одно обоснование этого подхода заключается в том, что он является наиболее эффективным с точки зрения затрат подходом, поскольку он освобождает обеспеченного кредитора от необходимости определять приоритет каждый раз, когда он предоставляет кредит, причем такое определение обычно сопряжено с ведением дополнительного поиска новых регистраций, сделанных другими кредиторами, исполнением дополнительных соглашений и дополнительными регистрациями в отношении сумм кредита, предоставленного после создания обеспечительного права. Поскольку затраты, связанные с такими

дополнительными шагами, неизменно перекладываются непосредственно на лицо, предоставляющее право, или отражаются в увеличении процентной ставки, их устранение может уменьшить расходы на кредит для лица, предоставляющего право. Другое обоснование этого подхода заключается в том, что он сводит к минимуму для лица, предоставляющего право, риск того, что действие обеспечительного права, обеспечивающего выплату суммы кредита, предоставленного позднее по соглашению об обеспечении, будет прервано, если обеспеченный кредитор устанавливает, что такое обеспечительное право не имеет такого же приоритета, как в отношении первоначальной выплаты по кредиту. По этим причинам в *Руководстве* рекомендуется сохранять первоначальный приоритет обеспечительного права, обеспечивающего существующие обязательства, и в отношении любых будущих обязательств, которые это обеспечительное право может обеспечивать (см. рекомендацию 97).

139. Вышеуказанные правила приоритета тем не менее обусловливаются двумя возможными ограничениями. Во-первых, как отмечалось, в некоторых государствах, если приоритет обеспечительного права распространяется на будущие обязательства, то приоритет ограничивается максимальной суммой, указанной в уведомлении, которое зарегистрировано в публичном реестре в отношении этого обеспечительного права. Обоснование этого подхода заключается в том, что он может способствовать субординированному финансированию, побуждая потенциальных субординированных кредиторов к предоставлению кредитов на основе остаточной стоимости обремененных активов (например, стоимости обремененных активов, превышающей максимальную сумму, обеспеченную обеспечительным правом более высокого статуса, указанным в зарегистрированном уведомлении) в той степени, в какой потенциальный кредитор в состоянии убедиться в том, что достаточная остаточная стоимость существует (см. рекомендацию 98). Другие государства не используют этот подход на том основании, что он может побуждать обеспеченных кредиторов к завышению суммы, упомянутой в зарегистрированном уведомлении, с тем чтобы включить бóльшую сумму, чем сумма, предусматривавшаяся во время заключения соглашения об обеспечении, для учета возможного непредвиденного будущего предоставления кредита (см. главу IV о системе регистрации, пункты 92–97; см. также рекомендацию 57, подпункт *d)*).

140. Во-вторых, в *Руководстве* признается, что при некоторых обстоятельствах обеспеченный кредитор не должен быть в состоянии утверждать приоритет своего обеспечительного права в отношении будущих обязательств над кредитором, который заручился судебным решением или временным судебным предписанием в отношении лица, предоставляющего право, и предпринимает шаги по принудительному исполнению этого решения в отношении обремененных активов (см. рекомендации 84 и 97).

e) Применение правил приоритета к обеспечительному праву в будущих активах

141. Как подробно рассматривается в главе II о создании обеспечительного права (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 51–55), в некоторых государствах обеспечительное право может быть создано в активах, которые лицо, предоставляющее право, может приобрести в будущем (как, например, инвентарные запасы) или которые могут возникнуть в будущем (как, например, дебиторская задолженность или продукты, которые будут произведены в будущем). Первая категория активов иногда носит название “активов, приобретенных впоследствии”, в то время как вторую категорию активов иногда называют “будущими активами”. В *Руководстве* в отношении обеих категорий активов используется термин “будущие активы”. В государствах, которые допускают создание обеспечительных прав в будущих активах на основе предположения о том, что описание таких будущих активов является достаточным для их идентификации, обеспечительное право в этих активах приобретается автоматически в этот момент, без

необходимости осуществления в момент возникновения активов или их приобретения лицом, предоставляющим право, каких-либо дополнительных шагов. В результате этого расходы, связанные с созданием обеспечительного права, сводятся к минимуму, что отвечает ожиданиям сторон. Это особенно важно для инвентарных запасов, которые постоянно пополняются для последующей перепродажи, дебиторской задолженности, которая инкассируется и генерируется на постоянной основе, и оборудования, которое периодически заменяется в ходе обычной коммерческой деятельности лица, предоставляющего право.

142. Признание автоматического создания обеспечительного права в будущих активах ставит вопрос о том, действует ли приоритет с момента первоначальной регистрации обеспечительного права или придания ему силы в отношении третьих сторон или с момента, когда возникают активы или когда лицо, предоставляющее право, приобретает их. Этот вопрос по-разному регулируется в разных государствах. Некоторые государства используют подход, согласно которому проводится различие с учетом характера кредитора, претендующего на приоритет. В этих государствах приоритет действует в отношении других консенсуальных обеспеченных кредиторов с даты регистрации или придания силы в отношении третьих сторон, а по отношению ко всем другим конкурирующим заявителям требований – с даты возникновения активов или приобретения их лицом, предоставляющим право. В других государствах приоритет в отношении всех будущих активов, а также в отношении всех конкурирующих заявителей требований определяется с помощью ссылки на дату первоначального установления приоритета.

143. Общепринято, что второй из этих подходов является более действенным и эффективным с точки зрения содействия наличию обеспеченного кредитования. Таким образом, в рамках современных режимов регулирования обеспеченных сделок обычно предусматривается, что в таких случаях приоритет обеспечительного права распространяется на все обремененные активы, охватываемые зарегистрированным уведомлением, независимо от того, возникли ли они или были приобретены лицом, предоставляющим право, до, в момент или после регистрации. Именно этот подход используется в *Руководстве* (см. рекомендацию 99).

f) Применение правил приоритета к обеспечительному праву в поступлениях

144. Если кредитор обладает обеспечительным правом в поступлениях, то возникают вопросы о приоритете этого обеспечительного права по отношению к правам конкурирующих заявителей требований. К числу конкурирующих заявителей требований в отношении поступлений обычно относятся кредиторы с обеспечительными правами в поступлениях, являющихся поступлениями от других активов, и кредиторы с обеспечительными правами в поступлениях как первоначально обремененных активах (активы, представляющие собой поступления для одного обеспеченного кредитора, могут являться первоначально обремененными активами для другого обеспеченного кредитора).

145. Например, кредитор А может обладать обеспечительным правом во всей дебиторской задолженности лица, предоставляющего право, в силу своего обеспечительного права во всех нынешних и будущих инвентарных запасах этого лица и в поступлениях, полученных от продажи этих запасов или иного распоряжения ими; кредитор В может обладать обеспечительным правом во всей существующей и будущей дебиторской задолженности лица, предоставляющего право, как первоначально обремененных активах. Если предоставляющее право лицо впоследствии продает в кредит инвентарные запасы, на которые распространяется обеспечительное право кредитора А, то оба кредитора будут обладать обеспечительным правом в дебиторской задолженности,

образовавшейся в результате продажи: кредитор А обладает обеспечительным правом в дебиторской задолженности как в поступлениях от обремененных инвентарных запасов, а кредитор В обладает обеспечительным правом в дебиторской задолженности как первоначально обремененных активах.

146. Подход к приоритету, принятый в государствах, которые признают обеспечительное право в поступлениях, часто будет различаться в зависимости от характера конкурирующих заявителей требований и вида активов, которые привели к образованию поступлений. В спорах относительно приоритета между держателями конкурирующих обеспечительных прав правила приоритета для прав в поступлениях от первоначально обремененных активов могут вытекать из правил приоритета, применимых к правам в первоначально обремененных активах. Таким образом, момент придания силы в отношении третьих сторон или момент регистрации в общем реестре обеспечительных прав уведомления относительно обеспечительного права в обремененном активе будет также моментом придания силы в отношении третьих сторон или регистрации соответственно обеспечительного права в поступлениях от такого обремененного актива.

147. В случае коллизии между обеспечительными правами в активах как поступлениях и обеспечительными правами в этих активах как первоначально обремененных активах, некоторые государства проводят различие между поступлениями в форме дебиторской задолженности и поступлениями в форме материальных активов. Эти государства также обычно проводят различие между поступлениями, образовавшимися в результате продажи инвентарных запасов, и поступлениями, образовавшимися в результате продажи оборудования. Общее правило заключается в том, что обеспечительное право в дебиторской задолженности, образовавшейся в результате продажи инвентарных запасов как первоначально обремененных активов, будет иметь приоритет над обеспечительным правом в этой дебиторской задолженности в качестве поступлений от инвентарных запасов, независимо от соответствующих дат, когда их обеспечительные права приобрели силу в отношении третьих сторон.

148. В других государствах не проводятся различия в отношении формы поступлений или характера активов. Правило заключается в том, что первоначальное право в конкретных активах, которое отражено в регистрации, имеет приоритет над правами конкурирующего заявителя требования. Например, если регистрация обеспечительного права в активах, продажа которых генерировала поступления, предшествует дате регистрации обеспечительного права в поступлениях как первоначально обремененных активах, то обеспечительное право в активах, образующих поступления, имеет приоритет даже в отношении этих поступлений. И наоборот, если уведомление было зарегистрировано в отношении права в поступлениях как первоначально обремененных активах до того, как конкурирующий заявитель требования произвел регистрацию в отношении активов, образующих поступления, то обеспечительное право в поступлениях как первоначально обремененных активах будет иметь приоритет. Именно этот подход рекомендован в *Руководстве* (см. рекомендацию 100).

149. В случаях когда очередность конкурирующих прав в первоначально обремененных активах не определяется очередностью регистрации в общем реестре обеспечительных прав (как, например, в случае обеспечительных прав в финансовых средствах, предоставляемых для целей приобретения, которые пользуются суперприоритетом), требуется отдельно определить правило приоритета, которое будет применяться к поступлениям (см. главу IX о финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, пункты 158–172; см. также рекомендации 185, 198 и 199). Отдельно также потребуется определить, когда правила приоритета для определенных видов активов или для определенных методов придания силы в отношении третьих сторон будут отходить от временного подхода. Так, например, в *Руководстве* предусматривается, что

обеспечительное право в активе, подлежащее регистрации в специальном реестре и зарегистрированное в этом реестре, будет иметь приоритет над обеспечительным правом, которое было зарегистрировано ранее в общем реестре обеспечительных прав (см. рекомендацию 77). Однако этот суперприоритет касается только первоначальных обремененных активов, а не каких-либо поступлений, если только поступления сами не подлежат регистрации в специальном реестре. Это может, например, иметь место, если часть поступлений от реализации автомобиля представляет собой другой автомобиль, полученный в обмен. И наоборот, если поступления носили форму дебиторской задолженности, то будут применяться обычные правила приоритета, касающиеся дебиторской задолженности (т. е. право, которое первым было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав).

150. В каждой ситуации, рассматриваемой в разделе B, ниже, важно отметить, что суперприоритет относится только к конкретному активу (например, оборотный инструмент, право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, или право на получение поступлений по независимому обязательству). Во всех этих случаях, если поступления возникают в такой же форме, как и первоначальные обремененные активы, то по-прежнему применяются специальные правила приоритета; однако, если поступления принимают иную форму, то приоритет конкурирующих прав будет определяться правилами, применяемыми к тому виду актива, который представляет собой поступления.

B. Замечания, касающиеся конкретных активов

151. Выше были рассмотрены различные конкретные случаи коллизии приоритетов, которые в целом имеют место в связи с материальными активами. Принцип “первый по времени” является эффективной отправной точкой для установления приоритетов.

152. Однако, как отмечалось, этот принцип требует корректировки в определенных случаях. Некоторые коррективы касаются других обеспеченных кредиторов (например, держателей обеспечительных прав в принадлежностях или обеспечительных прав в массе или продуктах). Другие корректировки касаются конкурирующих заявителей требований, которые не являются обеспеченными кредиторами (например, получатели, арендаторы и лицензиаты или же управляющие в делах о несостоятельности).

153. В дополнение к этим коррективам, являющимся результатом разнообразия обязательств, которые обеспечиваются, и разнообразия конкурирующих заявителей требований, в рамках современных режимов регулирования обеспеченных сделок также содержится ряд специальных правил приоритета, которые применяются к конкретным видам активов и вытекают из конкретных способов придания силы в отношении третьих сторон, применимых к этим видам активов. В настоящем разделе рассматриваются вопросы приоритета применительно к таким видам активов.

1. Приоритет обеспечительного права в оборотном инструменте

154. Многие государства приняли специальные правила приоритета для обеспечительных прав в таких оборотных инструментах, как чеки, переводные векселя и простые векселя. Эти правила отражают важное значение понятия обращаемости в таких государствах.

155. Как уже отмечалось (см. главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 47–51), во многих государствах обеспечительным правам в оборотных инструментах может быть придана сила либо посредством регистрации

такого обеспечительного права в общем реестре обеспечительных прав, либо посредством передачи владения таким инструментом (см. рекомендацию 37). В этих государствах обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством передачи владения этим инструментом, зачастую предоставляется приоритет над обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации, независимо от того, когда произошла регистрация. Обоснование этого правила заключается в том, что оно разрешает коллизию приоритетов для сохранения неограниченной обращаемости оборотных инструментов. Для сохранения согласованности действующих правовых норм, регулирующих оборотные инструменты, в *Руководстве* рекомендуется данный принцип приоритета (см. рекомендацию 101).

156. По этой же причине в этих государствах приоритет часто предоставляется покупателю или иному получателю (по консенсуальной сделке), если это лицо отвечает установленным требованиям в качестве защищаемого держателя инструмента согласно нормам права, регулирующим оборотные инструменты. Аналогичный приоритет также предоставляется в том случае, если покупатель или иной получатель вступает во владение инструментом и добросовестно предоставляет стоимость, не будучи осведомленным о том, что данная передача является нарушением прав обеспеченного кредитора. В этой связи следует отметить, что осведомленность получателя инструмента о существовании обеспечительного права сама по себе не означает, что данный получатель не действовал добросовестно. Покупатель должен быть осведомлен о том, что передача инструмента свободным от обеспечительного права запрещена в соответствии с соглашением об обеспечении. И вновь в *Руководстве* принято правило приоритета, которое соответствует вышеуказанным принципам норм права, регулирующих оборотные инструменты (см. рекомендацию 102).

2. Приоритет обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

157. Всеобъемлющий режим приоритета обычно охватывает целый ряд случаев коллизии приоритетов, касающихся обеспечительных прав в правах на выплату средств, зачисленных на банковский счет. Некоторые государства считают, что право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, лишь представляет собой дебиторскую задолженность. В этих государствах нет специальных правил, регулирующих создание или силу в отношении третьих сторон обеспечительных прав в праве на выплату. В других государствах сила в отношении третьих сторон может быть также придана посредством контроля. В таких случаях государства должны также определить последствия с точки зрения приоритета придания силы в отношении третьих сторон с помощью такого метода. Вполне возможными являются несколько различных случаев коллизии приоритетов.

158. Один из видов коллизии приоритетов возникает между обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля, и обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством применения какого-либо иного метода, чем контроль. В этой ситуации государства, которые приняли понятие контроля, предоставляют приоритет обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля. Причина этого заключается в том, что такое решение способствует осуществлению финансовых сделок, основывающихся на праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, что освобождает обеспеченных кредиторов от необходимости вести поиск в общем реестре обеспечительных прав. Именно такая позиция занята и в *Руководстве* (см. рекомендацию 103, первое предложение текста).

159. Другой вид коллизии приоритетов возникает между двумя обеспечительными правами, каждому из которых была придана сила посредством контроля. В данном случае логичным решением, которое обычно принимается в государствах, признающих соглашения о контроле, является предоставление приоритета обеспечительному праву, которому была придана сила посредством контроля раньше (т. е. в той очередности, в какой были заключены соответствующие соглашения о контроле). На практике такая коллизия будет возникать нечасто, поскольку представляется маловероятным, что депозитарный банк будет сознательно заключать более одного соглашения о контроле в отношении одного и того же банковского счета в отсутствие соглашения между обоими обеспеченными кредиторами относительно того, каким образом будет определяться приоритет. Тем не менее такая коллизия теоретически возможна, и в связи с этим в *Руководстве* занята позиция, согласно которой в таких случаях должен применяться обычный принцип приоритета “первый по времени” (см. рекомендацию 103, второе предложение текста).

160. Третий вид коллизии приоритетов возникает тогда, когда одним из обеспеченных кредиторов является сам депозитарный банк. В этой ситуации имеется веский аргумент в пользу предоставления приоритета депозитарному банку. Поскольку в такой ситуации депозитарному банку, как правило, будет отдаваться предпочтение в силу имеющегося у него права на взаимозачет согласно иным нормам права, чем нормы, регулирующие обеспеченные сделки (если только он прямо не отказался от своего права), правило приоритета, согласно которому при таких обстоятельствах отдается предпочтение банку, позволяет устранять коллизию в рамках режима приоритетов без применения других правовых норм. Этот принцип рекомендуется и в *Руководстве* (см. рекомендацию 103, третье предложение текста).

161. Государства, применяющие только что упомянутое специальное правило приоритета, часто устанавливают исключение для случаев возникновения коллизии приоритетов между депозитарным банком и обеспеченным кредитором, который получает контроль над банковским счетом, став клиентом этого депозитарного банка. В таких случаях эти государства обычно занимают позицию, согласно которой приоритет должен быть предоставлен клиенту. Обоснование этого подхода заключается в том, что вследствие признания конкурирующего обеспеченного кредитора в качестве своего клиента депозитарный банк должен считаться отказавшимся от своего права требования, предусмотренного в соглашении о депозите, которое он заключает со своим клиентом. Кроме того, депозитарный банк зачастую будет утрачивать свое право на взаимозачет в такой ситуации; поскольку банковский счет открыт не на имя лица, предоставляющего право, не будет никакой связи между депозитарным банком и лицом, предоставляющим право, и, следовательно, не будет и никакого права на взаимозачет (см. рекомендацию 103, третье предложение текста).

162. Четвертый вид коллизии возникает между обеспечительным правом в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, и любыми правами на взаимозачет, которыми может обладать депозитарный банк в отношении лица, предоставляющего право и являющегося клиентом. Чтобы взаимоотношениям между банком и клиентом не причинялся ущерб, нормы права, касающиеся взаимозачета, обычно предоставляют приоритет правам депозитарного банка на взаимозачет. В некоторых государствах это понятие приоритета было прямо отражено в нормах права, регулирующих обеспеченные сделки. И в *Руководстве* также рекомендуется придерживаться именно такой позиции (см. рекомендацию 104).

163. Пятый вид коллизии приоритетов может возникать между обеспечительным правом в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, и правами получателя средств, переведенных с этого банковского счета по инициативе лица,

предоставляющего право. Термин “перевод средств” призван охватывать самые различные переводы, в том числе посредством чека и электронных средств связи. В таких ситуациях убедительный принципиальный аргумент в пользу свободной обращаемости средств служит подкреплением правила, согласно которому приоритет предоставляется получателю постольку, поскольку этот получатель не осведомлен о том, что перевод средств ему являлся нарушением прав обеспеченного кредитора по его соглашению об обеспечении. Если, с другой стороны, получатель был осведомлен о том, что такой перевод нарушает соглашение об обеспечении, то он получит средства обремененными обеспечительным правом. Именно эта рекомендация принята в *Руководстве* при условии, что она не будет неблагоприятно воздействовать на права получателей средств, переводимых с банковских счетов согласно иным нормам права, чем нормы права, регулирующие обеспеченные сделки (см. рекомендацию 105).

3. Приоритет обеспечительного права в денежных средствах

164. В целях максимального повышения степени обращаемости денежных средств многие государства разрешают получателю денежных средств принимать эти денежные средства свободными от требований других лиц, включая держателей обеспечительных прав в этих денежных средствах. Как и в случае получателей средств с банковского счета, единственное исключение из этого правила приоритета касается случая, когда получатель был осведомлен о том, что перевод денежных средств является нарушением соглашения об обеспечении между держателем счета и обеспеченной стороной (например, если получатель вступил в сговор с держателем банковского счета с целью лишения обеспеченного кредитора его прав). Как и в подобных ситуациях, затрагивающих перевод средств с банковских счетов, простая осведомленность о существовании обеспечительного права не приводит к аннулированию прав получателя. И вновь, с учетом общепринятой практики регулирования денежных средств в *Руководстве* рекомендуется этот принцип приоритета (см. рекомендацию 106).

4. Приоритет обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

165. Нормы права, регулирующие независимые обязательства, развивались главным образом на основе практики в области аккредитивов и банковских гарантий. Как уже отмечалось (см. главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 149–153), обеспечительному праву в праве на получение поступлений по независимому обязательству придается сила в отношении третьих сторон только посредством контроля. Поскольку в этом контексте типичный метод приобретения контроля заключается в получении признания, в случае нескольких потенциальных плательщиков (например, гаранта/эмитента, подтверждающего лица и нескольких назначенных лиц) контроль приобретается только по отношению к каждому конкретному гаранту/эмитенту, подтверждающему или назначенному лицу, от которых получено признание. Таким образом, правило приоритета обычно сосредоточивается на лице, которым является плательщик.

166. Как правило, в редком случае коллизии приоритетов между держателем обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству, которому была придана сила посредством контроля, и держателем обеспечительного права, которому была придана сила в отношении третьих сторон в силу того факта, что оно обеспечивает выплату по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или за счет другого материального актива, право первого держателя превалирует

(см. рекомендации 48 и 107). Как и в случае банковских счетов, это правило основывается на необходимости содействия сделкам, касающимся независимых обязательств, путем освобождения сторон от необходимости вести поиск в общем реестре обеспечительных прав для определения того, обременена ли дебиторская задолженность, которую поддерживает независимое обязательство, и обеспечительным правом, что содействует использованию независимых обязательств. На практике этот вид коллизии приоритетов является весьма редким, поскольку в большинстве случаев бенефициар дебиторской задолженности будет также бенефициаром независимого обязательства. В любом случае в соответствии с общим принципом "первый по времени", в том что касается двух обеспечительных прав, которым была придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля в результате признания, приоритет предоставляется первому обеспечительному праву, признанному плательщиком. Обоснование этого результата заключается в значительной мере в существующей практике, поскольку именно специальное правило требуется для того, чтобы сохранять на низком уровне издержки, связанные с независимыми обязательствами. Так как независимые обязательства представляют собой высокоспециализированную отрасль торгового права, которая развивалась главным образом на практике, в *Руководстве* рекомендуется, чтобы соответствующие правила приоритета отвечали этим принципам (см. рекомендацию 107).

5. Приоритет обеспечительного права в оборотном документе или материальных активах, в отношении которых выдан оборотный документ

167. Современные режимы регулирования обеспеченных сделок обычно предусматривают правила, которые охватывают по крайней мере два вида коллизии приоритетов, связанных с оборотными документами (такими, как оборотные складские расписки и коносаменты). Первый вид коллизии возникает между держателем обеспечительного права в оборотном документе или материальных активах, охватываемых таким оборотным документом, с одной стороны, и лицом, которому был должным образом уступлен такой документ, с другой стороны. В интересах сохранения обращаемости документов согласно нормам права, регулирующим необеспеченные сделки, большинство государств предусматривают, что обеспечительное право в оборотном документе и материальных активах, охватываемых таким оборотным документом, будет субординированным любым другим правам с более высоким статусом, приобретенным получателем документа согласно нормам права, регулирующим оборотные документы. По этой же причине в *Руководстве* рекомендуется придерживаться именно такого подхода (см. рекомендацию 108).

168. Второй вид коллизии возникает между держателем обеспечительного права в материальных активах, охватываемых оборотным документом, которое вытекает из обеспечительного права в оборотном документе, и держателем обеспечительного права в материальных активах, которое вытекает из какой-либо иной сделки (например, создание прямого обеспечительного права в материальных активах). Коллизия такого рода может возникнуть либо в случае, когда прямому обеспечительному праву в материальных активах придается сила в отношении третьих сторон, тогда как эти материальные активы являются предметом оборотного документа, либо в случае, когда прямому обеспечительному праву в материальных активах придается сила в отношении третьих сторон до того, как эти материальные активы стали предметом оборотного документа. В любой ситуации приоритет обычно предоставляется обеспечительному праву в оборотном документе. Такое правило приоритета способствует использованию оборотных документов в качестве средства торговли, особенно в связи с коносаментами, выданными в связи с международной куплей-продажей. По этой причине в *Руководстве* рекомендуется именно этот подход (см. рекомендацию 109).

169. Однако исключение из этого правила является оправданным в конкретной ситуации, когда материальный актив, обусловленный оборотным документом, является иным активом, чем инвентарные запасы. Кредиторы обычно ожидают, что инвентарные запасы будут отгружены, а коносамент или складская расписка будет выдана, и поэтому могут рассчитывать на короткий период времени, в течение которого активы, прямо обремененные их обеспечительным правом, будут охватываться коносаментом или складской распиской. Однако, как правило, дело обстоит иначе в отношении, например, оборудования. Поэтому правило, предоставляющее абсолютный приоритет обеспечительному праву в оборотных документах, имеет меньшее значение для иных активов, помимо инвентарных запасов, а исключение в данном случае может быть оправданным. Таким образом, это правило не применяется в том случае, если материальными активами являются иные активы помимо инвентарных запасов и если прямому обеспечительному праву (т. е. обеспечительному праву обеспеченного кредитора, не владеющего оборотным документом) была придана сила в отношении третьих сторон до момента, наступившего раньше: *a)* момент времени, когда данный актив стал охватываться оборотным документом; и *b)* момент времени, когда между лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором, владеющим оборотным документом, было заключено соглашение, предусматривающее, что этот актив охватывается оборотным документом постольку, поскольку этот актив стал таким образом охваченным в течение конкретно указанного короткого срока (например, 30 дней) с даты заключения соглашения. В этом конкретном случае будет применяться обычное правило приоритета – “первый по времени”, а первый кредитор, придающий своему обеспечению в материальных активах силу в отношении третьих сторон (либо прямо, либо посредством принятия обеспечительного права в оборотном документе, представляющем эти активы) будет обладать приоритетом. Это исключение обеспечивает определенный уровень защиты держателям обеспечительных прав в материальных активах помимо инвентарных запасов в ситуациях, в которых лицо, предоставляющее право без уведомления таких держателей и без их разрешения, обеспечивает охват этих активов оборотным документом. По этим причинам в *Руководстве* также рекомендуется принять такое исключение (см. рекомендацию 109, второе предложение текста).

C. Рекомендации 76–109

Цель

Цель положений, касающихся приоритета, заключается в:

a) определении правил для предсказуемого, справедливого и эффективного установления приоритета обеспечительного права в отношении прав конкурирующих заявителей требований; и

b) содействии сделкам, при которых лицо, предоставляющее право, может создавать несколько обеспечительных прав в одних и тех же активах и таким образом использовать полную стоимость своих активов для получения кредита.

1. Общие рекомендации

Приоритет обеспечительных прав, предоставляемых одним и тем же лицом в одних и тех же обремененных активах

76. В законодательстве следует предусмотреть, что приоритет конкурирующих обеспечительных прав, предоставляемых одним и тем же лицом в одних и тех же обремененных активах, определяется следующим образом:

a) применительно к различным обеспечительным правам, которым была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления, приоритет определяется очередностью регистрации независимо от очередности создания обеспечительных прав;

b) применительно к различным обеспечительным правам, которым была придана сила в отношении третьих сторон иным образом, нежели посредством регистрации, приоритет определяется очередностью придания силы в отношении третьих сторон; и

c) применительно к обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации, и обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон иным образом, нежели посредством регистрации, приоритет устанавливается (независимо от момента создания) очередностью регистрации или придания силы в отношении третьих сторон, в зависимости от того, что наступает раньше.

Настоящая рекомендация применяется с учетом правил, предусмотренных в рекомендациях 77, 78 и 87–109, а также в рекомендациях 178–185 (глава IX о финансировании приобретения, вариант A: унитарный подход).

Приоритет обеспечительного права, зарегистрированного в специальном реестре или внесенного в сертификат правового титула

77. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в активах, которое приобрело силу в отношении третьих сторон посредством регистрации в специальном реестре или внесения в сертификат правового титула, как это предусмотрено в рекомендации 38 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), имеет приоритет перед:

a) обеспечительным правом в тех же активах, уведомление о котором было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав или которому была придана сила в отношении третьих сторон иным методом, нежели регистрация в специальном реестре или внесение в сертификат правового титула, независимо от очередности; и

b) обеспечительным правом в тех же активах, которое впоследствии было зарегистрировано в специальном реестре или внесено в сертификат правового титула.

78. В законодательстве следует предусмотреть, что если какие-либо обремененные активы были переданы, арендованы или лицензированы и если в момент передачи, взятия в аренду или выдачи лицензии обеспечительному праву в этих активах была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации в специальном реестре или внесения в сертификат правового титула, как это предусмотрено в рекомендации 38 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), то получатель, арендатор или лицензиат вступает в свои права с учетом этого обеспечительного права, кроме случаев, предусмотренных в рекомендациях 80–82. Однако, если обеспечительному праву не была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации в специальном реестре или внесения в сертификат правового титула, получатель, арендатор или лицензиат вступает в свои права без такого обеспечительного права.

Приоритет прав получателей, арендаторов и лицензиатов обремененных активов

79. В законодательстве следует предусмотреть, что если обремененные активы передаются, арендуются или лицензируются, а обеспечительному праву в этих активах была придана сила в отношении третьих сторон в момент передачи, взятия в аренду или выдачи лицензии, то получатель, арендатор или лицензиат вступает в свои права с учетом этого обеспечительного права, кроме случаев, предусмотренных в рекомендациях 78 и 80–82.

80. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) обеспечительное право не сохраняется в обремененных активах, которые проданы или иным образом реализованы лицом, предоставляющим право, если обеспеченный кредитор разрешает продажу или иную реализацию этих активов без обеспечительного права; и

b) права арендатора или лицензиата на обремененный актив не затрагиваются обеспечительным правом, если обеспеченный кредитор разрешает лицу, предоставляющему право, сдавать эти активы, не затронутые обеспечительным правом, в аренду или выдавать на них лицензии.

81. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) покупатель материальных активов (помимо оборотных инструментов или оборотных документов), проданных в ходе обычной коммерческой деятельности продавца, приобретает не затронутое обеспечительным правом право в этих активах, если в момент продажи ему не было известно, что такая продажа нарушает права обеспеченного кредитора согласно соглашению об обеспечении;

b) права арендатора материальных активов (помимо оборотных инструментов или оборотных документов), сданных в аренду в ходе обычной коммерческой деятельности арендодателя, не затрагиваются обеспечительным правом в этих активах, если в момент заключения договора аренды арендатору не было известно, что такая аренда нарушает права обеспеченного кредитора согласно соглашению об обеспечении; и

c) права лицензиата неисключительной лицензии на нематериальные активы, лицензия на которые была выдана в ходе обычной коммерческой деятельности лицензиата, не затрагиваются обеспечительным правом в этих активах, если в момент заключения лицензионного соглашения лицензиату не было известно, что эта лицензия нарушает права обеспеченного кредитора согласно соглашению об обеспечении.

82. В законодательстве следует предусмотреть, что в случаях, когда получатель приобретает право в обремененных активах без обеспечительного права, любое лицо, которое впоследствии приобретает какое-либо право в этих активах у получателя, также приобретает свое право без обеспечительного права. Если права арендатора или лицензиата не затрагиваются обеспечительным правом, то права субарендатора или сублицензиата также не затрагиваются этим обеспечительным правом.

Приоритет преференциальных требований

83. В законодательстве следует ограничить как в количественном, так и в стоимостном выражении возникающие в силу закона преференциальные требования, которые имеют приоритет перед обеспечительными правами, и в той мере, в какой преференциальные требования существуют, они должны быть четко и конкретно описаны в законодательстве.

Приоритет прав кредиторов, действующих на основании судебного решения

84. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право обладает приоритетом перед правами необеспеченных кредиторов, за исключением случаев, когда необеспеченный кредитор получил в соответствии с иным законодательством судебное решение или предварительный судебный приказ в отношении лица, предоставляющего право, и предпринял шаги, необходимые для приобретения прав в обремененных активах на основании этого судебного решения или предварительного судебного приказа до того, как это обеспечительное право приобрело силу в отношении третьих сторон. Приоритет обеспечительного права распространяется на кредит, предоставленный обеспеченным кредитором:

a) до истечения [короткого срока, который будет указан] дней после того, как необеспеченный кредитор уведомил обеспеченного кредитора о том, что он принял необходимые меры для приобретения прав в обремененных активах; или

b) согласно безотзывному обязательству (в установленной сумме или сумме, подлежащей установлению в соответствии с оговоренной формулой) обеспеченного кредитора предоставить кредит, если такое обязательство было взято до того, как необеспеченный кредитор уведомил обеспеченного кредитора о том, что он принял необходимые меры для приобретения прав в обремененных активах.

Настоящая рекомендация имеет исключение, предусмотренное в рекомендации 183 (глава IX о финансировании приобретения, вариант A: унитарный подход).

Приоритет прав лиц, которые предоставляют услуги в отношении обремененных активов

85. В законодательстве следует предусмотреть, что если иное законодательство предоставляет эквивалентные обеспечительным правам права кредитору, который оказал услуги в отношении обремененных активов (например, посредством их ремонта, хранения или перевозки), то такие права ограничиваются активами, находящимися во владении этого кредитора, в объеме не выше разумной стоимости оказанных услуг и обладают приоритетом перед обеспечительными правами в этих активах, которым была придана сила в отношении третьих сторон при помощи одного из методов, указанных в рекомендации 32 или 34 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон).

Приоритет права поставщика на возвращение

86. В законодательстве следует предусмотреть, что если иное законодательство предусматривает, что поставщики материальных активов имеют право на возвращение этих активов, то право на возвращение является подчиненным по отношению к обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон до осуществления поставщиком своего права.

Приоритет обеспечительного права в принадлежностях недвижимого имущества

87. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное или любое иное право (например, право покупателя или арендатора) в принадлежностях недвижимого имущества, которое было создано и имеет силу в отношении третьих сторон согласно законодательству о недвижимом имуществе, как это предусмотрено в рекомендациях 21 (глава II о создании обеспечительного права) и 43 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), имеет приоритет перед обеспечительным правом в принадлежностях, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством одного из методов, указанных в рекомендации 32 или 34 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон).

88. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в материальных активах, являющихся принадлежностью недвижимого имущества в момент придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон или ставших принадлежностью недвижимого имущества впоследствии, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации в реестре недвижимого имущества, как это предусмотрено в рекомендации 43 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), имеет приоритет перед обеспечительным или любым иным правом (например, правом покупателя или арендатора) в соответствующем недвижимом имуществе, которое впоследствии было зарегистрировано в реестре недвижимого имущества.

Приоритет обеспечительного права в принадлежностях движимого актива

89. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное или любое иное право (например, право покупателя или арендатора) в принадлежностях движимого актива, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации в специальном реестре или внесения записи в сертификат правового титула, как это предусмотрено в рекомендации 42 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), имеет приоритет перед обеспечительным или иным правом в соответствующем движимом активе, который впоследствии был зарегистрирован в специальном реестре или запись о котором была внесена в сертификат правового титула.

Приоритет обеспечительного права в массе или продукте

90. В законодательстве следует предусмотреть, что если два или более обеспечительных прав в одних и тех же материальных активах сохраняются в массе или продукте, как это предусмотрено в рекомендации 22 (глава II о создании обеспечительного права), то они сохраняют тот же приоритет, какой имели обеспечительные права в материальных активах по

отношению друг к другу непосредственно перед тем, как эти материальные активы стали частью массы или продукта.

91. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительные права в отдельных материальных активах сохраняются в одной и той же массе или продукте и каждое обеспечительное право имеет силу в отношении третьих сторон, то обеспеченные кредиторы имеют право на долю в совокупной максимальной стоимости своих обеспечительных прав в массе или продукте согласно соотношению стоимости соответствующих обеспечительных прав. Для целей этой формулы максимальная стоимость обеспечительного права не превышает стоимость, предусмотренную в рекомендации 22 (глава II о создании обеспечительного права), и сумму обеспеченного обязательства.

92. В законодательстве следует предусмотреть, что приобретательское обеспечительное право в отдельных материальных активах, которое сохраняется в массе или продукте и имеет силу в отношении третьих сторон, имеет приоритет перед обеспечительным правом, предоставленным одним и тем же лицом, предоставляющим право, в массе или продукте.

Иррелевантность осведомленности о существовании обеспечительного права

93. В законодательстве следует предусмотреть, что осведомленность конкурирующего заявителя требования о существовании обеспечительного права не влияет на приоритет[1].

Субординация

94. В законодательстве следует предусмотреть, что конкурирующий заявитель требования, имеющий право на приоритет, может в любой момент подчинить свой приоритет в одностороннем порядке или по договоренности в пользу любого другого существующего или будущего конкурирующего заявителя требований.

Последствия для приоритета сохранения силы в отношении третьих сторон

95. В законодательстве следует предусмотреть, что для целей рекомендации 76 на приоритет обеспечительного права не влияет изменение метода, с помощью которого ему придается сила в отношении третьих сторон, при условии, что это обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон непрерывно.

96. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право было зарегистрировано посредством уведомления или приобрело силу в отношении третьих сторон, а затем наступил период, в течение которого это обеспечительное право либо не было зарегистрировано посредством уведомления, либо не имело силы в отношении третьих сторон, то приоритет этого обеспечительного права действует с момента, когда оно либо было зарегистрировано посредством уведомления, либо приобрело силу в отношении третьих сторон, в зависимости от того, что наступило раньше.

Приоритет обеспечительных прав, обеспечивающих действующие и будущие обязательства

97. В законодательстве следует предусмотреть, что, с учетом рекомендации 84, приоритет обеспечительного права распространяется на все обеспеченные обязательства независимо от даты их возникновения.

Сфера действия приоритета

98. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае осуществления государством подпункта *d)* рекомендации 57 (глава IV о системе регистрации) приоритет обеспечительного права ограничивается максимальной суммой, указанной в зарегистрированном уведомлении.

---

[1] В отношении последствий осведомленности о том, что соответствующая сделка нарушает права обеспеченного кредитора, см. рекомендации 81, 102, подпункт *b)*, 105 и 106.

Применение правил приоритета в отношении обеспечительного права в будущем активе

99. В законодательстве следует предусмотреть, что для целей подпунктов *a)* и *c)* рекомендации 76 приоритет обеспечительного права распространяется на все обремененные активы, указанные в зарегистрированном уведомлении, независимо от их приобретения лицом, предоставляющим право, или их возникновения до, в момент или после регистрации.

Применение правил приоритета в отношении обеспечительного права в поступлениях

100. В законодательстве следует предусмотреть, что для целей рекомендации 76 момент придания обеспечительному праву в обремененных активах силы в отношении третьих сторон или момент регистрации уведомления о наличии такого права является также моментом придания обеспечительному праву в поступлениях силы в отношении третьих сторон или его регистрации в качестве такого права.

2. Рекомендации, касающиеся конкретных активов

Приоритет обеспечительного права в оборотном инструменте

101. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в оборотном инструменте, которому была придана сила в отношении третьих сторон через владение этим инструментом, как это предусмотрено в рекомендации 37 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), имеет приоритет перед обеспечительным правом в оборотном инструменте, которому была придана сила в отношении третьих сторон каким-либо иным способом.

102. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в оборотном инструменте, которому была придана сила в отношении третьих сторон иным способом, нежели через владение этим инструментом, является подчиненным по отношению к правам обеспеченного кредитора, покупателя или иного получателя (по соглашению), который:

a) рассматривается как защищенный держатель инструмента согласно нормам права, регулирующим оборотные инструменты; или

b) вступает во владение оборотным инструментом и добросовестно предоставляет стоимость, не зная о том, что данная передача является нарушением прав обеспеченного кредитора по соглашению об обеспечении.

Приоритет обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

103. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля, как это предусмотрено в рекомендации 49 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), имеет приоритет перед конкурирующим обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон каким-либо иным способом. Если депозитарный банк заключает соглашения о контроле более чем с одним обеспеченным кредитором, то приоритет требований этих обеспеченных кредиторов определяется исходя из порядка очередности заключения соглашений о контроле. Если обеспеченным кредитором является депозитарный банк, его обеспечительное право имеет приоритет перед любым другим обеспечительным правом (включая обеспечительное право, вступившее в силу в отношении третьих сторон по соглашению о контроле, заключенному с депозитарным банком, даже если обеспечительное право депозитарного банка было создано позднее по времени), за исключением обеспечительного права обеспеченного кредитора, который приобрел контроль, став владельцем этого счета.

104. В законодательстве следует предусмотреть, что любое право депозитарного банка, существующее согласно иному законодательству, на зачет поступлений в связи с реализацией

права лица, предоставляющего право, на выплату средств, зачисленных на банковский счет, в порядке погашения обязательств, которые это лицо несет перед депозитарным банком, имеет приоритет перед каким-либо обеспечительным правом в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, кроме обеспечительного права обеспеченного кредитора, который приобрел контроль, став владельцем этого счета.

105. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае перевода средств с банковского счета по инициативе лица, предоставляющего право, получатель этих средств получает их без обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, если только этому получателю не было известно о том, что этот перевод нарушает права обеспеченного кредитора по соглашению об обеспечении. Настоящая рекомендация не умаляет прав получателей средств с банковских счетов в соответствии с иным законодательством.

Приоритет обеспечительного права в денежных средствах

106. В законодательстве следует предусмотреть, что лицо, которое вступает во владение денежными средствами, обремененными обеспечительным правом, получает эти средства без обеспечительного права, если только этому лицу не было известно о том, что такая передача средств нарушает права обеспеченного кредитора по соглашению об обеспечении. Эта рекомендация не умаляет прав держателей денежных средств в соответствии с иным законодательством.

Приоритет обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

107. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля, имеет приоритет перед обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон в соответствии с рекомендацией 48 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон). Если контроль был получен через признание и если несогласованные признания были произведены каким-либо лицом нескольким обеспеченным кредиторам, то приоритет среди этих обеспеченных кредиторов устанавливается в той последовательности, в которой производились эти признания.

Приоритет обеспечительного права в оборотном документе или материальном активе, в отношении которых выдан оборотный документ

108. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в оборотном документе и материальных активах, в отношении которых он выдан, является подчиненным по отношению к любому более приоритетному праву, приобретенному получателем этого документа в соответствии с законодательством, регулирующим оборотные документы.

109. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в материальных активах, которому была придана сила в отношении третьих сторон путем вступления во владение оборотным документом, имеет приоритет по отношению к конкурирующему обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством какого-либо иного метода. Данное правило не применяется к обеспечительному праву в активах, не относящихся к инвентарным запасам, если обеспечительному праву обеспеченного кредитора, не владеющего оборотным документом, была придана сила в отношении третьих сторон до момента, когда:

a) в отношении активов был выдан оборотный документ; и

b) между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, владеющим оборотным документом, было заключено соглашение о том, что активы будут представлены оборотным документом, поскольку в отношении этих активов будет выдан такой оборотный документ в течение [короткого периода, который будет указан] дней после даты заключения соглашения.

VI. Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении

A. Общие замечания

1. Введение

1. Соглашение об обеспечении отражает договоренность, достигнутую между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором. Как и любой другой договор, оно подпадает под действие общих норм договорного права государства, регулирующих такие вопросы, как заключение, толкование, последствия, нарушение, расторжение и обеспечение исполнения договоров. Однако ввиду особых целей и задач соглашений об обеспечении государства обычно принимают специальные дополнительные нормы, которые определяют порядок заключения и правовые последствия таких соглашений. Такие нормы обычно предусматривают, например, относительно всеобъемлющий режим регулирования последствий соглашения об обеспечении для третьих сторон и в то же время дают возможность лицу, предоставляющему право, и обеспеченному кредитору определять на договорной основе большинство последствий заключения подобного соглашения в отношениях inter partes в соответствии с принципом автономии сторон (см. рекомендацию 10).

2. Основное содержание соглашения об обеспечении варьируется в зависимости от потребностей и пожеланий сторон. Положения соглашений об обеспечении, как правило, затрагивают три основные темы. Во-первых, некоторые положения включаются в соглашение, потому что они образуют часть императивных требований для создания обеспечительного права. Например, к этой категории относятся нормы, касающиеся описания обремененных активов и обеспеченного обязательства. В главе II *Руководства*, посвященной вопросам создания обеспечительного права, рекомендуется, чтобы такие императивные требования, соблюдение которых необходимо для того, чтобы соглашение об обеспечении имело силу в отношениях между сторонами, были минимальными и легко выполнимыми (см. рекомендации 13–15).

3. Во-вторых, в стандартном соглашении об обеспечении будет содержаться также ряд условий, уточняющих права и обязанности сторон после того, как соглашение между ними вступает в силу. Многие из этих условий касаются последствий невыполнения обязательств лицом, предоставляющим право, или нарушения какого-либо обязательства обеспеченным кредитором. Часто включается подробное перечисление событий, составляющих неисполнение обязательства лицом, предоставляющим право, а также имеющихся в распоряжении обеспеченного кредитора средств правовой защиты для принудительного исполнения условий соглашения об обеспечении. Поскольку процедура принудительного исполнения может иметь значительные последствия для прав третьих сторон, государства обычно довольно подробно определяют ряд императивных норм, регулирующих вопросы неисполнения обязательств и принудительного исполнения прав (см. главу VIII о реализации обеспечительного права). Эти императивные нормы обычно призваны защитить права лиц, предоставляющих право, и третьих сторон. Поскольку эти нормы являются императивными, они всегда будут иметь преобладающую силу над любыми противоречащими им условиями соглашения об обеспечении, касающимися прав и средств правовой защиты, имеющихся у кредитора. Однако в

некоторых правовых системах допускается отказ от применения таких императивных норм со стороны лица, предоставляющего право, после неисполнения обязательств (см. рекомендацию 133) или со стороны обеспеченного кредитора в любое время (см. рекомендацию 134). При отсутствии коллизии между условиями соглашения об обеспечении и императивными нормами или в тех случаях, когда соглашение об обеспечении предусматривает более надежную защиту должника или третьих сторон, чем императивные нормы (например, посредством предоставления им права восстанавливать действие соглашения после неисполнения обязательств), отношения между сторонами в случае неисполнения обязательств регулируются непосредственно условиями соглашения об обеспечении.

4. В-третьих, в соглашениях об обеспечении обычно содержится ряд других положений, призванных регулировать аспекты отношений между сторонами после создания обеспечительного права, но до наступления момента неисполнения обязательства. Чтобы обеспеченные сделки были действенными и предсказуемыми, часто требуются дополнительные подробные правила, регулирующие практические аспекты осуществляемой сделки. Многие государства активно рекомендуют сторонам определять условия соглашения об обеспечении, исходя из их собственных потребностей. Вместе с тем, как в случае прав и обязанностей после факта неисполнения обязательства, эти же государства устанавливают различные императивные нормы, относящиеся к правам и обязанностям до момента неисполнения обязательства, особенно в случае, когда могут затрагиваться права третьих сторон. С учетом этого, стремясь дать лицам, предоставляющим право, и обеспеченным кредиторам максимальную свободу действий при составлении соглашений с учетом своих потребностей, государства обычно сводят к минимуму эти императивные нормы, применяемые до наступления момента неисполнения обязательства.

5. Хотя, как правило, государства не стремятся навязать весь набор императивных норм, регулирующих права и обязанности лиц, предоставляющих право, и обеспеченных кредиторов до наступления момента неисполнения обязательства, они все же заинтересованы в том, чтобы дать определенные рекомендации таким лицам и кредиторам. Так, многие государства вводят то или иное количество неимперативных норм, которые применяются в том случае, если стороны не предусматривают иное в соглашении об обеспечении. В данной главе не рассматриваются все те ситуации, в которых государства могли бы пожелать разработать такие неимперативные нормы. В ней предлагается лишь примерный неполный перечень тех неимперативных норм, действующих до наступления момента неисполнения обязательства, которые обычно содержатся в современном внутреннем законодательстве.

6. Основное внимание ниже уделяется трем принципиальным вопросам. Первый из них, рассматриваемый в разделе A.2, касается принципа автономии сторон и степени свободы, которой они должны располагать при выработке условий своего соглашения об обеспечении (при том понимании, что соглашение удовлетворяет материальным и формальным требованиям к созданию обеспечительного права). Второй вопрос, затрагиваемый в разделе A.3, касается императивных норм, которые должны регулировать права и обязанности лиц, предоставляющих право, и обеспеченных кредиторов до момента неисполнения обязательства. Третий вопрос, являющийся предметом рассмотрения в разделах A.4 и A.5, касается категории неимперативных норм, которые могут включаться в современное законодательство об обеспеченных сделках.

7. В разделе B настоящей главы рассматриваются различные императивные и неимперативные нормы, касающиеся прав и обязанностей до наступления момента неисполнения обязательства применительно к конкретным видам активов и сделок. В конце главы в разделе C приводится ряд рекомендаций.

2. Автономия сторон

a) Общие положения

8. В главе I, посвященной сфере применения *Руководства*, провозглашается принцип автономии сторон в качестве одной из основ его базового подхода к обеспеченным сделкам (см. рекомендацию 10). В большинстве государств этот принцип является составной частью общего договорного права и применяется к законодательству об обеспеченных сделках только в силу того, что соглашение об обеспечении является договором. Главная идея состоит в том, что, если государство не предусматривает иного, обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, должны иметь возможность составить свое соглашение об обеспечении так, как они считают нужным. Хотя автономия сторон дает кредиторам значительные полномочия в плане определения содержания соглашения об обеспечении, ожидается, что предоставление обеспеченному кредитору и лицу, предоставляющему право, возможности определять структуру заключаемой ими сделки и распределять права и обязанности до момента неисполнения обязательств так, как это наилучшим образом отвечает их целям, обычно позволяет лицам, предоставляющим право, получить более широкий доступ к кредитованию под обеспечение.

9. В действии принципа автономии сторон применительно к правам и обязанностям до момента неисполнения обязательства четко различаются два аспекта. Первый из них касается государств. Хотя у государств должно быть право устанавливать императивные нормы для регулирования ключевых аспектов текущих отношений между сторонами, число таких норм должно быть ограниченно и сфера их применения – четко определена. Второй аспект касается результатов, которых лицо, предоставляющее право, и обеспеченный кредитор стремятся добиться своим соглашением. Любые условия, предполагающие отступление от императивных норм или их изменение или касающиеся вопросов, не охваченных неимперативными нормами государства, являются обязательными лишь для самих сторон соглашения и затрагивают права третьих сторон лишь в той мере, в которой это предусмотрено общими принципами договорного права.

10. Законодательные ограничения автономии сторон в форме императивных норм могут присутствовать как в режиме обеспеченных сделок, так и в других законах. Во многих государствах приняты законы о защите потребителей, которые подробно регламентируют порядок совершения потребительских сделок, нередко сильно ограничивая способность обеспеченных кредиторов и лиц, предоставляющих право, создавать собственный режим прав и обязанностей до возникновения ситуации неисполнения обязательства. В качестве примера можно привести норму, запрещающую обеспеченным кредиторам ограничивать право потребителей, предоставляющих право, продавать или реализовывать обремененные активы. Во многих государствах существуют также семейные кодексы, которые значительно ограничивают автономию сторон, когда дело касается “семейного имущества” или “коммунальной собственности”. В качестве примера можно привести норму, которая запрещает обеспеченным кредиторам ограничивать возможности использования такого “семейного имущества” лицами, предоставляющими право. Согласно рекомендации в *Руководстве* законодательство об обеспеченных сделках должно применяться к обеспечительным правам, созданным или приобретенным потребителями, без ущерба для прав потребителей согласно законодательству о защите потребителей (см. главу I *Руководства*, посвященную сфере применения и подпункт *b)* рекомендации 2).

11. Помимо этих императивных норм, содержащихся в других законах и касающихся конкретных категорий лиц, предоставляющих право, и конкретных активов, государства нередко устанавливают различные императивные нормы более общего характера.

Такие нормы обычно присутствуют в законодательстве об обеспеченных сделках, и чаще всего они применяются в случае неисполнения обязательства и в процессе принудительного исполнения (так, например, от стандарта поведения в случае принудительного исполнения невозможно отказаться в одностороннем порядке или изменить его по соглашению; см. рекомендацию 132). Вместе с тем некоторые нормы касаются также прав и обязанностей до момента неисполнения обязательства (например, сторона, во владении которой находятся обремененные активы, должна принимать разумные меры по обеспечению сохранности обремененных активов, а также возвратить их и аннулировать любое зарегистрированное уведомление после полного погашения обеспеченного обязательства; см. рекомендации 111 и 112). Императивные нормы подобного рода, действующие до момента неисполнения обязательства, рассматриваются в следующем разделе настоящей главы.

12. Поскольку автономия сторон является основополагающим принципом, обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, нередко подробно определяют некоторые структурные элементы своего соглашения. Так, в соглашениях часто конкретно оговариваются следующие моменты:

a) обременяемые активы и условия, при которых первоначально не обремененные активы позднее могут быть обременены;

b) обязательство, подлежащее обеспечению по соглашению (в том числе будущие обязательства);

c) операции с обремененными активами, которые разрешается или не разрешается совершать лицу, предоставляющему право (включая возможность наделения лица, предоставляющего право, правом пользования активами, их преобразования, отчуждения и получения связанных с ними плодов и доходов);

d) возможность и порядок вступления обеспеченного кредитора во владение обремененными активами до момента неисполнения обязательства, а также права и обязанности кредитора в отношении обремененных активов, находящихся в его владении;

e) ряд заверений, которые дает лицо, предоставляющее право, и обязательств, которые оно берет на себя в отношении обремененных активов, например обязательство поддерживать активы в исправном состоянии, страховать их от утраты и уведомлять обеспеченного кредитора о заявлении статутных прав на такие активы; и

f) события, которые могут явиться причиной неисполнения обязательства (прежде всего со стороны лица, предоставляющего право, а также обеспеченного кредитора) по соглашению.

13. Основополагающий принцип автономии сторон и его обычную сферу применения в рамках соглашений об обеспечении следует учитывать и при рассмотрении различных императивных и неимперативных норм, о которых пойдет речь ниже.

b) Источник прав и обязанностей сторон

14. Большинство императивных и неимперативных норм, относящихся к правам и обязанностям сторон до момента неисполнения обязательства, касаются порядка распределения исключительных прав и обязательств, связанных с владением активами, между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором. В соответствии с принципом автономии сторон и с учетом любых соответствующих ограничений (см. пункты 9–11, выше) большинство государств придерживаются той позиции, что стороны должны самостоятельно определять свои взаимные права и обязанности до момента неисполнения обязательства. Поэтому важно определить источник этих прав и обязанностей.

15. В принципе эти права и обязанности определяются конкретными условиями, которые стороны включили в свое соглашение. Сюда также относятся общие условия (например подразумеваемые условия, часто перечисляемые в страховом законодательстве), которые стороны включают в соглашение посредством ссылки. Наряду с этим во внутреннем законодательстве большинства государств предусмотрено, что, поскольку соглашение об обеспечении может относиться к обычным отношениям между сторонами, которые характерны для конкретной отрасли или сферы, они должны придерживаться обычаев, о которых они договорились. Наконец, если стороны не договорятся об ином, то при исполнении соглашения они должны придерживаться практики, сложившейся в отношениях между ними. В *Руководстве* принят тот принцип, что соглашение между сторонами является основным источником их взаимных прав и обязанностей, наряду с любыми обычаями, о которых они договорились, и, в отсутствие договоренности об обратном, практикой, сложившейся в отношениях между ними (см. рекомендацию 110).

3. Императивные нормы, применимые до неисполнения обязательства

a) Общие положения

16. Императивные нормы, касающиеся прав и обязанностей сторон до момента неисполнения обязательства, могут присутствовать как в законодательстве об обеспеченных сделках, так и в других законах. В целом эти нормы делятся на три широкие категории. Нормы первой категории, которые, как уже отмечалось (см. пункт 10 выше), обычно принимаются государствами в рамках законодательства о защите потребителей или семейном имуществе, имеют весьма конкретную сферу применения. В *Руководстве* признается, что государства могут придавать этим вопросам большое значение (см. рекомендацию 2, подпункт *b)*). Однако, для того чтобы режим обеспеченных сделок давал наибольшую экономическую выгоду, государствам следует четко определить, насколько эти нормы ограничивают свободу сторон в плане определения их прав и обязанностей до момента неисполнения обязательства, исходя из их потребностей и желаний.

17. Императивные нормы второй категории, применяемые до момента неисполнения обязательства, касаются материальных положений, которые стороны могут включать в свое соглашение. Обычно эти нормы формулируются в виде общих ограничений в отношении прав обеспеченных кредиторов и применяются независимо от того, является ли лицо, предоставляющее право, потребителем или предприятием. В разных государствах они могут весьма отличаться друг от друга. Так, например, применительно к определенным соглашениям об обеспечении, посредством которых обеспеченный кредитор приобретает обеспечительное право во всех активах лица, предоставляющего право (например, при залоге предприятия), некоторые государства в законодательном порядке приняли в отношении необеспеченных кредиторов определенные положения, действующие в контексте несостоятельности. Некоторые государства не допускают, чтобы кредиторы ограничивали право лица, предоставляющего право, использовать или преобразовывать обремененные активы, если такое использование или преобразование согласуется с природой и назначением этих активов. Некоторые государства не допускают, чтобы обеспеченный кредитор использовал или применял под обеспеченное обязательство природные и гражданские плоды или доходы, созданные обремененными активами, находящимися в его владении.

18. Поскольку в *Руководстве* принципу автономии сторон придается важное значение, оно исходит из того, что государствам в целом не следует устанавливать императивные нормы, которые до момента неисполнения обязательства ограничивали бы

число или характер обязанностей, исполнения которых могут требовать друг от друга обеспеченные кредиторы лица, предоставляющего право. Вместе с тем вышеуказанные проблемы часто являются реальными, и государства, в зависимости от конкретного характера их национальной экономики или коммерческого предприятия, предоставляющего обеспечительное право, могут считать необходимым более строго регламентировать отношения между лицами, предоставляющими право, и обеспеченными кредиторами в период до момента неисполнения обязательства. Однако если государство идет на этот шаг, то во избежание ненужных общих ограничений принципа автономии сторон такие императивные нормы: *a)* должны быть четко изложены; *b)* должны быть сформулированы с использованием точных и предельно ясных выражений, не допускающих широкого толкования; и *c)* подобно аналогичным нормам, применимым после неисполнения обязательства, должны быть основаны на таких признанных принципах публичного порядка, как добросовестность, честность и коммерческая разумность (см. рекомендации 131 и 132).

19. Императивные нормы третьей категории, действующие до момента неисполнения обязательства, призваны не допустить искажения основных целей режима обеспеченных сделок. Как правило, государства применяют императивные нормы такого рода с тем, чтобы возложить минимальные обязанности на сторону, владеющую обремененными активами или осуществляющую контроль над ними. Так, например, одна из основных целей обеспечительного права заключается в том, чтобы кредитор при неисполнении обязательства имел приоритет на получение денежных средств, реализованных от продажи обремененных активов, и поэтому в соответствии с этой целью лица, предоставляющие право, должны быть обязаны следить за сохранностью активов, не допуская их экономического обесценения. Такое обязательство могло бы включать, в частности, обязанность не растрачивать обремененные активы и не допускать иного ухудшения их состояния сверх нормального ожидаемого износа, т. е. обязанность сохранять экономическую стоимость данных активов.

20. Нормы, требующие от лица, предоставляющего право, и от обеспеченного кредитора, когда во владении последнего находятся обремененные активы, проявлять разумную заботу о них, и более общие нормы, направленные на обеспечение сохранности обремененных активов, призваны поощрять ответственное поведение сторон соглашения об обеспечении. Однако действие императивных норм такого рода отличается от действия норм по защите потребителей или императивных норм, регламентирующих материально-правовое содержание соглашения об обеспечении. Императивные нормы, относящиеся к последней категории, создают само обеспечительное право, и от них нельзя отказаться ни во время подготовки соглашения, ни в дальнейшем. В отношении императивных норм, действующих в рамках режима обеспеченных сделок до момента неисполнения обязательства, государства обычно руководствуются более разносторонним подходом.

21. В большинстве правовых систем действует основное правило, согласно которому стороны не могут по соглашению отступать от императивных норм, устанавливающих их общие права и обязанности до момента неисполнения обязательства. Например, государства, как правило, не разрешают сторонам исключать из своего соглашения обязанность проявлять разумную заботу об обремененных активах. Однако это совсем не мешает сторонам отказываться от права ссылаться на нарушение этой обязанности после факта такого нарушения. Во многих государствах предусматривается, что обеспеченный кредитор позднее может освободить лицо, предоставляющее право, от обязанностей, действующих до момента неисполнения обязательства (включая обязанности, налагаемые императивными нормами), или может отказаться от своих прав, связанных с неисполнением этим лицом своих обязательств. Однако с учетом обычных отношений между обеспеченным кредитором и лицом, предоставляющим право,

многие из этих государств исходят из того, что до момента неисполнения обязательства лицу, предоставляющему право, не следует разрешать освобождать обеспеченного кредитора от выполнения каких-либо обязанностей, возложенных на него императивными нормами.

22. Рекомендуемые в *Руководстве* императивные нормы, применяемые до момента неисполнения обязательства, направлены на решение концептуальных задач, подобных тем, которые определены в качестве основных принципов эффективного и действенного режима обеспеченных сделок (см. рекомендацию 1). Они устанавливают права и обязанности сторон до момента неисполнения обязательства, которые призваны: *a)* поощрять стороны, во владении которых обремененные активы находятся, заботиться об их сохранности; и *b)* обеспечивать, чтобы после погашения или иного исполнения обеспеченного обязательства лицо, предоставившее право, могло вновь в полной мере пользоваться и распоряжаться ранее обремененными активами.

23. В главе IX *Руководства*, посвященной финансированию приобретения, предусматривается, что некоторые государства, возможно, пожелают и далее рассматривать сделки с удержанием правового титула и сделки финансовой аренды как разные методы финансирования приобретения. При продаже активов до полной уплаты покупной цены, и при финансовой аренде до истечения срока сделки, право продавца или арендодателя представляет собой не столько обеспечительное право, сколько право на защиту их права собственности на активы. По этой причине, даже несмотря на то, что основные экономические цели таких сделок идентичны целям обычного приобретательского обеспечительного права, императивные нормы, применимые в отношении прав и обязанностей сторон таких сделок до неисполнения обязательства, должны быть изложены несколько иным образом, позволяющим достичь тех же принципиальных результатов. Так, например, продавец, сохраняющий право собственности, не должен иметь возможность уклоняться от соблюдения своего обязательства не заключать сделки с третьими сторонами, если такие сделки наносят ущерб правам покупателя, исправно исполняющего свои обязательства. Точно так же, покупатель, вступивший во владение активами, но еще не получивший право собственности на них, не должен иметь возможность уклоняться от обязанности обеспечивать сохранность таких активов. Эти необходимые уточнения рассматриваются в разделе A.9 главы IX.

b) Обязанность обеспечивать сохранность обремененных активов

24. Обремененные активы являются для кредитора одной из главных гарантий погашения обеспеченного обязательства. Кроме того, лицо, предоставляющее право, обычно предполагает и намерено в дальнейшем свободно использовать активы после погашения займа или кредита. По этим причинам как обеспеченные кредиторы, так и лица, предоставляющие право, заинтересованы в сохранности обремененных активов.

25. Чаще всего сохранность обремененных активов лучше всего может обеспечить лицо, во владении которого они находятся. Поэтому государства обычно возлагают обязанность проявлять разумную заботу об обремененных активах именно на эту сторону. Только в исключительных случаях, почти всегда связанных с нематериальными активами, оптимальную заботу о сохранности обремененных активов может обеспечить лицо, не владеющее ими формально. Что касается обеспечения справедливого распределения обязанностей по проявлению заботы об обремененных активах и побуждения сторон сохранять их, то не так уж важно, находятся ли обремененные активы во владении лица, предоставляющего право, или обеспеченного кредитора. Обязательные к исполнению обязанности по обеспечению сохранности обремененных активов, возлагаемые на лицо, во владении которого они находятся, в обоих случаях должны быть идентичны.

26. Конкретное содержание обязанностей может существенно различаться в зависимости от характера обремененных активов. В случае материальных активов речь идет в первую очередь о физической сохранности актива. Если речь идет о неодушевленных материальных активах, то обязанность обычно заключается в сохранении таких активов в исправном состоянии и неиспользовании их с какой-либо иной целью, кроме той, которая является нормальной в данных обстоятельствах. Например, если обремененный актив представляет собой машинное оборудование, то необходимо обеспечить, чтобы оно не оставалось под дождем. Кроме того, сторона, которая владеет этим оборудованием и использует его, должна проводить его регулярное техническое обслуживание. Опять-таки, если в обеспечение принимается, например, легковой автомобиль, то лицо, во владении которого он находится и которое уполномочено им пользоваться, не может использовать его в качестве легкого грузовика для коммерческих целей.

27. Если обремененные активы представляют собой инвентарные запасы, то обязанность обеспечения их сохранности может потребовать от владеющего ими лица иных, более сложных действий. В отличие от оборудования инвентарные запасы нередко выставлены на всеобщее обозрение, и их легче похитить. Поэтому лицо, предоставляющее право (т. е. сторона, которая чаще всего и владеет активами), должно обеспечить надлежащую защиту, чтобы предотвратить “убыль” инвентарных запасов, а также соответствующим образом разместить их, чтобы исключить их поломку, или же хранить их таким образом, чтобы не допустить ухудшения их состояния. Например, если инвентарные запасы состоят из дорогостоящего электронного оборудования или особо хрупких стеклянных изделий, то для их хранения могут потребоваться запирающиеся шкафы; если же они представляют собой скоропортящиеся продукты питания, то владеющее ими лицо должно хранить такие обремененные активы в холодильных установках.

28. Такие же обязанности должны быть предусмотрены и в отношении одушевленных материальных активов, например животных. Недостаточно лишь просто заботиться о том, чтобы они были живы. Лицу, во владении которого находится животное, необходимо обеспечивать его полноценное кормление и заботиться о его здоровье (например, организуя надлежащее ветеринарное обслуживание). В тех случаях, когда требуется специальный уход, чтобы животное оставалось в хорошей форме (например, надлежащая тренировка скаковых лошадей, регулярное доение коров), в обязанность владельца входит оказание таких услуг. И наконец, как и в случае оборудования, предполагается также, что животное не может использоваться в непредусмотренных целях. Так, племенной бык, стоимость которого определяется платой за случку, не должен использоваться как вьючное животное.

29. Если обремененный актив заключается в праве на выплату денег, воплощенном в оборотном инструменте, то его владелец, естественно, обязан обеспечивать физическую сохранность документа. Но в таком случае обязанность проявлять заботу будет включать принятие необходимых мер для поддержания или сохранения прав лица, предоставляющего право, в отношении предыдущих сторон, связанных обязательством по оборотному инструменту (например, представление инструмента, его опротестование, если это требуется по закону, и представление уведомления о неоплате). В обязанность лица, владеющего оборотным инструментом, может также входить недопущение утраты прав на сам документ в отношении предыдущих сторон путем принятия мер против лиц, имеющих вторичные обязательства по этому инструменту (например, гарантов). Если материальным активом является оборотный документ, то лицо, которое владеет им, также должно обеспечивать его физическую сохранность. Кроме того, если действие документа ограничено по времени, то лицо, во владении которого он находится, должно представить его до истечения срока действия для заявления претензии на физическое владение активами, охватываемыми документом.

30. Если обремененный актив является нематериальным, то в этом случае определить, что следует понимать под разумной заботой о нем лица, во владении которого находится этот актив, намного сложнее. Нематериальным активом часто является лишь вытекающее из договора право на получение платежа. Характер обязанности обеспечивать сохранность актива в таких случаях рассматривается ниже в разделе B. Если обремененные активы представляют собой право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, право на интеллектуальную собственность или право на получение поступлений по независимому обязательству, то государства обычно предусматривают соответствующие права и обязанности сторон сделки в специальном законодательстве, регулирующем конкретную категорию активов.

31. При определении объема обязанностей лица, во владении которого находятся обремененные активы, государства проводят анализ затрат и результатов для определения справедливого распределения ответственности за обеспечение сохранности этих активов. Основной принципиальный вопрос заключается в том, чтобы избежать возложения чрезмерного бремени на лицо, во владении которого находятся активы. В свете вышеизложенных соображений в *Руководстве* государствам рекомендуется ввести общую императивную норму, действующую до неисполнения обязательства, которая обязывает все стороны, во владении которых находятся активы, проявлять разумную заботу для сохранения обремененных активов (см. рекомендацию 111).

c) Обязанность обеспечивать сохранение стоимости обремененных активов

32. Во многих случаях физическая сохранность обремененного актива означает также и сохранение его стоимости. Вместе с тем иногда для достижения тех же результатов требуется принятие дополнительных мер. Особый случай нематериальных активов рассматривается в разделе B, ниже. Что касается материальных активов, то государства обычно проводят различие между обязанностями лиц, предоставляющих право, и обязанностями обеспеченных кредиторов. Поскольку обремененный актив является для обеспеченного кредитора гарантией платежа, лица, предоставляющие право, должны время от времени принимать необходимые меры для сохранения стоимости обремененных активов, помимо обязанности обеспечивать их физическую сохранность. Например, лиц, предоставляющих право, можно обязать модернизировать компьютеры или возвратить оборудование продавцу на основании распоряжения о возврате товара. При определении объема этих обязанностей лица, предоставляющего право, государства опять-таки должны проводить анализ результатов и налагаемого в этой связи бремени.

33. В некоторых государствах обеспеченные кредиторы, во владении которых находятся обремененные активы, не несут никаких обязанностей по сохранению их стоимости. Это объясняется тем, что возложение на обеспеченных кредиторов такой обременительной обязанности по осуществлению жесткого контроля за обремененными активами может привести к тому, что эти активы просто утратят свою ценность как обеспечение в ущерб лицу, предоставляющему право. Это особенно справедливо для нематериальных активов. Например, не следует требовать, чтобы обеспеченные кредиторы предпринимали какие-либо шаги по сохранению рыночной стоимости товарного знака или проводили инвестиционный анализ для сохранения стоимости портфеля акций. В любом случае лицо, предоставляющее право, всегда заинтересовано в сохранении стоимости обремененного актива, и стороны соглашения обычно предусматривают возможность того, чтобы лица, предоставляющие право, указывали обеспеченным кредиторам, во владении которых находятся активы, какие шаги следует предпринять для сохранения стоимости таких активов. Затрачиваемые на это средства, как правило, либо заранее выплачиваются лицом, предоставляющим право, либо добавляются к обеспеченному обязательству.

34. Другие государства, напротив, конкретно требуют от обеспеченных кредиторов, и лиц, предоставляющих право, во владении которых находятся обремененные активы, сохранять стоимость обремененных активов, если одного обеспечения сохранности обремененных материальных активов недостаточно для сохранения их стоимости. Однако государства, как правило, не указывают, в чем конкретно состоят соответствующие обязанности, предоставляя сторонам возможность самим перечислить в соглашении об обеспечении дополнительные обязанности, выполнение которых должно способствовать достижению этой цели. При этом государства исходят из того, что обеспеченным кредиторам и лицам, предоставляющим право, лучше всего известно о том, какие меры следует принять в отношении конкретных активов, и поэтому они должны иметь возможность самостоятельно оговорить в соглашении обязанности, выполнение которых они сочтут нужным. Преимущество такого подхода состоит в том, что государства, признавая важность сохранения стоимости материальных активов с целью предотвращения их чрезмерного обесценивания, разрешают сторонам самостоятельно договариваться о том, какие разумные меры следует принять в конкретных обстоятельствах. В соответствии с этой общей тенденцией в *Руководстве* государствам рекомендуется принять императивную норму, предписывающую сторонам, во владении которых находятся материальные обремененные активы, предпринимать разумные меры для сохранения их стоимости до момента неисполнения обязательства, но не уточняется, какие конкретные стандарты следует установить для достижения этой цели (см. рекомендацию 111).

d) Обязанность возвратить обремененные активы и аннулировать зарегистрированное уведомление

35. Основным назначением обеспечительного права является повышение вероятности того, что обеспеченное обязательство будет исполнено либо за счет побуждения лица, предоставляющего право, к погашению этого обеспеченного обязательства, либо за счет взыскания стоимости обремененных активов по этому обеспеченному обязательству. Обеспечительное право не является средством взыскания добавочной стоимости у лица, предоставляющего право, или средством замаскированной передачи обремененных активов кредитору. После исполнения обеспеченного обязательства действие обеспечительного права прекращается по закону, и лицо, предоставляющее право, получает право на ничем не обремененное владение и полное распоряжение ранее обремененными активами. Для реализации прав лица, предоставившего право, большинство государств принимает императивные нормы, регулирующие обязанности обеспеченного кредитора после полного погашения обеспеченного обязательства и прекращения всех обязательств по кредиту. Эти обязанности делятся на две категории. Одни обязанности касаются возвращения обремененных активов лицу, предоставляющему право, в ситуациях, когда на момент полного погашения обеспеченного обязательства активы находятся во владении обеспеченного кредитора, а другие обязанности касаются принятия мер для того, чтобы дать возможность лицу, предоставляющему право, воспользоваться своим правом на обремененные активы без каких-либо ограничений, вытекающих из ранее существовавшего обременения.

36. В *Руководстве* предусматривается, что в большинстве случаев обеспеченные кредиторы могут при желании придавать своим правам силу в отношении третьих сторон путем вступления во владение обремененными активами (см. рекомендацию 37). Кроме того, даже если кредиторы придают праву силу в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления, а не путем вступления во владение активами, с учетом принципа автономии сторон лица, предоставляющие право, могут тем не менее разрешать обеспеченным кредиторам вступать во владение обремененными активами. Это разрешение может даваться либо в момент создания обеспечительного права, либо

какое-то время спустя. В последнем случае даже не обязательно, чтобы имело место невыполнение обязательства по соглашению об обеспечении со стороны лица, предоставившего право. Независимо от того, как это происходит, вступление обеспеченного кредитора во владение основывается на соглашении между сторонами и связано с целями этого соглашения.

37. Поскольку цель обеспечительного права состоит в том, чтобы обеспечить исполнение обязательства, то после того, как эта цель достигнута, лицо, предоставляющее право, должно иметь возможность либо восстановить владение обремененными активами, либо получить беспрепятственный доступ к ним, либо и то и другое. Поэтому многие государства возлагают на обеспеченных кредиторов формальную обязанность возвратить обремененные активы лицу, предоставляющему право, после полного погашения обеспеченного обязательства и прекращения всех обязательств по кредиту. В этих государствах бремя передачи обремененных активов лежит на кредиторе, при том что лицо, предоставляющее право, не обязано требовать их возвращения или забирать их. В других государствах обеспеченный кредитор не обязан доставлять активы, а должен лишь разрешить лицу, предоставляющему право, востребовать ранее обремененные активы. В тех случаях, когда материальные активы находятся в руках третьей стороны, которая первоначально удерживала их от имени лица, предоставляющего право, а после создания обеспечительного права – от имени обеспеченного кредитора, многие государства требуют, чтобы обеспеченный кредитор уведомлял лицо, во владении которого находятся активы, что обеспеченное обязательство погашено и что это лицо опять удерживает их исключительно от имени лица, предоставляющего право. Во многих государствах аналогичная обязанность возникает в случаях, когда обеспеченный кредитор и учреждение-депозитарий заключают соглашение о контроле. В этих государствах обычно требуется, чтобы обеспеченный кредитор конкретно информировал депозитария о том, что соглашение о контроле утратило свою силу. Все эти различные требования направлены на то, чтобы дать лицу, предоставляющему право, возможность беспрепятственно пользоваться обремененными активами после полного погашения обеспеченного обязательства и прекращения всех обязательств по кредиту.

38. Некоторые государства считают, что кредитор обязан также принимать необходимые меры для обеспечения того, чтобы лицо, предоставляющее право, оказалось в том же самом положении, в котором оно находилось до создания обеспечительного права. Если речь идет о нематериальных активах, то требуется направить любой третьей стороне, имеющей обязательство (например, должнику по дебиторской задолженности), уведомление о том, что обеспеченное обязательство погашено полностью и что лицо, предоставляющее право, вновь имеет право на получение платежа по этому обязательству. В более широком плане некоторые государства обязуют обеспеченных кредиторов освобождать обремененные активы от обеспечительного права и в случаях, когда придание силы в отношении третьих сторон достигается путем регистрации, принять меры для аннулирования в соответствующем реестре уведомления, относящегося к этому обеспечительному праву. Так, например, если регистрационные записи автоматически не исключаются из реестра по истечении относительно короткого периода времени, то государства возлагают на кредиторов обязанность требовать аннулирования регистрации. Так же если обеспечительное право является предметом записи в сертификате правового титула, то некоторые государства обязывают обеспеченного кредитора принять меры для исключения этой записи из сертификата правового титула. Все эти требования объединяет то, что обеспеченный кредитор должен принять меры для устранения всех формальных свидетельств ранее существовавшего у него права, чтобы третьи стороны не считали, что активы лица, предоставляющего право, все еще потенциально являются предметом обеспечительного права.

39. Вышеизложенные соображения в целом отражены в императивной норме, которая рекомендуется в *Руководстве* для регулирования отношений сторон после погашения обеспеченного обязательства (см. рекомендацию 112). Ее основная цель – обеспечить, чтобы лицу, предоставляющему право, было полностью возвращено право пользования и распоряжения ранее обремененными активами и чтобы это лицо могло эффективно задействовать их в сделках с участием третьих сторон без каких-либо ограничений, вызванных уже не существующим обеспечительным правом. Для тех случаев, когда для достижения этой цели требуется аннулировать уведомление, зарегистрированное в общем реестре обеспечительных прав, в *Руководстве* рекомендуется, чтобы лицо, предоставляющее право, требовало от обеспеченного кредитора аннулировать такое уведомление, или при определенных условиях могло делать это само (см. рекомендацию 72).

4. Неимперативные нормы, применимые до неисполнения обязательства

40. Помимо различных императивных норм, регулирующих права и обязанности сторон до неисполнения обязательства, большинство государств разработали более или менее полные своды неимперативных норм, касающихся других вопросов, возникающих до неисполнения обязательства. Эти неимперативные нормы, которые применяются, “если стороны не договорились об обратном”, в разных государствах называются по-разному (например, диспозитивными нормами, супплетивными нормами или правилами, действующими по умолчанию). Однако их общей чертой является то, что они предназначены для автоматического применения в качестве дополнительных условий соглашения об обеспечении, если стороны конкретно не указали, что намереваются исключить или изменить их.

41. В поддержку идеи применения неимперативных норм выдвигаются различные принципиальные доводы. Некоторые государства используют неимперативные нормы для защиты более слабых сторон, считая, что они являются некой точкой отсчета, ориентируясь на которую более сильная сторона может попытаться согласовать альтернативное договорное положение. Другие государства рассматривают эти нормы как положения, лишь отражающие условия соглашения, о которых стороны, возможно, договорились бы, если бы обратили внимание на конкретные моменты. *Руководство* исходит из того, что подлинным основанием для принятия неимперативных норм является возможность их использования для содействия достижению принципиальных целей в соответствии с логикой режима обеспеченных сделок. Найти примеры неимперативных норм, основанных на этой посылке, не составляет труда. Во многих государствах законодательство предусматривает, что, если стороны не договорились об ином, лицо, предоставляющее право, будет переводить любые страховые поступления, являющиеся следствием утраты обремененного актива или нанесенного ему ущерба, на депозитный счет, контролируемый обеспеченным кредитором. Кроме того, во многих государствах законодательство предусматривает, что, если стороны не договорились об ином, доходы, поступающие от обремененного актива, могут удерживаться обеспеченным кредитором на протяжении срока действия соглашения об обеспечении в качестве дополнительных обремененных активов, с тем чтобы в случае нарушения соглашения эти доходы можно было использовать для погашения обеспеченного обязательства. Исходя из этой общей цели, можно привести не менее четырех причин, по которым государствам может быть целесообразно разработать ряд неимперативных норм.

42. Во-первых, наличие ряда неимперативных норм, предусматривающих такое распределение прав и обязанностей между обеспеченным кредитором и лицом, предоставляющим право, о котором они, скорее всего, сами договорились бы, способствует сокращению расходов по сделкам, поскольку устраняет необходимость ведения

переговоров и разработки сторонами новых положений, в полной мере уже охваченных этими нормами. В данном случае неимперативные нормы выполняют функцию подразумеваемых или соблюдаемых по умолчанию условий (т. е. условий, применимых в отсутствие договоренности об обратном), которые, если в соглашении об обеспечении не выражено обратное намерение, считаются частью этого соглашения. В качестве примера такого подразумеваемого условия можно привести норму, согласно которой обеспеченный кредитор, во владении которого находится обремененный актив, может получать любые доходы, получаемые за счет этого актива, и использовать их непосредственно для погашения обеспеченного обязательства.

43. Во-вторых, даже наиболее информированные и опытные стороны не обладают способностью безошибочно предвидеть будущее. Как бы тщательно ни было составлено соглашение, всегда могут возникнуть непредвиденные обстоятельства. Чтобы избежать необходимости прибегать к судебным или арбитражным решениям для восполнения этих пробелов в соглашении, когда они возникают, и сократить число потенциальных споров, государства обычно предусматривают базовые квалификационные нормы. Эти неимперативные нормы отсылают стороны к другим, более общим правовым принципам, которые могут быть применены для разрешения непредвиденных проблем. Примером такого рода норм служит норма, согласно которой лицо, предоставляющее обеспечительное право, остается обладателем материального права (будь то право собственности, менее приоритетное имущественное право или личное право), под которое взято обеспечение. Таким образом, при проработке какого-либо конкретного непредвиденного события стороны могут исходить из принципа, по которому любое право, которое не было конкретно передано обеспеченному кредитору, по-прежнему принадлежит лицу, предоставляющему право.

44. В-третьих, относительно полное законодательное определение прав и обязанностей сторон до обязательства повышает действенность и предсказуемость режима, поскольку помогает сторонам обратить внимание на вопросы, которые им следует учитывать при выработке их соглашения. Ряд супплетивных норм, которыми могут руководствоваться стороны как пособием, может выполнять роль своего рода перечня контрольных вопросов, учитываемых при доработке соглашения об обеспечении. Даже если стороны решат внести изменения в эти предлагаемые неимперативные нормы для более эффективного достижения своих целей, сам факт ознакомления с ними гарантирует, что эти вопросы учтены, а не упущены по неосмотрительности.

45. И наконец, неимперативные нормы позволяют более эффективно применять принцип автономии сторон. Это преимущество особенно очевидно в связи с долгосрочными сделками, когда стороны не могут предусмотреть все непредвиденные обстоятельства. Такие нормы способствуют проявлению гибкости и снижают расходы, связанные с соблюдением обязательств. Например, если считать соглашение само по себе завершенным и требовать от сторон официального оформления всех последующих изменений и поправок к этому соглашению, то это просто приведет к дополнительным расходам по сделке для лица, предоставляющего право. Поскольку эти нормы не обязательны для исполнения, стороны всегда могут исключить их применение, включив в соглашение особое положение, например оговорку о том, что в данном письменном документе соглашение сторон изложено полностью и что оно не содержит никаких подразумеваемых условий.

46. Преимущества предоставления сторонам возможности определить свои взаимоотношения с помощью набора неимперативных норм широко признаются во многих национальных правовых системах (см., например, статьи 2736–2742 Гражданского кодекса Квебека, Канада, и статьи 9-207–9-210 Единообразного торгового кодекса Соединенных Штатов), в организациях, предлагающих типовые региональные законы

(см., например, статью 15 Типового закона об операциях с обеспечением Европейского банка реконструкции и развития и статью 33 Межамериканского типового закона об обеспеченных сделках Организации американских государств)[1], и в международных конвенциях о международной купле-продаже (см., например, статью 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (1980 год))[2] или о некоторых аспектах обеспеченных сделок с движимым имуществом (см., например, пункт 1 статьи 11 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и статью 15 Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования)[3].

5. Типичные неимперативные нормы, применимые до неисполнения обязательства

a) Общие положения

47. В настоящей главе рассматриваются не все ситуации, для которых государства, возможно, пожелали бы разработать неимперативные нормы. Так, в ней не затрагиваются необязательные для исполнения нормы, которые могут быть разработаны в отношении каких-либо условий, в дополнение к тем, которые требуются для существования обеспечительного права (например, возможные дополнительные положения соглашения об обеспечении сверх того минимума, который необходим для создания такого права). В этом контексте неимперативные нормы выполняют иную функцию, и поэтому их целесообразность, сфера применения и содержание будут определяться другими принципиальными соображениями. Кроме того, по той же причине в данной главе не рассматриваются неимперативные нормы, призванные регулировать права и обязанности сторон, возникающие после неисполнения обязательства. Эти неимперативные нормы рассматриваются в главе VIII о реализации обеспечительного права.

48. Обсуждаемые в данном разделе неимперативные нормы касаются прав и обязанностей сторон с момента, когда между ними начинает действовать соглашение об обеспечении, и до момента неисполнения обязательств. Поскольку неимперативные нормы обычно отражают потребности, практику и политику отдельных государств, они существенно различаются друг от друга. Тем не менее существует ядро неимперативных норм, которые широко применяются в современном внутреннем законодательстве. Можно выделить, как правило, две основные категории таких норм: *a)* нормы, которые дополняют императивные нормы, касающиеся прав и обязанностей обеспеченных кредиторов, во владении которых находятся обремененные активы; и *b)* нормы, которые устанавливают права, сохраняемые лицом, предоставляющим право, независимо от того, кто владеет активами.

49. Как и императивные нормы, эти неимперативные нормы призваны поощрять ответственное поведение сторон, на попечении которых находятся обремененные активы. Поэтому государства обычно систематизируют их в зависимости от того, находятся ли обремененные активы во владении обеспеченного кредитора или лица, предоставляющего право. Вместе с тем предусматривается, что некоторые неимперативные нормы могут применяться до неисполнения обязательства, независимо от того, во владении обеспеченного кредитора или лица, предоставляющего право, находятся активы. Ниже последовательно рассматриваются такие ситуации.

---

[1] См. Введение, сноски 3 и 9.

[2] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.95.V.12.

[3] См. Введение, сноски 7 и 8.

b) Неимперативные нормы, действующие в ситуации, когда активы находятся во владении обеспеченного кредитора

50. Как уже отмечалось (см. пункты 24–31, выше), в большинстве государств действуют императивные нормы, требующие от обеспеченных кредиторов, во владении которых находятся обремененные активы, проявлять разумную заботу о них и обеспечивать их сохранность и обслуживание. Как правило, когда обеспеченный кредитор имеет право использовать обремененные активы, он обязан также осуществлять все необходимые ремонтные работы для поддержания их в надлежащем рабочем состоянии. Основное содержание этих императивных норм уже обсуждалось (см. пункты 16–39, выше). Кроме того, некоторые государства принимают ряд неимперативных норм, в которых указываются дополнительные обязанности кредиторов, связанные с проявлением заботы об обремененных активах, находящихся в их владении, особенно в случаях, когда обремененный актив приносит природные и гражданские плоды или доходы. В нижеследующих пунктах рассматриваются наиболее распространенные неимперативные нормы такого рода.

51. Что касается основной обязанности заботиться об активах и обеспечивать их сохранность, то во многих государствах от обеспеченного кредитора конкретно требуется обеспечивать, чтобы обремененные материальные активы можно было в любой момент четко идентифицировать. В случае, если эти активы представляют собой однородные предметы, которые объединены с другими активами того же рода, эта функция превращается в обязанность сохранять достаточное количество активов того же качества, что и первоначально обремененные. Кроме того, когда для обслуживания актива требуются действия, выходящие за рамки личной компетенции кредитора, государства часто требуют от кредитора уведомлять лицо, предоставляющее право, и, при необходимости, разрешать лицу, предоставляющему право, временно вступать во владение активом с целью ремонта, обслуживания или сохранения актива или поддержания его стоимости.

52. В тех случаях, когда обремененный актив представляет собой документ, который воплощает в себе право лица, предоставляющего право, на получение платежа, обязанность обеспеченного кредитора проявлять заботу может не ограничиваться обязанностью физического сохранения этого документа. Многие государства требуют от обеспеченного кредитора, во владении которого находится оборотный инструмент, избегать утраты прав по данному инструменту в отношении предыдущих сторон посредством принятия мер в отношении сторон, имеющих вторичные обязательства по этому инструменту (например, гарантов). В этих государствах также обычно предусматривается, что лицо, предоставляющее право, или обеспеченный кредитор могут по суду требовать принудительного исполнения платежного обязательства.

53. Необязательным следствием обязанности обеспеченного кредитора проявлять заботу об обремененном активе является его право на возмещение разумных расходов, понесенных в связи с обеспечением сохранности актива, и на добавление этих расходов к сумме обеспеченного обязательства. Кроме того, во многих государствах обеспеченный кредитор имеет право разумно использовать обремененный актив или распоряжаться им (см. рекомендацию 113, подпункт *b)*). Следствием этого права является обязанность обеспеченного кредитора разрешать лицу, предоставляющему право, проводить проверку состояния обремененного актива в любые разумные сроки и нести ответственность за убытки, вызванные любым ухудшением состояния актива сверх обычного износа.

54. Поскольку обремененный актив находится во владении обеспеченного кредитора, то ему обычно удобнее получать денежные или неденежные поступления от

использования обремененного актива. По этой причине государства часто принимают неимперативную норму, согласно которой как денежные, так и неденежные поступления должен получать обеспеченный кредитор, во владении которого находятся обремененные активы. Как правило, лицо, предоставляющее право, является той стороной, которая может получить самую выгодную цену за неденежные поступления от обремененных активов (например, молоко, получаемое от коров, яйца от кур и шерсть от овец). Поэтому государства обычно предусматривают также, что в тех редких случаях, когда обеспеченный кредитор получает во владение домашний скот, он должен возвращать неденежные поступления в распоряжение лица, предоставляющего право. В тех случаях, когда неденежные поступления включают естественный прирост поголовья животных, широко применяется неимперативная норма, согласно которой такой молодняк автоматически обременяется обеспечительным правом и находится во владении кредитора на тех же условиях, что и его родители.

55. В случае поступлений в денежной форме зачастую едва ли имеет смысл обязывать кредитора возвращать после получения эти поступления лицу, предоставляющему право. Обычно неимперативная норма предусматривает, что обеспеченный кредитор может либо использовать наличные поступления для погашения обеспеченного обязательства, либо держать их на отдельном счете в качестве дополнительного обеспечения. Этот принцип действует во всех случаях, независимо от того, представляют ли собой поступающие наличные деньги доход по процентам, выплаты, объединяющие в себе поступления по процентам и погашению основного долга, или дивиденд по акциям. В некоторых государствах кредитору даже предоставляется выбор: продавать дополнительные акции, получаемые в качестве дивидендов (учитывая поступления от их продажи, как если бы они представляли собой дивиденды в денежной форме), или держать эти акции (как в случае приплода животных) в качестве дополнительных обремененных активов. Вместе с тем нередко обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, предусматривают в соглашении об обеспечении, что если лицо, предоставляющее право, не нарушает обязательств по соглашению об обеспечении, то это лицо может оставлять себе дивиденды в форме наличных денежных средств).

56. Существующие неимперативные нормы, регулирующие право обеспеченного кредитора распоряжаться находящимися в его владении обремененными активами, весьма разнообразны. Некоторые государства предусматривают, что обеспеченный кредитор может уступать обеспеченное обязательство и обеспечительное право. То есть, кредитор может фактически передавать обремененные активы во владение лицу, которому он уступил обеспеченное обязательство. В некоторых государствах предусматривается также, что обеспеченный кредитор может создать обеспечительное право в обремененном активе в качестве обеспечения собственного долга (“перезаложить” обремененные активы), если при этом не ущемляется право лица, предоставляющего право, на возвращение этого актива после погашения обеспеченного обязательства. Чаще всего предметом таких соглашений о перезалоге являются ценные бумаги, облигации и другие инструменты, хранящиеся на счете ценных бумаг, но в некоторых государствах кредиторы могут перезакладывать такие материальные активы, как бриллианты, драгоценные металлы и произведения искусства. Многие же другие государства, напротив, запрещают обеспеченному кредитору, во владении которого находятся обремененные активы, перезакладывать их, даже если он может сделать это на условиях, не ущемляющих право лица, предоставляющего право, на возвращение ему активов после исполнения обеспеченного обязательства.

57. Риск утраты или ухудшения состояния активов обычно связан с правом собственности, а не с правом владения. Тем не менее во многих государствах предусматривается, что в случае, когда происходит уничтожение или ненормальное ухудшение состояния обремененных активов, находящихся во владении обеспеченного кредитора, обеспе-

ченный кредитор считается виновным и должен возместить убытки. Но это же неимперативное правило обычно предусматривает, что кредитор не несет ответственности, если он может доказать, что утрата или ухудшение состояния активов произошли не по его вине. Поскольку обеспеченный кредитор всегда заинтересован в сохранении стоимости обремененных активов, во многих государствах предусматривается, что кредитор имеет право страховать свои интересы. Если обеспеченный кредитор страхуется от утраты или ущерба, чем бы они ни были вызваны, то он имеет право добавить стоимость страхования в обеспеченное обязательство.

58. Это последнее правило является конкретным примером более широкого принципа, устанавливаемого в качестве неимперативной нормы во многих государствах и рекомендуемого в *Руководстве*. Разумные расходы, понесенные обеспеченным кредитором при выполнении своих обязанностей по проявлению разумной заботы об обремененных активах, относятся на счет лица, предоставляющего право, и автоматически добавляются к сумме обеспеченного обязательства (см. рекомендацию 113, подпункт *a)*). В качестве примеров таких разумных расходов, которые в конечном итоге несет лицо, предоставляющее право, можно привести налоговые платежи, счета к оплате за ремонт, плату за хранение и страховые премии.

c) Неимперативные нормы, действующие в ситуации, когда активы находятся во владении лица, предоставляющего право

59. Эффективный и действенный режим обеспеченных сделок, как правило, состоит в поощрении ответственного поведения лица, предоставляющего право, во владении которого остаются обремененные активы. Эта цель предполагает недопущение действий, которые уменьшают стоимость обремененных активов сверх их обычного износа. Поэтому многие государства налагают на лицо, предоставляющее право, во владении которого находятся активы, ту же обязанность проявлять заботу об активах и обеспечивать их сохранность, которая возлагается на обеспеченных кредиторов, когда активы находятся в их владении. Обязанность лица, предоставляющего право, проявлять заботу об обремененных активах включает обеспечение их надлежащего страхования и своевременную уплату налогов. Если эти расходы несет обеспеченный кредитор, хотя активы остаются во владении лица, предоставляющего право, обеспеченный кредитор имеет право на их возмещение этим лицом и может добавить эти расходы к сумме обеспеченного обязательства.

60. Однако помимо этих императивных норм многие государства вводят неимперативные нормы, касающиеся обремененных активов, находящихся во владении лица, предоставляющего право, и направленные на максимальную реализацию экономического потенциала этих активов. В частности, побуждение лица, предоставляющего право, использовать и эксплуатировать обремененные активы рассматривается как один из способов содействия образованию доходов и погашению обеспеченного обязательства. По этой причине государства зачастую предусматривают, что, если стороны не договорились об ином, лицо, предоставляющее право, во владении которого находятся обремененные активы, не отказывается от общих прерогатив, связанных с правом собственности (право пользоваться и распоряжаться активами, право на соответствующие природные и гражданские плоды или доходы и право отчуждать), лишь в силу факта создания обеспечительного права. Это означает, что в обычной ситуации лицо, предоставляющее право, может использовать, сдавать в аренду, обрабатывать и соединять обремененные активы с другими активами разумным образом и в соответствии с их характером и назначением и целями сторон, изложенными в соглашении об обеспечении. В таких случаях обеспеченный кредитор должен иметь право контролировать условия хранения, использования и обработки обремененного актива лицом,

предоставляющим право, во владении которого этот актив находится, и проверять состояние актива в любое разумное время (см. рекомендацию 113, подпункт *c)*).

61. Если обремененные активы представляют собой приносящие доход активы, находящиеся во владении лица, предоставляющего право, то в той мере, в какой обеспечительное право кредитора распространяется на доходы от использования этих активов, в обязанности лица, предоставляющего право, может входить ведение надлежащей отчетности и разумное предоставление отчетов о распоряжении поступлениями, полученными от обремененных активов, и их использовании. Конкретные обязанности лица, предоставляющего право, в случае нематериальных активов (например, прав на получение средств, зачисленных на банковские счета, и платежей за лицензирование патентов, авторских прав и товарных знаков), и, в частности, право этого лица на получение средств в виде дебиторской задолженности, обсуждаются в следующем разделе.

62. Во многих государствах действует неимперативная норма, защищающая природные и гражданские плоды или доходы, получаемые от обремененных активов (в отличие от поступлений от отчуждения активов в строгом смысле этого слова), от автоматического повторного обременения по соглашению об обеспечении. Главная цель состоит здесь в наделении лица, предоставляющего право, возможностью получить дополнительное финансирование путем исключения этих новых активов из сферы действия существующего обеспечительного права. Другие государства ввели действующую по умолчанию норму, которая предусматривает автоматическое обременение природных и гражданских плодов или доходов по первоначальному обеспечительному праву. Главная цель состоит здесь в том, что стороны, как правило, ожидают и планируют, что природные и гражданские плоды или доходы будут обременены, и поэтому такая неимперативная норма должна отразить эти нормальные ожидания. В любом случае, поскольку эта норма всегда имеет неимперативный характер, стороны, если они того желают, вправе включить или исключить природные и гражданские плоды или доходы в качестве объекта обременения обеспечительным правом во время заключения соглашения об обеспечении или в любой момент после этого.

63. В главе II *Руководства*, посвященной вопросам создания обеспечительного права, предусматривается, что обеспечительное право распространяется на все поддающиеся идентификации поступления (включая поступления от поступлений) от использования обремененных активов (см. рекомендацию 19). Это означает, что, если стороны не договорились об ином, на любые активы, полученные от обремененных активов, находящихся во владении лица, предоставляющего право, автоматически распространяется обеспечительное право, независимо от того, рассматриваются ли эти дополнительные активы как гражданские или природные плоды или как поступления в строгом смысле этого слова. Если плоды от обремененных активов имеют натуральную форму (например, увеличение поголовья животных или дивиденды по акциям), то лицо, предоставляющее право, может использовать и эксплуатировать их на тех же условиях, что и первоначальные обремененные активы. Если плоды представляют собой такие натуральные продукты, как молоко, яйца и шерсть, то лицо, предоставляющее право, может их продавать, и права обеспеченного кредитора распространяются на поступления, полученные от их реализации. Если такими плодами являются гражданские плоды (например, плата за аренду имущества и проценты за денежную ссуду), то действие обеспечительного права будет распространяться на них до тех пор, пока они поддаются идентификации. Как правило, лицо, предоставляющее право, в чьем владении находятся активы, может получать гражданские плоды, имеющие денежную или близкую к денежной форму (например, акции, дивиденды от акций, облигации, депозитные сертификаты и купоны для покупки дополнительных акций). Гражданские плоды в денежной форме обычно помещаются на банковский счет, а в близкой к денежной форме – на инвестиционный счет. Если гражданскими плодами являются акции, полученные в

качестве дивидендов, то лицо, предоставляющее право, обычно может по своему усмотрению оставить их на инвестиционном счете вместе с первоначальными обремененными активами. Аналогичным образом, лицо, предоставляющее право, может по своему усмотрению реализовать опцион на приобретение акций и поместить их на тот же инвестиционный счет. Если гражданские плоды имеют неденежную форму, то лицу, предоставляющему право, обычно разрешается отчуждать их без обеспечительного права при том понимании, что полученные таким образом денежные средства также станут частью обремененных активов.

64. Обязанность обеспечивать сохранность обремененных активов обычно означает, что лицо, предоставляющее право, во владении которого находятся обремененные активы, отвечает за утрату или ухудшение их состояния независимо от того, произошло ли это по его вине или было вызвано случайным обстоятельством. И напротив, обеспеченный кредитор, во владении которого находятся активы, не несет ответственность перед лицом, предоставляющим право, за утрату или ухудшение состояния активов, вызванных случайным обстоятельством. Это объясняется тем, что согласно договорному праву владелец активов несет риск их утраты, вызванной случайным обстоятельством.

65. В принципе лицо, предоставляющее право, не имеет права отчуждать обремененные активы без разрешения обеспеченного кредитора. Если лицо, предоставляющее право, делает это, то покупатель получает активы, обремененные обеспечительным правом (см. рекомендацию 79). Однако в порядке исключения лицо, предоставляющее право, может отчуждать обремененные активы без обеспечительного права, если они продаются в ходе обычной коммерческой деятельности продавца и если покупателю не известно, что такая продажа нарушает права обеспеченного кредитора согласно соглашению об обеспечении (см. рекомендацию 81, пункт *a)*). Несмотря на это ограничение в отношении отчуждения обремененных активов, большинство государств, учитывая то обстоятельство, что обремененные активы обычно остаются в полном распоряжении лица, предоставляющего право, устанавливают неимперативные нормы, разрешающие лицу, предоставляющему право, создавать дополнительные обеспечительные права посредством дальнейшего обременения уже обремененных активов, приносимых ими природных и гражданских плодов или доходов и поступлений от их отчуждения. Содержащиеся в *Руководстве* рекомендации согласуются с этим подходом (см. рекомендацию 76 и – применительно к предоставлению финансовых средств для целей приобретения на основании соглашения об удержании правового титула – рекомендацию 190). Кроме того, отсутствие у лица, предоставляющего право, полномочий на предоставление дополнительных обеспечительных прав не препятствует их успешному созданию, хотя это и может представлять собой нарушение соглашения об обеспечении (см. рекомендации 18 и 23–25).

d) Неимперативные нормы, действующие вне зависимости от того, в чьем владении находятся активы

66. Помимо прав и обязанностей, конкретно предусматриваемых для обеспеченных кредиторов и лиц, предоставляющих право, в связи с владением ими обремененными активами, многие государства также вводят неимперативные нормы, которые применяются в обеих ситуациях: когда обремененные активы находятся во владении как обеспеченного кредитора (посессорное обеспечение), так и лица, предоставляющего право (непосессорное обеспечение). Широко распространены две такие нормы: одна посвящена обязательствам лица, предоставляющего право, а другая – правам обеспеченного кредитора.

67. Первая норма является следствием той концепции, согласно которой лицо, предоставляющее право, во владении которого находятся обремененные активы, должно поддерживать стоимость обремененных активов. На тот случай, если стоимость обремененных активов существенно уменьшается, даже по причинам, не связанным с невнимательностью стороны, во владении которой находятся обремененные активы, некоторые государства предусматривают, что лицо, предоставляющее право, должно будет предложить дополнительное обеспечение (или дополнительные активы) для покрытия непредвиденного уменьшения стоимости обремененных активов. Кроме того, действие этой нормы часто распространяется на обычное ухудшение состояния обремененных активов в силу естественного износа или рыночных условий всегда, когда степень такого ухудшения составляет значительный процент от первоначальной стоимости обремененных активов. Однако стороны, как правило, предусматривают в соглашении "положения о пополнении" активов и подробно указывают условия, при которых лицо, предоставляющее право, должно будет предложить дополнительные активы, если стоимость обремененных активов резко уменьшится.

68. Вторая распространенная неимперативная норма касается права обеспеченного кредитора на уступку как обеспеченного обязательства, так и обеспечительного права, которое относится к этому обязательству. В отсутствие договоренности об обратном обеспеченный кредитор может свободно уступать обеспеченное обязательство и сопутствующее обеспечительное право (см., например, статью 10 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и рекомендацию 25). В некоторых государствах предусматривается даже, что обеспеченный кредитор может сделать это, несмотря на договорные ограничения в отношении уступки (см. пункт 1 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и рекомендацию 24). Если во владении обеспеченного кредитора находятся обремененные активы (например, оборотный инструмент), это предполагает, что он может также передать эти активы во владение новому обеспеченному кредитору. Вместе с тем в обоих случаях, в отсутствие конкретной договоренности об обратном между лицом, предоставляющим право, и первоначальным обеспеченным кредитором (цедентом), соглашающимся на такую уступку, цессионарий обеспеченного обязательства не может приобрести больше прав в отношении лица, предоставляющего право, или претендовать на более широкие прерогативы в отношении обремененного актива, чем те, которые могут быть заявлены цедентом.

B. Замечания, касающиеся конкретных активов

69. Императивные и неимперативные нормы, регулирующие права и обязанности сторон до неисполнения обязательства, имеют непосредственное отношение к характеру распределения прерогатив и обязательств, связанных с владением, между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором. Как уже отмечалось, к наиболее важным из них относятся: *a)* обязанность (всегда налагаемая на сторону, во владении которой находятся обремененные активы) проявлять заботу об активах, обслуживать их и обеспечивать их сохранность; *b)* право использовать, преобразовывать, соединять и обрабатывать обремененные активы; *c)* право получать природные и гражданские плоды или доходы и другие поступления, которые приносят активы, и оставлять их у себя для собственного использования; и, в некоторых государствах, *d)* возможное право обеспеченного кредитора закладывать, перезакладывать или отчуждать обремененные активы, с учетом или без учета обеспечительного права.

70. Эти нормы, как правило, рассчитаны на ситуации, связанные с материальными активами. Тем не менее в главе I *Руководства* отмечается важность нематериальных активов и, в частности, прав на получение платежа как активов, которые могут быть

обремененны лицом, предоставляющим право. Хотя отдельные категории нематериальных активов не рассматриваются в *Руководстве* (например, ценные бумаги и права на получение платежа по финансовым договорам; см. рекомендацию 4, подпункты *c)* и *d)*), в него включены многие другие виды нематериальных активов, а именно: договорная и недоговорная дебиторская задолженность, право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, и право на получение поступлений по независимым обязательствам (см. рекомендацию 2, подпункт *a)*).

71. Создание обеспечительного права в праве на получение платежа неизбежно затрагивает и другие стороны, помимо лица, предоставляющего право, и обеспеченного кредитора, в частности, разумеется, должника по дебиторской задолженности. Поскольку обремененный актив представляет собой обязательство третьей стороны перед лицом, предоставляющим право, государствам приходится разрабатывать подробные нормы, регулирующие трехсторонние отношения между сторонами соглашения, а также между ними и третьими сторонами. Эти нормы касаются прав и обязанностей сторон соглашения об обеспечении и третьих сторон, независимо от того, возникает ли право на получение платежа по материальному активу (например, оборотный инструмент или оборотный документ) или по нематериальному активу (например, дебиторская задолженность, право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, или право на получение поступлений по независимому обязательству). Большинство норм, касающихся взаимоотношений между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, с одной стороны, и должником по дебиторской задолженности (именуемым в *Руководстве* “третьей стороной, имеющей обязательства”), с другой стороны, являются императивными и лишь некоторые из них – неимперативными. Права и обязанности третьих сторон, имеющих обязательства, подробно рассматриваются в главе VII.

72. В настоящем разделе основное внимание уделяется правам и обязанностям цедента (лица, предоставляющего право) и цессионария (обеспеченного кредитора) до неисполнения обязательства. Как и в случае материальных активов, большинство государств исходят из того, что стороны должны сами определять свои взаимные права и обязанности, действующие до неисполнения обязательства (см. рекомендацию 110). Поэтому большинство норм, касающихся этих прав и обязанностей, относятся к неимперативным нормам. Тем не менее, в силу возможного воздействия этих норм на третьи стороны, государства нередко сочетают как императивные, так и неимперативные нормы. Статьи 11–14 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке служат наглядным примером такой практики применительно к уступке дебиторской задолженности.

1. Заверения цедента

73. Некоторые из наиболее важных частей соглашения между цедентом и цессионарием касаются заверений, которые цедент дает цессионарию. В обычном случае предполагается, что *a)* цедент имеет право уступать дебиторскую задолженность; *b)* дебиторская задолженность не была ранее уступлена; и *c)* должник по дебиторской задолженности не имеет никаких возражений или прав на зачет, которые могут быть заявлены в отношении цедента. Другими словами, если у цедента есть сомнения по одному из этих вопросов, он должен прямо упомянуть их в соглашении или прямо заявить, что он не дает обеспеченному кредитору никаких заверений на этот счет. Во всех случаях параллельно с обязанностями, которые лицо, предоставляющее право, несет в отношении материальных активов до неисполнения обязательства, цедент должен принимать все разумные меры, необходимые для сохранения своего законного права на взыскание дебиторской задолженности. С другой стороны, если цедент конкретно не гарантирует иного, предполагается, что он не гарантирует фактической

платежеспособности должника по дебиторской задолженности. Эти различные обязанности изложены в виде неимперативных норм во внутреннем законодательстве большинства государств и рекомендуются как таковые в *Руководстве* (см. рекомендацию 114).

2. *Право уведомлять должника по дебиторской задолженности*

74. Поскольку ценность уступленной дебиторской задолженности в конечном итоге заключается в платеже, производимом должником по дебиторской задолженности, и поскольку этот должник обязан произвести данный платеж цессионарию, только если ему действительно известно о правах цессионария, то важно в максимальной степени обеспечить, чтобы цессионарий мог уведомить должника об уступке. Поэтому в большинстве государств предусматривается, что цедент или цессионарий может направить должнику уведомление и инструкции о том, как произвести платеж. В то же время в этих государствах, чтобы избежать дачи противоречивых инструкций, обычно также предусматривается, что после уведомления об уступке только цессионарий может давать должнику инструкции относительно характера и места платежа. В *Руководстве* эта испытанная система также рекомендуется для уведомления должника по дебиторской задолженности (см. рекомендацию 115).

75. Разумеется, возможны ситуации, когда цедент и цессионарий (или только один из них) не желают, чтобы должнику по дебиторской задолженности было известно об уступке. Такое желание может быть обусловлено особенностями хозяйственной деятельности лица, предоставляющего право, или общими экономическими условиями. Поэтому государства обычно предусматривают, что цедент и цессионарий могут договориться отложить уведомление должника по дебиторской задолженности о том, что была произведена уступка, на более позднее время. До получения такого уведомления должник по дебиторской задолженности будет продолжать производить платежи цеденту в соответствии с первоначальным соглашением между ними или любыми последующими платежными инструкциями. Если одна из сторон (обычно цессионарий) нарушает обязательство о неуведомлении, то это не должно наносить ущерб должнику по дебиторской задолженности. После этого должник должен будет произвести платежи в соответствии с полученными инструкциями и при этом он будет вправе получить освобождение от ответственности в объеме выплаченных таким образом сумм (см. рекомендацию 119). Вместе с тем многие государства предусматривают также, что если цедент и цессионарий не договорились об ином, то такое нарушение обязательства о неуведомлении может повлечь за собой ответственность за любые, связанные с этим убытки. В *Руководстве* рекомендуется, чтобы уведомление об уступке должника по дебиторской задолженности регулировалось этими общими принципами (см. рекомендацию 115).

3. *Право на получение платежа по дебиторской задолженности*

76. Поскольку фактической целью обеспечения является право на получение платежа, важно указать последствия любого платежа, производимого должником по дебиторской задолженности (будь то цеденту или цессионарию), для соответствующих прав цедента и цессионария. Во многих государствах приняты неимперативные нормы для регулирования случаев, когда добросовестно произведенные платежи по сути дела могли быть произведены вопреки намерениям цедента или цессионария. Такое иногда может происходить в силу того, что должник по дебиторской задолженности получил противоречивые платежные указания или узнает об уступке, не получив официального уведомления о ней.

77. Существуют две стандартные ситуации, которые, как правило, регулируются этими нормами. Во-первых, даже если должнику по дебиторской задолженности не направлено уведомление об уступке, платеж может фактически производиться цессионарию или приниматься им. Учитывая назначение обеспечительного права в дебиторской задолженности, куда эффективнее позволить цессионарию удерживать этот платеж и принимать его в счет погашения обязательства цедента. Точно так же, если платеж произведен цеденту после совершения уступки, то вне зависимости от того, получил ли уведомление должник по дебиторской задолженности, цедент должен вернуть цессионарию полученный платеж. Если же уведомление было направлено и если часть платежного обязательства заключается в возврате цеденту определенных материальных активов, то государства часто предусматривают, что эти активы должны передаваться цессионарию. Например, если часть платежного обязательства должника по дебиторской задолженности состоит в передаче оборотного инструмента цеденту, то по получении уведомления этот оборотный инструмент должен быть передан цессионарию. Именно такие нормы рекомендованы в *Руководстве* для регулирования ситуаций, связанных с неверным направлением платежей (см. рекомендацию 116, подпункт *a)*). Разумеется, во всех этих случаях принятые во многих государствах нормы являются неимперативными, и поэтому цедент и цессионарий могут предусмотреть в своем соглашении иные варианты.

78. При наличии нескольких уступок дебиторской задолженности должник по дебиторской задолженности может получить несколько уведомлений и ему может быть неясно, какой из цессионариев имеет приоритет. Иногда платеж добросовестно производится цессионарию, имеющему более низкий приоритет. В таких случаях государства обычно предусматривают, что цессионарий с более высоким приоритетом не должен лишаться своих прав на получение платежа, а когда обязательство произвести платеж предусматривает возврат активов цеденту, то и своего права на получение этих активов. Цессионарий, имеющий более низкий приоритет, должен вернуть платеж и активы цессионарию с более высоким приоритетом. В соответствии с этим общим подходом к распределению прав и обязанностей между цедентом и цессионарием до неисполнения обязательства в *Руководстве* рекомендуется применять эти общие принципы в случаях, когда платеж был добросовестно произведен лицу, фактически не имеющему права на его получение (см. рекомендацию 116, подпункт *a)*).

79. Независимо от обстоятельств, при которых цессионарий получает платеж, государства посредством императивной нормы, как правило, предусматривают, что цессионарий может удерживать платеж лишь в тех пределах, которые соответствуют его правам в дебиторской задолженности. Иначе говоря, если платеж, произведенный должником по дебиторской задолженности, по своему размеру превышает непогашенную задолженность цедента, то цессионарий не вправе оставить себе излишек (см. рекомендацию 152). Цессионарий обязан возвратить излишек лицу, который имеет на него право (в зависимости от обстоятельств – следующему цессионарию или цеденту более низкой очередности). Подобно тому, как обеспеченный кредитор, требования которого были в полной мере удовлетворены, должен либо возвратить материальные активы лицу, предоставляющему право, либо обеспечить аннулирование уведомления о своих правах в общем реестре обеспечительных прав, некоторые государства также требуют, чтобы цессионарий, требования которого в полной мере удовлетворены, уведомил должника по дебиторской задолженности об этом факте, а также о прекращении действия его права на получение дальнейших платежей. Хотя в *Руководстве* не рекомендуется предъявлять цессионариям требование о направлении должнику по дебиторской задолженности такого уведомления, поскольку цессионарии не могут удерживать больше того, что им причитается по их праву в дебиторской задолженности (см. рекомендацию 116, подпункт *b)*), на практике цессионарии могут либо сами направить такое уведомление, либо направить его совместно с цедентом.

80. Рассмотренные императивные и неимперативные нормы, касающиеся прав и обязанностей цедентов и цессионариев в отношении нематериальных активов до неисполнения обязательства, помогают определить структуру взаимоотношений между ними. Что касается неимперативных норм, то их содержание во многом способствует достижению поставленных перед ними целей, поэтому они так подробно изложены во внутреннем законодательстве многих государств, а также в статьях 12–14 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке. По этой же причине в *Руководстве* рекомендуется включать их в любое законодательство об обеспеченных сделках, с тем чтобы содействовать повышению эффективности уступки и погашению дебиторской задолженности, позволяя при этом цедентам и цессионариям строить свои отношения по сделкам иным образом, в соответствии со своими потребностями и интересами

C. Рекомендации 110–116

Цель

Цель положений, касающихся прав и обязанностей сторон, состоит в том, чтобы повысить эффективность обеспеченных сделок, уменьшить расходы по сделкам и снизить вероятность возникновения споров путем:

a) установления императивных норм, касающихся прав и обязанностей стороны, владеющей обремененными активами;

b) установления неимперативных норм, касающихся прав и обязанностей сторон и применимых в случаях, когда стороны не урегулировали эти вопросы в своем соглашении; и

c) установления неимперативных норм, служащих руководством для составления соглашения или контрольным перечнем вопросов, которые стороны, возможно, пожелают отразить в своем соглашении.

1. Общие рекомендации

Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении[4]

110. В законодательстве следует предусмотреть, что взаимные права и обязанности сторон соглашения об обеспечении определяются:

a) условиями, закрепленными в соглашении, включая любые упомянутые в нем правила или общие условия;

b) любым обычаем, о котором они договорились; и

c) если они не договорились об ином, любой практикой, которая сложилась в отношениях между ними.

Императивные нормы

111. В законодательстве следует предусмотреть, что сторона, во владении которой находятся обремененные активы, должна принимать разумные меры для обеспечения сохранности обремененных активов и поддержания их стоимости.

112. Обеспеченный кредитор должен возвратить обремененные активы, находящиеся в его владении, если после прекращения всех обязательств по кредиту обеспечительное право прекратило свое существование в результате полной выплаты или иных действий[5].

---

[4] В связи с рекомендацией 110 см. статью 11 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

[5] В отношении обязанности обеспеченного кредитора аннулировать зарегистрированное уведомление см. рекомендацию 72, глава IV о системе регистрации.

Неимперативные нормы

113. В законодательстве следует предусмотреть, что, если стороны не договорились об ином, обеспеченный кредитор имеет право:

a) на возмещение разумных расходов, понесенных в связи с обеспечением сохранности обремененных активов, находящихся в его владении;

b) разумно использовать обремененные активы, находящиеся в его владении, и направлять поступления по ним на выплату обеспеченного обязательства; и

c) проверять состояние обремененных активов, находящихся во владении лица, предоставившего право.

2. Рекомендации, касающиеся конкретных активов

Заверения цедента[6]

114. В отношении уступки договорной дебиторской задолженности в законодательстве следует предусмотреть, что:

a) если цедент и цессионарий не договорились об ином, в момент заключения договора уступки цедент дает заверения на счет того, что:

i) цедент обладает правом уступать дебиторскую задолженность;

ii) цедент ранее не уступал дебиторскую задолженность другому цессионарию; и

iii) должник по дебиторской задолженности не имеет и не будет иметь никаких возражений или прав на зачет; и

b) если цедент и цессионарий не договорились об ином, цедент не дает заверений на счет того, что должник по дебиторской задолженности обладает или будет обладать платежеспособностью.

Право уведомлять должника по дебиторской задолженности

115. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) если цедент и цессионарий не договорились об ином, цедент или цессионарий или и тот и другой могут направить должнику по дебиторской задолженности уведомление об уступке и платежную инструкцию, но после уведомления такую инструкцию может направлять только цессионарий; и

b) уведомление об уступке или платежная инструкция, направленные в нарушение какой-либо договоренности, о которой идет речь в подпункте *a)* настоящей рекомендации, не утрачивают силы для целей рекомендации 120 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства) по причине такого нарушения. Однако ничто в настоящей рекомендации не затрагивает никаких обязательств или ответственности стороны, нарушившей такую договоренность, в связи с любыми убытками, возникшими в результате нарушения.

Право на получение платежа

116. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) в отношениях между цедентом и цессионарием, если они не договорились об ином, и независимо от того, было ли направлено уведомление об уступке:

i) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цессионарию, последний имеет право удерживать поступления и возвращенные материальные активы по данной уступленной дебиторской задолженности;

[6] В связи с рекомендациями 114–116 см. статьи 12–14 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

ii) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цеденту, цессионарий имеет право на получение поступлений, а также на материальные активы, возвращенные цеденту по данной уступленной дебиторской задолженности; и

iii) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен другому лицу, по отношению к которому цессионарий имеет приоритет, цессионарий имеет право на получение поступлений, а также на материальные активы, возвращенные такому лицу по данной уступленной дебиторской задолженности;

b) цессионарий не имеет права удерживать больше того, что ему причитается по его праву в дебиторской задолженности.

VII. Права и обязанности третьих сторон, имеющих обязательства

A. Общие замечания

1. Введение

1. В современных режимах регулирования обеспеченных сделок все более важную роль играют нематериальные активы. Этот факт отмечен в ряде глав *Руководства* (см. например, главу I, в которой рассматриваются сфера применения, основные подходы к обеспеченным сделкам и общие для всех глав *Руководства* вопросы, пункты 5–9 и 78–84), а также во многих рекомендациях, в которых нематериальным активам уделяется особое внимание (см. рекомендации 23–27 относительно создания обеспечительного права, рекомендации 48–50 относительно силы обеспечительного права в отношении третьих сторон, рекомендации 103–107 относительно приоритета обеспечительного права, рекомендации 114–117 относительно прав и обязанностей сторон соглашения об обеспечении и рекомендации 167–176 относительно реализации обеспечительного права). Хотя некоторые категории нематериальных активов в *Руководстве* оставлены без внимания, в нем рассмотрены многие другие виды нематериальных активов, в частности права на платеж (см. подпункт *a)* рекомендации 2).

2. Когда обремененным активом по обеспеченной сделке является право в отношении третьей стороны, такая сделка неизбежно носит более сложный характер, чем сделка с обремененным активом в форме простого актива, например оборудования. К таким правам в отношении третьих сторон могут относиться “дебиторская задолженность”, права, воплощенные в “оборотных инструментах”, права, воплощенные в “оборотных документах”, “права на получение поступлений по независимому обязательству” и “права на выплату средств, зачисленных на банковский счет”. Несмотря на то, что эти права в отношении третьих сторон существенно различаются между собой, у них есть одна принципиально важная общая черта: ценность такого обремененного актива состоит в том, что он обеспечивает право на взыскание задолженности с третьей стороны, имеющей обязательство перед лицом, предоставляющим право. В *Руководстве* такая третья сторона именуется “третья сторона, имеющая обязательство”.

3. В отношении третьих сторон могут существовать и такие права, которые не входят ни в одну из пяти вышеперечисленных категорий. Положения *Руководства* распространяются и на них, когда такие права выступают в качестве обремененных активов. Таким образом, хотя в *Руководстве* даны конкретные рекомендации лишь в отношении пяти вышеперечисленных категорий прав, рассматриваемые в этой главе общие принципы применимы и к другим правам, за исключением случаев, когда в силу своей особой природы они требуют применения иной нормы, которая может быть найдена в иной нормативно-правовой базе, конкретно регулирующей такие права.

4. В зависимости от того, какое именно право в отношении третьей стороны является обремененным активом, для обозначения третьей стороны, имеющей обязательство, в настоящем *Руководстве* используются различные термины. Например, если таким правом является дебиторская задолженность, то в отношении имеющей обязательство третьей стороны используется термин “должник по дебиторской задолженности”, а когда

под таким правом подразумевается право на поступления по независимому обязательству, для обозначения третьей стороны, имеющей обязательство, применяется термин “гарант/эмитент, подтверждающее или иное назначенное лицо”.

5. Во всех случаях, когда обремененным активом является право в отношении третьей стороны, имеющей обязательство, обеспеченная сделка может затрагивать не только лицо, предоставляющее право, и обеспеченного кредитора, но также и третью сторону, имеющую обязательство. Соответственно в законодательстве государств, как правило, предусматриваются средства защиты от негативных последствий для третьих сторон, имеющих обязательства, поскольку такое имеющее обязательство лицо не является стороной обеспеченной сделки. Разумеется, государствам необходимо позаботиться и о том, чтобы эти средства защиты не чинили чрезмерных препятствий созданию обеспечительных прав в правах в отношении третьих сторон, имеющих обязательства, поскольку наличие таких обеспечительных прав облегчает кредитование лица, предоставляющего право, обеспеченным кредитором, что может принести экономические выгоды и третьей стороне, имеющей обязательство.

6. Нормы, регулирующие взаимные права и обязанности лиц, предоставляющих права, и обеспеченных кредиторов в тех случаях, когда обремененный актив представляет собой право на платеж, уже рассматривались (см. главу VI о правах и обязательствах сторон, пункты 69–80). В настоящей же главе речь идет о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства. В разделе A.2 *a)* рассматривается ряд общих вопросов. Разделы A.2 *b)*–2 *f)* посвящены рассмотрению прав и обязанностей третьих сторон, имеющих обязательства, в разных наиболее типичных контекстах. В конце главы, в разделе B, приводится ряд рекомендаций.

2. Последствия обеспечительного права для обязанностей третьих сторон, имеющих обязательства

a) Общие положения

7. Государства, как правило, разделяют мнение о неприемлемости изменения характера или объема обязанностей третьей стороны, имеющей обязательство, под влиянием обеспечительного права в праве на его исполнение тем же третьим лицом, имеющим обязательство. Этот основополагающий принцип закреплен также в международно-правовых документах. Так, статья 15 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке в рамках платежного обязательства допускает изменение только наименования лица, которому причитается платеж (и, с некоторыми ограничениями, адреса или счета, на который должен быть произведен платеж; см. пункт 12, ниже). Этот принцип имеет общий характер и применяется одинаково в отношении всех обязательств, независимо от того, как возникает обязательство и в чем оно выражается. Данное правило действует во всех случаях, хотя в *Руководстве* рассматриваются лишь ситуации, когда таким обязательством является обязанность произвести выплату средств по оборотному инструменту, обязанность произвести выплату средств, зачисленных на банковский счет, обязанность произвести выплату поступлений по независимому обязательству, обязанность сдать соответствующий груз на основании оборотного документа или обязанность произвести платеж по договору.

8. Что касается оборотных инструментов или оборотных документов, удостоверяющих право в отношении имеющих обязательства третьих сторон, то в большинстве государств уже разработаны четкие правовые нормы, в которых отражен этот принцип и подробно прописаны последствия уступки оборотного инструмента или оборотного документа или обязательства третьей стороны по такому инструменту или документу.

В *Руководстве* такая нормативно-правовая база обычно именуется правом, регулирующим оборотные инструменты, или правом, регулирующим оборотные документы (см. Введение, раздел B, “Терминология и толкование”, пункт 19). В законодательстве по обеспеченным сделкам нет нужды повторять эти нормы. Поэтому когда речь идет о соблюдении этого принципа, *Руководство*, как правило, содержит отсылку к такой нормативно-правовой базе. Аналогичные положения предусмотрены и для регулирования прав банка в отношении средств, кредитованных на банковский счет, а также прав гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица и любого другого бенефициара, наименование которого фигурирует в обязательстве или которому были переданы права на получение средств; во всех подобных случаях в *Руководстве* также дается ссылка на соответствующие нормы.

b) Последствия обеспечительного права для обязанностей должника по дебиторской задолженности

9. В большинстве государств хорошо проработаны последствия обеспечительного права для лица, имеющего обязательство по оборотному инструменту или оборотному документу, чего нельзя, однако, сказать об обеспечительном праве в дебиторской задолженности. Поэтому в настоящем *Руководстве* довольно подробно рассматриваются последствия обеспечительного права для обязанностей должника по дебиторской задолженности. Приводимые в *Руководстве* принципы и рекомендации преимущественно заимствованы (нередко дословно) из аналогичных положений Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

10. Правовые системы большинства государств не допускают предоставления обеспечительного права в дебиторской задолженности. Единственный механизм, с помощью которого кредитор по дебиторской задолженности может использовать дебиторскую задолженность в качестве обеспечительного актива по кредиту, состоит в уступке дебиторской задолженности другому кредитору. Кроме того, в некоторых государствах не допускается уступка дебиторской задолженности в форме обеспечения. То есть в таких государствах не разрешается обусловливать право цессионария на взыскание дебиторской задолженности тем, что сам цедент остается должником перед цессионарием. В этих государствах допустима только прямая уступка дебиторской задолженности. Однако независимо от того, представляет ли собой сделка прямую уступку, уступку в форме обеспечения или сделку, создающую обеспечительное право, правовые механизмы, устанавливающие взаимные права и обязанности сторон и их права в отношении третьих сторон, имеющих обязательства, аналогичны. По этой причине и в силу того, что иногда нелегко бывает установить точный характер первоначальной сделки между цедентом и цессионарием, многие государства широко применяют одни и те же нормы ко всем формам передачи дебиторской задолженности. Такой же подход принят в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

11. В соответствии с этим подходом в настоящем *Руководстве* рассматриваются не только обеспечительные права в дебиторской задолженности, но и случаи прямой передачи и передачи в форме обеспечения (см. рекомендацию 3). По этой причине приводимый в настоящей главе материал распространяется и на права и обязанности должника по дебиторской задолженности в рамках сделок, в которых дебиторская задолженность выступает предметом прямой передачи или используется в качестве обремененного актива либо при уступке в форме обеспечения, либо в результате предоставления обеспечительного права в дебиторской задолженности. Кроме того, в настоящей главе термин “уступка”, в отсутствие указания на иное, применяется в отношении всех трех типов сделки. Однако при этом необходимо отметить, что применение ко всем таким сделкам одного и того же свода правил не означает приравнивания прямой передачи

дебиторской задолженности к обеспеченной сделке (см. пункт 31 главы I о сфере применения).

i) Защита должника по дебиторской задолженности

12. В Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке предусматривается, что, за некоторыми исключениями, уступка дебиторской задолженности не создает последствий для прав и обязанностей должника по дебиторской задолженности в отсутствие его согласия. Аналогичный принцип встречается в национальном законодательстве многих государств. Такой же подход рекомендован и в *Руководстве* (см. подпункт *a)* рекомендации 117). Возможные последствия связаны лишь с изменением лица, адреса или банковского счета, в отношении которого должнику по дебиторской задолженности, надлежит произвести платеж. Между тем во избежание сложностей, которые могут возникнуть у должника по дебиторской задолженности, в Конвенции предусматривается, что такое изменение наименования лица, адреса или счета не должно приводить к изменению валюты платежа или государства, в котором должен быть произведен платеж, за исключением изменения валюты платежа на валюту государства местонахождения должника по дебиторской задолженности (см. статью 15 Конвенции). Аналогичный подход рекомендуется и в *Руководстве* (см. главу I о сфере применения *Руководства*, пункты 30–31 и подпункт *b)* рекомендации 117).

13. При уступке дебиторской задолженности путем ее прямой передачи обладателем права на исполнение обязательств должником по дебиторской задолженности становится другое лицо. Если одни государства усматривают в таком типе сделки факт смены собственника, то другие просто считают, что право на получение платежа, нашедшее отражение в дебиторской задолженности, отошло к цессионарию. Какой бы характер ни носила сделка, она не всегда приводит также к смене стороны, в пользу которой должен быть произведен платеж. Во многих случаях это объясняется тем, что цессионарий может заключить с цедентом соглашение, по которому цедент продолжит взыскивать дебиторскую задолженность от имени цессионария.

14. Даже в том случае, когда уступка дебиторской задолженности принимает форму обеспечения, эта сделка иногда приобретает характер немедленной передачи дебиторской задолженности цессионарию. В таких случаях цедент, как правило, также занимается инкассированием дебиторской задолженности от имени цессионария, но до наступления момента невыполнения обязательства от него не требуется перечисления средств сверх суммы, обговоренной между ними. С другой стороны, иногда уступка является условной, и цессионарий не приобретает никаких прав в дебиторской задолженности до момента невыполнения обязательства со стороны цедента. До наступления такого момента третья сторона, имеющая обязательство, продолжает производить платежи в пользу цедента в соответствии с условиями первоначального договора между ними и может вообще не знать об уступке.

15. То же самое на практике происходит и в тех случаях, когда уступка дебиторской задолженности связана с созданием обеспечительного права. Такая уступка не всегда влечет за собой изменение стороны, в пользу которой должен быть произведен платеж. Во многих случаях цедент и цессионарий договариваются о том, чтобы платежи производились цеденту до момента неисполнения цедентом своих обязательств. Цессионарий требует получения прямых платежей от должника по дебиторской задолженности только в случае неисполнения обязательств. В других случаях стороны договариваются о том, чтобы платежи производились цессионарию. При таком типе договоренности цессионарий обычно держит полученные средства на отдельном счете и снимает с этого

счета лишь сумму, необходимую для исполнения платежного обязательства цедента. Остаток средств депонируется в пользу цедента и выплачивается ему после полного погашения взятого кредита.

16. Во всех вышеупомянутых случаях для получения права на взыскание дебиторской задолженности непосредственно с должника цессионарий должен направить ему уведомление об уступке. В соответствии с общепринятой практикой такое уведомление должно быть фактически получено должником по дебиторской задолженности и быть составлено на языке, который, как этого разумно ожидать, позволит должнику по дебиторской задолженности ознакомиться с его содержанием. Поскольку цель такого уведомления состоит в изменении платежных инструкций, оно может касаться лишь будущих платежей по существующей дебиторской задолженности или дебиторской задолженности, которая возникнет после уведомления (см. статью 16 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и рекомендацию 118).

ii) Освобождение должника по дебиторской задолженности от ответственности посредством платежа

17. С учетом того факта, что должник по дебиторской задолженности обычно освобождается от ответственности только посредством платежа стороне, имеющей законное право на получение платежа, и не может быть от нее освобожден, если платеж ошибочно произведен другой стороне, должник по дебиторской задолженности, естественно, заинтересован в том, чтобы знать сторону, которой причитается платеж. Как уже отмечалось выше, надлежащим получателем платежей не обязательно является “владелец” дебиторской задолженности. В этой связи во многих государствах должник по дебиторской задолженности защищен положениями, в соответствии с которыми должник по дебиторской задолженности освобождается от ответственности посредством платежа согласно первоначальному контракту до того момента, когда он получает уведомление об уступке и о любом сопутствующем изменении лица или адреса, по которому надлежит производить платежи. Этот принцип представляет собой важный инструмент защиты должника по дебиторской задолженности, поскольку благодаря ему исключается возможность возникновения ситуации, когда должник по дебиторской задолженности не освобождается от ответственности после добросовестного совершения платежа, поскольку платеж был произведен стороне, которая более не имела права на его получение (см. пункт 1 статьи 17 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и подпункт *a)* рекомендации 119).

18. Вместе с тем после получения должником по дебиторской задолженности уведомления об уступке и любых новых платежных инструкций представляется логичным требовать, чтобы должник по дебиторской задолженности производил платежи в соответствии с такими инструкциями. Этот принцип имеет принципиальное значение для обеспечения экономической жизнеспособности режима обеспеченных сделок, когда в качестве предмета обременения обеспеченный кредитор использует дебиторскую задолженность. В случае если должник по дебиторской задолженности будет и далее производить платежи цеденту, то цессионарий может при этом потерять стоимость уступки. С каждым платежом, производимым должником по дебиторской задолженности, непогашенный остаток дебиторской задолженности сокращается, а следовательно, снижается и стоимость дебиторской задолженности как обремененного актива. Для цессионария возможность получения прямых платежей от должника по дебиторской задолженности, как только даны на то соответствующие инструкции, имеет особое значение в случаях, когда цедент испытывает финансовые затруднения (см. пункт 2 статьи 17 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и подпункт *b)* рекомендации 119).

19. В государствах, в которых разрешается уступка дебиторской задолженности, обычно не устанавливается ограничений относительно числа допустимых уступок и переуступок. Например, цедент может сперва уступить дебиторскую задолженность в качестве обеспечения обеспеченному кредитору A, затем создать в той же дебиторской задолженности другое обеспечительное право в пользу обеспеченного кредитора B, а после этого создать еще одно обеспечительное право в пользу обеспеченного кредитора C. Разумеется, если первая уступка представляет собой прямую уступку, которой была придана сила в отношении третьих сторон, цедент в дальнейшем не сможет совершать другие уступки (как прямые, так и в качестве обеспечения). Кроме того, цессионарий дебиторской задолженности, который приобрел право в такой задолженности в результате прямой передачи или уступки в качестве обеспечения, может также уступить свои права, имеющиеся у него как у цессионария. Так, например, в рассмотренной выше ситуации обеспеченный кредитор A может уступить свои права другому обеспеченному кредитору в качестве обеспечения собственных обязательств или безоговорочно передать свои права третьей стороне. Аналогичным образом, обеспеченный кредитор B может уступить свои права третьей стороне, которая может затем переуступить их другой третьей стороне. Таким образом, неудивительно, что должнику по дебиторской задолженности порой бывает непросто определить, какой именно стороне должен быть произведен платеж.

20. Для защиты должника в подобных ситуациях в государствах, в которых допускается многократная уступка дебиторской задолженности, обычно применяется ряд детально разработанных принципов для определения того цессионария, которому должник должен произвести платеж для освобождения от ответственности. Существует три таких основных принципа: *a)* при поступлении от одного цессионария нескольких уведомлений, содержащих платежные инструкции, касающиеся одной уступки одной дебиторской задолженности, совершенной одним цедентом, преимущественную силу имеет последнее из уведомлений, содержащих платежные инструкции и полученных на дату совершения платежа; *b)* при поступлении нескольких уведомлений, содержащих платежные инструкции от нескольких цессионариев относительно разных уступок одной и той же дебиторской задолженности, совершенных одним цедентом, преобладающую силу имеет первое уведомление; *c)* при поступлении нескольких уведомлений, содержащих платежные инструкции от нескольких последующих цессионариев одной и той же дебиторской задолженности, преобладающую силу имеет последнее из уведомлений. В дополнение к этим трем основным принципам в государствах могут быть также разработаны правила, регулирующие порядок уступки неделимых интересов в дебиторской задолженности, а также правила, наделяющие должника по дебиторской задолженности правом требовать представления надлежащего доказательства факта уступки. Эти общепринятые принципы закреплены в статье 17 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и отражены в рекомендациях *Руководства* (см. подпункты *c)–h)* рекомендации 119).

iii) Возражения и права на зачет со стороны должника по дебиторской задолженности

21. Как отмечалось выше, содержание или объем обязанностей должника по дебиторской задолженности не должны меняться в результате ее уступки. Одно из последствий этого принципа заключается в том, что уступка не должна лишать должника, без его на то согласия, права выдвигать возражения по условиям первоначального договора или права на зачет, возникшего до получения уведомления об уступке (см. статью 18 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и рекомендацию 120).

22. Между тем этот принцип не должен препятствовать должнику по дебиторской задолженности договариваться с цедентом не выдвигать возражений в отношении цессионария и не использовать права на зачет, которые в ином случае он мог бы применить в отношении цедента. Последствия такой договоренности заключаются в том, что дебиторской задолженности придается своего рода оборотный характер, позволяющий защищенным держателям осуществлять взыскание по оборотным инструментам без учета возражений или прав на зачет (относительно значения термина "защищенный держатель" см., в частности, статью 29 Конвенции Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях[1] (далее в тексте – Конвенция Организации Объединенных Наций о переводных и простых векселях). Поскольку с согласия должника по дебиторской задолженности дебиторская задолженность может быть воплощена в простом векселе или аналогичном оборотном инструменте, нет оснований препятствовать должнику по дебиторской задолженности в даче согласия на получение тех же результатов, которые он получил бы, если бы использовал простой вексель или аналогичный оборотный инструмент (см. подпункт *a)* рекомендации 121). Однако в соответствии с законодательством большинства государств, как собственно и в Конвенции Организации Объединенных Наций о переводных и простых векселях, предусмотрены определенные возражения, которые могут выдвигаться даже в отношении защищенного держателя (см., например, пункт 1 статьи 30 Конвенции Организации Объединенных Наций о переводных и простых векселях). В принципе такие же последствия должны иметь место при согласии должника по дебиторской задолженности не использовать возражения в отношении цессионария по дебиторской задолженности (см. пункт 2 статьи 19 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и подпункт *b)* рекомендации 121).

iv) Изменение первоначального договора

23. Когда дебиторская задолженность создается по договору, должник по дебиторской задолженности и его первоначальный кредитор всегда могут изменить впоследствии условия обязательства. Если такая дебиторская задолженность является предметом уступки, то следует определить последствия этого изменения для прав цессионария. В тех случаях, когда условия изменяются до совершения уступки, право, фактически получаемое цессионарием по уступке, представляет собой первоначальную дебиторскую задолженность с внесенными изменениями. Большинство государств также разделяют позицию, что уступка, о совершении которой неизвестно должнику по дебиторской задолженности, не имеет для него последствий. Так, например, если условия изменились после уступки, но до того, как должнику по дебиторской задолженности стало известно о совершении первоначальным кредитором уступки дебиторской задолженности, то логично предположить, что должник по дебиторской задолженности будет считать, что соглашение с первоначальным кредитором по дебиторской задолженности об изменении условий заключено и, следовательно, вступило в силу. Поэтому в правовых системах государств обычно предусматривается, что такое изменение имеет ту же силу, что и в отношении цессионария (см., например, пункт 1 статьи 20 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и подпункт *a)* рекомендации 122).

24. Если же договоренность об изменении условий погашения дебиторской задолженности заключается после фактической уступки и получения должником соответствующего уведомления, такое изменение обычно не имеет силы, если цессионарий не согласился с таким изменением. Это обусловлено тем, что на данном этапе цессионарий уже получил право в дебиторской задолженности и подобное изменение может

[1] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.95.V.16.

затронуть права цессионария без его на то согласия. Между тем в некоторых правовых системах предусмотрено ограниченное число исключений из этого правила. Например, если право на получение платежей неполностью подкреплено результатами деятельности первоначального кредитора по дебиторской задолженности (цедента) и возможность изменения предусмотрена в первоначальном договоре, то такое изменение может иметь силу в отношении цессионария. В определенных случаях нет необходимости даже в том, чтобы первоначальный договор предусматривал возможность внесения изменений. Типичным примером является ситуация, когда первоначальный договор регулирует долгосрочные взаимоотношения между должником и кредитором по дебиторской задолженности и эти взаимоотношения таковы, что в них часто вносятся изменения. В таком случае цессионарий вправе ожидать того, что в договор могут быть внесены разумные изменения в рамках обычной предпринимательской деятельности даже после совершения уступки. Поэтому в некоторых правовых системах предусматривается, что любое изменение, на которое соглашается дееспособный цессионарий, имеет силу в отношении этого цессионария, даже если оно вносится после того, как должник по дебиторской задолженности узнает об уступке, до тех пор, пока дебиторская задолженность не будет полностью подкреплена исполнением (см. пункт 2 статьи 20 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и подпункт *b)* рекомендации 122).

v) Возврат уплаченных сумм

25. Как правило, право цедента на получение платежа от должника по дебиторской задолженности возникает в связи с тем, что цедент выполнил обязательство, за которое причитается платеж (например, продажа автомашины, оказание услуги). Иногда должник по дебиторской задолженности может оплатить часть стоимости передаваемого актива или оказываемой услуги. Этот платеж вполне может оказаться в руках цессионария либо в силу того, что цедент перевел его в пользу цессионария, либо в силу того, что цессионарий уведомил должника о наличии дебиторской задолженности и заручился прямым платежом. Договорное право обычно предусматривает, что в случае невыполнения обязательства одной стороной, другая сторона может расторгнуть договор или требовать возмещения убытков в связи с невыполнением. Однако в соответствии с правовой системой многих государств, как только цессионарий получил платеж, у должника по дебиторской задолженности сохраняется право регресса только в отношении цедента, и суммы, полученные цессионарием, не подлежат возврату.

26. Принцип, лежащий в основе этого правила, вытекает из общей нормы обязательственного права. В отсутствие мошенничества кредиторам стороны, допускающей невыполнение договорных обязательств, не разрешается требовать возврата средств, которые могли быть добросовестно выплачены другим кредиторам. Поэтому в случае, если платеж совершен в пользу цедента, который затем переводит средства, выплаченные цессионарию, цессионарий находится в таком же положении, как и любой другой кредитор, получивший платеж от цедента. То же самое правило должно действовать и в тех случаях, когда цедент в порядке исполнения собственных обязанностей по отношению к цессионарию поручает должнику по дебиторской задолженности производить платежи непосредственно цессионарию. В обоих случаях применяются обычные нормы обязательственного права, и от цессионария нельзя требовать возвращения полученного платежа должнику по дебиторской задолженности только на том основании, что цедент не выполнил встречного обязательства. По сути дела это означает, что должник по дебиторской задолженности несет риск несостоятельности своего партнера по договору. *Руководство* рекомендует применять этот общий принцип (см. статью 21 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке и рекомендацию 123).

c) Последствия обеспечительного права для обязанностей лица, имеющего обязательство по оборотному инструменту

27. В большинстве государств право, регулирующее оборотные инструменты, тщательно проработано и содержит четкие правила в отношении последствий передачи инструментов для обязанностей сторон. В целом эти правила распространяются также на обеспечительные права в оборотных инструментах (см. рекомендацию 124).

28. Так, например, обеспеченный кредитор с обеспечительным правом в оборотном инструменте не может осуществлять взыскание по оборотному инструменту, за исключением тех случаев, когда это предусмотрено условиями оборотного инструмента. Даже если лицо, предоставляющее право, не выполняет обязательство перед обеспеченным кредитором, последний не может принудительно взыскивать по оборотному инструменту с лица, имеющего обязательство по этому инструменту, за исключением случаев, когда наступил срок платежа по данному инструменту. Например, если платеж по оборотному инструменту должен производиться только по истечении указанного в нем срока, то обеспеченный кредитор не вправе требовать платежа по данному инструменту до наступления этого срока (даже если обязательство не выполнено лицом, предоставившим обеспечительное право, а не лицом, имеющим обязательство по этому инструменту), за исключением тех случаев, когда это предусмотрено условиями самого оборотного инструмента.

29. Кроме того, в отсутствие иной договоренности с лицом, имеющим обязательство, обеспеченный кредитор может осуществлять взыскание по оборотному инструменту только в соответствии с нормами права, регулирующего оборотные инструменты. Как правило, эти нормы предусматривают, что для взыскания по оборотному инструменту обеспеченный кредитор должен быть держателем данного инструмента (иными словами, инструмент должен находиться в его фактическом владении и снабжен всеми положенными индоссирующими надписями) или обладать правами держателя. Соответственно для освобождения от исполнения обязательств по оборотному инструменту имеющему обязательство лицу, согласно нормам права, регулирующего оборотные инструменты, зачастую разрешается настаивать на осуществлении платежа исключительно держателю оборотного инструмента. Несмотря на это общее правило, в некоторых правовых системах предусматривается, что, если держатель оборотного инструмента передает его другому лицу, которое является лишь получателем, но не держателем, это лицо может осуществить взыскание по такому инструменту, если тот находится в его фактическом владении.

30. Согласно нормам права, регулирующего оборотные инструменты, лицо, имеющее обязательство по оборотному инструменту, вправе выдвигать или не выдвигать требования и возражения против обеспеченного кредитора. Если же обеспеченный кредитор является защищенным держателем оборотного инструмента, то такой обеспеченный кредитор вправе осуществлять взыскание по оборотному инструменту без учета определенных требований и возражений имеющего обязательства лица. К такими требованиям и возражениям, которые обычно называют “личными”, относятся, в частности, обычные требования и возражения по договору, которые имеющее обязательство лицо могло выдвинуть в отношении прежнего держателя. Тем не менее согласно нормам права, регулирующего оборотные инструменты, даже если обеспеченный кредитор является защищенным покупателем, лицо, имеющее обязательства, по-прежнему вправе выдвигать против него так называемые “материальные” возражения, в частности в отношении отсутствия правоспособности, совершения акта мошенничества, связанного с подкупом или освобождением от обязательств, в рамках производства по делу о несостоятельности.

31. Если обеспеченный кредитор, будучи держателем оборотного инструмента, не является защищенным держателем, он тем не менее имеет право осуществлять взыскание по оборотному инструменту, но в отношении него, как правило, могут выдвигаться те же требования и возражения, которые лицо, имеющее обязательство, могло выдвинуть против предыдущего держателя оборотного инструмента. К таким требованиям и возражениям относятся все личные требования и возражения, если только сторона, несущая обязательство по оборотному инструменту, фактически не отказалась от своего права на заявление таких требований и возражений в рамках самого оборотного инструмента или отдельного соглашения.

d) Последствия обеспечительного права для обязанностей депозитарного банка

32. В правовых системах, где обеспечительное право в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, может быть создано только с согласия депозитарного банка, банк не обязан давать свое согласие. В таких правовых системах это означает, что даже в отношениях между обеспеченным кредитором и лицом, предоставляющим право, обеспечительное право в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, не может быть создано без согласия банка. В других правовых системах, напротив, для создания такого обеспечительного права согласия депозитарного банка не требуется. Но даже в таких правовых системах права и обязанности депозитарного банка не могут затрагиваться без его на это согласия. Поскольку в *Руководстве*, как правило, разграничивается действие обеспечительного права в отношениях между сторонами и его действие в отношении третьих сторон, в нем принят второй из вышеупомянутых подходов (см. подпункт *a)* рекомендации 125). Однако в обоих случаях основная причина защиты банка в случае отсутствия с его стороны ясно выраженного согласия на изменение своих прав и обязательств состоит в той особо важной роли, которую банки играют в системе расчетов, и необходимости не допустить вмешательства в банковское право и банковскую деятельность.

33. Такие меры защиты банков объясняются тем, что в случае возложения на депозитарный банк дополнительных обязанностей или изменения его прав и обязанностей без его согласия такой банк может быть подвержен рискам, которые он будет не в состоянии контролировать должным образом, если не будет заранее знать их природы. Работа банков сопряжена с существенными операционными рисками, поскольку списание со счетов средств или их зачисление на банковские счета происходит ежедневно, причем зачастую кредитовые записи производятся на предварительной основе и в некоторых случаях связаны с другими сделками и клиентами депозитарного банка. Такие риски усугубляются правовым риском, который несет депозитарный банк в случае невыполнения законодательства, касающегося оборотных инструментов и кредитовых переводов, а также правил других платежных систем в ходе своих повседневных операций. Банк также подвержен дополнительному риску несоблюдения определенных обязанностей, которые возлагаются на депозитарный банк в соответствии с другим законодательством, например положениями об обеспечении конфиденциального характера его операций с клиентами. Кроме того, депозитарный банк обычно сталкивается с регламентационным риском в соответствии с законами и другими нормативными актами государства, направленными на обеспечение безопасности и надежности депозитарного банка. И наконец, выбирая клиентов, с которым он соглашается заключать сделки, депозитарный банк рискует своей репутацией.

34. Опыт тех государств, в которых новые или измененные обязанности могут быть возложены только с согласия депозитарного банка, свидетельствует о том, что стороны обычно имеют возможность согласовать вполне удовлетворительные механизмы,

которые позволяют депозитарным банкам испытывать уверенность в том, что они в состоянии управлять соответствующими рисками с учетом характера сделки и рода деятельности своих клиентов. Из соображений защиты общего функционирования банковской системы в таких государствах применяется дополнительный принцип, регулирующий последствия обеспечительного права в банковском счете для прав депозитарного банка. Во избежание какого-либо вмешательства в права депозитарного банка на зачет в отношении владельца счета в правовых системах, позволяющих депозитарному банку приобретать обеспечительное право в праве на выплату средств, зачисленных на счет в этом банке, предусматривается, что при этом банк сохраняет все права на зачет, которые он может иметь согласно другим правовым нормам, нежели законодательство об обеспеченных сделках (см. подпункт *b)* рекомендации 125).

35. Теми же соображениями продиктовано и применение принципов, регулирующих придание обеспечительному праву в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, силы в отношении третьих сторон, а также приоритет и порядок реализации такого права. Например, в государствах, в которых единственным способом придания обеспечительному праву в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, силы в отношении третьих сторон является “контроль” (см. рекомендацию 49), законодательство обычно предусматривает, что банк не обязан заключать соглашение о контроле с обеспеченным кредитором (см. подпункт *c)* рекомендации 126). В законодательстве таких государств обычно предусматривается также, что банк не обязан производить выплат какому-нибудь другому обеспеченному кредитору, помимо обеспеченного кредитора, который осуществляет контроль над средствами, зачисленными на счет (см. подпункт *a)* рекомендации 126). Кроме того, в таких государствах бывают предусмотрены соответствующие нормы, гарантирующие конфиденциальность взаимоотношений банка и его клиента, и в частности норма о том, что банк не обязан выполнять просьбы о предоставлении информации о наличии соглашения о контроле или о том, сохранил ли владелец счета за собой право распоряжаться средствами, зачисленными на его банковский счет (см. подпункт *b)* рекомендации 126).

36. В государствах, в которых обеспечительному праву в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, можно придать силу в отношении третьих сторон путем регистрации соответствующего уведомления в публичном реестре или путем признания его депозитарным банком, такое уведомление или признание может налагать, а может и не налагать на депозитарный банк обязанность следовать инструкциям обеспеченного кредитора в отношении средств, зачисленных на этот счет. В случае когда в соответствии с применимым законодательством конкретного государства такие обязанности на депозитарный банк не налагаются, право обеспеченного кредитора на получение средств, зачисленных на этот банковский счет, в порядке реализации обеспечительного права, как правило, будет зависеть от того, получил ли депозитарный банк от своего клиента – лица, предоставившего право, – инструкцию следовать указаниям обеспеченного кредитора в отношении этих средств, и существует ли между депозитарным банком и обеспеченным кредитором договоренность на этот счет. В отсутствие таких указаний или договоренностей для реализации обеспечительного права в банковском счете обеспеченному кредитору, возможно, придется обратиться в суд за постановлением, предписывающим депозитарному банку передать средства, зачисленные на банковский счет, обеспеченному кредитору.

37. В государствах, в которых депозитарный банк вправе договариваться с владельцем банковского счета и его кредиторами о получении ими преимущественного статуса, банк не обязан подчинять свои права обеспечительному праву другого кредитора владельца счета. Даже в том случае, если в интересах упрощения процедур создания, придания силы в отношении третьих сторон, обеспечения приоритета и реализации обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет,

обеспеченный кредитор готов открыть в этом депозитарном банке счет, последний не обязан открывать счет для этого обеспеченного кредитора как для своего клиента. Такой порядок не противоречит общему закрепленному в *Руководстве* принципу, согласно которому любые механизмы, применяемые согласно законодательству об обеспеченных сделках для упрощения процедуры создания обеспечения под средства, зачисленные на банковский счет, не умаляют национальных регламентационных или иных норм, призванных обеспечить безопасность и надежность банковской системы.

е) Последствия обеспечительного права для обязанностей гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица по независимому обязательству

38. Права и обязанности гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица по независимому обязательству весьма подробно рассмотрены в правовых нормах и практике, регулирующих независимые обязательства. Столь высокий уровень проработки правовой и практической составляющих позволяет более эффективно использовать независимые обязательства, в частности в международной торговле. По этой причине при разработке законодательства об обеспеченных сделках в отношении независимых обязательств государства обычно стараются не создавать препятствий для применения этих коммерческих механизмов. А для обеспечения того, чтобы эти правовые нормы и практика могли и впредь эффективно применяться в международной торговле, государства обычно перенимают специальную терминологию, используемую в настоящее время для обозначения различных сторон независимого обязательства (примеры такого подхода см. Конвенцию Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, Правила международной практики резервных аккредитивов и Унифицированные правила для гарантий по требованию, а также рекомендации 27, 48, 50, 107 и 176).

39. При работе над созданием адекватного режима регулирования обеспеченных сделок для подобных случаев целесообразно разграничить собственно независимые обязательства и право на выплату средств по таким обязательствам, с одной стороны, и право бенефициара такого обязательства на получение причитающихся с гаранта/эмитента или назначенного лица выплат или иного имеющего ценность имущества, с другой стороны. Создание обеспечительного права в праве на выплату средств без ущерба для эффективности независимого обязательства является непростой задачей и, как правило, возможно лишь в форме согласованной передачи самого обязательства. Создание же обеспечительного права в праве бенефициара на получение платежа связано с меньшим риском, поскольку затрагивает лишь право бенефициара на получение любого причитающегося платежа, а следовательно, не влечет за собой последствий для прав и обязанностей гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица. В этой связи в *Руководстве* предлагаются правила, упрощающие использование права бенефициара на получение поступлений по независимому обязательству в качестве обремененного актива при соблюдении строгих условий, призванных не допустить снижения эффективности независимых обязательств. Одно из таких условий касается описания обремененных активов. Под “правом на получение поступлений по независимому обязательству” понимается право бенефициара на получение поступлений в отличие от права на получение наличных средств и других активов, которые фактически являются поступлениями по независимому обязательству (т. е. в отличие от “права на снятие наличных средств”). То есть обеспечительное право обременяет не сами поступления, как они понимаются в практике независимых обязательств. Ниже излагаются отраженные в рекомендациях *Руководства* основные принципы, регулирующие взаимосвязь между законодательством о независимых обязательствах и законодательством об обеспеченных сделках.

40. Основной принцип заключается в том, что права обеспеченного кредитора на поступления по независимому обязательству должны подчиняться правам гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица в соответствии с нормами и практикой, регулирующими независимые обязательства. То есть обеспеченный кредитор не может заявить право на выплату ему тех поступлений, которые не причитаются к выплате лицу, предоставившему ему право (см. подпункт *a)* рекомендации 127). По той же причине цессионарий-бенефициар, как правило, принимает на себя независимое обязательство, включая как право на получение денежных средств, так и право на получение платежей по поступлениям, без последствий для него того обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству, которое было создано цедентом (см. подпункт *b)* рекомендации 127). По этой же причине, если гарант/эмитент, подтверждающее или назначенное лицо также обладают обеспечительным правом в праве на получение поступлений по независимому обязательству, их независимые права, вытекающие из независимого обязательства, не умаляются лишь в силу того, что они обладают обеспечительным правом также и в праве на получение поступлений (см. подпункт *c)* рекомендации 127).

41. Не менее важный принцип заключается в том, что гарант/эмитент, подтверждающее или назначенное лицо не обязаны производить платежи кому-либо, кроме подтверждающего или назначенного лица, конкретно указанного бенефициара, признанного получателя независимого обязательства или признанного цессионария поступлений по независимому обязательству (см. рекомендацию 128). Это правило объясняется тем, что полезность независимых обязательств как экономичного и эффективного инструмента облегчения коммерческой деятельности была бы поставлена под сомнение, если бы на гаранта/эмитента, подтверждающее или назначенное лицо было возложено бремя проверки достоверности первоначальной сделки, которая лежала в основе якобы переданного права и на которую они не давали согласия.

42. Если же обеспеченный кредитор придал обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон посредством контроля (см. рекомендацию 50), он вправе реализовать свои права в отношении гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица. Однако в данном контексте понятие контроля имеет весьма конкретное значение. Под контролем понимается, что гарант/эмитент, подтверждающее или назначенное лицо прямо признали обеспеченного кредитора цессионарием поступлений по независимому обязательству (см. рекомендацию 129).

f) Последствия обеспечительного права для обязанностей эмитента или иного лица, имеющего обязательство по оборотному документу

43. В большинстве государств право, регулирующее оборотные документы, тщательно проработано и содержит четкие нормы в отношении последствий передачи документа для обязанностей указанных в нем сторон. В принципе эти нормы распространяются также на обеспечительные права в оборотных документах. Такой же подход рекомендован и в *Руководстве* (см. рекомендацию 130).

44. Это означает, в частности, что право обеспеченного кредитора на реализацию обеспечительного права в оборотном документе и, следовательно, в материальных активах, охватываемых этим документом, ограничивается правовыми нормами, регулирующими оборотные документы, в двух отношениях. Первое ограничение состоит в том, что на момент реализации права активы, представленные оборотным документом, должны по-прежнему находиться у эмитента или иного лица, имеющего обязательство по этому документу.

45. Второе ограничение состоит в том, что обязанность эмитента или иного имеющего обязательство лица по вручению этих активов распространяется, как правило, только на лицо, которому изначально был выдан оборотный документ, или на любого последующего держателя этого документа (как это определено в законодательстве, регулирующем оборотные документы). Если оборотный документ не был передан обеспеченному кредитору в соответствии с правом, регулирующим оборотные документы, эмитент или иное имеющее обязательство лицо не обязано вручать активы обеспеченному кредитору. К примеру, если в соответствии с правом, регулирующим оборотные документы, на момент передачи документ должен быть индоссирован для того, чтобы цессионарий мог получить в свое распоряжение оговоренные в документе активы, и находящийся у цессионария документ не содержит такой индоссирующей надписи, имеющее обязательство лицо не обязано вручать оговоренные в документе активы. В таком случае для вступления во владение указанными в документе материальными активами обеспеченному кредитору, возможно, потребуется обратиться в суд или иной арбитражный орган. После подтверждения факта существования соглашения об обеспечении суд, как правило, выносит постановление о передаче документа обеспеченному кредитору либо лицу, назначенному обеспеченным кредитором, а если документ уже находится во владении обеспеченного кредитора, – о его индоссировании. В некоторых случаях суд может своим постановлением отменить формальное требование об индоссировании оборотного документа предоставляющим право лицом или же предписать эмитенту или иному имеющему обязательство лицу вручить оговоренные в документе активы обеспеченному кредитору или иному лицу, назначенному обеспеченным кредитором.

B. Рекомендации 117–130

Цель

Цель положений, касающихся прав и обязанностей третьих сторон, имеющих обязательства, заключается в повышении эффективности обеспеченных сделок в случаях, когда обремененными активами является обязательство произвести платеж или исполнение иного обязательства третьей стороны перед лицом, предоставившем право, путем:

a) установления правил, касающихся прав и обязанностей сторон по уступке дебиторской задолженности и защиты должника по дебиторской задолженности;

b) установления правил по обеспечению согласованности законодательства в области обеспеченных сделок с другим законодательством, касающимся прав и обязанностей, возникающих по оборотным инструментам и оборотным документам; и

c) установления правил по обеспечению согласованности режима обеспеченных сделок с другим законодательством, регулирующим права и обязанности депозитарных банков, а также гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица по независимому обязательству.

1. Права и обязанности должника по дебиторской задолженности[2]

Защита должника по дебиторской задолженности

117. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) если в этом законодательстве не предусмотрено иное, уступка, совершенная без согласия должника по дебиторской задолженности, не затрагивает прав и обязанностей должника по дебиторской задолженности, включая условия платежа, содержащиеся в первоначальном договоре; и

[2] Рекомендации 117–123, см. статьи 15–21 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

b) в платежной инструкции могут быть изменены наименование лица, адрес или счет, на который должник по дебиторской задолженности должен произвести платеж, но не могут быть изменены:

i) валюта платежа, указанная в первоначальном договоре; и

ii) указанное в первоначальном договоре государство, в котором должен быть произведен платеж, на иное государство, отличное от того, в котором находится должник по дебиторской задолженности.

Уведомление об уступке

118. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) уведомление об уступке или платежная инструкция имеют силу по получении их должником по дебиторской задолженности, если они составлены на языке, который, как этого разумно ожидать, позволит должнику по дебиторской задолженности ознакомиться с их содержанием. Считается достаточным, если уведомление об уступке или платежная инструкция составлены на языке первоначального договора;

b) уведомление об уступке или платежная инструкция могут касаться дебиторской задолженности, которая возникает после уведомления; и

c) уведомление о последующей уступке представляет собой уведомление о всех предшествующих уступках.

Освобождение должника по дебиторской задолженности от ответственности посредством платежа

119. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) до получения должником по дебиторской задолженности уведомления об уступке он имеет право на освобождение от ответственности посредством платежа в соответствии с первоначальным договором;

b) после получения должником по дебиторской задолженности уведомления об уступке, с учетом подпунктов *c)–h)* настоящей рекомендации, он освобождается от ответственности только посредством платежа цессионарию или – если в уведомлении об уступке содержатся иные инструкции или если впоследствии должник по дебиторской задолженности получил от цессионария в письменной форме иные инструкции – в соответствии с такими платежными инструкциями;

c) если должник по дебиторской задолженности получает более чем одну платежную инструкцию, касающуюся одной уступки одной и той же дебиторской задолженности, совершенной одним и тем же цедентом, он освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с последней платежной инструкцией, полученной от цессионария до платежа;

d) если должник по дебиторской задолженности получает уведомление о более чем одной уступке одной и той же дебиторской задолженности, совершенной одним и тем же цедентом, он освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с первым полученным уведомлением;

e) если должник по дебиторской задолженности получает уведомление об одной или нескольких последующих уступках, он освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с уведомлением о последней из таких последующих уступок;

f) если должник по дебиторской задолженности получает уведомление об уступке части или одной или нескольких статей дебиторской задолженности или неделимого интереса в них, он освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с уведомлением или в соответствии с настоящей рекомендацией, как если бы должник по дебиторской задолженности не получал уведомления. Если должник по дебиторской задолженности производит платеж в соответствии с уведомлением, он освобождается от ответственности

только в объеме той части или того неделимого интереса, в отношении которых был произведен платеж;

g) если должник по дебиторской задолженности получает уведомление об уступке от цессионария, он имеет право потребовать от цессионария представить ему в течение разумного срока надлежащее доказательство того, что уступка от первоначального цедента первоначальному цессионарию и любые промежуточные уступки были совершены, и, если цессионарий этого не делает, должник по дебиторской задолженности освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с настоящей рекомендацией, как если бы уведомление от цессионария не было получено. Надлежащее доказательство уступки включает, в частности, любой исходящий от цедента документ в письменной форме с указанием того, что уступка была совершена; и

h) настоящая рекомендация не затрагивает никаких иных оснований, по которым платеж должника по дебиторской задолженности лицу, имеющему право на платеж, компетентному судебному или иному органу или в публичный депозитный фонд освобождает должника по дебиторской задолженности от ответственности.

Возражения и права на зачет со стороны должника по дебиторской задолженности

120. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) если цессионарий предъявляет должнику по дебиторской задолженности требование произвести платеж по уступленной дебиторской задолженности, должник по дебиторской задолженности может ссылаться в отношении цессионария на все вытекающие из первоначального договора или любого другого договора, являющегося частью той же сделки, возражения или права на зачет, которыми должник по дебиторской задолженности мог бы воспользоваться, если бы уступка не была совершена и такое требование было заявлено цедентом;

b) должник по дебиторской задолженности может ссылаться в отношении цессионария на любое другое право на зачет, при условии, что оно имелось у должника по дебиторской задолженности в момент получения им уведомления об уступке; и

c) независимо от положений подпунктов *a)* и *b)* настоящей рекомендации, возражения и права на зачет, на которые согласно подпункту *b)* рекомендации 24 или подпункту *e)* рекомендации 25 (глава II о создании обеспечительного права) может ссылаться должник по дебиторской задолженности в отношении цедента в связи с нарушением соглашения, ограничивающего каким-либо образом право цедента на уступку, не могут быть использованы должником по дебиторской задолженности в отношении цессионария.

Договоренность не использовать возражения или права на зачет

121. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) должник по дебиторской задолженности может в письменной форме за его подписью договориться с цедентом не использовать в отношении цессионария возражения и права на зачет, которыми он мог бы воспользоваться в соответствии с рекомендацией 120. Такая договоренность лишает должника по дебиторской задолженности права использовать в отношении цессионария такие возражения и права на зачет;

b) должник по дебиторской задолженности не может отказываться от возражений:

i) являющихся следствием мошеннических действий со стороны цессионария; или

ii) основанных на недееспособности должника по дебиторской задолженности; и

c) такая договоренность может быть изменена только по согласию должника по дебиторской задолженности в письменной форме за его подписью. Последствия такого изменения по отношению к цессионарию определяются подпунктом *b)* рекомендации 122.

Изменение первоначального договора

122. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) договоренность, которая достигнута между цедентом и должником по дебиторской задолженности до уведомления об уступке и которая затрагивает права цессионария, имеет силу в отношении цессионария, и цессионарий приобретает соответствующие права;

b) договоренность, которая достигнута между цедентом и должником по дебиторской задолженности после уведомления об уступке и которая затрагивает права цессионария, не имеет силы в отношении цессионария, за исключением случаев, когда:

i) цессионарий дает на это свое согласие; или

ii) дебиторская задолженность не полностью подкреплена исполнением и соответствующее изменение предусмотрено первоначальным договором или в контексте первоначального договора разумный цессионарий согласился бы на такое изменение; и

c) подпункты *a)* и *b)* настоящей рекомендации не затрагивают никаких прав цедента или цессионария, возникающих в результате нарушения договоренности между ними.

Возврат уплаченных сумм

123. В законодательстве следует предусмотреть, что неисполнение первоначального договора цедентом не дает должнику по дебиторской задолженности права требовать от цессионария возврата каких-либо сумм, уплаченных должником по дебиторской задолженности цеденту или цессионарию.

2. Права и обязанности лица, имеющего обязательство по оборотному инструменту

124. В законодательстве следует предусмотреть, что права обеспеченного кредитора в соответствии с оборотным инструментом в отношении лица, имеющего обязательство по этому оборотному инструменту, подпадают под действие законодательства, регулирующего оборотные инструменты.

3. Права и обязанности депозитарного банка

125. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) создание обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, не затрагивает прав и обязанностей депозитарного банка без его согласия; и

b) любые права на зачет, которые депозитарный банк может иметь согласно иному законодательству, не умаляются по причине того или иного обеспечительного права, которое депозитарный банк может иметь в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет.

126. В законодательстве следует предусмотреть, что ничто в настоящем законодательстве не обязывает депозитарный банк:

a) выплачивать средства какому-либо иному лицу, нежели лицо, которое осуществляет контроль над средствами, зачисленными на банковский счет;

b) отвечать на запросы о представлении информации о том, существует ли соглашение о контроле или обеспечительное право в его пользу и сохранило ли лицо, предоставившее право, право распоряжаться средствами, зачисленными на банковский счет; или

c) заключать соглашение о контроле.

4. Права и обязанности гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица по независимому обязательству

127. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) на право обеспеченного кредитора в праве на получение поступлений по независимому обязательству распространяется действие – существующих согласно законам и практике, регулирующим независимые обязательства, – прав гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица и любого другого бенефициара, наименование которого фигурирует в обязательстве или которому было передано право на снятие средств;

b) права лица, которому передано независимое обязательство, не затрагиваются обеспечительным правом в праве на получение поступлений по независимому обязательству, которое было создано передавшим его лицом или любым ранее передавшим его лицом; и

c) независимые права гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица или лица, которому передано независимое обязательство, не умаляются по причине наличия какого-либо обеспечительного права, которое они могут иметь в праве на получение поступлений по независимому обязательству.

128. В законодательстве следует предусмотреть, что гарант/эмитент, подтверждающее или назначенное лицо не обязаны производить какой-либо оплаты любому лицу, если оно не является подтверждающим или назначенным лицом, именованным бенефициаром, признанным получателем независимого обязательства или признанным цессионарием права на получение поступлений по независимому обязательству.

129. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспеченный кредитор получил контроль над поступлениями по независимому обязательству, став признанным цессионарием этих поступлений, то он имеет право настаивать на исполнении этого признания в своих отношениях с гарантом/эмитентом, подтверждающим или назначенным лицом, которые произвели признание.

5. Права и обязанности эмитента оборотного документа

130. В законодательстве следует предусмотреть, что на права обеспеченного кредитора в соответствии с оборотным документом в отношении эмитента или иного лица, имеющего обязательство по этому оборотному документу, распространяется действие законодательства, регулирующего оборотные документы.

VIII. Реализация обеспечительного права

A. Общие замечания

1. Введение

1. Стороны любого соглашения обычно ожидают друг от друга исполнения в добровольном порядке всех своих обязательств, будь то обязательства, в отношении друг друга или третьих сторон, или обязательства, возникающие на основании договора или в силу закона. Стороны рассматривают вопрос о реализации посредством судебного разбирательства лишь в том случае, если исполнение обязательств не ожидается. Обычно государства тщательно разрабатывают режимы реализации обычных гражданских исков таким образом, чтобы они в равной степени учитывали права должников, кредиторов и третьих сторон. В большинстве государств в соответствии с такими режимами от кредитора, который намеревается осуществить реализацию, требуется возбудить судебное разбирательство с целью признания его требования, наложения ареста на имущество должника и его продажи под надзором публичного должностного лица. Из средств, полученных в результате продажи такого имущества, кредитору по суду будет выплачена сумма в размере непогашенного требования за счет должника по суду.

2. Стороны соглашения об обеспечении имеют схожие ожидания в отношении друг друга. Обеспеченный кредитор обычно исходит из того, что лицо, предоставляющее право, будет исполнять свои обязательства в добровольном порядке. В свою очередь лицо, предоставляющее право, как правило, также ожидает, что обеспеченный кредитор будет исполнять принятые на себя обязательства. Они заключают сделку, намереваясь в полной мере выполнить свои обязательства. При этом обе стороны признают также, что иногда они будут не в состоянии выполнить свои обязательства. В некоторых случаях, при наступлении оговоренных условий, лицо, предоставляющее право, может не получить от обеспеченного кредитора обещанного платежа или активов. В таких случаях лицо, предоставляющее право, обычно обращается за защитой в суд. Хотя чаще именно лицо, предоставляющее право, оказывается не в состоянии выполнить взятые на себя обязательства (т. е. не в состоянии вернуть кредит в соответствии с условиями соглашения). Иногда невыполнение обязательств обусловлено причинами, не зависящими от лица, предоставляющего право, например экономическим спадом в данной отрасли или же более общими экономическими условиями. Это может быть также следствием невыполнения обязательств должниками лица, предоставляющего право. Иногда лицо, предоставляющее право, не может выполнить свои обязательства вследствие непреднамеренного принятия ошибочных решений в управлении предприятием или плохого управления.

3. Независимо от причины, даже после одного или нескольких случаев нарушения сроков платежа, обе стороны соглашения об обеспечении, равно как и третьи стороны, обычно заинтересованы в том, чтобы лицо, предоставляющее право, попыталось компенсировать эти выплаты и на добровольной основе продолжало выполнять взятое на себя обязательство. Процедуры реализации всегда менее эффективны, чем добровольное исполнение своих обязательств, поскольку *a)* на них уходит много средств; *b)* на них уходит много времени; *c)* исход такого производства не всегда очевиден;

d) они обычно приводят к полному разрыву отношений между сторонами; и *e)* в долгосрочном плане последствия такого производства для лица, предоставляющего право, и третьих сторон зачастую оказываются разрушительными (и могут привести, в частности, к прекращению коммерческой деятельности лица, предоставляющего право, или открытию производства по делу о несостоятельности). Именно по этой причине многие государства настоятельно рекомендуют сторонам соглашения об обеспечении принимать меры к тому, чтобы не допускать неисполнения обязательств, которое способно повлечь за собой реализацию. Кроме того, именно по этой причине обеспеченные кредиторы зачастую пристально следят за коммерческой деятельностью лиц, предоставляющих право, с которыми они связаны. Например, периодически они изучают бухгалтерские книги, проверяют состояние обремененных активов и связываются с лицами, предоставляющими право, у которых отмечаются признаки финансовых затруднений. Лица, предоставляющие право, у которых возникают трудности с выполнением своих обязательств, зачастую пытаются вместе со своими обеспеченными кредиторами найти пути предупреждения или преодоления этих трудностей. В каких-то случаях лицо, предоставляющее право, может обратиться к обеспеченному кредитору за помощью в разработке нового бизнес-плана. В других случаях лицо, предоставляющее право, и конкретный кредитор или лицо, предоставляющее право, и вся группа кредиторов могут попытаться совместными усилиями скорректировать некоторые аспекты своих соглашений.

4. Существует множество разновидностей соглашений о реструктуризации долга. Иногда стороны заключают так называемые “компромиссные” или “погасительные” соглашения, которые предусматривают продление срока погашения, или иное изменение обязательства лица, предоставляющего право, либо увеличение или сокращение обремененных активов, служащих обеспечением для этого обязательства. Переговоры с целью достижения компромиссного или погасительного соглашения проводятся с учетом двух основных факторов: *a)* права обеспеченного кредитора на реализацию своих обеспечительных прав в обремененных активах в том случае, если лицо, предоставляющее право, не исполняет свое обеспеченное обязательство; и *b)* вероятности того, что лицо, предоставляющее право, будет вынуждено прекратить свою коммерческую деятельность или что будет возбуждено производство по делу о несостоятельности лицом, предоставляющим право, или против него.

5. Тем не менее, несмотря на все усилия лиц, предоставляющих право, и обеспеченных кредиторов, направленные на то, чтобы избежать процедур реализации, иногда они становятся неизбежными. Поэтому одна из основных задач государств, устанавливающих режим обеспеченных сделок, состоит в том, чтобы определить пределы прав кредиторов, возникающих после неисполнения обязательств. Точнее, вопрос заключается в том, каким образом государствам следует изменить обычные правила, применимые в случае реализации договорных прав, с целью получения правил, регулирующих порядок реализации обеспечительных прав в тех случаях, когда лицо, предоставляющее право, не выполняет свое обеспеченное обязательство.

6. Ключевым элементом режима обеспеченных сделок является право обеспеченного кредитора взыскать сумму, которая может быть получена в результате продажи обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства. Механизмы реализации, которые позволяют кредиторам точно оценивать время и расходы, требуемые для реализации обремененных активов, и поступления, которые могут быть получены в результате процедур реализации, в значительной степени положительно скажутся на наличии и стоимости кредита. Таким образом, режим обеспеченных сделок должен предусматривать эффективные, не требующие больших затрат и предсказуемые процессуальные и материально-правовые нормы для реализации обеспечительного права после неисполнения своих обязательств лицом, предоставляющим право. В то же время,

поскольку реализация самым непосредственным образом затрагивает права лица, предоставляющего право, других лиц, обладающих правами в обремененных активах, и других кредиторов лица, предоставляющего право, такие нормы должны предусматривать также разумные меры защиты их интересов.

7. Все соответствующие стороны заинтересованы в получении максимально большой суммы от продажи обремененных активов. Обеспеченному кредитору выгодно возможное уменьшение до минимума любой недостающей суммы, которая может причитаться с должника в качестве необеспеченного обязательства после зачета поступлений от реализации в счет непогашенного обеспеченного обязательства (так называемый "недостаток" или "недостающая сумма"). При этом лицу, предоставляющему право, и другим кредиторам такого лица выгодно уменьшение недостающей суммы и увеличение суммы, остающейся в излишке после погашения обеспеченного обязательства ("излишек").

8. В настоящей главе рассматривается вопрос о праве обеспеченного кредитора на реализацию своего обеспечительного права в том случае, если лицо, предоставляющее право, не в состоянии выполнить (не исполняет) обеспеченное обязательство. Если лицо, предоставляющее право, признано несостоятельным, то исполнение таких прав может ограничиваться действием законодательства о несостоятельности (см. главу XII о последствиях несостоятельности для обеспечительного права). В разделе A.2 настоящей главы рассматриваются общие принципы, регулирующие вопросы неисполнения обязательства и реализации. В разделе A.3 предлагается обзор процессуальных мер, которые обеспеченному кредитору, возможно, потребуется принять перед тем, как использовать имеющиеся у него средства правовой защиты, и определяются права лица, предоставляющего право, которые возникают после неисполнения обязательства. В разделе A.4 рассматриваются различные средства, которыми обычно может воспользоваться обеспеченный кредитор. В разделе A.5 рассматриваются последствия реализации для лиц, предоставляющих право, обеспеченных кредиторов и третьих сторон. В разделе A.6 рассматриваются вопросы реализации обеспечительного права в поступлениях. В разделе A.7 рассматриваются вопросы одновременного применения режимов реализации прав в движимом и недвижимом имуществе. В разделе A.8 рассматриваются вопросы реализации обеспечительного права в принадлежностях движимых активов, массы или продукта.

9. Реализация обеспечительных прав в дебиторской задолженности, оборотных инструментах, средствах, зачисленных на банковский счет, и поступлениях по независимому обязательству, а также в оборотных документах не вполне согласуется с общими процедурами реализации материальных активов. Поэтому во многих государствах действуют специальные правила, касающиеся реализации нематериальных активов в целом и дебиторской задолженности и различных других прав на выплату средств в частности. Такие особые случаи рассматриваются в разделах B.1–B.7 настоящей главы. В завершающем главу разделе C изложена серия рекомендаций.

2. Общие принципы реализации

a) Общие положения

10. Как уже отмечалось в предыдущем разделе, добровольное выполнение лицом, предоставляющим право, взятых на себя обязательств отвечает интересам всех сторон. Поэтому, если выполнение обязательства не ожидается, обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, обычно пытаются заключить соглашение, исключающее необходимость начинать процедуры реализации. Представляется маловероятным, чтобы

лицо, предоставляющее право, не знало о том, что оно не выполняет своих обязательств, но еще менее вероятно (если такое вообще возможно), чтобы лицо, предоставляющее право, впервые узнало об их неисполнении из официального уведомления об этом, полученного от обеспеченного кредитора. Как показывает практика, в последнем случае процедуры реализации обычно не применяются, поскольку неисполнение обязательства почти всегда объясняется скорее допущенной оплошностью, чем неспособностью или нежеланием производить платеж. Тем не менее в некоторых случаях процедуры реализации становятся необходимыми. Для таких случаев государства, руководствуясь некоторыми основополагающими принципами, определяют права и обязательства обеспеченных кредиторов и лиц, предоставляющих право, которые возникают после неисполнения.

b) Неисполнение обязательства как предварительное условие реализации

11. Обеспечительное право служит обеспеченному кредитору гарантией исполнения лицом, предоставляющим право (или должником, если лицо, предоставляющее право, является третьей стороной), своего обязательства. Таким образом, обычно возможность реализации обеспечительного права возникает после того, как лицо, предоставляющее право, или должник, если лицо, предоставляющее право, является третьей стороной, не производит платеж по обеспеченному обязательству. В то же время имеется ряд других событий, представляющих собой неисполнение обязательства, которые обычно перечисляются в соглашении об обеспечении. Любого из этих событий, если только они не исключены обеспеченным кредитором, достаточно для признания факта неисполнения, что позволяет осуществлять реализацию обеспечительного права. Другими словами, вопрос о том, имело ли место неисполнение со стороны лица, предоставляющего право, и могут ли быть начаты процедуры реализации, решается на основании соглашения сторон и общих норм обязательственного права. В таких общих нормах обязательственного права обычно определяется также, должно ли направляться лицу, предоставляющему право (или должнику), официальное уведомление о неисполнении и если да, то каким должно быть содержание такого уведомления.

12. Иногда неисполнение обязательства происходит не в результате просрочки платежа, а потому, что другой кредитор налагает арест на обремененные активы на основании полученного судебного решения или принимает меры по реализации собственного обеспечительного права. В некоторых государствах предусмотрено, что независимо от того, оговорено ли это в конкретном соглашении об обеспечении или нет, наложение ареста на обремененные активы любым другим кредитором представляет собой неисполнение в соответствии со всеми другими соглашениями об обеспечении, обременяющими активы, на которые наложен арест. За этим подходом скрывается стремление обеспечить эффективность такого режима. Поскольку для кредитора обремененные активы представляют собой гарантию платежа, такой обеспеченный кредитор должен иметь возможность принимать меры для защиты своих прав, если эти активы становятся объектом судебного разбирательства. В таких случаях процессуальные нормы, как правило, наделяют таких других кредиторов правом настаивать на отчуждении обремененных активов. Обеспеченный кредитор будет пытаться найти в этом же процессуальном праве нормы, позволяющие ему вмешиваться в такие судебные процедуры и процедуры реализации с целью отстаивания своих прав и своего приоритета.

13. Обычно государства предусматривают, что если обеспеченный кредитор, имеющий более высокий уровень приоритета (кредитор с преимущественным правом), того пожелает, то он может от своего имени продолжать процедуру реализации вместо другого кредитора (например, обеспеченного кредитора или кредитора по суду, принявшего меры по реализации своих прав), имеющего более низкий уровень приоритета

(кредитора с меньшим преимущественным правом). Это правило является оправданным, поскольку оба обеспеченных кредитора добиваются реализации аналогичных прав в рамках одного и того же режима обеспечения, и поэтому права этих кредиторов на реализацию должны определяться уровнем их приоритета. В других государствах защита прав кредиторов с преимущественным правом обеспечивается с помощью правила, согласно которому любая продажа активов с целью реализации обеспечительных прав со стороны кредитора с меньшим преимущественным правом не может затрагивать прав кредитора с преимущественным правом.

14. В то же время в некоторых государствах предусмотрено, что обеспеченный кредитор не может вмешиваться с целью реализации своих прав согласно соглашению об обеспечении, если уже началась реализация на основании судебного решения. Такой подход обычно применяется в тех государствах, где факт продажи активов на основании судебного решения аннулирует в проданных активах всю совокупность прав (т. е. очищает проданные активы от всех прав), включая обеспечительные права. Предполагается, что, поскольку продажа на основании судебного решения позволяет приобретателю получать чистый правовой титул, она обеспечивает в рамках реализации максимально высокую стоимость активов. Вместе с тем в других государствах, в которых обеспеченный кредитор обладает правами во всех активах, арестованных кредитором по суду, или в какой-либо части таких активов, он может воспользоваться любыми имеющимися у него средствами для снятия такого ареста и последующей реализации собственных обеспечительных прав. Такой подход, как правило, применяется в тех государствах, где обычная операция по продаже на основании судебного решения в рамках исполнительного производства не аннулирует обеспечительных прав. Имеется в виду, что от отчуждения активов можно получить бóльшую сумму, если разрешить кредиторам реализовать обеспечительное право, поскольку в этом случае процесс реализации приведет к тому, что покупатель приобретет если и не чистый правовой титул, то более чистый, чем это было бы возможно при продаже на основании судебного решения. Например, если при продаже на основании судебного решения активы вообще не очищаются от обеспечительных прав, а при реализации прав обеспеченным кредитором погашаются все менее приоритетные права, то продажа активов обеспеченным кредитором (даже с наименьшим приоритетом) приведет к погашению по крайней мере его обеспечительных прав. Что особенно важно, при реализации прав обеспеченным кредитором с наибольшим преимущественным правом покупатель приобретает чистый правовой титул (см. пункты 77–80, ниже).

c) Добросовестность и коммерческая разумность

15. Реализация обеспечительного права имеет серьезные последствия для лиц, предоставляющих право, должников и заинтересованных третьих сторон (например, для младшего обеспеченного кредитора, гаранта или совладельца обремененных активов). По этой причине некоторые государства предусматривают в качестве общего обязательства обеспеченных кредиторов, имеющего преимущественное действие, четко оговоренную обязанность действовать добросовестно и соблюдать коммерчески обоснованные стандарты при реализации своих прав. Учитывая важность такого обязательства, эти государства предусматривают также, что обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, не могут отказаться от этого обязательства или изменить его в любой данный момент времени (см. рекомендации 131 и 132). Кроме того, как уже отмечалось, обеспеченный кредитор, не исполняющий возложенные на него согласно положениям о реализации обязанности, несет ответственность за любой ущерб, причиненный лицам, затронутым таким неисполнением (см. рекомендацию 136). Например, если обеспеченный кредитор при отчуждении обремененных активов действует

коммерчески неразумно, вследствие чего он получает от такого отчуждения меньшую сумму, чем он мог бы получить, действуя коммерчески разумно, то такой обеспеченный кредитор должен будет возместить ущерб, причиненный любому лицу, пострадавшему из-за такой разницы.

d) Свобода сторон согласовывать процедуру реализации

16. Обычно государства предусматривают для сторон соглашения об обеспечении лишь некоторые обязанности, действующие до неисполнения (см. главу VI о правах и обязанностях сторон соглашения об обеспечении). Следовательно, основной вопрос в контексте реализации прав после неисполнения обязательства заключается в том, следует ли придерживаться такой же политики. Другими словами, вопрос состоит в том, в какой степени следует позволять обеспеченному кредитору и лицу, предоставляющему право, изменять предусмотренные законом процедуры реализации обеспечительных прав или соответствующих договорных прав, закрепленных в соглашении об обеспечении. Некоторые государства считают процедуры реализации частью императивных норм права, которые стороны не могут изменять по договоренности. В других государствах сторонам разрешается изменять статутные процедуры реализации, если это не затрагивает публичного порядка, приоритетов и прав третьих сторон (особенно в случае несостоятельности). Кроме того, в некоторых государствах основной акцент делается на создании эффективных механизмов реализации, в рамках которых реализация на основе судопроизводства не является единственной или главной процедурой. В государствах, где возможность вносить изменения в предусмотренные законом процедуры по договоренности между обеспеченным кредитором и лицом, предоставляющим право, в рамках их соглашения об обеспечении может быть ограниченна, поскольку свобода вносить изменения в обязательство, касающееся реализации, может быть предметом злоупотребления в момент заключения соглашения об обеспечении. Несмотря на такие ограничения, некоторые государства разрешают таким сторонам впоследствии отказываться от своих прав по соглашению об обеспечении или изменять их в любой момент. Другие же государства разрешают отказываться от прав только в случае неисполнения обязательства.

17. Государства, которые разрешают сторонам, на основании договоренности, отказываться от своих предусмотренных законом или договором прав, возникающих после неисполнения, тем не менее предусматривают, как правило, некоторые ограничения в отношении их возможности предпринимать такие шаги. Например, никто из них не допускает отказа кредитора от обязательства действовать добросовестно и коммерчески разумно (см. рекомендацию 132). Что касается других обязательств, то многие государства проводят разграничение между правами лица, предоставляющего право, и правами обеспеченного кредитора. В некоторых государствах лицо, предоставляющее право, может отказаться от обязательств обеспеченного кредитора, возникающих в случае неисполнения, или договориться об их изменении только после наступления неисполнения. Благодаря возможности такого отказа лицо, предоставляющее право, и обеспеченный кредитор зачастую могут согласовать такой способ отчуждения обремененных активов, который позволил бы максимально увеличить получаемую сумму в интересах обеспеченного кредитора, лица, предоставляющего право, и других кредиторов лица, предоставляющего право (см. рекомендацию 133). Кроме того, эти государства обычно позволяют также обеспеченному кредитору в любое время (до или после неисполнения) отказываться от обязательств лица, предоставляющего право, полагая, что лицо, предоставляющее право, вряд ли будет злоупотреблять своим положением, определяя условия в момент предоставления ему кредита (см. рекомендацию 134). В любом случае изменение прав сторонами соглашения об обеспечении не должно затрагивать прав третьих сторон (см. первое предложение рекомендации 135). В таких случаях на лицо,

оспаривающее силу соглашения на том основании, что оно противоречит вышеупомянутым императивным положениям, возлагается бремя доказывания его несоответствия (см. второе предложение рекомендации 135).

е) Судебный надзор за реализацией

18. В принципе, когда лицо, предоставляющее право, не исполняет свои обязательства, а все попытки добиться их урегулирования или погашения заканчиваются безрезультатно, обычно происходит принудительная реализация прав в отношении обремененных активов. В то же время в некоторых случаях лицо, предоставляющее право, оспаривает либо утверждение обеспеченного кредитора о том, что оно не выполнило своих обязательств, либо подготовленную обеспеченным кредитором калькуляцию суммы, причитающейся в результате неисполнения. В интересах обеспечения публичного порядка государства неизменно предусматривают, что лица, предоставляющие право, всегда могут обратиться в суд с просьбой о подтверждении, отмене, изменении и ином контроле исполнения прав кредитора на реализацию.

19. Весь смысл состоит в том, чтобы не обременять обеспеченных кредиторов ненужными судебными процедурами, а вместо этого наделить лиц, предоставляющих право, и других заинтересованных сторон правом добиваться соблюдения соответствующих обязательных процедур после неисполнения обязательств (см. рекомендацию 137). Так, для сокращения затрат времени и средств при рассмотрении возражений лица, предоставляющего право, относительно процедуры реализации многие государства заменяют обычные гражданско-процессуальные нормы на оперативные процедуры судопроизводства (см. рекомендацию 138). Например, лицам, предоставляющим право, и другим заинтересованным сторонам может быть отведено лишь ограниченное время, в течение которого они вправе заявлять претензии или применять средства правовой защиты. Другие государства позволяют лицам, предоставляющим право, оспаривать действия обеспеченного кредитора в таких случаях даже после начала процедур реализации, при распределении поступлений от реализации или когда обеспеченный кредитор принимает меры для взыскания какой-либо недостающей суммы. Третьи государства позволяют лицам, предоставляющим право, взыскивать не только возмещение ущерба, но и штрафные убытки, если будет доказано, что обеспеченный кредитор не имел права на реализацию или получил в результате реализации сумму, превышающую фактически причитающуюся ему сумму.

20. Кроме того, поскольку все такие случаи оспаривания могут задерживать процесс реализации и увеличивать связанные с ним расходы, многие государства предусматривают также в рамках таких процедур соответствующие защитные меры, призванные удерживать лиц, предоставляющих право, от предъявления необоснованных требований. К ним относятся самые различные процессуальные механизмы, в частности включение расходов на производство в сумму обеспеченного обязательства в том случае, если производство закончилось безрезультатно, или предъявление лицам, предоставляющим право, и их адвокатам требования о представлении аффидевита в качестве предварительного условия для открытия такого производства. Кроме того, некоторые государства позволяют также обеспеченным кредиторам требовать возмещения ущерба у таких лиц, предоставляющих право, которые предпринимают необоснованные процессуальные действия или не выполняют свои обязательства, и включать этот ущерб в сумму обеспеченного обязательства. В настоящем *Руководстве* рекомендуется предусмотреть возмещение ущерба в тех случаях, когда либо лицо, предоставляющее право, либо обеспеченный кредитор не выполняет свои обязательства после неисполнения (см. рекомендацию 136).

f) Сфера применения прав лица, предоставляющего право, после неисполнения обязательства

i) Общие положения

21. Как уже упоминалось выше (см. пункт 18), лицо, предоставляющее право, может обратиться за защитой в суд, если обеспеченный кредитор не реализует свои права после неисполнения обязательства на основании соглашения об обеспечении и в соответствии с законом. Кроме того, лицо, предоставляющее право, может осуществить платеж по обеспеченному обязательству в полном объеме и обеспечить освобождение активов от обременения (см. пункты 22–26, ниже). Кроме того, лицо, предоставляющее право, может предложить обеспеченному кредитору обремененные активы для полного или частичного погашения обеспеченного обязательства (или возразить против такого предложения, если оно поступило от обеспеченного кредитора; см. пункты 65–70, ниже), а также воспользоваться любым другим средством правовой защиты, предусмотренным соглашением об обеспечении или законодательством (см. рекомендацию 139). Лицо, предоставляющее право, также может возразить против перехода активов во владение обеспеченного кредитора во внесудебном порядке или отчуждения обремененных активов во внесудебном порядке (см. рекомендации 142, 147 и 148; см. также пункты 29–32 и 57–60 ниже).

ii) Аннулирование обеспечительного права после платежа в погашение обеспеченного обязательства в полном объеме

22. Как только становится известно о неисполнении, должник, лицо, предоставляющее право и являющееся третьей стороной, и заинтересованные третьи стороны нередко пытаются рефинансировать обеспеченное обязательство или иным образом устранить последствия указанного неисполнения обязательств. В таких случаях государства должны определить, какие права могут осуществляться теми или иными сторонами и в какие сроки эти права могут быть осуществлены. Обычно лицам, предоставляющим право, и третьим сторонам дается право на освобождение обремененных активов от обеспеченного обязательства в случае платежа в погашение обеспеченного обязательства в полном объеме.

23. Платеж в погашение обеспеченного обязательства в полном объеме и прекращение действия любого обязательства по кредитованию аннулирует обеспечительное право и завершает обеспеченную сделку. Поскольку цель процедур реализации заключается в том, чтобы дать кредиторам возможность добиться возврата средств по обязательству, государства обычно весьма гибко подходят к вопросу предоставления сторонам возможности платить в погашение обеспеченного обязательства. Например, большинство государств разрешает лицу, предоставляющему право, в случае неисполнения им своих обязательств попытаться освободить обремененные активы до их окончательного отчуждения обеспеченным кредитором посредством выплаты оставшейся суммы обеспеченного обязательства, включая проценты и расходы по реализации до момента выплаты. Обычно эти государства разрешают также любой заинтересованной третьей стороне (например, кредитору с приоритетом более низкого ранга по сравнению с кредитором, принимающим меры по реализации, или приобретателем, который принимает активы, обремененные обеспечительным правом) осуществлять право на возврат средств, если это не делает лицо, предоставляющее право. Так, например, платеж по обеспеченному обязательству может быть произведен не лицом, предоставляющим право, а кредитором с приоритетом более низкого ранга по сравнению с кредитором, принимающим меры по реализации, или приобретателем, который принимает активы, обремененные обеспечительным правом.

24. Кроме того, обычно государства гибко подходят к решению вопроса о сроках, в течение которых может произойти возврат средств. Обеспеченный кредитор заинтересован в получении платежа, а не в отчуждении обремененных активов. Если выплата основной суммы, процентов и расходов, понесенных на отчуждение, происходит до вступления в силу прав третьих сторон, нет никаких оснований настаивать на отчуждении обремененных активов. Иными словами, кто бы ни осуществлял право на возврат средств, он может делать это до тех пор, пока обеспеченный кредитор *a)* не осуществит отчуждение обремененных активов или не завершит взыскание платежа после отчуждения обремененных активов; *b)* не заключит соглашение об отчуждении обремененных активов; или *c)* не примет обремененные активы в качестве полного или частичного погашения обеспеченного обязательства. До тех пор пока ни одно из этих событий не наступит, обеспеченное обязательство может быть погашено в полном объеме и обремененные активы могут быть освобождены от обеспечительного права. По тем же причинам (с учетом того, что кредитор заинтересован прежде всего в получении платежа, а лицо, предоставляющее право, – в том, чтобы не потерять своих активов) в рекомендациях настоящего *Руководства* предусмотрено, что оплата требования, в результате которой происходит освобождение обремененных активов, разрешается вплоть до момента приобретения прав третьих сторон, заключения соглашения об отчуждении активов или принятия обеспеченным кредитором обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства (см. рекомендацию 140).

25. В некоторых государствах лица, предоставляющие право, наделяются еще одним правом, возникающим после неисполнения, которое позволяет восстанавливать обеспеченное обязательство после погашения любой задолженности. Процедура восстановления обеспеченного обязательства существенно отличается от процедуры освобождения обремененных активов и обычно имеет более узкие рамки. Под восстановлением обеспеченного обязательства понимается устранение конкретного факта неисполнения посредством выплаты просроченных платежей, начисленных процентов и уже понесенных расходов на реализацию, но в остальном это действие никак не затрагивает ни продолжающую действовать обязанность лица, предоставляющего право, выполнять свои обязательства, ни обеспечительное право. В частности, в государствах, в которых разрешено восстанавливать обеспеченное обязательство и оно восстанавливается, выполнение такого действия ведет к отмене требования о досрочном погашении обеспеченного обязательства в соответствии с оговоркой о досрочном погашении. Это значит, что, если обеспеченный кредитор пожелает воспользоваться оговоркой о досрочном погашении и избежать риска восстановления обеспеченного обязательства, он сможет добиться этого только обратившись в суд с ходатайством об осуществлении соглашения о досрочном погашении обязательства и об аресте и реализации обремененных активов. После восстановления обязательства оно вновь подлежит реализации в соответствии с условиями, которые были согласованы сторонами, и по-прежнему обеспечивается обремененными активами.

26. Подходы государств к регулированию права на восстановление обязательства существенно различаются. В законодательстве некоторых из них право на восстановление обязательства не предусмотрено, но при этом сторонам разрешается включать такое право в соглашение об обеспечении. С другой стороны, в некоторых государствах право на восстановление закреплено в законодательстве, и лицо, предоставляющее право, не может отказаться от него ни до, ни после неисполнения обязательства. Некоторые государства разрешают любой заинтересованной стороне принимать меры по преодолению неисполнения и восстановлению обеспеченного обязательства, однако большинство государств наделяют таким правом лишь лицо, предоставляющее право. Если восстановление обеспеченного обязательства разрешено, наделенные таким правом стороны могут воспользоваться им в течение того же срока, который отводится сторонам

на устранение последствий неисполнения обязательства посредством полной уплаты причитающейся суммы. Поскольку в результате восстановления обеспеченное обязательство не аннулируется, а сохраняется, на более позднем этапе неисполнение обязательства лицом, предоставляющим право, может произойти вновь. Чтобы предупредить многократное целенаправленное неисполнение и восстановление обязательств, государства, разрешающие восстановление, обычно ограничивают число повторных восстановлений обеспеченного обязательства после его неисполнения. *Руководство* не содержит никаких конкретных рекомендаций, посвященных восстановлению. Основное соображение заключается в том, что решение о том, разрешить или не разрешить в соглашениях об обеспечении оговорки о досрочном погашении обязательства (которые могут поставить под сомнение право на его восстановление), более уместно оставить на усмотрение общих норм обязательственного права государств.

g) Сфера применения прав обеспеченного кредитора после неисполнения обязательства

27. Обычно кредитор, получивший судебное решение, может осуществить реализацию этого судебного решения в отношении всех активов должника, на которые разрешается наложить арест в соответствии с процессуальным правом. Как правило, это включает все активы должника любого рода. Если должник обладает лишь ограниченным правом в таких активах, объектом ареста и продажи может быть лишь такое ограниченное право владения (например, узуфрукт). Аналогичным образом, если права должника в активах ограничены каким-либо условием, ограничивается и реализация таких активов. Приобретатель активов в результате продажи по суду может получить их лишь на тех же условиях.

28. В отличие от практики обычного приведения в исполнение судебных решений реализация обеспечительных прав обуславливается одним важным дополнительным ограничением. Обеспеченный кредитор может предпринимать действия лишь в отношении активов, фактически обремененных обеспечительным правом, а не всей имущественной массы лица, предоставляющего право. Разумеется, если стоимость обремененных активов оказывается недостаточной для полного погашения обязательства, обеспеченный кредитор может пользоваться любыми другими средствами правовой защиты, которыми располагает необеспеченный кредитор для взыскания с лица, предоставляющего право, причитающегося остатка. За исключением этого дополнительного ограничения в отношении реализации обеспечительного права применяются принципы, схожие с принципами, которые регулируют процедуры реализации судебных решений в целом. Обеспеченный кредитор может осуществить реализацию лишь конкретных имущественных прав, которыми лицо, предоставляющее право, фактически владеет в обремененных активах. Так, например, если лицо, предоставляющее право, обладает ограниченной возможностью продавать или иным образом отчуждать, сдавать в аренду или под лицензию обремененные активы, эти ограничения не могут быть устранены обеспеченным кредитором в результате реализации. Это означает, к примеру, что, если лицо, предоставляющее право, арендует оборудование по договору операционной аренды, обеспечительное право будет распространяться лишь на права, которыми такое лицо располагает в качестве арендатора оборудования согласно условиям договора аренды.

h) Реализация прав в судебном и внесудебном порядке

29. В качестве общего принципа правоотношений между должником и кредитором в большинстве государств предусматривается, что реализация требований производится

в рамках судебного производства. Кредиторы должны предъявлять иск своим должникам, получать судебное решение и затем обращаться к другим публичным должностным лицам или компетентным органам (например, судебным приставам, нотариусам или полиции) с целью реализации судебного решения. Для защиты лица, предоставляющего право, и других сторон, обладающих правами в обремененных активах, некоторые государства налагают аналогичное обязательство на обеспеченных кредиторов, предусматривая, что для реализации своих обеспечительных прав они могут обращаться только в суд или к другим правительственным структурам. Однако, поскольку судебное разбирательство может принимать затяжной характер и быть сопряжено со значительными расходами, обращение в суд обычно на позволяет получить максимальную сумму при отчуждении активов путем продажи. Кроме того, поскольку предполагаемые задержки и расходы на реализацию будут учитываться при принятии решения о предоставлении финансирования и его стоимости, неэффективное производство будет негативно влиять на наличие и стоимость кредита.

30. В целях оказания содействия обеспеченным сделкам некоторые государства требуют лишь минимального предварительного вмешательства в процедуры реализации со стороны должностных лиц или властных структур. Например, обеспеченному кредитору может вменяться требование обратиться в суд с ходатайством о восстановлении его во владении, которое суд удовлетворяет без проведения разбирательства. В других случаях после своего вступления во владение активами обеспеченный кредитор может непосредственно реализовать их и без вмешательства суда, прибегнув к услугам квалифицированного судебного пристава, который проследит за соблюдением в рамках производства процедур, предписанных законом. Обоснованием менее формального подхода служит тот факт, что предоставление обеспеченному кредитору или доверенной третьей стороне права владеть и распоряжаться активами зачастую расширяет свободу действий, повышает оперативность и способствует снижению затрат по сравнению с процессом, осуществляемым под контролем государства. Отлаженная система может служить эффективным механизмом для максимального увеличения суммы, которая может быть получена в результате продажи обремененных активов и тем самым обеспечить защиту прав лица, предоставляющего право, и других лиц, заинтересованных в максимальном увеличении суммы, которая может быть получена в результате продажи обремененных активов. Кроме того, иногда лишь знания о существовании возможности судебного вмешательства вполне достаточно для стимулирования разумного поведения на основе сотрудничества, которое устраняет необходимость обращаться в суд. И наконец, в отличие от кредиторов по суду обеспеченные кредиторы в основном специализируются на предоставлении кредитов. Забота о репутации среди потенциальных будущих заемщиков обычно заставляет обеспеченных кредиторов сдерживать свои действия при реализации прав.

31. В некоторых государствах обеспеченному кредитору нет необходимости обращаться в суд или другие государственные структуры с целью реализации, так как ему предоставлено право пользоваться исключительно внесудебными процедурами. Однако эти государства обычно устанавливают ряд императивных норм, касающихся реализации прав во внесудебном порядке. Согласно таким нормам обеспеченный кредитор обязан, в частности, уведомлять о неисполнении или о намерении провести отчуждение активов, действовать добросовестно и коммерчески разумно и отчитываться перед лицом, предоставляющим право, за поступления, полученные в результате отчуждения. Кроме того, такие государства не разрешают обеспеченному кредитору вступать во владение обремененными активами во внесудебном порядке, если такая реализация может привести к возникновению угрозы миру или иному нарушению общественного порядка. Цель и последствия этих требований заключаются в обеспечении гибкости методов отчуждения обремененных активов для достижения их экономически эффективной

реализации при одновременной защите прав лица, предоставляющего право, и других заинтересованных сторон от предпринимаемых обеспеченным кредитором действий, которые с коммерческой точки зрения не являются разумными. В рекомендациях настоящего *Руководства* предусматривается, что для обеспечения максимальной гибкости процедур реализации и получения таким образом максимально высокой суммы в результате отчуждения активов кредиторы должны иметь возможность выбора между использованием судебных или внесудебных процедур, когда стоит вопрос о реализации их обеспечительных прав (см. рекомендацию 142). В любом случае, в государствах, которые разрешают реализацию во внесудебном порядке, обычно можно всегда прибегнуть к помощи судов, которые обеспечат признание и защиту законных требований и возражений лица, предоставляющего право, и других сторон, обладающих правами в обремененных активах. Такой же подход рекомендован и в *Руководстве* (см. рекомендацию 137).

32. Как отмечено в предыдущем пункте, обычно даже в тех государствах, в которых обеспеченному кредитору разрешается действовать без вмешательства официальных структур, ему также разрешается добиваться реализации своего обеспечительного права через суд. Кроме того, поскольку обеспечительное право предоставляется с целью повышения вероятности получения кредитором платежа по обеспеченному обязательству, реализация обеспечительного права, возникающего после неисполнения обязательства, не должна исключать для обеспеченного кредитора возможность добиваться реализации обеспеченного обязательства в рамках обычного судебного процесса, в результате которого по решению суда будут произведены арест и продажа активов (см. рекомендацию 144). Существует целый ряд причин, по которым обеспеченный кредитор может предпочесть один из таких способов внесудебной процедуре. Он может пожелать не подвергать себя риску оспаривания своих действий, или прийти к заключению, что ему в любом случае придется обращаться в суд для взыскания причитающейся ему недостающей суммы, или же опасаться нарушения публичного порядка в момент реализации и попытаться таким образом его избежать.

33. На практике многие государства поощряют обеспеченных кредиторов к тому, чтобы они обращались в суд, и предоставляют для этого менее затратные и более оперативные процедуры реализации. Они могут, в частности, разрешить реализацию посредством процедуры, предусматривающей лишь предъявление доказательств под присягой. Они могут также предусмотреть правила для проведения слушания дела, рассмотрения возражений и максимально быстрого вынесения решений. Некоторые государства идут еще дальше и разрешают обеспеченному кредитору, который получил соответствующее судебное решение в обычном порядке, изымать и отчуждать обремененные активы, не прибегая к официальным процедурам их ареста и продажи. Наконец, большинство государств предусматривают, что кредитор вправе по своему усмотрению прибегать к таким процедурам реализации, которые они считают наиболее адекватными. Так, обеспеченный кредитор, решивший не обращаться за защитой в суд, может передумать и позднее воспользоваться другим внесудебным средством правовой защиты для реализации своих обеспечительных прав, если только осуществление такого права не делает невозможным использование другого права (см. рекомендацию 143 и пункты 34 и 35, ниже).

i) Использование всех прав после неисполнения обязательства

34. Иногда для окончательного отчуждения всех обремененных активов кредитор вынужден прибегать к нескольким средствам правовой защиты. Обычно это происходит в тех случаях, когда обеспеченный кредитор принимает меры по ликвидации

целого предприятия, в состав которого входят активы разных типов, поскольку к разным категориям активов применяются разные процедуры реализации. Например, обеспечительное право в дебиторской задолженности может быть наиболее эффективно реализовано путем ее взыскания, тогда как обеспечительное право в инвентарных запасах или оборудовании может быть наиболее эффективно реализовано путем их продажи. В других случаях обеспечительное право в конкретных активах может быть эффективнее всего реализовано путем принятия обеспеченным кредитором таких активов в погашение обеспеченного обязательства. Кроме того, порой обеспеченный кредитор, полагающий, что вполне достаточно использования какого-то одного средства правовой защиты, обнаруживает, что другое средство правовой защиты позволяет получить в результате отчуждения активов более внушительную сумму. Вот почему большинство государств предусматривают для обеспеченного кредитора совокупность средств правовой защиты. В государствах, в которых принят такой подход, кредитор, осуществляющий реализацию, может не только выбирать для себя соответствующее средство защиты, но и использовать такие средства одновременно или поочередно. Он может даже одновременно использовать средства правовой защиты, применяемые в судебном и во внесудебном порядке. Однако кредитор не может воспользоваться всей совокупностью средств правовой защиты в том случае, если применение одного такого средства (например, восстановление владения и отчуждение обремененных активов) делает невозможным применение другого средства правовой защиты (например, принятия обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства). В данном случае в *Руководстве* также предлагается принцип, согласно которому максимальное повышение гибкости процесса реализации скорее всего обеспечит получение максимальной стоимости от реализации обремененных активов, и рекомендуется разрешать обеспеченным кредиторам использовать совокупность имеющихся у них средств правовой защиты, применяемых в судебном и внесудебном порядке (см. рекомендацию 143).

35. Некоторые государства не разрешают обеспеченным кредиторам одновременно использовать имеющиеся в их распоряжении средства правовой защиты (судебные и внесудебные) в отношении обремененных активов и в отношении обеспеченных обязательств. Предполагается, что такие средства правовой защиты, применяемые во внесудебном порядке, ставят обеспеченного кредитора в привилегированное положение и что поэтому следует требовать от кредитора либо начать реализацию обеспечительного права во внесудебном порядке, либо для этого возбудить судебный иск. Другие государства разрешают обеспеченному кредитору совмещать его средства правовой защиты, применяемые во внесудебном порядке, и его право на реализацию обязательства в контексте договорного права. Более того, они разрешают вести оба производства параллельно или последовательно в любом порядке. Требование от обеспеченного кредитора сразу же выбрать тот или иной способ реализации осложнит этот процесс и приведет к увеличению расходов на него, поскольку кредитору придется определять, грозит ли ему недоплата средств. Если он придет к такому заключению, то он будет вынужден предъявить иск с целью реализации обязательства и заявить о приоритете, вытекающем из обеспечительного права, лишь в момент продажи активов по решению суда в контексте реализации. Такой процесс является менее оперативным, требует дополнительных расходов и обычно приносит менее высокую стоимость на момент продажи. В целях максимизации стоимости активов, подлежащих реализации, *Руководство* рекомендует разрешать обеспеченным кредиторам совмещать различные виды производства с целью реализации активов во внесудебном порядке и реализации обеспеченного обязательства в рамках судебного процесса при неизменном соблюдении ограничения, согласно которому обеспеченный кредитор не может требовать больше, чем ему причитается (см. рекомендацию 144).

j) Право обеспеченного кредитора первой очереди контролировать процесс реализации

36. Обеспеченный кредитор, обладающий более высоким приоритетом, нередко изъявляет желание продолжить процесс реализации, начатый другим кредитором. Это может произойти, например, в том случае, если процедура реализации по решению суда была начата по инициативе кредитора, обладающего более низким приоритетом, в целях осуществления его обеспечительного права. Некоторые государства наделяют обеспеченного кредитора правом продолжить от своего имени процедуру реализации, начатую другим обеспеченным кредитором для реализации своих прав в рамках законодательства об обеспечительных сделках, однако во многих государствах обеспеченным кредиторам не разрешается осуществлять реализацию во внесудебном порядке, если кредитор по суду (будь то необеспеченный кредитор по суду или обеспеченный кредитор, который мог также возбудить судебное разбирательство с целью реализации) уже начал процедуру ареста обремененных активов. Однако иногда обеспеченным кредиторам предоставляется право продолжить от своего имени процедуру реализации, даже если она была начата кредитором по суду. В подобных случаях государства нередко требуют от обеспеченного кредитора осуществить такое право своевременно (т. е. до начала аукциона) и возместить кредитору по суду понесенные к тому моменту расходы на реализацию. В интересах максимальной результативности процедур реализации обеспечительных прав в настоящем *Руководстве* рекомендуется предусмотреть для обеспеченного кредитора, обладающего более высоким приоритетом по сравнению с обеспеченным кредитором, осуществляющим реализацию, право продолжить процедуру реализации от своего имени как вместо других обеспеченных кредиторов, осуществляющих реализацию во внесудебном порядке, так и вместо кредиторов по суду (см. рекомендацию 145). Согласно *Руководству,* это право может быть реализовано в любой момент до отчуждения, приобретения или принятия обремененных активов, или заключения подлежащего осуществлению соглашения об их отчуждении. При осуществлении такого права контроля обеспеченный кредитор с преимущественным правом не обязан придерживаться метода реализации, избранного кредитором с более низким приоритетом, и может добиваться реализации обеспечительного права с помощью любых других методов, предусмотренных в *Руководстве*.

3. Процессуальные действия, предшествующие реализации, и права лица, предоставляющего право

a) Общие положения

37. Во многих государствах разработаны всеобъемлющие процессуальные механизмы для содействия процессу эффективной и действенной реализации обеспеченным кредитором обеспечительного права и для защиты прав лица, предоставляющего право, а также третьих сторон, обладающих правами в обремененных активах. Как правило, обеспеченный кредитор может: *a)* получить судебное решение обычным путем, воспользоваться услугами публичного должностного лица для наложения ареста на обремененные активы и их продажи на публичном аукционе; или *b)* воспользоваться необременительным средством судебно-правовой защиты для признания факта неисполнения лицом, предоставляющим право, своих обязательств и затем перейти непосредственно к аресту и продаже обремененных активов публичным должностным лицом; или *c)* принять меры для реализации своих прав и без обращения в суд. Эти процессуальные механизмы призваны уравновесить конкурирующие права в период после неисполнения обязательств, но до применения на практике средств правовой защиты

обеспеченным кредитором. Поэтому обычно государства предусматривают, что такие процессуальные механизмы применяются независимо от того, в судебном или во внесудебном порядке реализуется обеспечительное право и какое конкретно средство правовой защиты избрано обеспеченным кредитором. Это означает, что они применяются в тех случаях, когда обеспеченный кредитор: *a)* производит арест и продажу обремененных активов в частном порядке, присваивая поступления от продажи для возмещения непогашенного обязательства; *b)* принимает обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства; или *c)* вступает во владение предприятием должника и эксплуатирует его с целью погашения обеспеченного обязательства.

b) Уведомление о намерении осуществить реализацию во внесудебном порядке

38. Если обеспеченный кредитор решает добиться исполнения соглашения об обеспечении путем предъявления в суде лицу, предоставляющему право, обычного иска в отношении обеспеченного обязательства, то и в отношении самого судебного действия, и в отношении процесса реализации после вынесения судебного решения будут применяться обычные гражданско-процессуальные нормы (в том числе нормы, касающиеся уведомления о неисполнении и возможности проведения слушания по существу дела). Тем не менее эти процессуальные нормы обычно применяются лишь непосредственно в отношении официальных судебных процедур. Именно поэтому государства, которые разрешают реализацию во внесудебном порядке, обычно принимают дополнительные правила, регламентирующие такую реализацию. Эти правила призваны обеспечить надлежащую защиту прав, затрагиваемых этим процессом сторон, и в то же время обеспечить максимальную гибкость процесса реализации.

39. Одной из наиболее важных процессуальных гарантий, связанных с реализацией обеспечительных прав во внесудебном порядке, является направление соответствующего уведомления о намерениях. Признавая необходимость направления уведомлений о реализации во внесудебном порядке, государства оказываются перед необходимостью решать принципиально важный вопрос о том, с чего должна начинаться процедура реализации. В некоторых государствах обеспеченный кредитор должен направлять предварительное уведомление о своем намерении осуществить реализацию во внесудебном порядке еще до того, как он попытается вступить во владение обремененными активами. Это означает, что обеспеченный кредитор должен направить лицу, предоставляющему право (и, как правило, третьим сторонам, обладающим правами в обремененных активах), письменное уведомление с указанием факта неисполнения, обремененных активов, намерения обеспеченного кредитора вступить во владение такими активами и срока, в течение которого лицо, предоставляющее право, должно принять меры по устранению последствий неисполнения или отказаться от таких активов (обычно 15–20 дней). Нередко в таком уведомлении требуется также указывать конкретное средство правовой защиты, которым кредитор намерен воспользоваться для отчуждения обремененных активов. В других государствах срок направления уведомления является более продолжительным, а требования к его содержанию часто бывают более общими. Например, в этих государствах обеспеченному кредитору не требуется направлять предварительное уведомление о своем намерении вступить во владение, но при этом он может вступать во владение обремененными активами в тот момент, когда он направит лицу, предоставляющему право, официальное уведомление о неисполнении им своих обязательств. Тем не менее, вступив во владение такими активами, обеспеченный кредитор, как правило, не может принять мер по их реализации, не направив лицу, предоставляющему право, и заинтересованным третьим сторонам предварительное уведомление (обычно за 15–20 дней) о способе и порядке реализации, которые он намерен использовать в том случае, если в течение указанного срока лицо, предоставляющее право, не примет меры по устранению последствий неисполнения.

40. У каждого из этих подходов имеются свои преимущества и недостатки. Главное преимущество режима, в соответствии с которым обеспеченный кредитор должен направлять предварительное уведомление о своем намерении реализовать обремененные активы и вступить во владение ими, заключается в том, что он обращает внимание лица, предоставляющего право, на необходимость отстаивать свои права в обремененных активах. Это особенно важно в тех случаях, когда лицо, предоставляющее право, не является должником по обеспеченному обязательству. Должник в любом случае будет осведомлен о неисполнении своих обязательств, в то время как лицо, предоставляющее право и являющееся третьей стороной, может не знать об этом, и требование обеспеченного кредитора о передаче ему во владение активов может оказаться для него неожиданностью. В этом случае лицо, предоставляющее право, будет вправе, в частности, оспорить требование о реализации, исправить последствия неисполнения должником своих обязательств или подыскать потенциальных покупателей обремененных активов. Те же соображения лежат в основе требования о том, чтобы обеспеченный кредитор направлял соответствующие уведомления и всем остальным заинтересованным сторонам. Получение уведомления позволит им отслеживать последующий процесс реализации, осуществляемый обеспеченным кредитором с целью отстаивания своих прав, опротестовывать реализацию или, если это отвечает их интересам, преодолевать неисполнение и, если они являются обеспеченными кредиторами, права которых относятся к приоритетным (и в отношении которых лицо, предоставляющее право, также не исполнило своих обязательств), принимать участие в процессе реализации или контролировать его. К недостаткам такого требования об уведомлении относятся высокий уровень связанных с ним расходов, тот факт, что обеспеченному кредитору, возможно, придется выбирать средство правовой защиты прежде, чем он сможет внимательно изучить обремененные активы, появление у лица, предоставляющего право и не желающего сотрудничать, возможности вывести обремененные активы за пределы досягаемости кредитора, а также вероятность конкуренции с другими кредиторами, которые пожелают выдвинуть свои требования в отношении коммерческого предприятия лица, предоставляющего право, и вмешаться в процесс отчуждения. Более того, если формальные и материально-правовые требования в отношении уведомлений не сформулировать ясно и четко, возникает риск технического невыполнения, что влечет за собой необходимость возбуждения судебного разбирательства и, как следствие, дополнительные расходы и задержки.

41. Преимущество режима, в соответствии с которым требуется лишь уведомление об отчуждении обремененных активов во внесудебном порядке, заключается в том, что он способствует осуществлению права обеспеченного кредитора вступать во владение обремененными активами без неоправданной задержки, защищая при этом интересы лица, предоставляющего право, и третьих сторон, обладающих правами в обремененных активах (тем самым устраняя указанные в предыдущем пункте недостатки подхода). Его недостатком является то, что уведомление о реализации во внесудебном порядке направляется только после того, как обеспеченный кредитор вступит во владение обремененными активами (в результате чего лицо, предоставляющее право, не может получить заблаговременное уведомление об этих действиях, о чем говорилось в предыдущем пункте).

42. Независимо от выбранного подхода государства должны решить также, какие еще уведомления могут потребоваться, когда обеспеченный кредитор намеревается осуществить реализацию своего обеспечительного права во внесудебном порядке. В большинстве государств, в которых обеспеченный кредитор обязан уведомлять о своем намерении реализовать права в отношении обремененных активов до вступления во владение ими, обычно не требуется отдельно направлять предварительное уведомление о неисполнении обязательства, а затем уведомление о реализации во внесудебном

порядке. Считается, что для всех этих целей вполне достаточно и одного уведомления. Другие государства, разрешающие направлять уведомление о конкретном способе реализации во внесудебном порядке после того, как обеспеченный кредитор вступит во владение обремененными активами, тем не менее требуют от обеспеченного кредитора еще до вступления во владение активами направить официальное уведомление о неисполнении обязательства. В некоторых государствах обеспеченные кредиторы не обязаны уведомлять ни о факте неисполнения обязательства, ни о своем намерении реализовать права на активы до вступления во владение ими. В таких государствах обеспеченные кредиторы после вступления во владение активами должны лишь уведомить об избранном ими способе внесудебной реализации. В целях обеспечения баланса интересов всех сторон в рекомендациях настоящего *Руководства* предусматривается, что обеспеченный кредитор может вступить во владение обремененными активами без обращения в суд при условии, что лицо, предоставляющее право, дало в соглашении об обеспечении свое согласие на реализацию во внесудебном порядке, что обеспеченный кредитор направил лицу, предоставляющему право, или любому лицу, во владении которого находятся обремененные активы, уведомление о неисполнении обязательств и о своем намерении вступить во владение, не обращаясь в суд, и что в момент изъявления обеспеченным кредитором желания вступить во владение обремененными активами ни лицо, предоставляющее право, ни лицо, во владении которого находятся обремененные активы, не возражают против этого (см. рекомендацию 147).

43. Подобные требования призваны способствовать тому, чтобы процесс реализации протекал в мирной обстановке и не оказывался неожиданностью для лиц, предоставляющих право, или третьих сторон, во владении которых находятся обремененные активы. Однако на практике процесс реализации зачастую носит менее формальный характер. Это происходит из-за того, что во многих государствах, в которых предусмотрены подобные процессуальные требования, лицам, предоставляющим право, и другим лицам, имеющим обязательства, разрешается отказываться от их соблюдения, хотя и только после факта неисполнения обязательства. Смысл такого ограничения, согласно которому отказ от процессуальных прав допускается лишь в случае неисполнения обязательства, заключается в том, чтобы не допустить, чтобы лица, предоставляющие право, были вынуждены отказываться от своих процессуальных прав ради получения кредита, и обеспечить, чтобы лицо, предоставляющее право, принимало решение об отказе от прав с учетом существующих на момент неисполнения обстоятельств. Такой же подход принят и в *Руководстве* (см. рекомендацию 133). В результате обеспеченный кредитор может после наступления неисполнения обязательства обратиться к лицу, предоставляющему право, или другому лицу, во владении которого находятся активы, с просьбой передать ему во владение обремененные активы, даже если право вступления во владение во внесудебном порядке не было предусмотрено в соглашении об обеспечении и если обеспеченный кредитор заранее не уведомил о своем намерении поступить таким образом. Если лицо, предоставляющее право, или иное лицо, во владении которого находятся активы, даст на это свое согласие, передача активов во владение обеспеченному кредитору считается допустимой.

c) Получатели, содержание, сроки направления и форма уведомления

44. Как и в других ситуациях, когда требуется уведомление, государства, как правило, исключительно внимательно подходят к вопросу о регламентации минимального содержания уведомления, порядка его направления и о лицах, которым оно должно адресоваться, а также сроков его направления. Во многих государствах проводится различие между уведомлением, направляемым должнику, уведомлением, направляемым лицу, предоставляющему право, если это лицо не является должником, уведомлением другим

кредиторам и уведомлением, адресуемым публичным органам или общественности в целом. Для решения вопроса о том, следует ли требовать от обеспеченного кредитора направления предварительного письменного уведомления другим лицам, помимо должника и лица, предоставляющего право, и другим обеспеченным кредиторам, которые зарегистрировали уведомление о своих правах или иным образом уведомили о своих правах осуществляющего реализацию обеспеченного кредитора, государства обычно проводят анализ затрат и выгод. В некоторых государствах предусмотрено, что уведомление должно направляться лишь лицу, предоставляющему право, и другим обеспеченным кредиторам, зарегистрировавшим свои права или уведомившим о своих правах обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию. Другие государства этим не ограничиваются и требуют регистрировать затем уведомление в общем реестре обеспечительных прав. Впоследствии регистрирующий орган должен препроводить это уведомление всем третьим сторонам, которые не являются обеспеченными кредиторами, но зарегистрировали свои права в данных обремененных активах. Другие государства требуют от обеспеченного кредитора лишь направить уведомление лицу, предоставляющему право, и зарегистрировать это уведомление. В этих государствах направление уведомления всем другим сторонам, зарегистрировавшим свои права в обремененных активах, входит в обязанность регистрирующего органа.

45. Кроме того, государства по-разному определяют минимум требований к содержанию уведомления. Как и в вопросе, касающемся сроков направления уведомления и его получателей, для решения вопроса об информации, которая должна включаться в уведомление, государствам необходимо проанализировать его с точки зрения затрат и выгод. Например, государства обычно требуют включения в него подготовленной обеспеченным кредитором калькуляции суммы, причитающейся в результате неисполнения обязательства. Они могут также потребовать направления должнику или лицу, предоставляющему право, рекомендации о мерах, которые необходимо принять для исполнения обеспеченного обязательства в полном объеме или, если такое право существует, для преодоления неисполнения. Кроме того, в некоторых государствах предусмотрено, что уведомление, направляемое другим заинтересованным сторонам, не должно быть таким же обширным или подробным, как уведомление должнику или лицу, предоставляющему право. При этом, если уведомление направляется до вступления во владение активами, государства нередко требуют от обеспеченных кредиторов представлять весьма подробную информацию лицам, предоставляющим право. В то же время, если уведомление направляется после вступления во владение, государства обычно предусматривают, что обеспеченный кредитор обязан представить лишь основные сведения о сроках, времени, месте и способе предполагаемого отчуждения обремененных активов, а также о сроке, в течение которого лицо, предоставляющее право, или любая другая заинтересованная сторона могут оспорить это предложение или принять меры для исправления последствий неисполнения обязательства.

46. Существуют разные способы достижения надлежащего баланса между необходимостью обеспечить предоставление достаточной информации, посредством уведомлений заинтересованным сторонам, с тем чтобы они могли принимать информированное решение относительно оптимального метода защиты их интересов, и необходимостью обеспечить реализацию в сжатые сроки и с небольшими затратами. В некоторых государствах к обеспеченным кредиторам предъявляются очень серьезные требования как в плане сроков представления, так и в плане содержания уведомлений. В других государствах предъявляются лишь минимальные требования. В соответствии с рекомендациями настоящего *Руководства* уведомление в принципе должно направляться до того, как обеспеченный кредитор вступит во владение обремененными активами (см. рекомендацию 147). Если обеспеченный кредитор уже стал их обладателем, то уведомление не требуется. Тем не менее в любом случае кредитор должен сообщить лицу,

предоставляющему право, о предполагаемом способе реализации своего права по отношению к обремененным активам. Если предлагается их продажа во внесудебном порядке, то уведомление должно быть направлено, за исключением экстренных случаев (когда активы являются скоропортящимися или их стоимость может быстро уменьшиться) и случаев, когда активы такого же вида, что и обремененные активы, продаются в обычном порядке на признанном рынке (см. рекомендацию 149). Хотя нормы обеспечительного права должны предусматривать направление уведомления эффективным, оперативным и надежным способом, в *Руководстве* содержится рекомендация о том, что предъявляемые к уведомлениям требования не должны быть настолько сложными, чтобы отрицательно сказываться на правах обеспеченного кредитора и потенциально чистой стоимости реализации обремененных активов (см. рекомендацию 150). С той же целью достижения баланса интересов всех сторон в *Руководстве* рекомендуется, что, если обеспеченный кредитор осуществляет свое право на получение обремененных активов в счет полного или частичного погашения долга (см. рекомендацию 156), то направление уведомления должно дать лицу, предоставляющему право, достаточно времени для того, чтобы оспорить такой шаг (см. рекомендацию 157).

47. Учитывая цели уведомления, необходимо, чтобы оно было понятно лицу, предоставляющему право. Это особенно важно в тех случаях, когда обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, говорят на разных языках. Во многих государствах действует требование о том, что все уведомления должны составляться на официальном языке государства. Однако иногда этот язык может быть непонятен лицу, предоставляющему право, или заинтересованным третьим сторонам. В связи с этим в *Руководстве* принят общий принцип, согласно которому уведомление должно быть составлено на языке, который, как это можно разумно ожидать, будет понятен его получателям, хотя должно быть допустимо и использование с этой целью языка соглашения об обеспечении (см. подпункт *c)* рекомендации 151; о языке соглашения об обеспечении см. пункт 16 главы II, посвященной вопросам создания обеспечительного права; о языке уведомления см. пункты 44–46 главы IV, посвященной системе регистрации; см. также пункт 70, ниже).

d) Разрешенная реализация активов лицом, предоставляющим право

48. В случае неисполнения обязательств обеспеченный кредитор заинтересован в реализации обремененных активов по максимально высокой цене. Зачастую лицо, предоставляющее право, лучше знает рынок соответствующих активов, чем обеспеченный кредитор. Поэтому обеспеченные кредиторы нередко разрешают лицу, предоставляющему право, отчуждать обремененные активы на рынке даже после начала процедуры реализации. В большинстве таких случаев стороны договариваются о том, что любая сумма, вырученная от реализации активов, будет передана обеспеченному кредитору так, как если бы платеж поступил от процедуры их реализации. Эти договоренности имеют последствия для третьих сторон, которые также могут обладать правами в обремененных активах или правом на поступления от их реализации. Для защиты прав таких третьих сторон некоторые государства четко оговаривают, что если обеспеченный кредитор, приступивший к реализации, дает лицу, предоставляющему право, ограниченный срок для отчуждения обремененных активов после неисполнения обязательства, то поступления от их продажи лицом, предоставляющим право, будут рассматриваться, независимо от цели, как поступления, полученные вследствие отчуждения активов в рамках процесса реализации. Некоторые государства идут еще дальше и даже запрещают обеспеченному кредитору пытаться договориться об отчуждении обремененных активов в тот короткий промежуток времени, который наступает после неисполнения обязательств. Третьи государства стремятся обеспечить максимальную

сумму поступлений от реализации активов, стараясь заинтересовать лицо, предоставляющее право, в том, чтобы оно обратило внимание обеспеченного кредитора на потенциальных покупателей. В любом случае основная задача здесь состоит в том, чтобы: *a)* выстроить режим реализации таким образом, чтобы лицу, предоставляющему право, было выгодно сотрудничать с обеспеченным кредитором для реализации обремененных активов по максимально высокой цене; и *b)* предусмотреть стимулы для обеспеченного кредитора, с тем чтобы он стремился к получению максимально возможной цены, даже если она будет превышать размер суммы, причитающейся ему по обеспеченному обязательству. Авторы *Руководства* рекомендуют предоставить обеспеченному кредитору возможность контролировать метод, порядок, сроки, место и другие аспекты реализации, позволив тем самым обеспеченному кредитору выдавать разрешение лицу, предоставляющему право, на отчуждение обремененных активов (см. второе предложение рекомендации 148).

4. Реализация прав обеспеченного кредитора во внесудебном порядке

a) Общие положения

49. В тех случаях, когда обеспеченный кредитор решает реализовать соглашение об обеспечении в судебном порядке, после получения соответствующего судебного решения ему будет необходимо наложить арест на обремененные активы и продать их. В некоторых государствах применяются обычные гражданско-процессуальные нормы, касающиеся процедуры реализации на основании вынесенного судебного решения. Обычно это выражается в том, что публичные должностные лица или органы (например, судебные приставы, шерифы, нотариусы или полиция) вступают во владение обремененными активами и предлагают их на продажу в ходе публичного аукциона. В других государствах, даже после того, как обеспеченный кредитор получил решение суда, он может воспользоваться своим внесудебным правом для вступления во владение обремененными активами и приступить к их отчуждению во внесудебном порядке. В третьих государствах обеспеченный кредитор, получив на руки решение суда, должен следовать установленной судом процедуре, но при этом действует и отработанная процедура исполнения судебных решений.

50. Несколько иные процедуры требуются в тех случаях, когда обеспеченный кредитор намеревается реализовать свои права во внесудебном порядке. Поскольку это не предполагает участия никаких публичных должностных лиц, обеспеченный кредитор обычно изъявляет желание самостоятельно вступить во владение обремененными активами (и, как правило, обязан это сделать), с тем чтобы приступить к их реализации. Государства проводят разную политику как в отношении права обеспеченного кредитора вступать во владение активами (в отличие от передачи обремененных активов судебному приставу), так и, если допускается непосредственное вступление кредитора во владение, в отношении процессуальных механизмов, которые должны применяться с этой целью.

b) Выведение обремененных активов из-под контроля лица, предоставляющего право

51. До наступления неисполнения обязательств обремененные активы, как правило, находятся во владении лица, предоставляющего право. Тем не менее иногда такое лицо, предоставляющее право, заранее принимает меры для передачи таких активов во владение обеспеченного кредитора либо в момент вступления обеспечительного права в

силу в рамках отношений между ними, либо после этого с целью придания ему силы в отношении третьих сторон или в ответ на более позднюю просьбу об установлении контроля над активами, направленную кредитором до неисполнения обязательства. В других случаях обремененные активы могут находиться во владении или под контролем третьей стороны, действующей в интересах или по указанию обеспеченного кредитора. Во всех случаях многие государства не требуют от обеспеченного кредитора направлять лицу, предоставляющему право, официальное уведомление о неисполнении, а лишь уведомление о планируемом отчуждении активов, как только обеспеченный кредитор определится со средством, которое он намеревается использовать. В то же время некоторые государства требуют от кредитора, во владении которого находятся обремененные активы, уведомлять лицо, предоставляющее право, о неисполнении. Кроме того, обычно эти государства исходят из того, что в результате неисполнения обязательства любое соглашение, в соответствии с которым кредитор может использовать находящиеся в его владении обремененные активы, утрачивает свою силу.

52. Если обеспеченный кредитор не является держателем обремененных активов, то он должен предпринять решительные шаги для выведения таких обремененных активов из-под контроля лица, предоставляющего право, или для уведомления третьей стороны, которая является держателем активов от имени лица, предоставляющего право, о том, что обеспечительное право подлежит реализации. Государства, допускающие реализацию во внесудебном порядке, обычно предусматривают, что, как только лицо, предоставляющее право, прекращает исполнять свои обязательства, обеспеченный кредитор автоматически получает право на владение обремененными активами; т. е. они не требуют перевода обремененных активов под контроль публичного должностного лица до завершения процедур реализации во внесудебном порядке. Предполагается, что, если обеспеченный кредитор может принять решение о том, в чьем распоряжении должны находиться активы после неисполнения обязательств, это обеспечит гибкость процедур реализации активов и снижение расходов на их сохранение до момента отчуждения. Это соображение лежит также в основе изложенной в настоящем *Руководстве* рекомендации о том, что в случае неисполнения обязательства обеспеченный кредитор автоматически получает право вступать во владение обремененными материальными активами (см. рекомендацию 146).

53. Одновременно с правом вступать во владение, обеспеченный кредитор вправе также решать, каким именно образом следует осуществлять это право. В некоторых случаях обеспеченные кредиторы лично вступают в фактическое владение обремененными активами, в отношении которых они предпринимают процессуальные действия. Однако известно множество случаев, когда они этого не делают. Например, обеспеченные кредиторы могут передать активы в ведение суда или должностного лица, назначенного государственным ведомством или судом. Но чаще они передают такие активы на хранение назначенному ими депозитарию, являющемуся третьей стороной, или (особенно, когда идет речь о производственном процессе) назначают представителя для установления контроля над обремененными активами, находящимися в помещениях лица, предоставляющего право. Если активы уже находятся в руках третьей стороны, которая не представляет интересы обеспеченного кредитора, но которая ранее уже была поставлена в известность о наличии соглашения об обеспечении, обеспеченные кредиторы могут просто направить уведомление о том, что это соглашение подлежит реализации и что эта третья сторона не вправе далее удерживать обремененные активы в своем владении, контролировать их или распоряжаться ими.

54. Обычно государства рассматривают вступление лица, предоставляющего право, во владение обремененными активами в качестве важного этапа процесса реализации и для кредиторов, претендующих на владение, предусматривают конкретные процессуальные требования. Таким образом, даже несмотря на то, что обеспеченный кредитор

может получать право на вступление во владение автоматически, порядок реализации этого права регламентирован. В целом государства, разрабатывая процессуальные механизмы, посредством которых обеспеченные кредиторы, не являющиеся владельцами обремененных активов, могут получить их в свое ведение, руководствуются одним из трех подходов. В некоторых государствах обеспеченный кредитор может вступить во владение лишь на основании решения суда, будь то в рамках процедуры ex parte или, что происходит чаще, после судебного разбирательства. В других государствах судебное решение не требуется, но лицо, предоставляющее право, должно заранее предусмотреть в соглашении об обеспечении право кредитора на вступление во владение во внесудебном порядке, и кредитор должен направить лицу, предоставляющему право, предварительное уведомление (обычно за 10–20 дней) о своем намерении добиваться вступления во владение и реализации своего обеспечительного права. Наконец, в третьих государствах кредитор имеет право требовать вступления во владение и вступать в такое владение, не обращаясь в суд и не направляя лицу, предоставляющему право, предварительное уведомление о своем намерении предпринять такие шаги, при условии, что лицо, предоставляющее право, разрешило обеспеченному кредитору так действовать в соглашении об обеспечении. Тем не менее даже в этих государствах кредитор не обладает абсолютным правом вступать во владение во внесудебном порядке. В любом случае сохраняется вероятность того, что кредитор будет злоупотреблять своими правами, угрожая лицу, предоставляющему право, запугивая его, нарушая общественный порядок или требуя освобождения обремененных активов под надуманными предлогами. Вот почему в большинстве таких государств кредиторам, намеревающимся вступить во владение активами, запрещается совершать действия, которые могут привести к нарушению общественного порядка. В случае возражения лица, предоставляющего право, необходимо получить судебный приказ на вступление во владение. Такой же подход в вопросах владения обычно применяют и государства, разрешающие кредитору вступать во владение во внесудебном порядке при условии направления в 10- или 20-дневный срок предварительного уведомления, требуя получения судебного приказа в том случае, если существует опасность нарушения мирных отношений в момент, когда кредитор пытается вступить во владение активами по истечении установленного срока для направления уведомлений.

55. В тех государствах, где вступление обеспеченного кредитора во владение обусловливается выполнением требования о направлении уведомления, всегда существует опасность того, что лицо, предоставляющее право, в случае неисполнения обязательств может попытаться скрыть или переместить обремененные активы до того, как обеспеченный кредитор сможет установить над ними свой контроль. Кроме того, такие активы могут быть использованы не по назначению или растрачены, если будут оставлены без надзора, или могут быстро обесцениться в случае изменения конъюнктуры рынка. Во избежание этого большинством государств предусматривается возможность получения обеспеченными кредиторами оперативной помощи суда или другого соответствующего ведомства. Кроме того, в особых случаях, когда обремененные активы являются скоропортящимися или могут быстро обесцениться по другой причине, многие государства разрешают судам выносить приказы о немедленной продаже таких активов независимо от того, требуется ли обеспеченным кредиторам направлять предварительное уведомление о своем намерении приступить к реализации.

56. Вопрос о формальных требованиях, которыми обусловливается вступление обеспеченного кредитора во владение, зависит от того, что государства считают более важным: защиту прав лиц, предоставляющих право, или эффективную реализацию с целью сокращения расходов. Это зависит также от того, как оценивается вероятность совершения злоупотреблений обеспеченными кредиторами или ненадлежащего поведения лиц, предоставляющих право, в распоряжении которых находятся активы. В целях

сокращения расходов на реализацию и сведения к минимуму вероятности неправомерного использования или обесценивания активов в настоящее *Руководство* включена рекомендация о том, что обеспеченному кредитору следует разрешать вступать во владение активами во внесудебном порядке. Эта рекомендация применяется только в тех случаях, если: *a)* лицо, предоставляющее право, дало на это свое согласие в соглашении об обеспечении; *b)* лицу, предоставляющему право, направлено уведомление о намерении вступить во владение; или *c)* лицо, предоставляющее право, не возражает против этого в момент принятия мер по вступлению во владение (см. рекомендацию 147). Кроме того, как уже отмечалось выше (см. пункт 46, выше), в случае реализации активов, которые являются скоропортящимся товаром или которые могут быстро обесцениться по другой причине в период между направлением уведомления и моментом фактического вступления кредитора во владение такими активами, авторы *Руководства* рекомендуют не требовать от кредитора направления уведомления о его намерении вступить во владение активами и принимать меры по их реализации (см. рекомендацию 149). Однако, для того чтобы обеспеченный кредитор получил право на такой порядок действий, лицо, предоставляющее право, должно дать в соглашении об обеспечении согласие на вступление во владение во внесудебном порядке и не возражать против этого в момент фактического принятия мер по вступлению во владение (см. рекомендацию 147).

c) Продажа и другие формы отчуждения обремененных активов

57. Поскольку обеспечительное право дает обеспеченному кредитору возможность получать стоимость от продажи обремененных активов и использовать ее в погашение обеспеченного обязательства, государства обычно вводят в действие довольно подробно разработанные нормы регулирования процедур, посредством которых обеспеченный кредитор может распоряжаться такими активами. Предъявляемые требования могут быть менее или более строгими. Например, даже в тех случаях, когда реализация во внесудебном порядке разрешается, некоторые государства предусматривают, что отчуждение должно осуществляться с соблюдением таких же публичных процедур, какие используются в рамках исполнения судебных решений. Другие государства требуют от обеспеченных кредиторов получать судебного одобрения предлагаемого метода распоряжения активами еще до его использования. Третьи государства разрешают обеспеченному кредитору контролировать процесс отчуждения, но предписывают для этого единообразные процедуры (например, правила, касающиеся организации публичных аукционов или объявления торгов). В ряде случаев государства фактически обязывают обеспеченного кредитора получать согласие лица, предоставляющего право, на использование соответствующего способа отчуждения активов. Наконец, некоторые государства предоставляют обеспеченному кредитору свободу самостоятельно определять способ отчуждения активов, но ограничивают его действия общими нормами (например, добросовестности и коммерческой разумности), нарушение которых приводит к возникновению ответственности кредитора за причиненный вред.

58. Чаще всего процедурные гарантии, посредством которых государства контролируют действия обеспеченных кредиторов, связаны с информацией, указываемой в уведомлении, которое должно направляться лицу, предоставляющему право, и третьим сторонам, обладающим правом в данных обремененных активах. В принципе к информации, указываемой в уведомлении, должны предъявляться одинаковые требования независимо от того, какому подходу государства отдают предпочтение – направлению уведомления до вступления во владение активами или после этого. Так, например, государства нередко требуют от кредиторов указывать метод публичного оповещения о предлагаемой реализации активов на рынке, дату, время и место их продажи, будь то

публичный аукцион или торги; будь то продажа осуществляется поштучно, партиями или оптом и предусматривает ли реализация активов в необходимых случаях аренду под лицензию или другие разрешенные формы, где это необходимо. Целью должна быть максимизация суммы, получаемой от реализации обремененных активов, без ущерба для законных требований и прав лица, предоставляющего право, и других лиц. Именно поэтому даже те государства, которые обычно требуют направления подробных уведомлений, не требуют этого, если обремененные активы подлежат продаже на признанном публичном рынке. В таких случаях стоимость активов определяется рынком, и в случае выбора другого способа продажи более высокой цены получить не удастся (см. рекомендацию 149).

59. Поскольку реализация обремененных активов во внесудебном порядке преследует ту же конечную цель, что и их продажа под судебным надзором, большинство государств устанавливают относительно подробно разработанные правила, касающиеся содержания уведомления и сроков, по истечении которых активы могут быть проданы, но при этом также разрешают заинтересованным сторонам выступать с возражениями относительно сроков и характера предлагаемой реализации активов. Как правило, существуют специальные процедуры оперативного производства, позволяющие быстро провести разбирательство по таким возражениям и принять соответствующие меры (см. рекомендации 137 и 138). Обычно в тех случаях, когда кредитору, осуществляющему реализацию, предоставляется наибольшая свобода действий в плане сроков и способа реализации активов, расходы на реализацию являются самыми низкими, процесс реализации проходит наиболее оперативно, а поступления оказываются наиболее высокими. Исходя из этих соображений, в настоящем *Руководстве* рекомендуется предоставлять обеспеченным кредиторам свободу действий и требовать включения в уведомление лишь основной минимальной информации, позволяющей обратить внимание заинтересованных сторон на факт реализации и необходимость защиты своих интересов, если они того пожелают (см. рекомендации 150 и 151). Поскольку уведомление направляется для того, чтобы сообщить об используемом средстве правовой защиты, это уведомление, как и предварительные уведомления о неисполнении обязательств и вступлении во владение, должно быть понятно лицу, предоставляющему право. В связи с этим в настоящем *Руководстве* в соответствии с пунктом 1 статьи 16 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке рекомендуется составлять уведомление на языке, который, как можно разумно предполагать, будет понятен их адресатам, хотя считается достаточным, если уведомление, направляемое лицу, предоставляющему право, составлено на языке соглашения об обеспечении (см. подпункт *c)* рекомендации 151).

d) Распределение поступлений от продажи или иного способа реализации активов

60. Один из важных аспектов законодательства об обеспеченных сделках состоит в том, что оно нарушает обычные правила распределения поступлений от реализации активов, которые применяются в рамках отношений между необеспеченными кредиторами. В конечном итоге цель обеспечения состоит в том, чтобы получить приоритет в процессе распределения таких поступлений. Если реализация обеспечительного права была осуществлена в судебном порядке или в тех случаях, когда обеспеченный кредитор не взял на себя процедуру реализации, начатую кредитором по суду, поступления будут находиться под контролем соответствующего публичного органа до тех пор, пока они не будут распределены между сторонами, имеющими право на их получение. В тех случаях, когда такой режим предусматривает отмену прав (т. е. аннулирование всех имущественных и, в том числе, всех обеспечительных прав в обремененных активах), наиболее широко применяется такой порядок распределения, в соответствии с которым прежде всего производится выплата разумных расходов на реализацию, а затем

погашение обеспеченных обязательств в порядке их очередности. Во многих государствах предусмотрено также, что после погашения расходов на реализацию, но до осуществления выплат обеспеченным кредиторам могут производиться выплаты по определенным требованиям, предусмотренным законодательством. Если обычная процедура реализации не предусматривает отмену прав, то обеспеченные кредиторы не получают никаких выплат, но могут предъявлять свои обеспечительные права покупателю.

61. Для тех случаев, когда обеспеченные кредиторы осуществляют реализацию посредством продажи во внесудебном порядке, государства обычно предусматривают в своем законодательстве об обеспеченных сделках серию норм, касающихся распределения поступлений от продажи. Нередко в государствах действуют специальные правила, касающиеся порядка хранения поступлений обеспеченным кредитором до их распределения. В этих правилах обычно определяются также условия, при которых обеспеченный кредитор несет ответственность за распределение поступлений среди некоторых или всех других кредиторов. Другими кредиторами в подобных случаях могут быть обеспеченные кредиторы, обладающие обеспечительными правами в обремененных активах, но имеющие более низкий уровень приоритета по сравнению с обеспеченным кредитором, осуществляющим реализацию. Если режим реализации предусматривает отмену прав, то кредитору, осуществляющему реализацию, возможно, придется распределять поступления также среди обеспеченных кредиторов с более высоким уровнем приоритета и заявителей требований, обладающих приоритетом в соответствии с законом. Часто обеспеченному кредитору необходимо учитывать такие другие права только в том случае, если они были зарегистрированы или им была придана сила в отношении третьих сторон каким-либо иным образом, или если он был прямо уведомлен о них (как в случае с требованиями о приоритете по закону, регистрация которых не предусмотрена). Все государства неизменно предусматривают также, что любые излишки, остающиеся после удовлетворения всех требований, возвращаются лицу, предоставляющему право. Этот подход рекомендован и в *Руководстве* (см. рекомендацию 152).

62. Надлежащий порядок распределения поступлений от реализации активов не всегда абсолютно ясен и может оспариваться конкурирующими заявителями требования. Чаще всего распределение излишков вызывает неопределенность и споры. Однако они могут возникать и в тех случаях, когда о своем приоритете по отношению к кредитору, осуществляющему реализацию, заявляет другой обеспеченный кредитор или когда о своих правах в активах уже после их продажи заявляет конкурирующий заявитель требования, например получатель. Для того чтобы облегчить разрешение подобных конфликтов, в большинстве государств предусмотрено, что кредитор, осуществляющий реализацию, может сдать поступления от реализации активов на хранение суду или иному органу. Если предметом спора являются права обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, и права конкурирующих заявителей требования, государства, как правило, требуют сдачи на хранение всей суммы поступлений от реализации до разрешения спора. Если же в споре участвуют лишь заявители требования с меньшим приоритетом, то обеспеченному кредитору, осуществляющему реализацию, обычно полагается сдать лишь излишки от реализации, оставшиеся после удовлетворения его собственного требования. Для повышения результативности процесса реализации именно этот подход рекомендован в *Руководстве* (см. рекомендацию 153).

63. Обеспеченное обязательство погашается только в объеме поступлений, полученных от продажи обремененных активов. Обычно обеспеченный кредитор может требовать в этом случае от должника по обеспеченному обязательству возмещения недостающей суммы. Если только лицо, предоставляющее право, не создало обеспечительного права в каких-либо других активах в пользу данного кредитора, то требование кредитора о возмещении недостающей суммы считается необеспеченным. Независимо от

того, имеет ли место недостача или излишек поступлений, некоторые государства предусматривают, что когда обеспеченный кредитор приобретает обремененные активы в рамках процедуры реализации и позднее продает их с выгодой для себя, часть суммы, вырученной от их продажи, которая превышает сумму, уплаченную кредитору, и расходы на последующую продажу, необходимо направить на погашение обеспеченного обязательства. Однако, как правило, государства не следят за тем, какую сумму получил обеспеченный кредитор в результате перепродажи купленных им обремененных активов. Если только не будет доказано, что первоначальная продажа активов обеспеченному кредитору была коммерчески неоправданна или была проведена недобросовестно, то государства, как правило, считают вырученную от такой продажи сумму средств окончательной стоимостью, полученной в результате реализации обремененных активов.

64. Как уже упоминалось (см. пункты 57–59, выше), обеспеченный кредитор, вместо продажи или отчуждения обремененных активов иным способом, может сдать их в аренду или под лицензию. В таком случае выплаты по договору аренды или лицензионному соглашению (включая любые платежи в связи с покупкой обремененных активов, которая становится возможной в случае аренды) будут направлены на погашение обеспеченного обязательства. Государства применяют различные подходы к определению методов погашения обеспеченного обязательства за счет таких поступлений для вычисления любого недостатка или излишка. В некоторых государствах предусматривается, что сумма обеспеченного обязательства будет уменьшена на стоимость заключаемого договора аренды или лицензионного соглашения. В других государствах предусматривается, что сумма обеспеченного обязательства уменьшается лишь на сумму платежей, осуществляемых по договору аренды или лицензионному соглашению, по мере их поступления обеспеченному кредитору. В других государствах обеспеченным кредиторам предоставляется возможность самостоятельно определять, насколько будет уменьшена сумма обеспеченного обязательства, если обеспеченный кредитор действует добросовестным образом и принимает коммерчески разумные решения. Поскольку этот вопрос регулируется основными положениями другого законодательства, в *Руководстве* не содержится конкретных рекомендаций на этот счет.

е) Принятие обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства

65. Основной смысл создания обеспечительного права заключается в том, чтобы дать обеспеченному кредитору возможность получить стоимость обремененных активов и использовать полученные поступления для погашения обеспеченного обязательства. Поэтому во многих государствах единственным средством правовой защиты, к которому может прибегнуть кредитор в случае неисполнения обязательства, являются арест и продажа обремененных активов. В большинстве государств, ограничивающих таким образом средства защиты обеспеченного кредитора, такие ограничения применяются даже в том случае, если кредитор уже вступил во владение обремененными активами в соответствии с соглашением об обеспечении. Это означает, что в таких государствах стороны не могут заранее договориться о том, что в случае неисполнения своих обязательств лицом, предоставляющим право, обеспеченный кредитор может удержать обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства. Кроме того, во многих таких государствах обеспеченный кредитор не может принять обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства, даже если лицо, предоставляющее право, дает на это свое согласие, после наступления факта неисполнения. Более того, даже если лицо, предоставляющее право, и обеспеченный кредитор после неисполнения обязательств договорятся о том, что обеспеченный кредитор может удержать обремененные активы, в этих государствах такие действия рассматриваются в качестве платежа по

договору и никак не затрагивают права любых других сторон, обладающих правом в этих обремененных активах.

66. В то же время во многих государствах обеспеченный кредитор вправе предложить лицу, предоставляющему право, договориться о том, что обеспеченный кредитор примет обремененные активы в качестве полного или частичного погашения обеспеченного обязательства. В тех государствах, где в распоряжении обеспеченных кредиторов имеется такое средство реализации, обычно предусмотрено, что соглашение, в котором оговаривается автоматический переход права собственности на обремененные активы к обеспеченному кредитору в случае неисполнения, не должно приводиться в исполнение, если оно было заключено до момента неисполнения. Тем не менее такое соглашение подлежит исполнению, если оно было заключено после неисполнения обязательства и если оно согласуется с конкретными процедурами реализации, призванными предупредить злоупотребления со стороны кредитора. Обычно такие государства предусматривают также, что любое неофициальное частное соглашение между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, заключенное после неисполнения, подлежит приведению в исполнение только в качестве средства, обеспечивающего платеж по договору, но не имеющего силы в отношении третьих сторон, обладающих правами в обремененных активах. Таким образом, для того чтобы приобрести обремененные активы на условиях, обеспечивающих защиту его прав перед правами обеспеченных кредиторов и конкурирующих заявителей требования с более низким приоритетом, обеспеченный кредитор обязан выполнить соответствующие формальные процессуальные требования для реализации обеспечительного права.

67. Если государство прямо разрешает обеспеченному кредитору предлагать принятие обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства в случае неисполнения при условии соблюдения им необходимых процессуальных требований, то это не означает, что лицо, предоставляющее право, должно принимать предложение обеспеченного кредитора. Лицо, предоставляющее право, может отклонить это предложение, вследствие чего обеспеченному кредитору придется воспользоваться каким-либо другим средством правовой защиты. Достоинство такого рода соглашений, заключаемых после неисполнения, состоит в том, что они нередко позволяют осуществлять реализацию с меньшими расходами и более оперативно. Их недостаток состоит в том, что при этом сохраняется риск злоупотреблений со стороны обеспеченного кредитора в тех случаях, когда: *a)* стоимость обремененных активов превышает стоимость обеспеченного обязательства; *b)* обеспеченный кредитор даже после неисполнения обязательства обладает особой властью над лицом, предоставляющим право; и *c)* обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, приходят к соглашению, которое необоснованно ущемляет права третьих лиц, обладающих правом в данных обремененных активах.

68. Чтобы исключить вероятность злоупотреблений или сговора со стороны обеспеченного кредитора и лица, предоставляющего право, некоторые государства требуют не только согласия лица, предоставляющего право, на принятие обремененных активов обеспеченным кредитором, но и направления уведомления третьим сторонам, обладающим правами в обремененных активах. В таком случае эти третьи стороны получают право возразить против предлагаемого соглашения и могут потребовать от обеспеченного кредитора осуществить реализацию обеспечения путем продажи. Кроме того, некоторые государства требуют получения согласия суда при определенных обстоятельствах, например в случае, если лицо, предоставляющее право, произвело значительные платежи в погашение обеспеченного обязательства и если стоимость обремененных активов существенно превышает стоимость непогашенного обязательства. Наконец, некоторые государства требуют, чтобы обеспеченный кредитор, предлагающий принять обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства,

обеспечил проведение официальной независимой оценки стоимости таких обремененных активов до принятия дальнейших конкретных шагов.

69. Решение вопроса о том, следует ли устанавливать все или некоторые такие требования, особенно требование о предварительном судебном вмешательстве, зависит от произведенной такими государствами оценки затрат и выгод, связанных с каждым из таких требований. В соответствии с общей целью обеспечения максимальной гибкости для достижения максимально высокой стоимости обремененных активов, получаемой в момент их реализации, в рекомендациях настоящего *Руководства* предусмотрено, что обеспеченный кредитор или лицо, предоставляющее право, могут предложить друг другу принять активы в погашение обеспеченного обязательства (см. рекомендации 156 и 159). Если с подобным предложением выступает лицо, предоставляющее право, обеспеченный кредитор может либо принять его, либо отклонить. Если такое предложение делает обеспеченный кредитор, будь то по собственной инициативе или в ответ на предложение лица, предоставляющего права, или если обеспеченный кредитор принимает предложение лица, предоставляющего право, он обязан уведомить об этом лицо, предоставляющее право, любое лицо, которое обладает правами в обремененных активах и которое заблаговременно уведомило о своих правах кредитора, осуществляющего реализацию, а также любого другого обеспеченного кредитора, во владении которого находились обремененные активы в момент вступления во владение ими кредитора, осуществляющего реализацию (см. пункт *a)* рекомендации 157). Включение лица, предоставляющего право, в список адресатов объясняется тем, что, даже если лицо, предоставляющее право, само предложило обеспеченному кредитору выступить с подобным предложением, конкретные условия такого предложения могут оказаться для него неприемлемыми. Для того чтобы все стороны в полной мере понимали последствия такого предложения, в рекомендациях настоящего *Руководства* предусмотрено, что в уведомлении должны быть указаны не только активы, подлежащие принятию в погашение обязательства, но и сумма, причитающаяся на момент направления уведомления, а также сумма обязательства, которое предлагается погасить посредством принятия активов (см. подпункт *b)* рекомендации 157).

70. Эти требования продиктованы тем соображением, что возложение на обеспеченного кредитора обязанности указывать собственную оценку обремененных активов является более эффективным и менее затратным механизмом представления соответствующей информации заинтересованным сторонам, чем организация независимой оценки. Считается также, что, получив информацию о предложении обеспеченного кредитора, лицо, предоставляющее право, и третьи стороны смогут оценить его целесообразность. Именно по этой причине в *Руководстве* рекомендуется наделить лицо, предоставляющее право, или третьи стороны правом высказать в разумно короткий срок возражение против принятия обремененных активов обеспеченным кредитором. В случае своевременного направления возражения в письменной форме обеспеченный кредитор будет вынужден отказаться от данной меры и использовать другие средства, имеющиеся в его распоряжении, например прибегнуть к процедуре продажи активов без привлечения суда или к другим методам их отчуждения (см. первое предложение рекомендации 158). Кроме того, в *Руководстве* рекомендовано предусмотреть, что в тех случаях, когда обеспеченный кредитор предлагает принять обремененные активы лишь в счет частичного погашения обеспеченного обязательства, отсутствия своевременно поданных возражений со стороны адресатов уведомления недостаточно. Каждый из них должен выразить твердое согласие с предложением кредитора (см. второе предложение рекомендации 158). Как и в тех случаях, когда обеспеченный кредитор предлагает произвести отчуждение активов, его предложение о принятии активов в счет полного или частичного погашения обеспеченного обязательства должно быть понятно лицу, предоставляющему право. В соответствии с рекомендованным в *Руководстве*

подходом уведомление, содержащее такое предложение, должно быть составлено на языке, который, как можно разумно предполагать, будет понятен его получателям (см. подпункт *c)* рекомендации 151). .

f) Руководство коммерческим предприятием и его продажа

71. Обеспеченный кредитор зачастую обладает обеспечением не просто в отношении конкретных активов лица, предоставляющего право, а в отношении всех или почти всех активов коммерческого предприятия. В этом случае максимальная стоимость от процедуры реализации может быть во многих случаях получена, если такое предприятие продается в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Для того чтобы эффективно выполнить эту задачу, обеспеченные кредиторы, как правило, должны быть в состоянии принять меры по одновременному отчуждению всех активов коммерческого предприятия, включая недвижимое имущество. Кроме того, в таких случаях государства, как правило, предусматривают специальные процедуры уведомления о продаже и устанавливают более строгие условия, при которых предприятие может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы.

72. В то же время довольно часто, когда возникает необходимость реализации, лицо, предоставляющее право, или обеспеченный кредитор могут быть не заинтересованы в незамедлительном отчуждении всех активов предприятия независимо от того, будут ли они проданы по категориям (например, инвентарные запасы или оборудование) или как предприятие в целом. Поэтому некоторые государства разрешают обеспеченным кредиторам вступать во владение коммерческими операциями и управлять предприятием в течение некоторого периода времени после неисполнения обязательств. Нередко такие государства предусматривают требование о том, чтобы в уведомлении о реализации конкретно указывалось, что, вступая во владение обремененными активами, кредитор намеревается постепенно свернуть предприятие. Это особенно важно для других кредиторов, которые в противном случае могут не узнать о том, что идет процесс ликвидации предприятия. Некоторые государства также предусматривают специальные процедуры назначения управляющего, эксплуатации предприятия, уведомления поставщиков о правах обеспеченного кредитора и информирования клиентов о том, что продажа предприятия, кажущаяся обычной предпринимательской операцией, на самом деле является частью процесса реализации.

73. В таком случае после успешной ликвидации инвентарных запасов предприятия обеспеченный кредитор обычно переходит к следующему или использует сразу несколько из имеющихся в его распоряжении средств реализации. При этом многие государства требуют от обеспеченного кредитора, чтобы тот направлял лицу, предоставляющему право, и другим сторонам, обладающим правом в остающихся активах, дополнительное уведомление каждый раз, когда он намеревается применить очередное имеющееся в его распоряжении средство правовой защиты, например принять активы в полное или частичное погашение обеспеченного обязательства или, что бывает гораздо чаще, продать их. После направления такого уведомления начинают действовать обычные процедуры реализации, применимые в данном случае. В *Руководстве* не содержится никакой формальной рекомендации относительно того, следует ли предоставлять обеспеченному кредитору право брать на себя управление коммерческим предприятием для целей его продажи. Заинтересованным в этой мере государствам, возможно, придется взвешивать все сопряженные с управлением таким предприятием выгоды и степень ответственности для обеспеченного кредитора, а также с теми последствиями, которые эта мера будет иметь для прав других (обеспеченных или необеспеченных) кредиторов.

5. Последствия реализации

a) Отчуждение в судебном и внесудебном порядке

74. В большинстве государств предусматривается, что обеспеченный кредитор может реализовать свои обеспечительные права как обращаясь, так и не обращаясь в суд. В тех случаях, когда обеспеченный кредитор решает прибегнуть к судебной или иной осуществляемой под надзором официальных органов процедуре, для определения прав лица, предоставляющего право, после продажи активов по решению суда, а также прав, приобретаемых получателем, будут применяться общие правовые нормы, регулирующие исполнение судебных решений. Поскольку такие процессуальные нормы являются частью общей системы гражданского правоприменения государства, *Руководство* не содержит конкретных рекомендаций относительно реализации обеспечительных прав в судебном порядке. Во избежание коллизии с общими нормами гражданско-процессуального права, регулирующими исполнение судебных решений, *Руководство* оставляет эти вопросы на усмотрение иного права (см рекомендацию 160).

75. С другой стороны, в тех государствах, в которых допускается реализация прав во внесудебном порядке, для обеспечения максимальной оперативности режима реализации, как правило, разработаны подробные правила, в которых определяются последствия реализации для: *a)* отношений между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором; *b)* прав сторон, которые могут приобретать обремененные активы, продаваемые в рамках процедур реализации; и *c)* прав других обеспеченных кредиторов на получение средств от продажи обремененных активов. Очевидно, что основная цель реализации заключается в получении для обеспеченного кредитора такой стоимости, которая может быть использована в погашение неоплаченного обеспеченного обязательства. Чаще всего обеспеченный кредитор приобретает эту стоимость в результате продажи обремененных активов и направления поступлений в погашение обеспеченного обязательства. В случае появления излишка средств обеспеченный кредитор должен вернуть его лицу, предоставляющему право, или любому другому лицу, имеющему на него право. Кроме того, как отмечалось выше, в большинстве государств предусмотрено, что в случае недостатка средств обеспеченный кредитор сохраняет за собой обычное договорное право требовать от лица, предоставляющего право, возмещения образовавшегося дефицита как необеспеченный кредитор. Вопрос о том, как в таких случаях обычно распределяются поступления от реализации активов, уже подробно рассматривался выше (см. пункты 60–63, выше).

76. Тем не менее, как уже было сказано выше, обеспеченный кредитор порой принимает обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства (см. пункты 65–70, выше). Не все государства одинаковым образом регламентируют последствия, возникающие в результате применения данного средства защиты. Обычно они предусматривают, что кредитор, принимающий активы в погашение обязательства, может удерживать их, даже если стоимость таких активов превышает еще непогашенную сумму обеспеченного обязательства. Это означает, что обеспеченный кредитор вправе удерживать излишек, чего не происходит в случае продажи активов. Соответственно многие из таких государств предусматривают, что обеспеченный кредитор, принимающий активы в погашение обязательства, не может предъявлять лицу, предоставляющему право, требование о возмещении недостающей суммы. Предполагается, что активы, приобретенные в погашение обязательства, это и есть окончательный платеж, который, следовательно, аннулирует обеспеченное обязательство. Но в то же время существуют и другие государства, которые разрешают кредиторам, принимающим обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства, требовать у лица, предоставляющего право, покрытия недостающей суммы. Совершенно очевидно, что в этих случаях возникает необходимость установить стоимость принимаемых в

погашение обязательства активов, с тем чтобы можно было вычислить недостающую сумму. Некоторые государства требуют, чтобы обеспеченный кредитор представил независимую оценку стоимости таких принимаемых активов, а другие – чтобы он лишь указал стоимость таких активов, исходя из собственной оценки. Как уже отмечалось, в каждом из этих случаев лицо, предоставляющее право, или другой кредитор могут потребовать от обеспеченного кредитора, чтобы вместо этого была организована продажа таких активов. По причинам, перечисленным в пункте 65, выше, в настоящем *Руководстве* рекомендуется разрешать обеспеченным кредиторам предлагать принятие активов в качестве полного или частичного погашения обеспеченного обязательства при условии указания ими стоимости таких активов, согласно их оценке, в уведомлении, направляемом лицу, предоставляющему право, и третьим сторонам (см. рекомендации 156 и 157).

b) Особые последствия отчуждения во внесудебном порядке

77. Когда обеспеченный кредитор реализует свое обеспечительное право посредством продажи обремененных активов, последствия такой продажи для других сторон могут определяться по-разному. В некоторых государствах в результате продажи (даже если она осуществляется во внесудебном порядке) происходит аннулирование всех обеспечительных прав в обремененных активах (иногда такое обстоятельство называют очисткой активов). В подобной ситуации даже обеспеченные кредиторы, обладающие более высоким приоритетом по сравнению с обеспеченным кредитором, осуществляющим реализацию, утрачивают свои обеспечительные права и могут предъявить требования лишь в отношении поступлений согласно уровню своего приоритета, который соответствует приоритету их обеспечительных прав в первоначально обремененных активах. Приобретатели таких активов получают чистый правовой титул, и предполагается, что с учетом этого они готовы платить премиальную надбавку. В других государствах в результате продажи обремененных активов кредитором (независимо от того, осуществляется ли такая продажа под управлением судебного должностного лица или является частной акцией кредитора) аннулируются права кредиторов с более низким, чем у обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, приоритетом, а обеспеченный кредитор с преимущественным приоритетом сохраняет свое обеспечительное право в обремененных активах. В рамках такой продажи приобретатели активов не получают чистого правового титула и, как следствие, занижают сумму, предлагаемую в обмен на реализуемые активы. Предполагается, что процедуру реализации обремененных активов, скорее всего, возьмет на себя обеспеченный кредитор с преимущественным приоритетом (с тем чтобы аннулировать все обеспечительные права) либо обеспеченный кредитор с меньшим приоритетом сумеет договориться о выплате дополнительной суммы кредитору с более высоким приоритетом в целях получения чистого правового титула.

78. Хотя оба подхода позволяют получить чистый правовой титул, второй подход максимально расширяет свободу действий обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, и приобретателя в плане возможности заключения последним альтернативной договоренности в ситуации, когда приобретатель не может найти средства для покрытия всей стоимости обремененных активов и, следовательно, может приобрести их по более низкой цене, в силу того что на них распространяется действие обеспечительного права с преимущественным приоритетом. В целях достижения максимальной гибкости и эффективности процедур реализации в настоящем *Руководстве* рекомендуется применять второй подход по отношению к отчуждению активов во внесудебном порядке (см. первое предложение рекомендации 161). Иногда обеспеченный кредитор может решить не продавать обремененные активы, а сдать их в аренду или под

лицензию и получать арендную плату или лицензионные выплаты в счет погашения своего требования (см. пункт 63, выше). В подобных случаях большинство государств предусматривает, что арендатор или лицензиар могут в полной мере пользоваться соответствующей арендой или лицензией в течение всего срока их действия, но не вопреки правам, которые имеют приоритет перед обеспечительным правом обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию. Такой подход рекомендован и в *Руководстве* (см. рекомендацию 162).

79. Когда обеспеченный кредитор принимает обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства, государства обычно предусматривают, чтобы обеспеченный кредитор принимал эти активы так, как если бы они переходили к нему в результате их продажи в рамках процесса реализации. Хотя государства могут предусмотреть, чтобы в результате принятия обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства происходило аннулирование всех прав в активах, это неизбежно будет приводить к тому, что ведущую роль в процессе реализации будут играть обеспеченные кредиторы с более высоким уровнем приоритета, чем обеспеченный кредитор, осуществляющий реализацию. Поэтому в большинстве государств предусмотрено, что права других конкурирующих заявителей требований определяются уровнем их приоритета по отношению к праву кредитора, осуществляющего реализацию. Так, например, если государство разрешает обеспеченному кредитору принимать обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства, то на активы, приобретаемые таким кредитором, распространяется действие прав конкурирующих заявителей требований с преимущественным приоритетом. И наоборот, права конкурирующих заявителей требований с более низким уровнем приоритета, если таковые существуют, будут, как правило, аннулироваться с принятием обеспеченным кредитором с более высокой степенью приоритета обремененных активов в погашение долгового обязательства. По тем же причинам, что и в связи с продажей активов во внесудебном порядке, в настоящем *Руководстве* рекомендуется предусмотреть, чтобы активы, принимаемые обеспеченным кредитором в погашение долгового обязательства, были свободны от прав кредиторов, обладающих более низким приоритетом, но не прав конкурирующих заявителей требований с более высоким уровнем приоритета (см. второе предложение рекомендации 161).

80. Иногда обеспеченный кредитор может произвести реализацию обремененных активов путем их продажи или сдачи в аренду или под лицензию в обход процедур, установленных государствами для защиты лиц, предоставляющих право, и третьих сторон, имеющих права в активах. В этих случаях возникает необходимость определить последствия отчуждения активов для прав лица, предоставляющего право, получателя, арендатора и лицензиара. В некоторых государствах такая продажа признается недействительной. В других предусматривается, что, если получатель, арендатор или лицензиар действуют добросовестно, они приобретают те же права, как если бы продажа была осуществлена с соблюдением норм, регулирующих процедуру отчуждения активов во внесудебном порядке. Этот же подход рекомендован в *Руководстве* (см. рекомендацию 163). Что же касается лиц, предоставляющих право, и других обеспеченных кредиторов, то в большинстве государств предусмотрено, что, если они смогут доказать, что несоблюдение императивных норм, регулирующих процедуру отчуждения во внесудебном порядке, привело к ущемлению их прав, то, хотя продажа не будет объявлена недействительной, лицо, предоставляющее право, или другие стороны могут взыскать убытки с кредитора, осуществляющего реализацию (см. рекомендацию 136). Однако обычно сумма, получаемая при отчуждении активов без соблюдения установленных норм, бывает не меньше, а то и больше размера поступлений, которые можно получить от реализации активов в установленном порядке. В этом случае, разумеется, ни лицо, предоставляющее право, ни третьи стороны не несут никаких убытков.

c) Окончательный характер

81. В случае реализации прав в судебном порядке условия, при которых процедура продажи активов на основании судебного решения может быть возобновлена, обычно определяются другими правовыми нормами государства. Некоторые государства также подробно регламентируют этот вопрос и в своем законодательстве об обеспеченных сделках. Обычно государства предусматривают, что реализация прав во внесудебном порядке имеет окончательный характер. Это означает, что после продажи или принятия активов в погашение обязательств в соответствии с требуемыми процедурами реализации такая процедура не может быть возобновлена. Если нет оснований утверждать, что имело место мошенничество, недобросовестность или сговор между продавцом и покупателем или между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, то продажа является окончательной.

6. Реализация обеспечительного права в поступлениях

82. Если лицо, предоставляющее право, продает обремененные активы до реализации обеспечительных прав, эти права переходят на поступления от продажи обремененных активов. По этой причине многие государства предусматривают, что обеспечительное право в обремененных активах автоматически переходит на поступления от их реализации. Другие государства либо не предусматривают этого, либо предусматривают, что обеспечительное право переходит на поступления от реализации только в том случае, если оно не сохраняется в самих обремененных активах после их отчуждения, либо же требуют, чтобы в соглашении об обеспечении прямо указывалось, на какие поступления распространяется обеспечительное право. В настоящем *Руководстве* рекомендуется всегда наделять обеспеченных кредиторов правом истребовать свое обеспечение в поступлениях от обремененных активов и в поступлениях от поступлений (см. рекомендации 19, 39 и 40). Кроме того, в отличие от многих государств, в которых поступлениями принято считать лишь замещающие активы, в настоящем *Руководстве* под поступлениями понимаются все средства, полученные за счет обремененных активов: как поступления от реализации активов лицом, предоставляющим право, так и любые приносимые ими естественные или гражданские плоды или доходы (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 72–78).

83. Обычно государства не принимают отдельных правил для регулирования процедур реализации обеспечительных прав в поступлениях. Это означает, что реализация прав в отношении поступлений осуществляется в том же порядке, что и в отношении активов, от которых они были получены (например, материальные активы, дебиторская задолженность, оборотный инструмент или право на выплату средств, зачисленных на банковский счет). Если одни обеспеченные кредиторы смогут реализовать обеспечительные права в поступлениях в соответствии с правилами, регулирующими реализацию прав в той категории активов, к которой относились первоначально обремененные активы, а другие обеспеченные кредиторы, желающие реализовать обеспечительные права в этих поступлениях как в первоначально обремененных активах, будут должны соблюдать правила, применимые к активам той категории, к которой относятся сами поступления, то возникнет путаница. Например, если поступления представляют собой дебиторскую задолженность, возникшую в результате продажи материальных активов, нельзя предусматривать, что кредитор, получивший обеспечительное право в дебиторской заложенности как в первоначально обремененных активах, должен следовать правилам реализации, применимым к дебиторской задолженности, тогда как кредитор, получивший обеспечительное право в самих материальных активах, может реализовать свои права в поступлениях в соответствии с нормами, регулирующими реализацию прав в материальных активах.

84. Отсутствие в *Руководстве* рекомендаций относительно особого порядка реализации прав в поступлениях по сути означает косвенную рекомендацию того, чтобы реализация обеспечительных прав в поступлениях подчинялась общим правилам. Это означает, в частности, что, если поступления представляют собой материальные активы, то применяются нормы, регулирующие реализацию прав в материальных активах. Если же поступления представляют собой дебиторскую задолженность или другие конкретные виды активов, рассматриваемые ниже в разделе B, то в отношении них применяются специальные рекомендации *Руководства*, касающиеся реализации прав в таких видах активов, если обеспечительное право создается непосредственно в них.

7. Одновременное применение режимов реализации прав в движимом и недвижимом имуществе

85. Принадлежность материальных активов к категории движимого или недвижимого имущества зачастую меняется со временем, по мере того как движимые активы превращаются в недвижимое имущество. Например, строительные материалы могут стать неотъемлемой частью нового здания, кусты и деревья могут быть высажены, а семена и удобрения могут быть внесены в почву, превращаясь, таким образом, в недвижимое имущество. Иногда движимое имущество может выступать в качестве принадлежностей, не становясь неотъемлемой частью недвижимого имущества. К такому имуществу относятся, в частности, лифты, печи, приставные прилавки или витрины. Во всех этих случаях обеспечительное право в движимых активах могло приобрести силу в отношении третьих сторон еще до того, как такие активы стали принадлежностью или неотъемлемой частью недвижимого имущества. Может возникнуть и обратная ситуация. Кредитор может пытаться получить обеспечительное право в активах, которые в данный момент являются недвижимыми, но впоследствии должны стать движимым имуществом. Такая ситуация может возникать, например, в случае с сельскохозяйственной продукцией и продукцией горнодобывающей и нефтегазовой промышленности.

86. Государствами разработано множество различных правил, регулирующих такие ситуации. Основная задача при этом состоит в том, чтобы очертить права кредиторов, намеревающихся осуществить реализацию обеспечительных прав в движимых активах, когда возможно одновременное применение режимов реализации прав в движимом и недвижимом имуществе. Чаще всего применение этих режимов зависит от квалификации активов. Так, например, многие государства допускают создание в соответствии с законодательством об обеспеченных сделках обеспечительного права в движимых активах, которые являются частью недвижимого имущества, но в дальнейшем должны стать движимыми. В подобных случаях вступление такого обеспечительного права в силу даже в отношениях между сторонами откладывается до момента отделения активов. Пока такие активы не станут движимыми, обеспечительное право реализовано быть не может. И наоборот, обременение, наложенное на недвижимое имущество, не может быть распространено на активы, которые стали движимыми. Конкретная рекомендация по этому вопросу в настоящем *Руководстве* отсутствует, но, поскольку предусмотренный в нем режим реализации предполагает самостоятельное существование материальных активов в качестве движимых активов, то режим реализации недвижимого имущества не будет распространяться на обеспечительные права в движимых активах, отделенных от недвижимого имущества.

87. Более сложные вопросы реализации возникают в тех случаях, когда материальные активы являются принадлежностью или неотъемлемой частью недвижимого имущества. Многие государства проводят различие между строительными материалами, другими движимыми активами, утрачивающими свою природу, когда они становятся неотъемлемой частью недвижимого имущества (например, удобрения или семена), и

принадлежностями, которые сохраняют отличительные черты, которые имелись у них как у движимых активов. Некоторые государства предусматривают, что обеспечительные права в движимых активах, утрачивающих свою сущность, могут быть сохранены лишь в том случае, если они приобрели силу в отношении третьих сторон в результате регистрации в реестре недвижимого имущества, тогда как обеспечительные права в принадлежностях, приобретшие силу в отношении третьих сторон до того, как они были присоединены к недвижимому имуществу, сохраняют свою силу без дополнительной регистрации. В этих государствах реализация первого вида активов неизменно регулируется правилами, касающимися реализации обремененного недвижимого имущества. В тех случаях, когда движимые активы превращаются в принадлежности, государства обычно вводят специальные правила, регулирующие не только сохранение прав обеспеченного кредитора, но и сохранение прав кредиторов, обладающих правами в недвижимом имуществе.

88. Содержащиеся в настоящем *Руководстве* рекомендации основываются на общем подходе, применяемом многими государствами для устранения коллизий между обеспеченными кредиторами, которые обладают конкурирующими правами в принадлежностях. Там, где материальные активы утрачивают свою сущность, становясь неотъемлемой частью недвижимого имущества, всякое обеспечительное право в движимых активах прекращает свое существование. В то же время, там, где обремененные активы превращаются в принадлежности, обеспечительное право в этих активах не прекращает своего действия и его сила в отношении третьих сторон сохраняется автоматически. Обеспеченный кредитор может также гарантировать силу обеспечительного права путем его регистрации в реестре недвижимого имущества (см. рекомендации 38 и 43). В этом случае права обеспеченного кредитора на реализацию принадлежностей и их отношение к обеспеченным кредиторам, которые могут обладать обеспечительными правами в недвижимом имуществе, зависят от относительного приоритета конкурирующих прав (см. рекомендации 87 и 88). Если обеспеченный кредитор, обладающий правами в принадлежностях, имеет приоритет, то он может отделить эти активы и реализовать свое обеспечительное право как обеспечительное право в движимых активах. Однако при этом право обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, зависит от права другого обеспеченного кредитора или другой заинтересованной стороны, имеющих более низкий приоритет, чем право обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, на выплату им стоимости таких принадлежностей и на предотвращение тем самым отделения принадлежностей. Если же в результате отделения принадлежностей недвижимого имущества (например, лифта в здании) зданию наносится иной ущерб помимо уменьшения его стоимости, то обеспеченный кредитор, осуществляющий реализацию, должен компенсировать такой ущерб лицам, обладающим правами в этом недвижимом имуществе. Если другой кредитор, обладающий обеспечительным правом в данном недвижимом имуществе, имеет приоритет, то обеспеченный кредитор может реализовать свои права только при соблюдении требований режима, регулирующего обременение недвижимого имущества, при условии, что он сохранил силу обеспечительного права в отношении третьих сторон путем его регистрации в реестре недвижимого имущества (см. подпункт *а)* рекомендации 164 и рекомендацию 165).

89. Процедура реализации обеспечительных прав в принадлежностях недвижимого имущества осложняется еще больше в тех случаях, когда обеспеченный кредитор получает обременение в недвижимом имуществе и обеспечительное право в движимых активах, которые превратились в принадлежности недвижимого имущества. В таких случаях большинство государств разрешают кредитору использовать разные способы для реализации своего обеспечения. Кредитор может отдельно реализовать обеспечительное право в принадлежностях и реализовать также обременение на остальное

недвижимое имущество. С другой стороны, обеспеченный кредитор может реализовать обременение на все недвижимое имущество, включая принадлежности. В первом случае обеспеченный кредитор будет обладать приоритетом по отношению ко всем правам в недвижимом имуществе (см. рекомендацию 165). Во втором случае права кредитора будут определяться режимом приоритета, регулирующим операции с недвижимостью (см. подпункт *b)* рекомендации 164).

8. Реализация обеспечительного права в принадлежностях движимых активов, массы и продукта

90. Многие виды материальных активов, в которых было создано обеспечительное право, предназначены для присоединения к другому материальному имуществу, для использования в процессе изготовления какого-либо изделия или для объединения их с другими материальными активами с целью получения одной массы. Некоторые государства регулируют возникающие в таких случаях обеспечительные права на основе установления порядка перехода права собственности на такие принадлежности, готовые изделия или товарную массу к владельцу других материальных активов. Например, если право владения обремененными активами переходит к владельцу других материальных активов, к которым эти обремененные активы присоединены или с которыми они объединены, то обеспечительное право в таких обремененных активах аннулируется. Некоторые государства допускают сохранение силы обеспечительного права в материальных активах, представляющих собой принадлежности, промышленные изделия или объединенные активы, в отношении третьих сторон независимо от того, происходит ли при присоединении или объединении активов смена владельца. Этот подход принят и в *Руководстве* (см. рекомендации 41–44). В тех случаях, когда государства предусматривают сохранение обеспечительного права после присоединения или объединения активов, они обычно также применяют общие правила реализации такого права в подобном виде активов. Если происходит присоединение или объединение таких материальных активов, как автомобильные двигатели, изделия из стекловолокна, объединенные инвентарные запасы одежды, зерно в зернохранилищах или нефть в нефтехранилищах, реализация прав осуществляется в порядке, предусмотренном для материальных активов. Если объединяются такие нематериальные активы, как дебиторская задолженность или денежные средства на банковском счете, реализация обеспечительного права происходит в соответствии с режимом, регулирующим такие виды активов. Это объясняется тем, что установление иного режима реализации, чем обычный режим, применимый к соответствующим видам активов, привело бы к неоправданному усложнению ситуации. Это соображение отражено и в настоящем *Руководстве.*

91. Что касается реализации обеспечительного права в принадлежностях движимых активов, то в большинстве государств применяются те же правила, что и в отношении обеспечительных прав в принадлежностях недвижимого имущества. Обеспеченный кредитор с более низким уровнем приоритета, чем у обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, может удовлетворить платежное требование последнего; обеспеченный кредитор с более высоким уровнем приоритета может взять на себя процесс реализации; и обеспеченный кредитор, осуществляющий реализацию, несет ответственность за любой вред, который может быть причинен в результате удаления принадлежностей, за исключением снижения стоимости в результате отделения принадлежностей. Однако в режимах обеспечительных прав в принадлежностях недвижимого имущества и в принадлежностях движимых активов есть одно различие. В первом случае (когда речь идет о принадлежностях недвижимого имущества) обеспеченный кредитор для реализации своего обеспечительного права в принадлежностях должен обладать приоритетом в отношении конкурирующих прав в недвижимом имуществе

(см. рекомендацию 165). Во втором случае (принадлежности движимых активов) обеспечительное право может быть реализовано независимо от относительного приоритета кредитора, осуществляющего реализацию (см. рекомендацию 166).

92. В тех случаях, когда речь идет о готовых изделиях или товарной массе, правами в конечном продукте и в составляющих массу активах будут обладать несколько обеспеченных кредиторов. Если обремененные активы поддаются выделению, как в случае с объединенной массой, то обеспеченный кредитор, обладающий подлежащим исполнению обеспечительным правом лишь в части таких активов, должен иметь возможность отделить ту часть, в которой он имеет обеспечительное право, и распорядиться этой частью в соответствии с общими правилами, регулирующими реализацию. Так, например, если обеспеченный кредитор обладает обеспечительным правом в одной третьей части нефти, хранящейся в нефтехранилище, он может реализовать свое обеспечительное право в отношении одной трети общей массы. Если обремененные активы не поддаются отделению, как в случае с готовыми изделиями, такими как бóльшая часть произведенных инвентарных запасов и оборудования, то придется продавать изделия целиком, а права конкурирующих обеспеченных кредиторов, обладающих правами в других составляющих объединенных активов, будут определяться в соответствии с рекомендациями *Руководства* о приоритете (см. рекомендации 90–92).

B. Замечания, касающиеся конкретных активов

1. Общие замечания

93. Основные принципы реализации обеспечительных прав, рассмотренные выше в разделе A, теоретически могут применяться к любому виду обремененных активов. Однако они предназначены прежде всего для таких видов материальных активов, как инвентарные запасы, оборудование и потребительские товары. По этой причине такие правила непросто применять в отношении реализации обеспечительных прав в нематериальных активах, таких как дебиторская задолженность и различные права на платеж (например, право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, право на получение поступлений по независимому обязательству или право на платеж, вытекающее из оборотного инструмента) и прав на владение, вытекающих из оборотных документов. Как следствие этого, многие государства ввели специальные правила, регулирующие реализацию таких видов обремененных активов. Правила содержат, в частности, положения, предоставляющие обеспеченному кредитору право производить взыскание с лица, имеющего обязательства по дебиторской задолженности или оборотному инструменту, и требовать от этого лица произвести платеж непосредственно обеспеченному кредитору. Кроме того, во многих таких случаях законодательство об обеспеченных сделках отражает специальные правовые нормы и коммерческую практику, регулирующие функционирование банковских счетов, оборотных инструментов, оборотных документов и независимых обязательств, и отчасти опирается на такие нормы и практику.

2. Реализация обеспечительного права в дебиторской задолженности

94. Если обеспечительное право приобретается в дебиторской задолженности, то в качестве обремененных активов действует право лица, предоставляющего право, получать платеж от должника по дебиторской задолженности. В этом случае было бы логично потребовать от цессионария реализации уступки дебиторской задолженности

путем ее продажи, взыскания или удержания, полученных в результате средств в погашение обеспеченного обязательства. Однако продажа дебиторской задолженности как способ получения экономической стоимости активов, которые сами по себе имеют определенную денежную стоимость, является слишком обременительной и неэффективной. Поэтому большинство государств, разрешающих кредиторам приобретать обеспечительное право в дебиторской задолженности и других требованиях, позволяет цессионарию получать платеж непосредственно от должника по дебиторской задолженности в случае неисполнения обязательства цедентом. Прежде всего следует учитывать следующие два обстоятельства. Во-первых, цедент знает, что цессионарий осуществляет реализацию (либо после неисполнения обязательства, либо до его неисполнения с согласия лица, предоставляющего право). Во-вторых, должник по дебиторской задолженности знает, что он затем должен будет произвести платеж цессионарию.

95. В главе VI *Руководства*, посвященной правам и обязанностям сторон соглашения об обеспечении, рассматриваются отношения между цедентом, цессионарием и должником по дебиторской задолженности. Рассматриваются, в частности, такие вопросы, как право цессионария информировать должника по дебиторской задолженности об осуществлении платежей непосредственно цессионарию в случае неисполнения обязательств цедентом (см. рекомендации 114–116). В главе VII *Руководства*, посвященной правам и обязанностям третьих лиц, имеющих обязательства, предусматривается, в частности, что благодаря уведомлению и платежной инструкции, которая направляется цессионарием или цедентом, должник по дебиторской задолженности ограждается от необходимости осуществлять платеж дважды (см. рекомендации 117–123).

96. Многие государства считают, что основное право цессионария в плане реализации заключается просто во взыскании дебиторской задолженности. Если предположить, что цессионарий предпринял необходимые шаги для обеспечения действительности его прав в отношении должника по дебиторской задолженности, то он просто получит платеж и направит эти поступления на частичное погашение обязательства цедента. Смысл этого правила заключается в том, что права цедента и третьих сторон защищаются посредством простого зачета полученных средств в погашение обеспеченного обязательства. В соответствии с подходом, применяемым такими государствами, в настоящем *Руководстве* рекомендуется не предпринимать никаких дополнительных шагов для обеспечения реализации (см. рекомендацию 168).

97. Тем не менее в некоторых случаях цессионарий может быть заинтересован в получении всей существующей стоимости дебиторской задолженности, которая может быть разделена на части, подлежащие выплате в течение нескольких месяцев. Поэтому после уведомления должника по дебиторской задолженности о намерении осуществить инкассацию средств, зачисленных на счет, он может продать или передать дебиторскую задолженность третьему лицу. Для защиты прав цедента в таких случаях многие государства предусматривают, что цессионарий не может оставлять у себя никаких излишков сверх суммы, причитающейся к выплате цедентом по обеспеченному обязательству, и в настоящем *Руководстве* этот подход применяется не только в отношении таких случаев распоряжения дебиторской задолженностью, но и в отношении обычного взыскания дебиторской задолженности (см. подпункт *b)* рекомендации 116). Кроме того, в соответствии с общими принципами реализации прав цессионарий, распоряжающийся дебиторской задолженностью, должен действовать коммерчески разумным образом (см. рекомендацию 131).

98. В некоторых случаях сама дебиторская задолженность обеспечивается каким-либо личным или имущественным правом, например личной гарантией третьей стороны или обеспечительным правом в отношении движимых активов должника по

дебиторской задолженности. Многие государства предусматривают автоматическое право цессионария на реализацию таких других прав в случае неисполнения должником по дебиторской задолженности своей обязанности выплатить такую дебиторскую задолженность в установленные сроки. Этот результат является обычным последствием обеспечительного права (дополнительное вслед за основным). В настоящем *Руководстве* принята аналогичная рекомендация в отношении гарантий выполнения обязанности третьих лиц, имеющих обязательства, произвести платеж. Обеспеченный кредитор может реализовать такие гарантии в соответствии с нормами права, обычно применимыми к реализации подобных гарантий или подобных видов активов (см. рекомендацию 169). В большинстве государств этот принцип применим также к личным и имущественным правам, которые гарантируют или обеспечивают другие права на платеж, например право на получение поступлений по независимому обязательству. Этот подход рекомендован и в *Руководстве* (см. рекомендацию 25).

3. Реализация в случае прямой передачи дебиторской задолженности

99. Настоящее *Руководство* применяется как в отношении прямой передачи дебиторской задолженности, так и в отношении обеспечительных прав в дебиторской задолженности (см. рекомендацию 3). Однако при прямой передаче цедент обычно передает все свои права в дебиторской задолженности. Таким образом, цедент не обладает постоянным правом в дебиторской задолженности и не заинтересован в том, каким способом осуществляется взыскание дебиторской задолженности или ее отчуждение. Соответственно вопросы, рассматриваемые в настоящей главе о реализации, касаются прямой передачи дебиторской задолженности только тогда, когда цессионарий имеет право заявить протест цеденту в том случае, если тот не взыскивает дебиторскую задолженность. Таким образом, цедент заинтересован в применении такого метода взыскания или иной реализации дебиторской задолженности лишь в том случае, если цедент будет в конечном итоге нести ответственность перед цессионарием (см. рекомендацию 167).

100. Право на обращение взыскания на цедента в связи с невзысканием дебиторской задолженности, которая явилась предметом прямой передачи, возникает в том случае, когда цедент гарантирует, что частичные или полные платежи по дебиторской задолженности будут произведены должником по такой дебиторской задолженности. Право на обращение взыскания может также возникнуть в связи с другими функционально эквивалентными договоренностями, в частности когда: *a)* цедент соглашается выкупить у цессионария проданную ему дебиторскую задолженность, если должник по дебиторской задолженности оказывается неплатежеспособным; или *b)* цедент просто соглашается уплатить любую разницу между ценой оптового приобретения дебиторской задолженности и фактически взысканными средствами по такой дебиторской задолженности.

101. Причины невыплаты по обязательству должником по дебиторской задолженности в установленный срок могут быть самыми разными. Например, должник по дебиторской задолженности может отказаться платить за материальные активы или услуги ввиду их неудовлетворительного качества или потому, что цедент не выполнил технические требования должника в отношении продаваемых материальных активов или оказываемых услуг. Однако в этой ситуации отказ произвести платеж, как правило, не рассматривается как факт невзыскания дебиторской задолженности, который может стать поводом для предъявления протеста цеденту. Право на предъявление цеденту протеста в связи с невзысканием дебиторской задолженности в том смысле, в каком этот термин используется в настоящем контексте, возникает только в тех случаях, когда

неуплата со стороны должника по дебиторской задолженности вызвана финансовыми причинами (т. е. финансовой несостоятельностью). Если неуплата обусловлена финансовыми причинами и цессионарий предъявляет протест цеденту, то будет применяться общий стандарт поведения в контексте реализации прав (см. рекомендации 131 и 132) и обычные правила взыскания дебиторской задолженности и реализации обеспечительного права (см. рекомендацию 167).

4. Реализация обеспечительного права в оборотном инструменте

102. Во многих государствах обеспечительное право в оборотном инструменте можно приобрести независимо от того, обеспечивается ли сила в отношении третьих сторон путем вступления во владение или путем регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав (см. рекомендации 32 и 37). Даже при наличии обеспечительного права в таком инструменте государства, как правило, руководствуются нормами права, регулирующего оборотные инструменты (этот термин может иметь более широкое значение, чем термин “законодательство, регулирующее оборотные инструменты”; см. Введение, раздел B, “Терминология и толкование”, пункт 19), для того чтобы определить права лиц, несущих обязательства по оборотному инструменту, и других лиц, заявляющих о своих правах в таком оборотном инструменте (см. рекомендацию 124 и главу VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства, пункты 27–31). Такие права могут включать, например: *a)* право лица, имеющего обязательство по оборотному инструменту, соглашаться производить платеж только держателю или другому лицу, имеющему право на взыскание по этому инструменту согласно законодательству, регулирующему оборотные инструменты; и *b)* право лица, имеющего обязательство по инструменту, высказывать определенные возражения по иску в отношении этого обязательства.

103. В случае приобретения обеспечения в оборотном инструменте обеспеченные кредиторы обычно вступают во владение таким инструментом или приобретают контроль над ним. Во многих государствах в случае неисполнения обязательства лицом, предоставляющим право, обеспеченному кредитору разрешается осуществить реализацию своего обеспечительного права в таком инструменте путем инкассации или иным образом. В частности, такой инструмент может быть предъявлен к оплате, а в случае неисполнения обязательства до наступления срока платежа – даже продан третьей стороне, при этом полученные поступления будут использованы для погашения обязательства лица, предоставляющего право. Смысл этого положения состоит в том, что наложение на обеспеченного кредитора обязательства выполнить соответствующие формальности до того, как произвести продажу в целях реализации или принять инструмент в погашение обеспеченного обязательства, поставит под угрозу обращаемость инструмента. С учетом такой практики в настоящем *Руководстве* не рекомендуется предъявлять обеспеченным кредиторам, осуществляющим реализацию прав в оборотных инструментах, требования в отношении соблюдения каких-либо дополнительных формальностей после неисполнения обязательства (см. рекомендацию 170).

104. Как и в случае с дебиторской задолженностью, может оказаться, что сам оборотный инструмент обеспечивается каким-либо иным личным или имущественным правом. Многие государства предусматривают автоматическое право обеспеченного кредитора осуществлять реализацию таких других прав в том случае, если лицо, имеющее обязательство по оборотному инструменту, не производит платеж по предъявлении такого инструмента. В настоящем *Руководстве* рекомендуется применять именно такой подход в отношении реализации личных или имущественных прав, касающихся платежа по оборотному инструменту (см. рекомендацию 171).

5. Реализация обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

105. Во многих государствах предусмотрена возможность создания обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет. В соглашении о банковском счете банк обычно рассматривается в качестве должника вкладчика и обязан выплатить вкладчику по его требованию депонированную сумму или ее часть. Поскольку банковское законодательство тесно связано с высокоразвитой коммерческой практикой, в настоящем *Руководстве* рекомендуется придерживаться банковского законодательства, а также предусматриваются дополнительные гарантии для банков, вкладчики которых могут предоставить обеспечительные права в своих правах на выплату средств, зачисленных на банковский счет (см. рекомендации 32, 49, 103, 104, 125 и 126). Например, согласно рекомендациям *Руководства*, даже если вкладчик заключает с кредитором соглашение об обеспечении, депозитарный банк: *a)* обладает теми же правами и обязанностями, что и его вкладчик; *b)* обладает теми же правами на зачет; *c)* не обязан производить платеж кому-либо, кроме лица, осуществляющего контроль над счетом; *d)* не обязан отвечать на какие-либо просьбы о предоставлении информации (см. рекомендации 125 и 126).

106. Если обремененные активы воплощены в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, во многих государствах обеспеченный кредитор может взыскать эти средства или иным образом реализовать свое право на их выплату после неисполнения обязательств или даже до их неисполнения с согласия лица, предоставляющего право. Обычно реализация осуществляется в результате обращения обеспеченного кредитора к банку с указанием перевести средства на его счет или иным образом получить средства, зачисленные на соответствующий счет. Это правило основывается на том соображении, что обремененные активы воплощены в праве на получение выплаты средств, зачисленных на банковский счет, и что было бы нецелесообразно требовать от обеспеченного кредитора осуществлять реализацию своего обеспечительного права путем продажи права на получение платежа по задолженности или путем принятия этого права в погашение обеспеченного обязательства. В соответствии с задачей повышения степени гибкости и эффективности процедур реализации в настоящем *Руководстве* рекомендуется предусмотреть, чтобы кредиторы, осуществляющие реализацию обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, могли сделать это путем инкассации денежных средств, находящихся на таком счете (см. рекомендацию 173).

107. Порой государства требуют от обеспеченного кредитора прежде всего получить судебное решение, а уже затем приступать к реализации обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет. Такое требование вполне объяснимо в тех случаях, когда существует вероятность того, что обеспеченный кредитор придал обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон путем его регистрации в общем реестре обеспечительных прав. Его цель состоит в том, чтобы избавить банки от необходимости выяснять наличие у кредитора, осуществляющего реализацию, права на получение платежа. В то же время, если банку известно о наличии обеспечительного права, поскольку он заключил с обеспеченным кредитором соглашение о контроле, то требование получить решение суда является ненужной формальностью. Поэтому в *Руководстве* предусмотрено, что при наличии соглашения о контроле судебное решение для осуществления реализации обеспеченному кредитору не требуется (см. рекомендацию 174). При этом для тех случаев, когда такое соглашение отсутствует, в настоящем *Руководстве* рекомендуется требовать представления судебного решения, если только банк не заявил прямо о своем согласии на взыскание обеспеченным кредитором (см. рекомендацию 175).

108. На практике обеспеченным кредитором нередко является сам депозитарный банк. В этом случае было бы излишним осуществлять официальные процедуры реализации, включающие особые действия по взысканию средств и распоряжению ими для погашения обеспеченного обязательства. В случае неисполнения обязательства депозитарный банк, выступающий в качестве обеспеченного кредитора, обычно осуществляет свое право на зачет с целью использования средств, находящихся на счете, непосредственно для погашения неисполненного обеспеченного обязательства. В соответствии с этой практикой в настоящем *Руководстве* содержится рекомендация о том, что реализация имеющихся у депозитарного банка прав на зачет не должна затрагиваться никакими обеспечительными правами, которые банк может иметь в праве на уплату средств, зачисленных на такой счет (см. подпункт *b)* рекомендации 125).

6. Реализация обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

109. Некоторые государства разрешают лицам, которые обладают правом требовать платеж (правом на получение средств) по независимому обязательству, предоставлять обеспечение в поступлениях от такого права на получение средств. Согласно рекомендациям настоящего *Руководства*, обеспечительные права могут быть созданы в таких поступлениях при условии соблюдения серии правил, регулирующих выполнение обязательств между гарантом/эмитентом, подтверждающим или назначенным лицом и обеспеченным кредитором (см. рекомендации 27, 48 и 50). Поскольку законодательство и коммерческая практика, регулирующие независимые обязательства, носят особый характер, в настоящем *Руководстве* рекомендуется применять ряд правил, призванных отражать содержание действующего законодательства и практики (см. рекомендации 127–129). Например, в случае автоматического создания обеспечительного права обеспеченному кредитору не требуется никакого отдельного акта передачи со стороны лица, предоставляющего право, для осуществления реализации обеспечительного права в правах на поступления по независимому обязательству.

110. В соответствии с общей практикой, сложившейся в государствах, обеспеченному кредитору, обладающему обеспечительным правом в поступлениях по независимому обязательству, разрешается получать платежи или иным образом реализовывать свое право на выплату поступлений после или даже до неисполнения обязательства по договоренности с лицом, предоставляющим право. Однако в контексте реализации обеспеченный кредитор не может требовать платеж от гаранта/эмитента, а также подтверждающего или назначенного лица (см. рекомендацию 27). Скорее можно говорить о том, что реализация обычно происходит, когда обеспеченный кредитор указывает гаранту/эмитенту, подтверждающему или другому назначенному лицу, что он уполномочен получить любые поступления, причитающиеся лицу, предоставляющему право. Смысл такого подхода состоит в том, что от гаранта/эмитента, подтверждающего или другого назначенного лица можно требовать выполнения обязательств только в отношении бенефициара, и лишь бенефициар может запрашивать платеж по независимому обязательству. Настоящее *Руководство* основывается на практике, касающейся независимых обязательств, и в нем рекомендуется ограничивать реализацию обеспечительного права инкассацией выплаченных поступлений и не распространять ее на право получения средств по обязательству (см. рекомендацию 176).

7. Реализация обеспечительного права в оборотном документе или материальных активах, охватываемых оборотным документом

111. Некоторые государства разрешают лицам, предоставляющим право, создавать обеспечение в оборотном документе. В настоящем *Руководстве* рекомендуется приме-

нять аналогичную практику (см. подпункт *a)* рекомендации 2 и рекомендацию 28). Собственно оборотный документ представляет материальные активы, охватываемые этим документом и описываемые в нем, и разрешает держателю этого документа предъявлять эмитенту документа требования в отношении этих активов. Обычно обеспеченный кредитор осуществляет реализацию своего обеспечительного права путем представления эмитенту такого документа и истребования указанных в нем активов. Вместе с тем в рамках законодательства, регулирующего оборотные документы, могут применяться специальные правила, призванные сохранять права отдельных лиц, и настоящее *Руководство* основывается именно на таких специальных правилах (см. рекомендацию 130).

112. Как и в отношениях между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, реализация происходит тогда, когда обеспеченный кредитор представляет документ эмитенту. Именно в этот момент обеспеченный кредитор вступает во владение материальными активами, и в дальнейшем реализация обеспечительного права будет регулироваться обычными принципами, рекомендуемыми для реализации обеспечительных прав в материальных активах, представленных оборотным документом (см. рекомендацию 177). В зависимости от достигнутой между сторонами договоренности такой документ может быть представлен эмитенту либо после неисполнения обязательств, либо до неисполнения с согласия лица, предоставляющего право. Кроме того, так же в зависимости от договоренности между сторонами обеспеченный кредитор либо после неисполнения обязательства, либо с согласия лица, предоставляющего право, до его неисполнения может реализовать этот документ, не представляя его эмитенту. Это должно быть сделано добросовестным и коммерчески разумным образом, а полученная в результате продажи документа сумма, должна быть использована в погашение обеспеченного обязательства.

C. Рекомендации 131–177

Цель

Цель положений, касающихся реализации обеспечительных прав, состоит в том, чтобы предусмотреть:

a) четкие, простые и эффективные способы реализации обеспечительных прав после неисполнения обязательств должником;

b) методы, позволяющие в максимальной степени повысить чистую стоимость реализации обремененных активов в интересах лица, предоставляющего право, должника или любого другого лица, с которого причитается платеж по обеспеченному обязательству, обеспеченного кредитора и других кредиторов, имеющих право в обремененных активах; и

c) оперативные судебные и, с учетом соответствующих гарантий, внесудебные методы реализации обеспеченными кредиторами своих прав.

1. Общие рекомендации

Общий стандарт поведения в контексте реализации прав

131. В законодательстве следует предусмотреть, что любое лицо должно добросовестно и коммерчески разумно реализовывать свои права и исполнять свои обязанности в соответствии с положениями, касающимися реализации прав.

Ограничения автономии сторон

132. В законодательстве следует предусмотреть, что от общего стандарта поведения, о котором идет речь в рекомендации 131, невозможно отказаться в одностороннем порядке или изменить его по соглашению в любой момент.

133. В законодательстве следует предусмотреть, что с учетом рекомендации 132 лицо, предоставляющее право, и любое иное лицо, с которого причитается платеж или иное исполнение обеспеченного обязательства, может в одностороннем порядке отказаться от любого из своих прав или по соглашению изменить любое из этих прав согласно положениям о реализации прав, однако только после факта неисполнения обязательств.

134. В законодательстве следует предусмотреть, что с учетом рекомендации 132 обеспеченный кредитор может в любое время в одностороннем порядке отказаться от любого из своих прав или по соглашению изменить любое из этих прав согласно положениям о реализации прав.

135. В законодательстве следует предусмотреть, что любое изменение прав по соглашению не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной этого соглашения. На лицо, оспаривающее силу такого соглашения на том основании, что оно не соответствует рекомендациям 132, 133 или 134, возлагается бремя доказывания.

Ответственность

136. В законодательстве следует предусмотреть, что, если какое-либо лицо не исполняет своих обязательств согласно положениям о реализации прав, оно несет ответственность за ущерб, причиненный таким неисполнением.

Защита прав в судебном или ином порядке при несоблюдении обязательств

137. В законодательстве следует предусмотреть, что должник, лицо, предоставляющее право, или любое другое заинтересованное лицо (например, обеспеченный кредитор более поздней очереди, чем обеспеченный кредитор, осуществляющий реализацию, гарант или совладелец обремененных активов) имеет право в любой момент обратиться в суд или иной орган за защитой в случае, если обеспеченный кредитор не исполняет свои обязательства согласно положениям о реализации прав.

Оперативное судебное производство

138. В законодательстве следует предусмотреть возможность проведения оперативного судебного производства в тех случаях, когда обеспеченный кредитор, лицо, предоставляющее право, или любое иное лицо, которое должно исполнить обеспеченное обязательство или заявляет о своем праве в обремененных активах, обращается в суд или иной орган по поводу осуществления прав после неисполнения обязательств.

Права лица, предоставляющего право, после неисполнения обязательств

139. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательств лицо, предоставляющее право, может воспользоваться одним или несколькими из приведенных ниже прав:

a) оплатить в полном объеме обеспеченное обязательство и освободить от обеспечительного права все обремененные активы, как это предусмотрено в рекомендации 140;

b) обратиться в суд или иной орган за защитой, если обеспеченный кредитор не выполняет своих обязательств согласно положениям этого законодательства, как это предусмотрено в рекомендации 137;

c) предложить обеспеченному кредитору принять обремененные активы в полное или частичное погашение обеспеченного обязательства, как это предусмотрено в рекомендациях 158 и 159, или отклонить соответствующее предложение обеспеченного кредитора; и

d) воспользоваться любым иным правом, предусмотренным соглашением об обеспечении или каким-либо законодательством.

Прекращение действия обеспечительного права после исполнения обеспеченного обязательства в полном объеме

140. В законодательстве следует предусмотреть, что должник, лицо, предоставляющее право, или любое иное заинтересованное лицо (например, обеспеченный кредитор, обеспечительное право которого имеет более низкий приоритет по отношению к праву обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, гарант или совладелец обремененных активов) имеет право исполнить в полном объеме обеспеченное обязательство, включая оплату расходов по реализации вплоть до момента полного исполнения. Такое право может быть осуществлено до момента реализации, приобретения или принятия обремененных активов обеспеченным кредитором или заключения обеспеченным кредитором соглашения о реализации обремененных активов. Если все обязательства по кредиту выполнены, то исполнение обеспеченного обязательства в полном объеме освобождает все обремененные активы от обеспечительного права с учетом любых прав суброгации в пользу лица, исполняющего обеспеченное обязательство.

Права обеспеченного кредитора после неисполнения обязательств

141. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательства обеспеченный кредитор имеет право воспользоваться одним или несколькими из приведенных ниже прав в отношении обремененных активов:

a) вступить во владение обремененными материальными активами, как это предусмотрено в рекомендациях 146 и 147;

b) продать обремененные активы или иным образом распорядиться ими, сдать их в аренду или под лицензию, как это предусмотрено в рекомендациях 148–155;

c) предложить, чтобы обеспеченный кредитор принял обремененные активы в полное или частичное погашение обеспеченного обязательства, как это предусмотрено в рекомендациях 156–158;

d) реализовать свое обеспечительное право в принадлежностях, как это предусмотрено в рекомендациях 165 и 166;

e) получать платежи или иным образом реализовать обеспечительное право в обремененных активах, если они представляют собой дебиторскую задолженность, оборотный инструмент, право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, или право на получение поступлений по независимому обязательству, как это предусмотрено в рекомендациях 167–176;

f) реализовать права по оборотному документу, как это предусмотрено в рекомендации 177; и

g) воспользоваться любым иным правом, предусмотренным соглашением об обеспечении (если только это не противоречит положениям этого законодательства), или каким-либо законодательством.

Судебные и внесудебные способы реализации прав после неисполнения обязательств

142. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательств обеспеченный кредитор может реализовать свои права, предусмотренные в рекомендации 141, либо путем обращения в суд или другой орган, либо без такого обращения. Внесудебная реализация прав обеспеченного кредитора подчиняется общему стандарту поведения, предусмотренному в рекомендации 131, и требованиям, предусмотренным в рекомендациях 147–155 в отношении вступления во владение обремененными активами и их отчуждения во внесудебном порядке.

Использование всех предусмотренных прав после неисполнения обязательств

143. В законодательстве следует предусмотреть, что осуществление какого-либо права после неисполнения обязательств не препятствует осуществлению другого права, если только такое осуществление одного права не делает невозможным использование другого права.

Права в отношении обеспеченного обязательства после неисполнения обязательств

144. В законодательстве следует предусмотреть, что осуществление права в отношении обремененных активов после неисполнения обязательств не препятствует осуществлению после неисполнения обязательств права в отношении обязательства, обеспеченного этими активами, и наоборот.

Право обеспеченного кредитора первой очереди контролировать процесс реализации

145. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае, если обеспеченный кредитор начал процесс реализации, приняв любую из мер, описанных в положениях о реализации права, или кредитор, действующий на основании судебного решения, предпринял шаги, упомянутые в рекомендации 84 (глава V о приоритете обеспечительного права), обеспеченный кредитор, обеспечительное право которого имеет приоритет перед правами осуществляющего реализацию обеспеченного кредитора или перед правами осуществляющего реализацию кредитора, действующего на основании судебного решения, имеет право взять на себя процесс реализации на протяжении всего времени до момента отчуждения, приобретения или принятия обремененных активов или заключения осуществляющим реализацию обеспеченным кредитором соглашения о реализации этих обремененных активов в зависимости от того, что происходит раньше. Право взять на себя процесс реализации включает право на реализацию прав любым методом, предусмотренным рекомендациями в настоящей главе.

Право обеспеченного кредитора вступить во владение обремененными активами

146. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательств обеспеченный кредитор имеет право вступить во владение обремененными материальными активами.

Вступление во владение обремененными активами во внесудебном порядке

147. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор может выбрать метод вступления во владение обремененными материальными активами без обращения в суд или иной орган только в том случае, если:

a) лицо, предоставляющее право, дало в соглашении об обеспечении свое согласие на то, что обеспеченный кредитор может вступить во владение, не обращаясь в суд или иной орган;

b) обеспеченный кредитор направил лицу, предоставляющему право, или любому лицу, во владении которого находятся обремененные активы, уведомление о неисполнении обязательств и о намерении обеспеченного кредитора вступить во владение, не обращаясь в суд или иной орган; и

c) в момент изъявления обеспеченным кредитором желания вступить во владение обремененными активами лицо, предоставляющее право, и лицо, во владении которого находятся обремененные активы, не возражают против этого.

Отчуждение обремененных активов во внесудебном порядке

148. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательств обеспеченный кредитор имеет право без обращения в суд или иной орган продать обремененные активы или иным образом распорядиться ими, сдать их в аренду или под лицензию в

пределах прав лица, предоставляющего право, в обремененных активах. С учетом стандарта поведения, предусмотренного в рекомендации 131, обеспеченный кредитор, который решает воспользоваться этим правом, может выбрать метод, порядок, время, место и другие аспекты распоряжения этими активами, сдачи их в аренду или под лицензию.

Предварительное уведомление о распоряжении обремененными активами во внесудебном порядке

149. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательств обеспеченный кредитор должен уведомить о своем намерении продать обремененные активы или распорядиться ими иным образом, сдать их в аренду или под лицензию, не обращаясь в суд или иной орган. Уведомление не требуется, если обремененные активы являются скоропортящимися, их стоимость может быстро уменьшиться или они относятся к той категории активов, которые продаются на признанном рынке.

150. В законодательстве следует предусмотреть правила, обеспечивающие направление уведомления, о котором идет речь в рекомендации 149, эффективным, своевременным и надежным способом, с тем чтобы защитить лицо, предоставляющее право, или другие заинтересованные стороны и в то же время избежать отрицательных последствий для имеющихся в распоряжении обеспеченного кредитора средств правовой защиты и потенциальной чистой стоимости реализации обремененных активов.

151. В отношении уведомления, упомянутого в рекомендации 149, в законодательстве следует:

a) предусмотреть, что такое уведомление должно быть направлено:

i) лицу, предоставляющему право, должнику и любому иному лицу, которое обязано исполнить обеспеченное обязательство;

ii) любому лицу, которое обладает правами в обремененных активах и которое не менее, чем за [будет указано] дней до направления обеспеченным кредитором уведомления лицу, предоставляющему право, уведомило в письменной форме обеспеченного кредитора о таких правах;

iii) любому другому обеспеченному кредитору, который не менее, чем за [будет указан короткий срок] дней до направления обеспеченным кредитором уведомления лицу, предоставляющему право, зарегистрировал уведомление об обеспечительном праве в обремененных активах, которому присвоен индекс по идентификатору лица, предоставляющего право; и

iv) любому другому обеспеченному кредитору, во владении которого находились обремененные активы в момент, когда осуществляющий реализацию обеспеченный кредитор вступил во владение этими активами;

b) указать порядок и сроки направления такого уведомления, его минимальное содержание и уточнить при этом, должно ли уведомление содержать расчет причитающейся на тот момент суммы и ссылку на право должника или лица, предоставляющего право, получить освобождение обремененных активов от обеспечительного права, как это предусмотрено в рекомендации 140; и

c) предусмотреть, что уведомление должно быть составлено на языке, который, как это можно разумно ожидать, позволяет его получателям ознакомиться с его содержанием. Считается достаточным, если уведомление составлено на языке соглашения об обеспечении, которое приводится в исполнение.

Распределение поступлений от отчуждения обремененных активов во внесудебном порядке

152. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае отчуждения обремененных активов во внесудебном порядке осуществляющий реализацию прав обеспеченный кредитор должен использовать чистые поступления от такой реализации (после вычета расходов, связанных с процессом реализации) для погашения обеспеченного обязательства. За исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 153, обеспеченный кредитор, осуществ-

ляющий реализацию прав, должен выплатить любые остающиеся излишки любому конкурирующему заявителю менее приоритетного требования, который до распределения таких излишков уведомил обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию прав, о своем менее приоритетном требовании, в пределах суммы этого требования. Любая оставшаяся сумма должна быть возвращена лицу, предоставляющему право.

153. В законодательстве следует также предусмотреть, что в случае отчуждения обремененных активов во внесудебном порядке, независимо от существования какого-либо спора относительно права любого конкурирующего заявителя требования или очередности платежей, обеспеченный кредитор, осуществляющий реализацию прав, может в соответствии с общими применимыми процессуальными нормами выплатить излишки компетентному судебному или иному органу или публичному депозитному фонду для распределения. Излишки должны распределяться в соответствии с положениями этого законодательства, касающимися приоритета.

154. В законодательстве следует предусмотреть, что распределение поступлений, реализуемых в результате отчуждения в судебном порядке или другой процедуры, осуществляемой под надзором официальных органов, должно проводиться в соответствии с общими правилами, регулирующими исполнительное производство в соответствующем государстве, однако с учетом положений этого законодательства, касающихся приоритета.

155. В законодательстве следует предусмотреть, что должник и любое иное лицо, с которого причитается платеж по обеспеченному обязательству, продолжает нести ответственность за возмещение любых недостающих сумм, которые причитаются после зачета чистых поступлений от реализации в счет погашения обеспеченного обязательства.

Принятие обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства

156. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательств обеспеченный кредитор может предложить в письменной форме принять один или несколько обремененных активов в полное или частичное погашение обеспеченного обязательства.

157. В отношении предложения, упомянутого в рекомендации 156, в законодательстве следует:

a) предусмотреть, что такое предложение должно быть направлено:

i) лицу, предоставляющему право, должнику и любому иному лицу, которое обязано произвести платеж или иным образом исполнить обеспеченное обязательство (например, гаранту);

ii) любому лицу, которое обладает правами в обремененных активах и которое не менее, чем за [будет указано] дней до направления обеспеченным кредитором предложения лицу, предоставляющему право, уведомило в письменной форме обеспеченного кредитора о таких правах;

iii) любому другому обеспеченному кредитору, который не менее, чем за [будет указан короткий срок] дней до направления предложения лицу, предоставляющему право, зарегистрировал уведомление об обеспечительном праве в обремененных активах, которому присвоен индекс по идентификатору лица, предоставляющего право; и

iv) любому другому обеспеченному кредитору, во владении которого находились обремененные активы в момент вступления во владение ими обеспеченного кредитора; и

b) предусмотреть, чтобы в этом предложении обязательно указывалась сумма, причитающаяся на момент направления предложения, и сумма обязательства, которое предлагается погасить посредством принятия обремененных активов.

158. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор может принять обремененные активы, как это предусмотрено в рекомендации 156, если только обеспечен-

ный кредитор не получит от любого лица, имеющего право на получение предложения согласно рекомендации 157, возражение в письменной форме в течение [короткого срока, который будет указан] дней, после направления этого предложения. В случае предложения о принятии обремененных активов в частичное погашение обеспеченного обязательства твердое согласие любого лица, которому направлено это предложение, является обязательным.

159. В законодательстве следует предусмотреть, что лицо, предоставляющее право, может делать предложение, о котором идет речь в рекомендации 156, и если обеспеченный кредитор принимает его, то он должен действовать так, как это предусмотрено в рекомендациях 157 и 158.

Права, приобретенные в процессе отчуждения на основании судебного решения

160. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспеченный кредитор отчуждает обремененные активы в ходе судебного или иного процесса, проходящего под надзором официальных органов, то права, приобретенные лицом, к которому они перешли, определяются общими правилами, регулирующими исполнительное производство соответствующего государства.

Права, приобретенные в процессе отчуждения во внесудебном порядке

161. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспеченный кредитор продает или иным образом отчуждает обремененные активы, не обращаясь в суд или другой орган, в соответствии с законодательством, то любое лицо, которое приобретает право лица, предоставляющего право, в этих активах, принимает эти активы с учетом прав, имеющих приоритет по отношению к обеспечительному праву обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, однако без прав обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, и любого конкурирующего заявителя требования, право которого имеет более низкий приоритет по сравнению с правом обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию. Это же правило применяется к правам в обремененных активах, приобретенным обеспеченным кредитором, который принял эти активы в полное или частичное погашение обеспеченного обязательства.

162. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспеченный кредитор сдает обремененный актив в аренду или под лицензию, не обращаясь в суд или иной орган, в соответствии с этим законодательством, то арендатор или лицензиат могут пользоваться данной арендой или лицензией в течение срока их действия, но не вопреки правам, которые имеют приоритет перед обеспечительным правом обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию.

163. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспеченный кредитор продает или иным образом отчуждает, сдает в аренду или под лицензию обремененные активы не в соответствии с рекомендациями в настоящей главе, то добросовестный приобретатель, арендатор или лицензиат обремененных активов приобретает права или возможности, изложенные в рекомендациях 161 и 162.

Одновременное применение режимов реализации прав в движимом и недвижимом имуществе

164. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) обеспеченный кредитор может решить реализовать обеспечительное право в принадлежностях недвижимого имущества в соответствии с рекомендациями в настоящей главе или законодательством, регулирующим реализацию обременений в недвижимом имуществе; и

b) если в качестве обеспечения обязательства используются как движимые активы, так и недвижимое имущество лица, предоставляющего право, то обеспеченный кредитор может по своему выбору решить реализовать:

i) обеспечительное право в движимых активах в соответствии с положениями о реализации обеспечительного права в движимых активах, а обременение недвижимого имущества в соответствии с законодательством, регулирующим реализацию обременений в недвижимом имуществе; или

ii) оба права в соответствии с законодательством, регулирующим реализацию обременений в недвижимом имуществе.

Реализация обеспечительного права в принадлежностях

165. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор, имеющий обеспечительное право в принадлежностях недвижимого имущества, может реализовать свое обеспечительное право только в том случае, если оно имеет приоритет перед конкурирующими правами в этом недвижимом имуществе. Любой кредитор, имеющий конкурирующее право в недвижимости с более низким приоритетом, имеет право на погашение обязательства, обеспеченного обеспечительным правом осуществляющего реализацию обеспеченного кредитора в принадлежностях. Осуществляющий реализацию обеспеченный кредитор несет ответственность за любой ущерб, причиненный недвижимому имуществу в результате изъятия принадлежностей, кроме любого снижения стоимости этого имущества, которое объясняется исключительно отсутствием принадлежностей.

166. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор, имеющий обеспечительное право в принадлежностях движимых активов, может реализовать свое обеспечительное право только в этих принадлежностях. Любой кредитор, обладающий более высоким приоритетом, может взять под контроль процесс реализации, как это предусмотрено в рекомендации 145. Любой кредитор, обладающий более низким приоритетом, имеет право на погашение обязательства, обеспеченного обеспечительным правом осуществляющего реализацию обеспеченного кредитора в принадлежностях. Осуществляющий реализацию обеспеченный кредитор несет ответственность за любой ущерб, причиненный движимым активам в результате изъятия принадлежностей, кроме любого снижения стоимости этих активов, которое объясняется исключительно отсутствием принадлежностей.

2. Рекомендации, касающиеся конкретных активов

Применение положений главы о реализации к прямой передаче дебиторской задолженности

167. В законодательстве следует предусмотреть, что рекомендации в настоящей главе не применяются к взысканию или иной реализации дебиторской задолженности, уступленной посредством прямой передачи, за исключением:

a) рекомендаций 131 и 132 в случае прямой передачи с правом регресса; и

b) рекомендаций 168 и 169.

Реализация обеспечительного права в дебиторской задолженности

168. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае уступки дебиторской задолженности посредством прямой передачи с учетом рекомендаций 117–123 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства) цессионарий имеет право взыскать или иным образом реализовать дебиторскую задолженность. В случае уступки дебиторской задолженности иным способом, нежели путем прямой передачи, цессионарий, с учетом рекомендаций 117–123, имеет право взыскать или иным образом реализовать дебиторскую задолженность после неисполнения обязательств или до неисполнения обязательств с согласия цедента.

169. В законодательстве следует предусмотреть, что право цессионария взыскать или иным образом реализовать дебиторскую задолженность включает в себя право инкассировать или иным образом реализовать любое личное или имущественное право, обеспечивающее выплату дебиторской задолженности.

Реализация обеспечительного права в оборотном инструменте

170. В законодательстве следует предусмотреть, что после неисполнения обязательства или до его неисполнения с согласия лица, предоставляющего право, обеспеченный кредитор имеет право, с учетом рекомендации 124 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства), инкассировать или иным образом реализовать оборотный инструмент, представляющий собой обремененный актив, в отношении лица, имеющего обязательство по этому инструменту.

171. В законодательстве следует предусмотреть, что право обеспеченного кредитора инкассировать или иным образом реализовать оборотный инструмент включает право приобретать или иным образом реализовать любое личное или имущественное право, обеспечивающее платеж по оборотному инструменту.

Распределение поступлений при отчуждении обремененных активов, представляющих собой дебиторскую задолженность, оборотный инструмент или иное требование

172. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае взыскания средств по дебиторской задолженности или оборотному инструменту или иной их реализации или в случае реализации требования осуществляющий реализацию обеспеченный кредитор должен использовать чистые поступления от такой реализации (после вычета расходов, связанных с процессом реализации) для погашения обеспеченного обязательства. Осуществляющий реализацию обеспеченный кредитор должен выплатить любые остающиеся излишки любому конкурирующему заявителю менее приоритетного требования, который до распределения таких излишков уведомил осуществляющего реализацию обеспеченного кредитора о своем менее приоритетном требовании, в пределах суммы этого требования. Любая оставшаяся сумма должна быть возвращена лицу, предоставляющему право.

Реализация обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

173. В законодательстве следует предусмотреть, что после неисполнения обязательств или до их неисполнения с согласия лица, предоставляющего право, обеспеченный кредитор, обладающий обеспечительным правом в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, имеет право, с учетом рекомендаций 125 и 126 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства), взыскивать эти средства или иным образом реализовать свое право на их выплату.

174. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор, обладающий контролем, имеет право, с учетом рекомендаций 125 и 126 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства), реализовать свое обеспечительное право, не обращаясь в суд или иной орган.

175. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор, который не обладает контролем, имеет право, с учетом рекомендаций 125 и 126 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства), взыскивать средства или иным образом реализовать обеспечительное право в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, в отношении депозитарного банка только на основании судебного решения, если только с депозитарным банком не согласовано иное.

Реализация обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

176. В законодательстве следует предусмотреть, что после неисполнения обязательств или до их неисполнения с согласия лица, предоставляющего право, обеспеченный кредитор, обладающий обеспечительным правом в праве на получение поступлений по независимому обязательству, имеет право, с учетом рекомендаций 127–129 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства), инкассировать эти поступления или иным образом реализовать свое право в праве на получение поступлений по независимому обязательству.

Реализация обеспечительного права в оборотном документе или материальных активах, представленных оборотным документом

177. В законодательстве следует предусмотреть, что после неисполнения обязательств или до их неисполнения с согласия лица, предоставляющего право, обеспеченный кредитор имеет право, с учетом рекомендации 130 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства), реализовать обеспечительное право в оборотном документе или материальных активах, представленных оборотным документом.

IX. Финансирование приобретения

A. Общие замечания

1. Введение

1. Купля-продажа материальных активов является одним из ключевых видов деятельности в современной предпринимательской экономике. Такие активы в тот или иной момент покупает или продает практически каждое предприятие. Для некоторых предприятий приобретение сырья и его последующая переработка и продажа или оптовая покупка инвентарных запасов для продажи розничным продавцам или перепродажи в розницу являются основными видами деятельности. Для других предприятий, хотя купля-продажа материальных активов и не является основным видом деятельности, тем не менее она представляет важность, поскольку предприятиям приходится вкладывать средства в приобретение оборудования, например, которое может время от времени требовать расширения, модернизации или замены.

2. Однако приобретением материальных активов занимаются не только предприятия. Потребители постоянно приобретают материальные активы, начиная от дешевых потребительских товаров и товаров средней стоимости, предназначенных для длительного пользования, вроде мебели, электронных приборов и кухонного оборудования, до таких дорогостоящих товаров, как автомобили и транспортные средства для отдыха.

3. Хотя во многих случаях приобретение материальных активов предприятием или потребителем происходит за наличный расчет, зачастую такие активы приобретаются в кредит. Когда какое-либо предприятие или потребитель приобретает материальные активы в кредит и права в приобретенных активах служат обеспечением кредита, такая сделка представляет собой одну из разновидностей обеспеченных сделок, которая в настоящем *Руководстве* именуется “сделкой по финансированию приобретения”. Право, которое продавец или кредитор удерживает или приобретает в приобретенных активах, можно в зависимости от конкретного характера такой сделки назвать либо “приобретательским обеспечительным правом”, либо “правом на удержание правового титула”, либо “правом финансовой аренды”.

4. Сделки по финансированию приобретения не только относятся к числу наиболее важных источников кредита для многих покупателей материальных активов, но они имеют большое значение и для многих продавцов. Например, во многих государствах покупка автомобиля обычно сопровождается заключением сделки по финансированию приобретения. Хотя покупатели, возможно, и не часто совершают подобные сделки при покупке других товаров, возможность предоставления финансовых средств покупателям для целей приобретения имеет большое значение для предприятий, занимающихся продажей автомобилей. Во многих отношениях сделки по финансированию приобретения идентичны обычным обеспеченным сделкам, описанным в предыдущих главах настоящего *Руководства*. Вместе с тем в иных отношениях они обладают такими особенностями, которые в ряде случаев побуждают государства предусматривать специальные нормы. В настоящей главе рассматриваются методы, при помощи которых государства могут обеспечить эффективный и действенный режим для регулирования всех видов сделок по финансированию приобретения.

5. Конкретно в разделе A.2 настоящей главы обсуждаются термины, используемые в *Руководстве*, с учетом разнообразия форм финансирования приобретения. С целью дальнейшего разъяснения сути сделок по финансированию приобретения в разделе A.3 обсуждается их коммерческая основа, а в разделе A.4 рассматриваются различные подходы к финансированию приобретения, которые используются в разных правовых системах. В разделе A.5 излагаются ключевые принципиальные альтернативы, с которыми сталкиваются государства, принимающие законодательство для регулирования различных видов сделок по финансированию приобретения. В остальной части главы рассматриваются вопросы о том, каким образом различные компоненты режима обеспеченных сделок, обсуждаемые в других главах настоящего *Руководства*, применяются в конкретном случае финансирования приобретения. В разделе A.6 рассматриваются вопросы создания таких механизмов (их сила в отношениях между сторонами), в разделе A.7 – вопросы силы таких механизмов в отношении третьих сторон, в разделе A.8 – вопросы приоритета прав перед правами конкурирующих заявителей требования, в разделе A.9 – права и обязанности сторон до неисполнения обязательств, в разделе A.10 – вопросы реализации обеспечительного права, в разделе A.11 – вопросы коллизионного права, в разделе A.12 – вопросы переходного периода и в разделе A.13 – вопросы, касающиеся режима сделок по финансированию приобретения в делах о несостоятельности. Настоящая глава завершается разделом B, в котором изложена целая серия конкретных рекомендаций.

2. Терминология и разнообразие форм финансирования приобретения

6. Учитывая большое количество и разнообразие сделок по финансированию приобретения, необходимо четко оговорить, каким образом этот и некоторые другие термины используются в *Руководстве.* В ряде случаев такие термины совпадают с терминологией, принятой во многих государствах. При подготовке настоящей главы *Руководства* было принято осознанное решение не создавать новых и поэтому незнакомых терминов (за исключением термина “финансирование приобретения”). Вместе с тем используемые термины следует понимать в том значении, которое указано в терминологическом разделе *Руководства* (см. Введение, раздел B, “Терминология и толкование терминов”), а эти значения могут существенно отличаться от того значения терминов, которое принято вкладывать в них в том или ином государстве.

7. В настоящей главе *Руководства* используется обобщенное понятие “финансирование приобретения”, с тем чтобы полностью охватить все виды сделок, позволяющие покупателям приобретать материальные активы в кредит. Сделка по финансированию приобретения существует во всех случаях, когда какое-либо лицо (будь то продавец или кредитодатель) может требовать осуществления имущественного права в материальных активах для обеспечения обязательства другого лица выплатить любую невыплаченную долю их покупной цены (или ее экономического эквивалента). Сделкой по финансированию приобретения является также и сделка, в соответствии с которой продавец удерживает право собственности (правовой титул на) активы, продаваемые для такой цели. Таким образом, для сделки по финансированию приобретения характерны три следующие основные особенности: *a)* кредит используется для конкретной цели, заключающейся в том, чтобы дать покупателю или арендатору возможность приобрести те или иные материальные активы; *b)* права, на которые заявлены требования или которые удерживаются кредитором, прямо касаются приобретаемых активов; и *c)* права, на которые заявлены требования, возникают в силу соглашения.

8. Как отмечается в разделе C главы I настоящего *Руководства*, государства разработали широкий круг правовых механизмов, при помощи которых кредитующие стороны

могут обеспечивать погашение обязательства своих должников. Хотя в классическом плане лишь некоторые из таких механизмов ведут к возникновению того, что известно как обеспечительные права, все они служат одной экономической цели – обеспечить погашение обязательства.

9. Такое же разнообразие правовых механизмов обычно имеется в распоряжении тех сторон кредиторов, которые финансируют приобретение покупателем материальных активов. Например, продавец, который удерживает право собственности на продаваемые активы до выплаты покупателем всей покупной цены (продавец, удерживающий правовой титул), предоставляет покупателю кредит и тем самым финансирует приобретение им этих активов. Право на удержание правового титула является лишь одним из многих механизмов, имеющихся в распоряжении продавцов. Продавец может также передать правовой титул покупателю с условием, что этот правовой титул покупателя будет обратным числом аннулирован, если покупатель не выплатит согласованную покупную цену (такая продажа имеет название с "резолютивным условием"); или продавец может передать покупателю правовой титул, но получить обеспечительное право в продаваемых активах.

10. Продавцы составляют лишь одну из категорий финансирующих лиц, которые могут предоставлять кредит для обеспечения тому или иному лицу возможности приобрести материальные активы. Кредитодатели могут также предоставлять кредит покупателю для конкретной цели, с тем чтобы покупатель мог приобрести активы у продавца. В этих случаях кредитодатель обычно получает обеспечительное право в продаваемых активах, хотя он может также купить актив и продать его покупателю в соответствии с соглашением об удержании правового титула или же продавец может уступить ему требование в отношении выплаты покупной цены вместе с правом на удержание правового титула. Поскольку кредит покупателю могут предоставлять и продавцы, и кредитодатели, заявлять право в конкретных активах на основании сделки по финансированию приобретения, связанной с такими активами, может не одно, а несколько лиц.

11. В то же время другой вид сделки по финансированию приобретения может быть даже и вовсе не связан с договором купли-продажи. Арендодатель, который предоставляет арендатору активы на условиях, которые с экономической точки зрения эквивалентны продаже в кредит, также обеспечивает финансирование, позволяющее арендатору пользоваться материальными активами таким же образом, как если бы он владел ими, даже если правовой титул никогда не переходит от арендодателя к арендатору. Как и в случае продавцов, у арендодателей есть разные способы составить соглашение таким образом, чтобы позволить арендатору приобрести экономический эквивалент права собственности на арендуемые активы. Такое право арендодателя называется в *Руководстве* "финансовой арендой" (см. Введение, раздел B, "Терминология и толкование терминов").

12. Наконец, кредитодатель, который предоставляет арендатору кредит для оплаты платежей по мере наступления срока оплаты в соответствии с условиями аренды, может в зависимости от условий кредитования иметь право заявлять требование о приобретательском обеспечительном праве в арендуемых активах. Если предоставление кредита фактически позволяет арендатору заключить с арендодателем соглашение о финансовой аренде, арендодатель финансирует использование арендатором (и условное приобретение) этих активов.

3. Коммерческая основа

a) Общие положения

13. В разделе A.2 настоящей главы кратко изложен ряд различных путей, которыми может воспользоваться покупатель для финансирования приобретения таких материальных активов, как оборудование и инвентарные запасы (будь то сырье или готовые изделия). В настоящем разделе подробнее рассматривается коммерческая основа этих различных сделок и их фактическое осуществление в разных государствах. Это обсуждение призвано проиллюстрировать большое разнообразие сделок, используемых для финансирования приобретения материальных активов и предполагающих участие самого широкого круга кредитодателей, и показать, каким образом такие сделки могут служить данной цели, даже не являясь номинально сделками по финансированию приобретения. Обсуждение предполагает также продемонстрировать, что в государствах, в которых применяются такие сделки, имеются большие различия в плане их сферы применения и силы. Наконец, краткий анализ преимуществ и недостатков, связанных с каждым из таких традиционных видов сделок, должен служить основой для рассмотрения и обоснованием конкретного подхода к финансированию приобретения, рекомендованного в настоящем *Руководстве*.

b) Необеспеченное и обеспеченное финансирование приобретения

14. При рассмотрении вопросов купли-продажи материальных активов на коммерческих условиях необходимо прежде всего провести различие между продажей за наличный расчет и продажей в кредит. Иногда у покупателей имеется достаточно ликвидных средств для покупки за наличный расчет необходимых активов. Вместе с тем коммерческие предприятия, как правило, приобретают значительную часть оборудования и инвентарных запасов в кредит.

15. При покупке в кредит материальных активов покупатель часто получает такой кредит на необеспеченной основе. Обычно это происходит одним из следующих двух способов. Во-первых, покупатель может просто занять у третьей стороны средства в размере покупной цены на необеспеченной основе. Например, в то время как сделка купли-продажи является сделкой за наличный расчет, она может в действительности финансироваться за счет общей кредитной линии, открытой основным кредитодателем данного предприятия. Этот метод не вызывает трудностей, однако кредитный рейтинг или репутация покупателя могут затруднить для него получение такого кредита или сделать его слишком дорогим.

16. В ином случае покупатель может договориться с продавцом о приобретении активов на условиях кредита, что позволяет покупателю оплатить имущество после завершения купли-продажи. В данном случае продавец передает покупателю право владения и право собственности на активы, однако получает покупную цену позднее либо в виде единовременной выплаты, либо в виде периодических частичных платежей. Такой метод фактически не отличается от финансирования третьей стороной, за исключением того, что риск неплатежа лежит теперь на продавце, а не на финансирующем лице, выступающем в качестве третьей стороны. Однако многие продавцы либо не могут, либо не желают нести такой необеспеченный риск.

17. В результате покупатели зачастую сталкиваются с тем, что на практике необеспеченное финансирование приобретения недоступно для них; и поэтому они должны предоставлять определенный вид обеспечения для приобретения в кредит материальных активов. Активами, которые служат обеспечением, могут быть имеющиеся у поку-

пателя, а не приобретаемые им активы. Например, предприятие может предложить свой завод или склад в качестве обеспечения погашения кредита, выданного для приобретения оборудования и инвентарных запасов. Вместе с тем самым очевидным активом, который может служить обеспечением, а зачастую и единственным таким активом, имеющимся в распоряжении покупателя, является, как правило, фактически приобретаемый актив.

18. Права в приобретаемых активах, служащих обеспечением финансирования приобретения, могут возникать различными способами. В некоторых государствах продавцы по закону обладают особыми правами, которые позволяют им аннулировать куплю-продажу и забирать проданные активы, если покупатель не выплатит покупную цену в течение определенного срока после поставки. В других государствах продавцам предоставляется автоматическое право требовать приоритетного или преференциального распределения поступлений от продажи в судебном порядке поставленных ими активов. Вместе с тем часто обеспечительное право, требуемое лицом, финансирующим приобретение, является не результатом действия какой-либо нормы права, а результатом соглашения между продавцом или кредитодателем, с одной стороны, и покупателем, с другой.

19. В коммерческой практике финансирование приобретения, в большинстве случаев относится к только что описанному типу. Как уже отмечалось (см. пункты 8–12, выше), такие сделки по финансированию приобретения могут заключаться в разной форме и с разными кредитодателями. Например, покупатель может формально предоставить обеспечительное право в активах финансирующему лицу, являющемуся третьей стороной; покупатель может формально предоставить такое обеспечительное право продавцу; или покупатель и продавец могут согласовать какой-либо другой правовой механизм, который, не будучи формально обеспечительным правом, является его экономическим эквивалентом. В прошлом для финансирования приобретения в основном применялись два таких других механизма. К ним относятся: *a)* удержание продавцом правового титула на активы до выплаты покупной цены; и *b)* оформление сделки в форме и со структурой договора аренды. Эти два механизма по очереди рассматриваются ниже перед обзором современных механизмов финансирования приобретения, имеющихся в распоряжении продавцов и покупателей.

c) Сделки с удержанием правового титула и аналогичные сделки

20. Продавец оборудования и инвентарных запасов может пожелать удовлетворить потребность своего клиента в кредите, поставив ему активы по соглашению, согласно которому право собственности не переходит к покупателю до полной оплаты им покупной цены. Во многих случаях это соглашение заключается между продавцом и покупателем без какого-либо посредника. Вместе с тем в некоторых случаях продавец может продать активы за наличный расчет банку или другому финансовому учреждению, которые могут затем перепродать эти активы покупателю по соглашению, предусматривающему сохранение права собственности до полной выплаты покупной цены.

21. Существуют различные виды соглашений, на основании которых продавцы могут сохранять за собой право собственности на проданные активы до полной выплаты покупной цены. Весьма распространенным является механизм удержания правового титула. При заключении такого вида сделки покупатель приобретает право на получение правового титула только при условии оплаты им покупной цены. До этого момента продавец не обязан передавать покупателю право собственности на приобретаемые активы, даже если покупатель обычно сразу же получает право на владение активами и право пользоваться ими.

22. Соглашения об удержании правового титула иногда называются “обусловленной куплей-продажей”. Вместе с тем в целом это ошибочно. В большинстве случаев при сделках, именуемых “обусловленной куплей-продажей”, сама купля-продажа не является обусловленной (т. е. фактическое соглашение купли-продажи не зависит от наступления в будущем какого-либо неопределенного события, непосредственно не связанного с куплей-продажей). Если говорить точнее, то в соответствии с такой “обусловленной куплей-продажей” обусловленной является лишь передача права собственности покупателю. Продавец сохраняет за собой право собственности на проданные активы до полной выплаты покупной цены или до выполнения покупателем любых других условий, указанных в договоре купли-продажи.

23. Помимо соглашений об удержании правового титула существует большое разнообразие других видов сделок, при которых продавец использует право собственности для обеспечения оплаты неоплаченной части покупной цены продаваемых им активов. Например, сохранение за продавцом права собственности иногда оговаривается как продажа на срок, при этом передача права собственности происходит только по истечении указанного срока. При других видах сделок право на владение активом передается покупателю под “обязательство купли-продажи” или с “правом выкупа”. В некоторых государствах предпринимаются попытки регулировать подобные сделки путем приравнивания обязательства купли-продажи, сопровождаемого поставкой, к купле-продаже. Иногда продавец действительно передает покупателю право собственности в момент купли-продажи при том условии, что правовой титул покупателя будет обратным числом аннулирован, если он не выплатит согласованную покупную цену в соответствии с указанными условиями.

24. В каждом из этих случаев характерной особенностью является то, что согласие продавца отложить полный платеж (т. е. предоставить кредит) защищено либо отсрочкой передачи покупателю правового титула на актив, либо, реже, передачей правового титула покупателю при условии сохранения права продавца на восстановление правового титула в случае неуплаты покупателем. В любом случае покупатель получает безоговорочное право собственности на продаваемый ему актив только после полной оплаты покупной цены.

25. Еще одним видом сделок, успешно используемым для выполнения тех же экономических функций, является “консигнация”. Консигнационная сделка, как правило, состоит в следующем. Консигнант (условный продавец) сохраняет право собственности на материальные активы (обычно инвентарные запасы, предназначенные для перепродажи), однако передает право владения ими консигнатору. Этот последний уполномочивается продать эти активы третьей стороне. После продажи таких активов консигнатор обязан передать консигнанту условленную сумму. При типичной консигнационной сделке обязательство консигнатора приобрести передаваемые активы и уплатить условленную сумму не является безусловным: он обязан либо уплатить согласованную цену, либо вернуть активы консигнанту (“обычный” покупатель таким правом не обладает). В связи с этим важно уяснить характер обязательства, лежащего на консигнаторе: если консигнатор обязан уплатить определенную цену в любом случае, и при этом срок выплаты отложен до момента продажи активов консигнатором, а право собственности на них удерживается консигнантом в качестве обеспечения (как при сделке с удержанием правового титула), то такая сделка относится к категории сделок по финансированию приобретения, рассматриваемых в настоящей главе. Более того, эта сделка будет сделкой по финансированию приобретения даже в том случае, если право собственности на передаваемые для реализации активы формально никогда не переходит к консигнатору, а, скорее, передается непосредственно от консигнанта третьей стороне, которая купила активы у консигнатора.

26. Из вышеперечисленных видов соглашений, в рамках которых продавец в качестве обеспечения выплаты покупной цены использует правовой титул на продаваемые активы, наиболее широко применяются сделки с удержанием правового титула. В некоторых государствах стандартные условия таких сделок разрешается изменять за счет внесения различного рода оговорок, которые существенно расширяют возможности их применения в качестве механизма финансирования приобретения. Так, например, сторонам может быть разрешено по договоренности добавить оговорку о выплате "всех сумм" или о "расчетном счете". В соответствии с такими оговорками продавец сохраняет право собственности на проданные активы до погашения покупателем всей задолженности перед продавцом (а не только задолженности, связанной с конкретным договором купли-продажи). Это означает, что до тех пор, пока покупатель полностью не выплатит продавцу покупную цену за все остальные проданные ему этим продавцом активы, такой продавец сможет заявлять о приоритете удерживаемых им прав собственности на проданные активы по отношению к правам всех остальных потенциальных заявителей требования.

27. Кроме того, в некоторых государствах сторонам разрешается использовать оговорки "продукты", согласно которым право собственности продавца распространяется на любые продукты, произведенные из активов, на которые продавец сохраняет право собственности, или считается, что в этих продуктах продавец обладает обеспечительным правом. Аналогичным образом в некоторых государствах допускаются оговорки "поступления", в соответствии с которыми продавцы могут требовать право собственности или обеспечительное право в любых поступлениях, в частности в дебиторской задолженности, связанных с продажей активов, на которые они сохраняют право собственности, хотя такое случается редко (о режиме поступлений в случае обычных обеспечительных прав см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 72–85; см. также рекомендации 19 и 20). Тем не менее в большинстве государств, допускающих оговорки "поступления", право продавца в поступлениях является не правом собственности, а обычным обеспечительным правом, которое не имеет никакого особого приоритетного статуса.

28. Хотя в ряде государств разрешается в той или иной степени изменять стандартные условия сделок с удержанием правового титула, многие государства придерживаются традиционного подхода. В таких государствах применимое право нередко четко ограничивает сферу действия удерживаемого продавцом права собственности. Обычно требования в отношении этого права могут заявляться: *a)* только в отношении проданных материальных активов, а не в отношении любой дебиторской задолженности или иных поступлений от реализации или замены таких активов; *b)* только до тех пор, пока данные активы сохраняются в своем первоначальном состоянии, не измененном в процессе переработки; *c)* только для обеспечения получения продажной цены данных конкретных активов, а не других сумм, которые покупатель должен продавцу.

29. С учетом того, что во многих государствах удержание правового титула по-прежнему играет центральную роль (и несмотря на тот факт, что многие государства общего права используют термин "обусловленная купля-продажа" для описания таких механизмов), в настоящей главе выражение "право на удержание правового титула" используется в общем смысле. Это выражение означает право поставщика по любому виду сделки купли-продажи, при которой покупатель получает право собственности на продаваемый актив окончательно только после оплаты покупной цены в полном размере.

d) Сделки по аренде, аренде с правом выкупа и финансовой аренде

30. Для того чтобы дать своим клиентам возможность приобрести право пользования активом без необходимости немедленной оплаты его покупной цены, поставщик может

также использовать институт аренды. Как и в случае сделок купли-продажи в качестве механизмов финансирования приобретения могут использоваться разнообразные виды арендных сделок. Во многих случаях поставщик оборудования может просто предоставить в аренду единицу оборудования предприятию, которое приобретает право владения этим оборудованием и ежемесячно выплачивает арендные платежи. При такой схеме поставщик сохраняет право собственности на оборудование в качестве арендодателя, а арендатор просто выплачивает арендные платежи по мере наступления срока. Хотя такие арендные соглашения теоретически могут заключаться в отношении сырья или других инвентарных запасов, стороны, как правило, прибегают к подобному виду сделок для того, чтобы дать предприятию возможность приобрести право пользования оборудованием, таким как машинное оборудование, транспортные средства, компьютеры, копировальные машины, экспозиционные стеллажи и офисная мебель.

31. Во многих случаях соглашение об аренде составляется как функциональный эквивалент купли-продажи с удержанием правового титула. Например, договор аренды может заключаться на весь полезный срок службы продаваемого оборудования, и в этом случае к концу арендного срока выходит, что арендатор пользовался теми же материальными выгодами, которые бы он мог получить, если бы оборудование находилось у него в собственности независимо от того, переходит ли к арендатору право собственности и обязан ли он выкупить оборудование по истечении срока аренды. В качестве варианта срок аренды может быть меньше полезного срока службы оборудования, однако в конце срока аренды арендатор имеет право выкупить оборудование по номинальной цене или продлить срок аренды на оставшуюся часть полезного срока службы оборудования. В некоторых государствах такой вид арендного соглашения возможен только в тех случаях, когда арендатор не обязан или же не имеет права приобрести арендуемый актив. В этих государствах аренда отличается от купли-продажи с удержанием правового титула тем, что в случае аренды право собственности никогда не передается. Тем не менее факт такой передачи не имеет значения для отнесения той или иной сделки к категории сделок по финансированию приобретения. Независимо от того, называется ли такая сделка арендой для реальной квалификации ее в качестве сделки по финансированию приобретения, значение имеет то, приобретает ли арендатор право на использование актива, по меньшей мере на бóльшую часть его полезного срока службы, в обмен на внесение условных арендных платежей, которые представляют собой экономический эквивалент его цены при продаже в рассрочку.

32. В ряде государств для тех же целей, что и купля-продажа с удержанием правового титула, используются так называемые “сделки аренды с правом выкупа”. Однако не во всех государствах это выражение подразумевает один и тот же механизм. В некоторых государствах сделка аренды с правом выкупа начинается с того, что арендатор (арендатор-покупатель) выбирает у поставщика (продавца) оборудование. Затем арендатор обращается в компанию-арендодатель (обычно финансовое учреждение или его отделение) с просьбой купить у поставщика за наличный расчет оборудование и передать его в аренду арендатору (арендатору-покупателю). Как и при обычной финансовой аренде, такая аренда весьма часто предоставляется на период, равный полезному сроку службы оборудования, причем в конце срока аренды арендатор автоматически приобретает право собственности или в качестве варианта может купить оборудование по номинальной цене. В других государствах этот термин используется для обозначения сделок, при которых предприятие арендует актив непосредственно у изготовителя и по истечении срока аренды либо автоматически приобретает право собственности, либо имеет возможность выкупить это оборудование. Для целей настоящего *Руководства* данный термин используется для обозначения любой сделки, которая первоначально представляет собой соглашение об аренде, однако предусматривает приобретение арендатором права собственности на актив по истечении арендного срока.

33. Еще одной разновидностью сделок по финансированию приобретения, имеющих форму аренды, являются сделки “финансовой аренды”, согласно определению, принятому в ряде государств. В таких государствах для подобных сделок предусмотрены особые налоговые льготы, экономический эффект которых состоит в сокращении расходов для арендатора. Независимо от того, является ли соглашение о финансовой аренде двусторонней договоренностью между арендодателем и арендатором или трехсторонней договоренностью, которая предполагает участие третьей стороны – финансиста, которая приобретает актив и затем сдает его в аренду арендатору, эта сделка имеет форму аренды. Независимо от формы сделки экономическая реальность заключается в том, что арендатор выплачивает частями условленную покупную цену оборудования, а арендодатель остается собственником до полной оплаты. Вместе с тем необходимо отметить, что экономическое значение такой сделки в качестве механизма финансирования приобретения не обязательно связано с тем, как сделка финансовой аренды классифицируется для целей налогообложения. Таким образом, одна и та же сделка может являться сделкой финансовой аренды для целей обеспечения и не являться таковой для целей налогообложения, и наоборот (см. Введение, пункты 26–27).

34. В тех государствах, в которых в качестве механизмов финансирования приобретения широко применяются сделки в форме аренды, не только используется разная терминология для обозначения таких сделок, но и предусматриваются разные последствия их использования. В ряде государств арендатор может продавать арендуемые активы, и в этом случае добросовестный покупатель может заявлять свои права собственности на активы в отношении арендодателя. Вместе с тем в некоторых из этих государств арендодатель может претендовать на право в поступлениях, полученных от продажи таких активов. В других государствах арендодатель всегда может заявить о своих правах в отношении лица, которое якобы приобрело актив у арендатора. Кроме того, в некоторых государствах в случае несостоятельности арендатора арендодатель вправе требовать возвращения активов без судебного решения. В других государствах арендатор обязан сначала добиться формального расторжения контракта и восстановить право владения в судебном порядке. Наконец, в некоторых государствах такие сделки строго регулируются императивными нормами, тогда как в других конкретные соглашения об аренде составляются с учетом конкретных потребностей арендатора в наличных средствах, национального налогового режима и других потребностей арендодателя и арендатора.

35. Вышеприведенные примеры отражают большое разнообразие подобных арендных сделок. В зависимости от характера оборудования сроки аренды могут варьироваться от нескольких месяцев до нескольких лет, а объекты аренды – от дорогостоящего оборудования, например самолетов, до более дешевого оборудования, например компьютеров. В любом случае, какое бы определение финансовой аренды ни использовалось в том или ином государстве для целей налогообложения или учета, в настоящей главе термин “финансовая аренда” используется в общем смысле для обозначения всех сделок, которые имеют форму аренды, но когда реально в экономике используется купля-продажа с удержанием правового титула (т. е. когда арендатор в течение срока аренды пользуется правами, функционально эквивалентными праву собственности, независимо от того, передается ли арендатору формально правовой титул на активы или нет).

е) Обеспечительные и другие привилегированные права продавцов

36. Во многих государствах существует ряд других правовых механизмов, используемых для обеспечения исполнения покупателем платежных обязательств. В некоторых случаях права продавцов в рамках этих механизмов возникают в силу закона. Эти

статутные права, как правило, подразумевают, что право собственности на продаваемый актив перешло к покупателю. Например, продавец материальных активов может обладать “привилегированным” или “преференциальным” правом более высокой очереди (часто называемым “приоритет продавца”) заявлять требование в отношении денежных средств, полученных в результате продажи таких активов в судебном порядке или иной продажи в порядке исполнительного производства. Независимо от того, инициируется ли продажа продавцом, который сам получил судебное решение в отношении покупателя, другим кредитором покупателя по решению суда или обеспеченным кредитором во исполнение обеспечительного права в отношении активов, продавец может заявлять требование о своем установленном законом приоритете. Такое установленное законом преференциальное право, как правило, имеет более высокий приоритет, чем даже право обеспеченных кредиторов, которые приобрели свои права по договору.

37. В некоторых государствах продавец имеет право отказать в поставке материальных активов покупателю, не готовому выплатить цену в момент поставки. Это право отказа в поставке обычно подразумевает также право приостановить перевозку активов перевозчиком, также известное как “право остановки груза в пути”. Иногда это право выступает в качестве права на возврат в течение короткого срока (например, 30 дней) после поставки активов. Однако ни одно из статутных прав, о которых идет речь в настоящем и предыдущем пунктах, не является действенным средством финансирования приобретения активов, поскольку все они неизменно требуют, чтобы активы сохранили свою первоначальную суть.

38. Помимо этих статутных прав, возникающих по договору купли-продажи, продавцам традиционно разрешалось приобретать обычное обеспечительное право в продаваемых активах. Несмотря на это, во многих государствах этот механизм был неэффективен из-за отсутствия механизма непосессорного обеспечения. Например, продавец, который передавал покупателю актив, был вынужден удерживать или возвращать себе право владения таким активом в виде залога. В то же самое время в других государствах продавцам уже давно разрешается приобретать непосессорные обеспечительные права, часто в форме “ипотечного залога”. Не так давно ряд государств, в которых ранее не допускалась “ипотека движимых активов”, также внесли в свое законодательство изменения, позволяющие продавцу приобретать по соглашению непосессорное обеспечительное право в продаваемом имуществе. Такой вид обеспечительного права продавца обычно существует только в тех государствах, которые также решили разрешить кредитодателям приобретать непосессорные обеспечительные права в материальных активах.

39. Развитие механизма непосессорных обеспечительных прав продавцов обычно сопровождается еще одним изменением. При условии соблюдения соответствующей процедуры продавцы, приобретающие обеспечение, получают возможность заявлять о приоритете своих прав в приобретаемом активе перед всеми остальными обеспечительными правами, которые были предоставлены покупателем. Эти конкурирующие требования возникнут, в частности, в случае, когда покупатель ранее предоставил обеспечительное право кредитодателю в отношении будущих активов, которые по виду схожи с приобретаемыми. В некоторых государствах это особое обеспечительное право продавца принято называть “залоговым правом продавца”, в других государствах – “правом поставщика на удержание товара” или “залоговым правом поставщика”, в третьих государствах – “обеспечительным интересом покупной цены”. Название не имеет большого значения. Важно то, что: *a)* по своей форме непосессорное обеспечительное право продавца идентично непосессорному обеспечительному праву обычного кредитодателя; и *b)* продавец, имеющий такое обеспечительное право, обычно может требовать преференциального приоритетного статуса, который позволяет ему иметь

преимущество перед любым другим обеспеченным кредитором, заявляющим обеспечительное право в активе, предоставленное продавцу покупателем.

f) Финансирование приобретения кредитодателем

40. В современной экономике большинства стран на долю кредитодателей приходится существенный объем финансирования приобретения. Вместе с тем в прошлом во многих государствах полномочия кредитодателей на предоставление финансовых средств для целей приобретения были значительно ограниченны. В частности, покупатели зачастую не могли предоставлять непосессорные обеспечительные права на приобретаемое ими имущество. В настоящее время в ряде государств, в которых кредитодателям разрешено приобретать непосессорное обеспечение, они до сих пор не имеют права претендовать на особый приоритет в случае финансирования ими приобретения. То есть даже в том случае, когда денежные средства, предоставляемые покупателю, предназначены конкретно для покупки активов и фактически используются для этой цели, кредитодатель, имеющий обеспечение в этих активах, рассматривается как обычный обеспеченный кредитор, на которого распространяются обычные нормы приоритета, регулирующие обеспечительные права. В результате кредитодатель, который специально предоставляет средства для финансирования приобретения конкретных активов, имеет более низкий приоритет, чем существующий ранее обеспеченный кредитодатель, обладающий обеспечительным правом на будущие активы того же вида, что и приобретаемые активы.

41. В таких государствах единственный механизм, при помощи которого кредитодатели могли обеспечить себе такой же преференциальный статус, как и продавцы и арендодатели, заключался в приобретении прав продавца или арендодателя. Так, в тех случаях, когда продавцы сохраняли право собственности для обеспечения платежных обязательств покупателя, кредитодатели иногда прямо оплачивали продавцу покупную цену и получали в соответствии с соглашением купли-продажи уступку права продавца на получение платежа, а также права продавца на удержание правового титула. Аналогичным образом, в тех случаях, когда закон разрешал продавцам приобретать по договору обеспечительное право с особым приоритетным статусом в продаваемом активе, кредитодатель мог приобрести обеспечительное право продавца. Наконец, в случаях финансовой аренды кредитодатель иногда мог выкупить договор аренды у арендодателя. Хотя эти получаемые от продавцов права кредитодателя и позволяют кредитодателям выходить на рынок финансирования приобретения, они не способствуют развитию открытой конкуренции между кредитодателями, поскольку: *a)* для достижения желаемого результата кредитодателю требуется получить согласие продавца, что нередко сопряжено с дополнительными расходами для кредитодателя (которые в конечном счете несет покупатель) либо вступить в многочисленные сделки, включая выкуп прав у продавца и вступление в них в порядке суброгации; и *b)* кредитодатель обязан стать собственником приобретаемых активов, а приобретение такого статуса для него не всегда желательно по причинам налогов, ответственности за качество продукции или иным причинам.

42. Для того чтобы стимулировать конкуренцию в сфере финансирования приобретения, в некоторых государствах кредитодателям, предоставляющим покупателям финансовые средства для приобретения материальных активов, разрешается приобретать от собственного имени преференциальное обеспечительное право в этих активах. Иначе говоря, в этих государствах кредитодатели могут получать приоритетный статус, который ранее был доступен им только путем приобретения преференциального права, которым пользуются продавцы. Однако не все кредитодатели, предоставляющие предприятию денежные средства, которые в конечном итоге можно использовать для покупки материальных активов, могут заявлять требования в отношении приобрета-

тельского обеспечительного права. Для того чтобы иметь такую возможность, кредитодатель должен предоставить покупателю кредит на приобретение данных активов и сам кредит должен фактически использоваться для этой цели, в любом случае право может быть востребовано только в активах, приобретенных таким образом.

43. Даже несмотря на то что данный особый вид приобретательского обеспечительного права кредитодателя существует в ряде государств, идея о том, что кредитодатель может непосредственно заявлять преференциальное приобретательское обеспечительное право, не пользуется широкой поддержкой. В действительности в большинстве государств, где продавцам разрешено обеспечивать покупную цену продаваемого имущества посредством права на удержание правового титула, кредитодатели не могут заявлять требования в отношении преференциальных приобретательских обеспечительных прав. В этих государствах кредитодатели, как и продавцы, вправе приобретать непосессорное обеспечение, однако претендовать на преференциальное приобретательское обеспечительное право разрешается, как правило, только продавцам, которые могут прибегать к такому средству в качестве альтернативы сохранению права собственности.

4. Подходы к финансированию приобретения материальных активов

a) Общие положения

44. В прошлом государства разработали целый ряд подходов для регулирования сделок по финансированию приобретения. Вместе с тем главной задачей считалось обеспечение защиты прав продавцов. Кроме того, до недавнего времени во многих государствах покупатель не мог предоставлять непосессорное обеспечительное право в материальных активах даже продавцу. По этим двум причинам был разработан механизм удержания правового титула для использования в повседневной практике в системе гражданского права, общего права и других правовых системах. Иногда государства принимали законодательство для признания и регулирования этого механизма финансирования приобретения. Однако в большинстве случаев этого не делалось, и действующие в этих государствах правовые нормы в области финансирования приобретения сложились на основе договорной практики, которая впоследствии была признана и доработана судами.

45. Для того чтобы лучше понять, какие принципиальные альтернативы имеются у государств в сфере финансирования приобретения, целесообразно кратко рассмотреть три наиболее распространенных подхода к финансированию приобретения, применяющиеся в государствах: *a)* подходы, способствующие финансированию приобретения со стороны продавца; *b)* подходы, способствующие финансированию приобретения со стороны продавца и со стороны кредитодателя в качестве двух отдельных взаимодополняющих механизмов; и *c)* полностью интегрированный подход к финансированию приобретения, при котором между продавцами и кредитодателями не проводится принципиального различия.

b) Подходы, способствующие предоставлению финансовых средств на цели приобретения со стороны продавца

46. Как отмечается выше, при разработке правовых норм в области финансирования приобретения во многих государствах основное внимание уделялось защите интересов продавцов. Ни в одном государстве законодательные и судебные органы не имели намерения лишать финансовые учреждения возможности предоставлять финансовые средства на цели приобретения. Однако поскольку эту сферу было принято считать

подразделом права, регулирующего куплю-продажу, в таких государствах механизмы удержания правового титула и эквивалентные с экономической точки зрения механизмы могли использоваться исключительно продавцами и были недоступны финансовым учреждениям. В результате такие механизмы стали основным, а то и единственным механизмом финансирования приобретения, позволявшим покупателям вступать во владение приобретаемым активом.

47. Характер и последствия действия механизмов удержания правового титула весьма различны в разных государствах. Многие из этих различий являются результатом исторического развития и конкретной договорной практики, которая была принята в ответ на правовые нормы, действующие в том или ином государстве часто для преодоления накладываемых такими нормами ограничений. Вследствие этого право в данной области зачастую развивалось беспорядочным образом: по мере необходимости изобретались новые виды договоров и вносились дополнительные условия в хорошо известные типы соглашений, которые компенсировали отсутствие полноценного режима регулирования сделок по финансированию приобретения. Следовательно, повседневная договорная практика не всегда согласуется с законодательной политикой, которая отражается в действующем в том или ином государстве законодательстве, и не всегда отражает те виды практики, которыми руководствовались бы предприятия, если бы правовой режим был призван содействовать эффективному обеспеченному кредитованию.

48. Подход, уделяющий основное внимание продавцам в качестве главного источника финансирования приобретения, иногда основывается на политическом решении, призванном защитить интересы малых и средних поставщиков продаваемых в кредит материальных активов перед крупными финансовыми учреждениями. Этот подход признает важность таких производителей и продавцов для внутренней экономики и доминирующее положение крупных учреждений на кредитных рынках. Нередко в обоснование решения о создании особого режима для продавцов приводится несколько постулатов. Один из них состоит в том, что поставщики заинтересованы в предоставлении дешевого кредита для повышения объема своих продаж. Согласно другому, стоимость такого кредита является приемлемой, поскольку многие поставщики не взимают проценты до неисполнения обязательств. Третий постулат заключается в том, что продать материальные активы покупателю будут обычно стремиться несколько поставщиков, поэтому покупателям будут предлагаться конкурентные цены.

49. Государству, рассматривающему вопрос о реформе законодательства в области обеспеченных сделок, следует внимательно проанализировать эти доводы. Некоторые из них могут оказаться обоснованными, другие же нет. Например, первый довод верен во всех случаях. С другой стороны, что касается второго довода, то тот факт, что поставщик продает активы покупателю по соглашению об удержании правового титула, отнюдь не означает, что предоставляемый продавцом кредит будет бесплатным для покупателя. Поставщик сам несет издержки, связанные с получением средств для предоставления кредита, а издержки, связанные с получением средств, будут, скорее всего, включены в цену продаваемых активов и переложены на покупателя. Относительно третьего довода можно указать, что, хотя конкуренция между продавцами может возрасти, дополнительная конкуренция (которая может снизить стоимость активов) возникнет, если стороны, не являющиеся продавцами, также получат возможность финансировать приобретение этих активов.

50. Даже если государство, заинтересованное в развитии производства и увеличении объема поставок материальных активов, желает поощрять продавцов, с тем чтобы те охотнее выступали в качестве кредитодателей, оно должно делать это таким образом, чтобы не лишить другие стороны возможности предлагать финансовые средства на цели приобретения на конкурентоспособных условиях. Подобно тому, как конкуренция

между продавцами обычно ведет к снижению цен для покупателей, конкуренция между кредитодателями ведет к снижению стоимости и расширению доступности кредита для покупателей. Содействие конкуренции среди всех кредитодателей приведет не только к наличию кредита для покупателя по наиболее доступным ставкам, но и, скорее всего, откроет новые источники кредитования для покупателей. Это, в свою очередь, расширит их возможности для приобретения материальных активов и избавит самих продавцов от необходимости заниматься финансированием всех своих потенциальных покупателей.

51. Правовые барьеры, препятствующие другим финансирующим лицам, помимо продавцов и арендодателей, заниматься прямым финансированием покупателей или требующие, чтобы эти другие финансирующие лица предоставляли кредит только через продавца или арендодателя путем приобретения уступки права продавца на удержание правового титула или права арендодателя по финансовой аренде, могут быть непродуктивными и с других точек зрения. Самым важным является то, что отношение к финансированию приобретения просто как к вопросу защиты имущественных прав продавцов и арендодателей может фактически сужать объем прав, которые в ином случае могли бы требовать такие продавцы и арендодатели. Это обусловлено тем, что многие современные режимы обеспеченных сделок предусматривают предоставление обеспеченным кредиторам ряда прав, которые часто отсутствуют у продавцов, которые используют механизм удержания правового титула для обеспечения своих требований. Эти права, например, включают: *a)* автоматическое право заявлять требование об обеспечительном праве в любых продуктах, которые производятся из активов, в отношении которых предоставлено обеспечительное право, и в любых поступлениях, получаемых в результате продажи обремененных активов; и *b)* способность использовать обеспечительное право для обеспечения всей задолженности, которая может возникнуть у покупателя перед продавцом.

c) Подходы, способствующие финансированию приобретения как со стороны продавца, так и со стороны кредитодателя

52. Стремясь, с одной стороны, расширить круг потенциальных кредиторов, способных предоставлять покупателям финансовые средства для целей приобретения, и, с другой стороны, дать возможность продавцам пользоваться всеми правами, доступными ранее кредитодателям, имевшим обеспечительные права, многие государства вносят в свои режимы финансирования приобретения изменения, призванные содействовать финансированию приобретения как со стороны продавца, так и со стороны кредитодателя. Для достижения этой цели используются различные подходы.

53. В некоторых государствах, в которых признаются особые приобретательские права продавцов, основанные на сохранении права собственности, продавцы, удерживающие правовой титул, могут теперь расширить свои права по договору путем включения в соглашение купли-продажи дополнительных оговорок. В этих государствах продавцам, удерживающим правовой титул, часто разрешается включать в договор купли-продажи оговорку о том, что право продавца распространяется на активы, изготовленные из первоначально проданного актива, или же оговорку (часто именуемую “оговоркой о всех суммах”), согласно которой продавец может удерживать правовой титул на определенные материальные активы в обеспечение исполнения всех непогашенных обязательств, которые имеет перед ним покупатель. В редких случаях государство может также разрешать продавцам, удерживающим правовой титул, включать в договор купли-продажи и оговорку о том, что их право распространяется и на дебиторскую задолженность или другие поступления, возникшие в результате продажи товаров. Тем не менее в большинстве государств, в которых признаются особые права продавцов, основанные на сохранении права собственности, механизмом правового

титула считается только простое удержание правового титула, а другие более сложные механизмы удержания правового титула либо не признаются, либо относятся к механизмам, создающим обеспечительные, фидуциарные или иные права. Следует также отметить, что в некоторых государствах в рамках механизма удержания правового титула были расширены и права покупателей: в таких государствах было признано ожидаемое право покупателя в имуществе, приобретаемом в рамках механизма удержания правового титула, и покупателям было разрешено предоставлять другому кредитору обеспечительное право более низкой очереди в активах (или, если речь идет о материальных активах, которые будут приобретены в будущем, в ожидаемом праве на получение таких активов).

54. Ряд государств провели реформу законодательства в области обеспеченных сделок, которая позволяет продавцам получать преференциальные приобретательские обеспечительные права при одновременном сохранении механизмов удержания правового титула, финансовой аренды и аналогичных механизмов в качестве отдельных сделок по финансированию приобретения. Вместе с тем в этих государствах различные механизмы, посредством которых право собственности выступает в качестве обеспечения обязательства покупателя, обычно регулируются практически теми же нормами, которые применяются к приобретательским обеспечительным правам продавца. В то же время в других государствах признаются традиционные права продавца в средствах на финансирование приобретения наряду с его приобретательскими обеспечительными правами, однако при этом кредитодателям разрешено заявлять требования в отношении обеспечительных прав в продаваемых активах. Во избежание несогласованности между различными видами финансирования приобретения эти государства нередко идут еще дальше и требуют от продавцов регистрировать уведомления об удержании правового титула в реестре обеспечительных прав и придерживаться тех же процедур принудительной реализации, которые предусмотрены для реализации обеспечительного права.

55. Такой последний подход основан на политическом решении обеспечить, насколько это возможно, равный режим для всех сделок, используемых для финансирования приобретения материальных активов. То есть цель этих государств состоит в том, чтобы распространить преимущества режима обеспечительных прав на продавцов, удерживающих титул, и в то же время распространить на этих продавцов тот же процедурный режим, который применяется к кредитодателям. Попытка создания более-менее равных возможностей для всех кредитодателей подобным образом будет, как предполагается, стимулировать конкуренцию между ними и способствовать увеличению объема имеющегося кредита и снижению его стоимости как для продавцов, так и для покупателей. Такие виды реформированного режима интегрируют права продавцов и арендодателей в режим обеспечительных сделок, способствуя развитию практики предоставления финансовых средств под обеспечение в виде ожидаемых прав покупателя или арендатора. Однако в то же время эти режимы не предоставляют кредитодателям возможность прямо конкурировать за получение первоочередного права в приобретаемых активах. Иными словами, хотя действующие в таких государствах режимы в значительной степени способствуют созданию равных возможностей для предоставления финансовых средств на цели приобретения, они все же наделяют продавцов преференциальным приоритетным статусом по сравнению с другими кредитодателями, предоставившими финансовые средства на цели приобретения.

d) Подходы, основанные на полностью интегрированной концепции обеспечительного права, связанного с кредитованием покупной цены

56. Некоторые государства пошли еще дальше. Они не только приняли подход, допускающий и призванный стимулировать финансирование приобретения как со стороны

продавца, так и со стороны кредитодателя, но и ввели в действие режимы, предусматривающие равное отношение ко всем лицам, финансирующим приобретение. В этих государствах кредитодатели могут приобретать такой же преференциальный приоритет, как и продавцы, имеющие обеспечительные права в продаваемом ими имуществе. Для целей регулирования различные права собственников в средствах на финансирование приобретения (удержание правового титула, финансовая аренда и аналогичные механизмы) имеют следующие особенности: *a)* они полностью интегрированы в единый функциональный вид обеспечительного права; и *b)* на них распространяется такой же режим, как и на стандартные приобретательские обеспечительные права, имеющиеся у продавцов и кредитодателей. Во многих государствах, которые приняли такой подход, эти различные приобретательские обеспечительные права именуются обеспечительными правами, связанными с кредитованием покупной цены.

57. В тех государствах, где принят подход, признающий обеспечительные права, связанные с кредитованием покупной цены, их применение регулируется двумя важными принципами. Первый принцип заключается в том, что обеспечительное право, связанное с кредитованием покупной цены, которое в настоящем *Руководстве* именуется “приобретательским обеспечительным правом”, является обобщенной всеобъемлющей концепцией. Это означает, что она применима к любой сделке, по которой финансирующее лицо предоставляет кредит, дающий возможность покупателю приобрести материальные активы, и сохраняет право в приобретаемых активах для обеспечения погашения этого кредита. Второй принцип состоит в том, что обеспечительное право, связанное с кредитованием покупной цены, является одной из категорий обеспечительного права. Это значит, что, за исключением случаев, когда особые обстоятельства финансирования приобретения требуют специальной нормы, применимой только к таким правам, все нормы, применимые к обеспечительным правам в целом, применяются также и к приобретательским обеспечительным правам (см. определение понятия “приобретательское обеспечительное право” в Введении, раздел B, “Терминология и толкование терминов”).

58. Режим приобретательских обеспечительных прав в государствах, которые приняли полностью интегрированный подход к обеспечительному праву, связанному с кредитованием покупной цены, имеет следующие основные особенности:

a) этим правом могут обладать не только поставщики материальных активов, но и другие лица, предоставляющие финансовые средства на цели приобретения, включая кредитодателей и арендодателей по финансовой аренде;

b) обеспеченному кредитору, финансирующему приобретение, обеспечительное право предоставляется для целей обеспеченных сделок независимо от того, удерживает ли данный кредитор правовой титул на приобретаемые активы;

c) покупатель может предоставить обеспечительное право более низкой очереди в одних и тех же активах другим кредиторам и таким образом иметь возможность использовать полную стоимость своих прав в приобретаемых активах для получения дополнительного кредита;

d) независимо от того, именуется ли соглашение, на основании которого создается приобретательское обеспечительное право, соглашением об обеспечении, соглашением об удержании правового титула или соглашением о финансовой аренде, кредитор, финансирующий приобретение, равно как и другие обеспеченные кредиторы, обязан зарегистрировать уведомление о своем обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав;

e) после регистрации уведомления о приобретательском обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав данное приобретательское обеспечительное право вступает в силу в отношении третьих сторон;

f) если уведомление регистрируется в течение короткого срока после поставки активов покупателю или до поставки, когда речь идет об инвентарных запасах, приобретательское обеспечительное право, как правило, имеет приоритет перед правами конкурирующих заявителей требования, в том числе перед правами кредиторов, обладающих ранее существовавшими обеспечительными правами в будущих активах покупателя;

g) обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, который является продавцом или арендодателем по финансовой аренде, может принудительно исполнять свои права в рамках или вне рамок производства по делу о несостоятельности таким же образом, как и любой другой обеспеченный кредитор, и не имеет никаких прав на принудительное исполнение, основанных на правовом титуле.

59. В последние несколько десятилетий XX века и в первое десятилетие XXI века такой полностью интегрированный подход к финансированию приобретения получает все более широкое распространение среди государств. Такая тенденция прослеживается и на международном уровне. Например, когда речь идет о некоторых видах воздушных судов и другого дорогостоящего подвижного оборудования, Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования[1] регулирует вопросы силы прав, связанных с куплей-продажей с удержанием правового титула и финансовой арендой, в отношении третьих сторон, предусматривая отдельные нормы, которые тем не менее весьма схожи с нормами, регулирующими обеспечительные права. Соответственно предусмотренный Конвенцией международный реестр распространяется помимо обеспечительных прав и на права, связанные с удержанием правового титула и финансовой арендой. Более того, согласно Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле[2] одни и те же нормы применяются к: *a)* уступкам обеспечения; *b)* уступкам для целей обеспечения; и *c)* безоговорочным уступкам (см. подпункт *a)* статьи 2), что позволяет избежать проведения различия между обеспечительными правами и механизмами, связанными с правовым титулом. Действительно, статья 22 Конвенции прямо охватывает различные коллизии приоритетов, включая коллизию между цессионарием дебиторской задолженности и кредитором цедента, чьи права на удержание правового титула на материальные активы распространяются на дебиторскую задолженность, возникшую в результате продажи таких активов. Наконец, такой же подход к правам в средствах на финансирование приобретения используется в Типовом законе Европейского банка реконструкции и развития об операциях с обеспечением[3], Типовом законе Организации американских государств об обеспеченных сделках[4] и Руководстве для регистров движимого имущества Азиатского банка развития[5].

5. Ключевые принципиальные варианты

a) Общие положения

60. В главе I раздела C *Руководства* рассматриваются основные подходы к обеспечению и рекомендуется подход, который может быть принят государством, желающим провести реформу своего законодательства об обеспеченных сделках. Основной вопрос, который обсуждается в этой главе, заключается в том, каким образом следует рассматривать сделки, которые выполняют экономическую функцию механизма

[1] См. Введение, сноску 8.
[2] См. Введение, сноску 7.
[3] См. Введение, сноску 3.
[4] См. Введение, сноску 9.
[5] См. Введение, сноску 6.

обеспечения, но совершаются путем использования правового титула на активы с целью обеспечения полной выплаты по требованию финансирующего лица. Этот вопрос возникает как в ситуациях, связанных с несостоятельностью, так и в других ситуациях. Среди государств, реформировавших в последнее время свое законодательство об обеспеченных сделках, распространены четыре различных подхода.

61. Во-первых, во многих из этих государств по-прежнему официально действует множество финансовых механизмов, применимых во всех ситуациях. Это означает, что в них признаются как обеспечительные механизмы, так и такие механизмы, как удержание правового титула, фидуциарная передача титула, ипотечный залог и продажа с правом освобождения от залогового обременения, когда производится передача права собственности на активы заемщика для обеспечения исполнения обязательства. В этих государствах каждая сделка регулируется своей собственной концептуальной логикой, будь то обеспечение, купля-продажа или аренда.

62. Во-вторых, в других государствах такое множество финансовых механизмов продолжает официально действовать в ситуациях, не связанных с несостоятельностью, однако в соответствии с установленным в этих государствах режимом несостоятельности все сделки с использованием права собственности для обеспечения платежа по требованию кредитора относятся к категории обеспечительных механизмов. В этих государствах все сделки, выполняющие экономическую функцию обеспечения, рассматриваются для целей несостоятельности как функциональный эквивалент обеспечения.

63. В-третьих, другие государства распространили действие подхода “функционального эквивалента” на ситуации, связанные и не связанные с несостоятельностью. Установленные в этих государствах режимы признают особый характер каждого из этих различных видов сделок с использованием правового титула. Продавцам по-прежнему разрешено участвовать в сделках, связанных с удержанием правового титула или резолютивной продажей, а кредитодателям – в обеспеченных сделках или сделках купли-продажи с правом освобождения от залогового обременения. Вместе с тем для надлежащего согласования этих различных сделок и обеспечения, насколько это возможно, равного отношения к ним, все эти сделки в указанных государствах, как бы они ни назывались, регулируются всеобъемлющей правовой структурой, создающей функционально эквивалентные результаты.

64. В-четвертых, все большее число государств довели это обоснование функциональности до своего логического завершения и приняли подход, который можно назвать функционально интегрированным и “унитарным” подходом. В соответствии с их режимом обеспеченных сделок к обеспечению относятся все различные сделки, выполняющие экономическую функцию обеспечения независимо от их формы, при этом они прямо именуются “обеспечительными правами”. Таким образом, в этих государствах этот режим не просто сохраняет разнообразие титульных механизмов, которые рассматриваются как функционально эквивалентные обеспеченным сделкам. Режим фактически относит все эти титульные механизмы к категории обеспеченных сделок при условии, что они выполняют экономическую функцию обеспеченной сделки.

65. В *Руководстве* государствам рекомендуется принять в отношении обеспеченных сделок, не связанных с приобретением, этот последний подход. Все не связанные с приобретением обеспеченные сделки, при которых права в активах лица, предоставляющего право, включая право собственности, используются для обеспечения обычного платежного обязательства заемщика перед кредитодателем, должны рассматриваться как обеспечительные механизмы и определяться как таковые как в ситуациях, связанных с несостоятельностью, так и в других ситуациях (см. рекомендацию 8).

В *Руководстве* это называется функциональным, комплексным и всеобъемлющим унитарным подходом (см. главу I о сфере применения, пункты 110–114). Такой подход имеет три следующих основных преимущества: *a)* он более очевидно способствует ценовой конкуренции между кредитодателями и, следовательно, с большей вероятностью увеличивает наличие обеспеченного кредита; *b)* он позволяет принимать более взвешенные законодательные решения на основе сопоставительной эффективности; и *c)* он способствует более легкому принятию и применению режима, поскольку все сделки, создающие обеспечительные права, трактуются одинаковым образом.

66. В тех случаях, когда обеспечиваемым обязательством является выплата покупной цены материального имущества (т. е. в случаях, связанных со сделкой по финансированию приобретения), возникает более сложный концептуальный вопрос, поскольку не все участвующие стороны являются кредитодателями. Среди них есть и продавцы. Поэтому при решении вопроса о целесообразности принятия функционально комплексного подхода государствам придется определить: *a)* должно ли логическое обоснование обеспеченных сделок иметь преимущество перед логическим обоснованием права, регулирующего куплю-продажу и аренду (или, говоря конкретнее, логическим обоснованием права, регулирующего право собственности), в тех случаях, когда продавцы и арендодатели используют такие сделки для обеспечения выплаты покупной цены (или ее экономического эквивалента) материальных активов; или *b)* должно ли логическое обоснование купли-продажи и аренды иметь преимущество перед логическим обоснованием обеспеченных сделок как основной организационный принцип в этих случаях. Для решения этих вопросов государства должны, во-первых, рассмотреть вопрос о том, следует ли принимать подход обеспечения функционально эквивалентных результатов как наиболее эффективное средство достижения цели обеспечения равного статуса лиц, финансирующих приобретение; и, во-вторых, если такой подход принимается, они должны рассмотреть вопрос о том, следует ли принимать комплексный подход как наиболее эффективное средство установления свода норм, приводящих к достижению функционально эквивалентных результатов.

b) Функциональный эквивалент: обобщенная концепция финансирования приобретения

67. Существуют веские основания экономического характера, которые могут побудить государства принять функционально комплексный подход к финансированию приобретения. В условиях рыночной экономики создание равных возможностей для всех кредитодателей будет усиливать конкуренцию между ними, тем самым потенциально увеличивая объем имеющихся кредитных ресурсов и уменьшая их стоимость. Ни один экономический принцип не может служить основанием для получения тем или иным производителем или продавцом материальных активов монополии на предоставление кредита покупателям. После признания того факта, что финансирующие лица должны иметь возможность конкурировать в области предложения покупателям финансовых средств на цели приобретения, правовой режим, в соответствии с которым они будут делать это, не должен создавать стимулы для той или иной подгруппы финансирующих лиц. Самым эффективным методом обеспечения конкуренции в области предоставления кредита, которая будет основываться исключительно на условиях, предлагаемых финансирующими лицами, является принятие правовых норм, обеспечивающих достижение функционально эквивалентных результатов.

68. Из этого следует, что покупателям следует разрешить искать наиболее выгодное для них предложение для удовлетворения своих потребностей в финансировании приобретения. Они должны иметь равные возможности для согласования с любым потенциальным финансирующим лицом таких вопросов, как срок ссуды или другой формы

кредита, условия его погашения, размер процентных ставок, события, которые будут считаться неисполнением обязательств, и объем обеспечения, который они должны предоставить. Если правовой режим разрешает определенным финансирующим лицам получить более широкие обеспечительные права по сравнению с другими финансирующими лицами, то такое равенство возможностей согласования будет дискредитировано. Иначе говоря, с экономической точки зрения в финансировании приобретения нет никаких уникальных особенностей, которые могли бы побудить государство принять подход к конкуренции в области кредитования, отличный от подхода, который оно принимает в отношении обычного финансирования, не связанного с приобретением.

69. Существуют также причины, касающиеся характера правовых институтов, которые могут побудить государство принять принцип, призванный обеспечить функционально эквивалентные результаты. Как отмечалось выше (см. пункты 36–39), государства традиционно подходили к вопросам организации кредита для покупателей материальных активов путем предоставления продавцам конкретных прав (при этом, возможно, предполагалось, что продавцы будут предоставлять наибольшую часть финансовых средств, предназначенных для приобретения, и что бóльшая часть продаж будет осуществляться в форме однократных сделок, касающихся отдельных объектов). При таком предположении основная задача заключалась исключительно в том, чтобы обеспечить продавцу возможность быстро и эффективно и без каких-либо прав третьих сторон вернуть себе проданные активы в том случае, если покупатель не выплатит покупную цену. Это означает, что кредит был ничем иным, как вспомогательным средством продажи, и что основным интересом продавца было получение стоимости активов, поставленных покупателю. В последние десятилетия произошли два изменения, которые заставили государства переосмыслить такую позицию.

70. Во-первых, по мере развития экономики росла необходимость в финансировании приобретения, и продавцы пришли к выводу, что весьма часто они не в состоянии удовлетворять все потребности своих покупателей в кредите. Особенно в тех случаях, когда производители, оптовые и розничные торговцы покупали крупные партии сырья и инвентарных запасов, банки и финансовые компании и другие кредитодатели стали все чаще предоставлять кредит покупателям именно для целей приобретения ими таких партий сырья и инвентарных запасов. Во-вторых, все более сложными и дорогостоящими становились те виды оборудования, которые были необходимы для производства и сбыта. Часто поставщики были не в состоянии предоставить своим потенциальным покупателям необходимые финансовые средства. Кроме того, покупатели, часто руководствуясь налоговыми соображениями, приходили к выводу, что иногда экономически выгоднее не покупать необходимое оборудование, а приобретать его в рамках сделки, имеющей форму и называемой арендой, а не покупкой. Нередко такие арендные сделки осуществлялись для достижения экономического эквивалента купли-продажи на условиях кредита.

71. В обоих указанных случаях лицо, не являющееся непосредственным продавцом активов, предоставляло покупателю (или в случае арендатора – условному покупателю) финансовые средства на приобретение. В результате государствам пришлось решать вопрос о том, является ли обоснованным сохранение ссылки на права продавца при осуществлении типичной сделки по финансированию приобретения. Основные причины таких соображений заключались в том, что: *a)* продавцы традиционно могли получить высокоприоритетное обеспечительное право в активах, основанное на их праве собственности, а другие финансирующие лица, например кредитодатели, обычно не могли сделать это; *b)* когда сделка проводилась в форме аренды, а не купли-продажи, при которой продавец передавал покупателю правовой титул против предоставления права на аннулирование купли-продажи в случае невыплаты покупной цены, арендатор обычно не мог использовать арендуемые активы в качестве обеспечения другого

кредита. Эти соображения побудили государства рассмотреть первый принципиальный вопрос о том, не может ли обобщенная всеобъемлющая концепция сделки по финансированию приобретения являться более эффективным методом организации данного раздела права в области обеспеченных сделок.

72. Многие государства пришли к выводу, что правовой режим будет более ясным и вызовет меньше споров, если он не будет проводить формального различия между правами различных лиц, финансирующих приобретение. То есть даже в случае их решения о сохранении продавцам возможности защищать свои права посредством удержания права собственности на проданные активы до полной оплаты их стоимости покупателем, эти государства решили упростить характер режима, приняв подход, обеспечивающий функционально эквивалентные результаты: все сделки по финансированию приобретения материальных активов будут регулироваться преимущественно одинаковым образом, независимо от их формы и независимо от правового статуса кредитора (т. е. продавца, арендодателя или кредитодателя).

73. В соответствии с рекомендацией о принятии государствами функционально комплексного подхода к обеспеченным сделкам, не связанным с приобретением (см. рекомендацию 8), в данной главе *Руководства* государствам рекомендуется принять этот подход в отношении всех сделок по финансированию приобретения, независимо от их наименования (см. рекомендацию 9 и изложение цели, предшествующее рекомендациям в вариантах A и B в конце этой главы). Это означает, что в *Руководстве* государствам рекомендуется ввести в действие режимы, обеспечивающие функционально эквивалентные результаты, независимо от того, примут ли они решение о принятии унитарного или неунитарного подхода к функциональному эквиваленту сделок по финансированию приобретения и сделок, не связанных с финансированием приобретения (см. рекомендацию 178 для унитарного подхода и рекомендацию 188 для неунитарного подхода).

c) Унитарный и неунитарный подходы к функциональному эквиваленту

74. Вторая основная принципиальная альтернатива, с которой сталкиваются государства, касается характера законодательства, приводящего к функционально эквивалентным результатам. В данном случае основная цель опять-таки заключается в обеспечении, насколько это возможно, такого правового режима, отражающего данный функциональный эквивалент, который способствует максимальному предоставлению кредита по минимальной цене. Такую эффективность правового режима можно достичь двумя путями.

75. Во-первых, государства могут сделать выбор в пользу отказа от проведения различий между разными видами сделок по финансированию приобретения и принять единую квалификацию этих механизмов. Именно такая политика в целом рекомендуется в *Руководстве* применительно к обеспечительным правам. Этот метод достижения функционально эквивалентных результатов именуется в настоящей главе “унитарным” подходом к финансированию приобретения. В соответствии с унитарным подходом все сделки по финансированию приобретения создают “приобретательские обеспечительные права”, а все финансирующие лица рассматриваются как “обеспеченные кредиторы, финансирующие приобретение”.

76. Во-вторых, государства могут сделать выбор в пользу сохранения существующего вида сделок и квалификации, даваемой сторонами своему соглашению (например, соглашение купли-продажи, аренды или займа), если только компетентный суд не признает такую квалификацию фиктивной в каком-либо конкретном деле. При этом, однако, им потребуется скорректировать и оптимизировать свои технические нормы

для каждой сделки, с тем чтобы обеспечить функциональный эквивалент в рамках всего режима. В *Руководстве* такой метод достижения функционально эквивалентных результатов именуется “неунитарным” подходом. В соответствии с неунитарным подходом сделки по финансированию приобретения создают либо “права по удержанию правового титула” и “права по финансовой аренде”, когда используется правовой титул, либо “приобретательские обеспечительные права” в пользу обеспеченных кредиторов, финансирующих приобретение, когда создается обеспечительное право (будь то в пользу кредитодателя или продавца, передающего правовой титул покупателю).

77. В зависимости от законодательства, не относящегося к законодательству об обеспеченных сделках, решение о принятии какого-либо из этих подходов может иметь важные последствия. Например, оно может затрагивать права третьих сторон как в рамках производства по делу о несостоятельности, так и вне рамок такого производства (вопросы, связанные с несостоятельностью, рассматриваются в разделе A.13, ниже, и в главе XII). Кроме того, после решения о принятии того или иного из этих подходов, государствам придется также твердо решить, какими будут конкретные нормы для регулирования всех аспектов сделок по финансированию приобретения, и включить эти конкретные нормы в общее законодательство о купле-продаже и аренде.

i) Унитарный подход

78. Принятие государствами унитарного подхода сопряжено с тремя основными последствиями. Во-первых, все механизмы финансирования приобретения, независимо от их формы, будут рассматриваться как обеспечительные механизмы, на которые распространяются такие же нормы, которые регулируют неприобретательские обеспечительные права (за исключением случаев, когда возникает коллизия приоритетов). Во-вторых, право кредитора в материальных активах при продаже с удержанием правового титула, продаже с резолютивным условием, соглашении об аренде с правом выкупа, финансовой аренде или аналогичной сделке будет рассматриваться как приобретательское обеспечительное право и регулироваться такими же нормами, которые регулируют приобретательское обеспечительное право, предоставленное кредитодателю. В-третьих, покупатель в таких случаях будет рассматриваться как лицо, получившее право собственности на активы, независимо от того, претендует ли продавец или арендодатель на удержание правового титула по договору.

79. Государства могут воспользоваться одним из двух способов принятия унитарного подхода в тех случаях, когда продавцы используют механизм удержания правового титула или финансовую аренду. Государства могут предусмотреть, что покупатель становится собственником для любых целей и в этом случае им, безусловно, придется внести поправки в другие законодательные акты (например, в налоговые кодексы, если они желают, чтобы продавцы при таких сделках облагались налогами как собственники). При другом варианте они могли бы предусмотреть, что продавцы становятся собственниками только для целей законодательства об обеспеченных сделках и смежных с ним разделов законодательства (в частности, законодательства, регулирующего отношения между должником и кредитором, и законодательства о несостоятельности). Однако важно отметить, что в интересах обеспечения согласованности режима государствам потребуется применять к сделкам по финансированию приобретения такой же подход, как и в отношении сделок, не связанных с финансированием приобретения.

ii) Неунитарный подход

80. Поскольку в *Руководстве* к вопросам финансирования, не связанным с приобретением, применяется унитарный подход, такие традиционные сделки по кредитованию,

как продажа с правом освобождения от залогового обременения, продажа на условиях обратной аренды и фидуциарная передача рассматриваются как обычные обеспечительные права. Возможность неунитарного подхода предполагается в *Руководстве* только в отношении сделок по продаже (или "подобных продаже" сделок, в частности, в отношении финансовой аренды). Тем не менее даже в тех случаях, когда государства принимают неунитарный подход к сделкам по финансированию приобретения, они должны разработать режим, отражающий принцип функционального эквивалента (см. рекомендацию 188). Например, этот режим должен применяться функционально эквивалентным образом ко всем следующим категориям кредитодателей: продавцам, которые удерживают правовой титул; продавцам, которые не удерживают правовой титул, но удерживают право аннулировать сделку купли-продажи; продавцам, которые не удерживают правовой титул, но приобретают обычное приобретательское обеспечительное право в проданных активах; арендодателям, которые удерживают правовой титул; и кредитодателям, которые приобретают обычное приобретательское обеспечительное право в проданных или сданных в аренду активах.

81. В принципе государства, принимающие неунитарный подход, могли бы обеспечить функциональный эквивалент между правами продавцов, которые удерживают правовой титул, и финансовых арендодателей, с одной стороны, и правами обеспеченных кредиторов, финансирующих приобретение, с другой, воспользовавшись для этого одним из двух способов. Они могли бы: *a)* определить права, предоставляемые лицам, удерживающим правовой титул, и аналогичным заявителям требований, по примеру прав, предоставляемых обеспеченным кредиторам, финансирующим приобретение, которые не являются продавцами или арендодателями; или *b)* определить права этих других обеспеченных кредиторов, финансирующих приобретение, по примеру прав, уже имеющихся у кредиторов, удерживающих правовой титул. В первом случае ко всем лицам, финансирующим приобретение, применялся бы один и тот же режим (т. е. как к обеспеченным кредиторам, финансирующим приобретение), однако лица, финансирующие приобретение и сохраняющие право собственности, имели бы несколько иные права по сравнению с обычными собственниками. Во втором случае ко всем лицам, финансирующим приобретение, и обеспеченным кредиторам, финансирующим приобретение, применялся бы один и тот же режим (т. е. как к собственникам), однако в отношении обеспеченных кредиторов, финансирующих приобретение, и обеспеченных кредиторов, не финансирующих приобретение, действовали бы несколько различные нормы. Хотя формально может показаться, что эти варианты являются одинаково эффективными, учитывая их общую цель предоставить сторонам возможность получить простым и действенным образом обеспеченный кредит, существует ряд причин, по которым при неунитарном режиме более предпочтительным является первый подход к обеспечению функционального эквивалента.

82. Вопрос для государств заключается в том, чтобы определить, какой подход с наибольшей вероятностью будет способствовать обеспечению транспарентного и самого дешевого кредита независимо от его источника. Во-первых, было бы весьма сложно разработать перечень норм, которые позволили бы рассматривать кредитодателей как собственников (особенно в силу того, что кредитодатели обычно не обладают опытом продажи или обслуживания активов, приобретение которых они финансируют). Во-вторых, даже если квалифицировать этих кредитодателей как собственников, их право собственности не было бы идентичным обычному праву собственности, поскольку их права на принудительную реализацию будут скорректированы таким образом, чтобы обеспечить защиту прав определенных третьих сторон, которые могли бы получить обеспечение в отношении права покупателя, связанного с имеющимися у него ожиданиями. В-третьих, было бы весьма сложно разработать перечень норм, которые проводили бы различие между акцессорными правами, предоставляемыми двум

категориям кредитодателей, а именно обычным обеспеченным кредитодателям и обеспеченным кредитодателям, финансирующим приобретение. В-четвертых, намного проще разработать права и обязанности продавца, получающего выгоды от права в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения (например, в связи с созданием права, приданием ему силы в отношении третьих сторон, его приоритетом перед конкурирующими заявителями требования и его принудительной реализацией) по примеру прав и обязанностей продавца или кредитодателя, получающих выгоды от приобретательского обеспечительного права (обеспеченного кредитора, финансирующего приобретение). Причина этого заключается в том, что данный подход улучшил бы согласованность режима обеспеченных сделок, одновременно позволяя государствам вносить необходимые коррективы для сохранения согласованности их режима права собственности, отраженного в законодательстве о купле-продаже и аренде. В этой связи *Руководство* рекомендует государствам, склоняющимся к принятию неунитарного подхода к сделкам по финансированию приобретения, стремиться к обеспечению функционального эквивалента путем разработки прав на удержание правового титула и прав по финансовой аренде приобретательских обеспечительных прав, а не наоборот (рекомендация 188). Независимо от того, какой из этих двух подходов решит применять то или иное государство, в целях обеспечения функционального эквивалента ему придется внести корректив в свой действующий режим прав на удержание правового титула и прав по финансовой аренде согласно положениям настоящей главы.

iii) Сравнение двух подходов

83. Для обеспечения функционального эквивалента финансирования приобретения в *Руководстве* государствам рекомендуется принять унитарный подход к сделкам по финансированию, не связанным с приобретением. Учитывая эту общую рекомендацию, в *Руководстве* государствам предлагается также принять, насколько это возможно, унитарный подход к обеспечению функционального эквивалента между всеми механизмами финансирования приобретения. Вместе с тем, несмотря на это предложение, в *Руководстве* признается, что некоторые государства могут почувствовать необходимость в сохранении какой-то конкретной формы механизмов правового титула для регулирования прав продавцов, финансовых арендодателей и других поставщиков (см. рекомендацию 9). По этой причине в каждом из следующих подразделов данной главы (A.6–A.13) соответствующие вопросы рассматриваются по мере их возникновения в современных правовых системах. В конце каждого подраздела рассматриваются возможные пути наилучшего реформирования законодательства в области финансирования приобретения в случае принятия того или иного из этих подходов (унитарного или неунитарного) для обеспечения функционального эквивалента.

84. Параллельные рекомендации представлены как вариант A и вариант B. Вариант A представляет собой рекомендации, посвященные вопросам разработки государствами подробных аспектов функционально комплексного и унитарного подхода к сделкам по финансированию приобретения. Государствам, которые впервые принимают законодательство для регулирования всех видов обеспеченных сделок, будет проще придерживаться варианта A, хотя, безусловно, он может быть полезен и для государств, в которых действует всеобъемлющий режим обеспеченных сделок. Вариант B затрагивает вопросы, которые должны решать государства, избравшие неунитарный подход, при разработке норм, регулирующих финансирование приобретения на основе механизмов правового титула и, в частности, на основе сделок с удержанием правового титула и сделок финансовой аренды, а также на основе приобретательских обеспечительных прав, для достижения при неунитарном подходе таких же экономических преимуществ функционально комплексного режима.

6. Создание обеспечительного права (приобретение им силы в отношениях между сторонами)

85. В главе II о создании обеспечительного права *Руководства* рассматриваются требования, предъявляемые к вступлению в силу обеспечительного права в отношениях между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором. Как разъясняется в этой главе, что основной принцип заключается в том, чтобы по возможности максимально упростить требования, предъявляемые к вступлению обеспечительного права в силу в отношениях между сторонами (см. главу II, пункт 6; см. также подпункт *c)* рекомендации 1). Точный порядок возможного преобразования этих требований в нормы, регулирующие вопросы придания силы правам, вытекающим из сделки по финансированию приобретения, в отношениях между сторонами будет зависеть от того, какой из подходов принимает государство – унитарный или неунитарный. В государствах, в которых сделки, связанные с удержанием правового титула и финансовой арендой, по-прежнему признаются в качестве отдельных обеспечительных механизмов, слово "создание" совсем не обязательно лучше всего подходит для характеристики порядка "приобретения" своих прав продавцом по сделке с удержанием правового титула или арендодателем по финансовой аренде. Например, продавец, сохраняющий право собственности, не "создает" новое право в свою пользу; он просто продолжает осуществлять то право собственности, которое он имел до заключения соглашения с покупателем. Подобным образом права собственности арендодателя не "создаются" договором аренды; арендодатель уже является собственником в момент заключения договора аренды с арендатором. Тем не менее для упрощения формулировок, соглашения, в соответствии с которыми продавец и арендодатель могут продолжать осуществлять свое право собственности в отношении покупателя или арендатора, которым они предоставили право владения материальными активами, будут иногда называться соглашениями, "создающими" рассматриваемые права в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения. Разумеется, можно утверждать, что в тех государствах, в которых покупатель по соглашению об удержании правового титула приобретает ожидание права собственности, создается новый вид разветвленного права собственности. В рамках такого анализа уместно говорить о "создании" права на удержание правового титула, поскольку остающееся у продавца право собственности не является, строго говоря, традиционным правом собственности.

86. В государствах, в которых не применяется равный режим в отношении всех сделок по финансированию приобретения, действуют весьма отличающиеся друг от друга требования к вступлению в силу приобретательских прав в отношениях между сторонами. Прежде всего такие требования могут отличаться внутри каждого государства в зависимости от конкретного вида сделки по финансированию приобретения (удержание правового титула, финансовая аренда, обеспечительное право). Кроме того, в разных государствах они могут значительно отличаться даже в отношении одного и того же вида сделки по финансированию приобретения. Так, например, не все государства рассматривают правовой титул и финансовую аренду одинаковым образом и, следовательно, не все они предъявляют одинаковые требования к созданию или сохранению такого права.

87. В качестве права в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, удержание правового титула обычно рассматривается как имущественное право, возникающее в силу одного из положений договора купли-продажи. Из этого следует, что во многих государствах к созданию права на удержание правового титула применяются такие же формальные требования, как и к договорам купли-продажи в целом без каких-либо особых дополнительных формальностей. Следовательно, если государство признает, что тот или иной договор купли-продажи материальных активов может

заключаться в устной форме, то договорное положение, предусматривающее сохранение за продавцом права собственности до полной выплаты покупной цены, может быть также устным. В таких случаях удержание продавцом правового титула может оговариваться устно или в форме ссылки на переписку между сторонами, заказ на закупку или счет с напечатанными общими условиями. В этих документах может даже отсутствовать подпись покупателя, но покупатель может подразумеваемым образом принять изложенные в них условия на основании приемки активов и оплаты части покупной цены, как это указано, например, в заказе на закупку или в счете. В других государствах, в которых заключение обычного договора купли-продажи в устной форме все же допускается, для вступления в силу положения об удержании правового титула в договоре купли-продажи, даже в отношениях между сторонами, могут потребоваться письменные данные (хотя бы и минимальные), указание точной даты, нотариальное удостоверение или даже регистрация.

88. Кредитодатели, использующие договоры финансовой аренды, соглашения об аренде с правом выкупа и связанные с этим виды сделок, также сохраняют право собственности в силу самого характера таких договоров. Например, вступление в силу права арендодателя в отношениях между сторонами будет зависеть от соблюдения сторонами обычных формальных требований, предъявляемых к конкретным соглашениям о финансовой аренде или об аренде с правом выкупа.

89. В большинстве стран правом на удержание правового титула или правом по финансовой аренде может пользоваться только фактический продавец или финансовый арендодатель при соблюдении связанных с этим формальностей. Другие лица, финансирующие приобретение, например ссудодатели, не могут прямо получить право на удержание правового титула или право по финансовой аренде. Для приобретения этого права они должны получить от продавца уступку договора купли-продажи или от арендодателя уступку договора аренды. Таким образом, формальными требованиями, предъявляемыми к вступлению в силу такого права, заявляемого кредитодателем, являются, во-первых, требования, применимые к первоначальной сделке с покупателем или арендатором, и, во-вторых, требования, применимые к уступке этого вида договора.

90. Во многих из тех государств, которые допускают отдельные права продавца, удерживающего правовой титул, и права финансовой аренды, продавцы, арендодатели и ссудодатели, предоставляющие финансовые средства на цели приобретения, могут получать обеспечительное право в продаваемых или сдаваемых в аренду активах. Такие государства обычно наделяют продавца, получающего такое обеспечительное право, приоритетным правом, эквивалентным праву продавца. Однако они не разрешают ссудодателям, предоставляющим финансовые средства на цели приобретения, претендовать на приоритетные права продавца, который либо удерживает правовой титул, либо получает обеспечительное право в покупаемых таким образом активах.

91. В различных государствах, в которых удержание правового титула или финансовая аренда не рассматриваются в качестве обеспечительных прав, также применяются разные подходы к распространению этих прав на другие активы. В одних странах удержание правового титула прекращается в том случае, если активы, на которые распространяется удержание правового титула, объединяются с другими активами. В некоторых государствах удержание правового титула наоборот продолжает действовать в отношениях между сторонами; в этих государствах в порядке исключения из общих принципов имущественного права продавцам не нужно выполнять каких-либо дополнительных формальностей для сохранения своего права собственности до тех пор, пока подобные активы находятся во владении покупателя. Аналогичным образом, в большинстве государств удержание правового титула не может распространяться на активы, подвергнутые переработке или преобразованные в новый продукт, хотя в некоторых

государствах удержание правового титула автоматически сохраняется, если активы преобразуются в новый продукт. В одних государствах, придерживающихся последнего подхода, продавец имеет право автоматически заявлять свое право на удержание титула в новом продукте, а в других государствах продавец просто становится обычным обеспеченным кредитором без специального приоритета, который может требовать продавец, удерживающий правовой титул. В некоторых государствах арендодателям разрешено также продолжать претендовать на право собственности на арендуемое имущество, подвергшееся незначительным изменениям, или, в зависимости от условий аренды поступлений в результате разрешенного отчуждения. В этих случаях также обычно не требуется соблюдение дополнительных формальностей для сохранения обеспечительного права в измененных активах или поступлениях в силе в отношениях между сторонами.

92. В государствах, принявших всецело комплексный подход, принципы, регулирующие требования к приданию силы приобретательским обеспечительным правам в отношениях между сторонами, отличаются большей схожестью. Фактически эти требования почти не содержат каких-либо отличий. Кроме того, в каждом государстве формальные требования к приданию силы приобретательскому обеспечительному праву в отношениях между сторонами, являются одинаковыми независимо от того, предоставляет ли финансовые средства продавец, финансовый арендодатель, кредитодатель или любое другое лицо. В то же время, поскольку обеспеченный кредит для целей приобретения просто рассматривается как особая категория обеспечительного права, эти формальные требования будут такими же относительно минимальными формальностями, как и требования в отношении обеспеченных сделок, не связанных с приобретением. Уже упоминалось (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 26–29), эти формальности предусматривают составленное в письменной форме и подписанное соглашение с указанием сторон и разумным описанием продаваемых активов и их цены или устная договоренность, сопровождаемая передачей владения активами обеспеченному кредитору (см. рекомендации 13–15). Наконец, поскольку приобретательское обеспечительное право является обеспечительным правом, оно будет автоматически сохраняться в принадлежностях, активах, подвергнутых переработке, и в поступлениях, полученных в результате отчуждения (см. рекомендации 19–22).

93. Описанные выше два подхода и конкретные правовые системы редко отличаются друг от друга в том, что касается требования о соблюдении письменной формы. Так, например, в большинстве из них приемлемым условием для выполнения требования относительно письменной формы будет переписка, счет, заказ на закупку или аналогичный документ с общими условиями, будь то в бумажном или электронном виде. Кроме того, в *Руководстве* рекомендуется именно такой общий подход к требованию о соблюдении письменной формы (см. рекомендации 11 и 12). Различие, по всей видимости, касается в большей степени требования в отношении подписи, которая может быть необходима для придания соглашению силы в отношениях между сторонами. В некоторых государствах подпись продавца не является обязательной до тех пор, пока продавец, удерживающий правовой титул, обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, или финансовый арендодатель способны продемонстрировать при помощи других свидетельств, что покупатель или финансовый арендатор согласились с условиями соглашения. Такие свидетельства могут заключаться просто в самом факте приобретения и использования покупателем или финансовым арендатором активов без выставления рекламаций после получения документов, составленных в письменном виде. В то же время данный вопрос возникает редко, поскольку многие сделки по приобретению материальных активов в действительности хорошо документируются по иным причинам.

94. В соответствии с унитарным подходом требования к обеспечению силы в отношениях между сторонами аналогичны требованиям, применимым к обеспечительным правам, не связанным с приобретением, независимо от правовой формы сделки (см. рекомендацию 178).

95. В случае принятия неунитарного подхода государствам, стремящимся получить преимущества режима, обеспечивающего равную конкуренцию в области кредитования, пришлось бы разработать режим создания приобретательского обеспечительного права, позволяющий кредитодателям приобретать такой же преференциальный статус, который предоставляется продавцам, удерживающим правовой титул, или финансовым арендодателям. Для достижения такого результата этим государствам пришлось бы также обеспечить, чтобы нормы, регулирующие вопросы силы обеспечительного права в отношениях между сторонами, были функционально эквивалентными независимо от формы сделки по финансированию приобретения (см. рекомендацию 188). В частности, во избежание создания более благоприятных условий для одного вида сделки по финансированию приобретения по сравнению с другим видом подобной сделки потребовалось бы тщательное согласование норм, регулирующих: *a)* правоспособность сторон по договору; *b)* конкретный характер и условия обеспеченного обязательства; *c)* активы, в отношении которых может действовать право в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения; *d)* обязательные требования, имеющие доказательную силу, такие как письменная форма и наличие подписи; и *e)* срок действия соглашения между сторонами.

7. Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон

a) Общие положения

96. В *Руководстве* проводится различие между силой обеспечительного права в отношениях между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором и силой этого права в отношении третьих сторон (см. главу II о создании обеспечительного права, пункты 1–7, и главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 6–8). Этот вопрос имеет особое значение в связи с правами в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, поскольку в зависимости от применения унитарного или неунитарного подходов, различие между этими двумя видами силы обеспечительного права может фактически отсутствовать.

97. В большинстве государств, в которых права на удержание правового титула права по финансовой аренде не рассматриваются как обеспечительные права, регистрация таких сделок не требуется. В них также не требуется, чтобы продавец или арендодатель предпринимал какие-либо другие формальные шаги для обеспечения силы своего права в отношении третьих сторон, помимо тех шагов, которые необходимы для придания праву силы в отношениях между сторонами. Напротив, в этих государствах предусмотрено, что после заключения продавцом и покупателем соглашения об удержании правового титула, право собственности продавца в проданных материальных активах имеет силу в отношении всех сторон.

98. В отличие от этого в некоторых государствах регистрация права на удержание правового титула и права по финансовой аренде является необходимым условием либо в целом, либо для конкретных видов материальных активов. В этих государствах регистрация часто требуется только для того, чтобы придать силу праву продавца на удержание правового титула или праву по финансовой аренде в отношении третьих сторон. Вместе с тем различие между силой права на удержание правового титула и права финансовой аренды в отношениях между сторонами и его силой в отношении третьих сторон иногда не проводится. Так, например, в некоторых государствах регистрация

этих прав рассматривается как требование для придания им силы даже в отношениях между сторонами.

99. В соответствии с любым из этих режимов удержания правового титула продавец сохраняет право собственности на активы, проданные или поставленные покупателю. В результате покупатель обычно не имеет имущественных прав в приобретаемых активах до момента перехода к нему правового титула, т. е., как правило, после полной выплаты покупной цены. Это означает, что никакой другой кредитор покупателя не может претендовать на права в приобретаемых активах до тех пор, пока продавец сохраняет право собственности, за исключением тех правовых систем, в которых покупатель имеет право на ожидание права собственности, которое он может обременить. Такое положение сохранялось бы даже в том случае, если бы другой кредитор предоставил покупателю кредит на приобретение активов, а стоимость активов покупателя, на которые распространяется удержание правового титула, была выше, чем покупная цена, все еще причитающаяся продавцу. В таких случаях единственными активами покупателя, в отношении которых другой кредитор мог бы заявлять требование об обеспечительном праве, были бы нематериальные активы (право покупателя на стоимость выплаченной покупной цены). Аналогичный результат имел бы место в случае финансовой аренды. Если только аренда не предусматривает право арендатора на выкуп арендованных активов по истечении срока аренды и, следовательно, не предоставляет арендатору право на ожидание права собственности, которое арендатор может обременять, единственными активами арендатора, в отношении которого кредиторы арендатора могли бы заявлять требование об обеспечительных правах, были бы нематериальные активы (право арендатора на пользование арендованными активами в течение оставшегося срока аренды).

100. В государствах, в которых право покупателя, приобретающего активы по сделке с удержанием правового титула, или право арендатора по финансовой аренде предоставлять обеспечительное право в приобретенных или арендованных активах не признается, сам факт существования возможности такого признания либо не позволяет заемщикам использовать всю стоимость уже, возможно, оплаченной ими доли их материальных активов, на которые распространяются права на удержание правового титула, или права по финансовой аренде, либо препятствует этому. Таким образом, концептуальная логика соглашения об удержании правового титула или соглашения о финансовой аренде не позволяет покупателю предоставлять непосессорное обеспечительное право в приобретаемых или арендуемых активах. Вместе с тем заслуживает внимания тот факт, что в этих же самых государствах покупателю обычно разрешается предоставлять множественное обременение (ипотеки, залог или другие виды обременения с приоритетом, основанным на времени регистрации, даже в тех случаях, когда недвижимое имущество было продано по сделке с удержанием правового титула, а покупная цена еще не была выплачена полностью. В государствах, которые руководствуются всецело комплексным подходом, удержание правового титула и его экономические эквиваленты подлежат регистрации в форме уведомления в общем реестре обеспечительных прав или требуют соблюдения каких-либо иных формальностей для придания праву силы в отношении третьих сторон таким же образом, как и любые другие обеспеченные сделки. Кроме того, в соответствии с этим подходом право продавца, сохраняющего право собственности по договору, или арендодателя, остающегося собственником в силу характера аренды, преобразуется в право обеспеченного кредитора, финансирующего приобретение. В результате покупатель или арендатор может использовать оплаченную им долю в приобретаемых или арендуемых активах в качестве обеспечения для получения нового кредита. Таким образом, право продавца, удерживающего правовой титул, или финансового арендодателя, которому придается сила в отношении третьих сторон, правом собственности не является. Это скорее обеспечительное право с такой же силой

в отношении третьих сторон, которое возникает в том случае, когда продавец напрямую продает материальные активы и приобретает в проданных активах обеспечительное право.

101. В соответствии с унитарным подходом к вопросам сохранения силы в отношении третьих сторон применяются (за исключением случаев приобретения потребительских товаров; см. рекомендацию 179 и пункты 112–115, ниже) те же требования, что и к обеспечительным правам, не связанным с приобретением, причем эти требования одинаковы независимо от правовой формы сделки (см. рекомендацию 178).

102. В случае принятия неунитарного подхода государствам пришлось бы обеспечить отсутствие существенных различий в требованиях, предъявляемых к приданию обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, при осуществлении различных видов сделок по финансированию приобретения (см. рекомендации 188 и 192). Во избежание создания более благоприятных условий для одного вида сделки по сравнению с другим видом сделки потребуется тщательное согласование ряда норм, в частности норм, регулирующих: *a)* возможные способы придания праву силы в отношении третьих сторон; *b)* сроки сохранения права в силе для третьих сторон в случае соблюдения требований; *c)* последствия сохранения в силе обеспечительного права для третьих сторон для права покупателя или арендатора предоставлять права в активах; и *d)* режим потребительских товаров. В конкретном плане для максимального расширения возможностей покупателя или арендатора пользоваться выгодами от приобретаемых в рамках неунитарного подхода материальных активов государствам потребовалось бы предусмотреть, что они имеют право предоставлять обеспечительное право в этих активах, на которые распространяется право на удержание правового титула или право по финансовой аренде (см. рекомендацию 190).

b) Действительность в отношении третьих сторон сделок по финансированию приобретения в целом

103. Как уже отмечалось (см. главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 29–46) общим механизмом, посредством которого обычным обеспечительным правам может быть придана сила в отношении третьих сторон, является регистрация (см. рекомендацию 32). Как и в случае с регистрацией обеспечительного права, не связанного с приобретением, регистрация приобретательского обеспечительного права означает уведомление третьих сторон о возможном существовании такого права и является основанием для установления приоритета между обеспеченным кредитором и конкурирующими заявителями требования. В целом регистрация способствует конкуренции на рынке кредитов, поскольку благодаря ей финансирующие лица получают информацию, которая позволяет им лучше оценивать свои риски.

104. В этой связи в *Руководстве* рекомендуется решать вопросы действительности для третьих сторон всех видов сделок по финансированию приобретения в зависимости, как правило, от наличия регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав. Поскольку в *Руководстве* рекомендуются также другие механизмы придания обычным обеспечительным правам силы в отношении третьих сторон (например, владение, регистрация в специальном реестре, указание в сертификате правового титула), эти механизмы должны также существовать в качестве альтернативных средств придания силы в отношении третьих сторон (см. рекомендации 178 и 188).

105. При унитарном подходе для повышения определенности в отношении относительного приоритета конкурирующих заявителей требования будет необходимо согласовать процесс регистрации в общем реестре обеспечительных прав уведомлений, связанных с приобретательскими и неприобретательскими обеспечительными правами

(что касается вопросов приоритета, связанных с финансированием приобретения, см. пункты 116–182, ниже, и рекомендации 180–185). В целях достижения максимальной эффективности существующим лицам, предоставляющим финансирование и предлагающим и в дальнейшем выделять средства, как правило, необходимо знать, не выдвигает ли какой-либо другой обеспеченный кредитор свои требования в отношении приобретательского обеспечительного права. Иногда это связано с тем, что кредитор, претендующий на приобретательское обеспечительное право, должен до поставки уведомить об этом существующих обеспеченных кредиторов (см. рекомендацию 180, вариант А, подпункт *b)* ii) b. в отношении инвентарных запасов). Однако в ряде случаев нет никакой необходимости уведомлять существующих обеспеченных кредиторов (см. рекомендацию 180, вариант А в отношении материальных активов, кроме инвентарных запасов и потребительских товаров, и рекомендацию 180, вариант В в отношении всех материальных активов, кроме потребительских товаров). В таких случаях, и особенно когда применяется вариант В рекомендации 180, государства, возможно, пожелают рассмотреть вопрос об установлении в отношении кредиторов, претендующих на приобретательское обеспечительное право, требования указывать в уведомлении, которое регистрируется в общем реестре обеспечительных прав, что они выдвигают требования в отношении приобретательского обеспечительного права.

106. При неунитарном подходе придется также согласовать нормы, регулирующие порядок регистрации уведомления в отношении различных прав на удержание правового титула, прав по финансовой аренде и приобретательских обеспечительных прав, и общие нормы, регулирующие порядок регистрации уведомления в отношении обеспечительных прав. Такое согласование требует корректировки либо норм, касающихся прав на удержание правового титула и прав по финансовой аренде, для приведения в соответствие с нормами, регулирующими порядок регистрации обеспечительных прав в целом, либо, что менее вероятно, норм, регулирующих обеспечительные права в целом, для приведения в соответствие с нормами, касающимися регистрации прав на удержание правового титула и прав по финансовой аренде, а также создания общего реестра обеспечительных прав, в котором можно регистрировать уведомления о всех таких правах. Все вместе эти меры обеспечат определенность в отношении относительного приоритета конкурирующих заявителей требования, обладающих различными видами прав в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения (см. пункты 116–182, ниже, и рекомендации 191–193, 195 и 198). Более того, независимо от того, какой вариант (А или В) рекомендации 192 то или иное государство решит применять, если тот или иной кредитор заявляет требование в отношении права на удержание правового титула или права по финансовой аренде, то уже только на основании факта употребления таких терминов, как “удержание титула” или “финансовая аренда”, другим кредиторам будет ясно, что требование в отношении этого права выдвигается в связи с приобретением материальных активов. Наконец, если кредитор в условиях неунитарного подхода выдвигает требование в отношении обычного приобретательского права, то в таком случае могут применяться рекомендации относительно содержания уведомления о приобретательском обеспечительном праве для унитарного подхода (вариант А и вариант В рекомендации 180) (см. подпункт *a)* рекомендации 187). В таких случаях и, в частности, когда применяется вариант В рекомендации 180, государства могут в аналогичном порядке пожелать рассмотреть возможность установления для кредиторов, выдвигающих требования в отношении приобретательского обеспечительного права, указывать в уведомлении, которое регистрируется в общем реестре обеспечительных прав, что они выдвигают требования в отношении приобретательского обеспечительного права.

107. Принципы, которые должны регулировать, какие виды коллизий следует считать коллизиями приоритета при унитарном подходе, в том числе коллизии приоритета при

использовании разных методов придания силы обеспечительному праву в отношении третьих сторон (см. рекомендации 180–185), а также нередко вопросы придания силы в отношении третьих сторон при неунитарном подходе (см. рекомендации 191–193, 195 и 198), рассматриваются ниже в разделе A.8.

c) Льготный период для регистрации определенных сделок по финансированию приобретения

108. В прошлом многие государства не требовали от продавцов принимать дополнительные меры для придания своим правам силы в отношении третьих сторон. Аналогичным образом, в тех случаях, когда продавец удерживал правовой титул, регистрировать право на удержание правового титула часто было не нужно. В отличие от этого в *Руководстве* в соответствии с подходом, принятым большинством государств, которые недавно модернизировали свое законодательство об обеспеченных сделках, рекомендуется, чтобы продавцы, финансовые арендодатели или кредитодатели, предоставляющие финансовые средства на цели приобретения, проводили регистрацию для придания своим правам силы в отношении третьих сторон (см. рекомендации 178 и 192).

109. Когда государства требуют регистрацию в связи с финансированием приобретения, большинство из них стремятся повысить эффективность процесса регистрации путем предоставления продавцам и другим лицам, финансирующим приобретение, непродолжительного “льготного периода” (например, 20 или 30 дней) после поставки купленных или арендованных активов для регистрации уведомления, касающегося данной конкретной сделки по финансированию приобретения. Такие льготные периоды предоставляются как в государствах, в которых права на удержание правового титула и права по финансовой аренде не считаются обеспечительными правами, так и в государствах, в которых все такие права относятся к приобретательским обеспечительным правам. Помимо прочих преимуществ, использование льготного периода способствует более эффективному движению материальных активов, поскольку позволяет продавцам поставлять активы покупателю, не дожидаясь того момента, когда они или любое другое лицо, финансирующее приобретение, зарегистрируют соответствующее уведомление.

110. В соответствии с унитарным подходом в случае регистрации уведомления в течение льготного периода право обеспеченного кредитора, финансирующего приобретение, в активах, помимо инвентарных запасов, получает такой же приоритет перед другими заявителями требования, какой оно могло бы иметь в случае регистрации уведомления в момент или до момента поставки. Это правило может ограничиваться только активами, помимо инвентарных запасов, поскольку в случае инвентарных запасов регистрация и уведомление лиц, финансирующих инвентарные запасы, о регистрации должны производиться до поставки материальных активов в целях защиты ранее существовавших обеспеченных кредиторов, не связанных с приобретением (см. рекомендацию 180, варианты A и B).

111. В случае принятия государством неунитарного подхода такие же правила, касающиеся льготного периода регистрации и его последствий, должны применяться ко всем сделкам по финансированию приобретения независимо от правовой формы сделки (см. рекомендацию 192, варианты A и B).

d) Исключения, касающиеся регистрации сделок, связанных с потребительскими товарами

112. В некоторых государствах, в которых в иных случаях требуется регистрация уведомления о сделках по финансированию приобретения, такая регистрация в порядке исключения не требуется, если эти сделки касаются потребительских товаров. Это

означает, что продавец или другое лицо, финансирующее приобретение материальных активов, закупаемого для личных, бытовых или семейных нужд покупателя, не обременены требованием о регистрации, равно как и продавец и кредитодатель, как правило, не должны в подобных случаях принимать какие-либо другие меры, при помощи которых обычно обеспечивается сила прав в отношении третьих сторон. Такие сделки вступают в силу в отношении третьих сторон с того же момента, когда они приобретают силу в отношениях между сторонами. Идея заключается в том, что в таких случаях необходимость извещать потенциальных финансирующих лиц, являющихся третьими сторонами, является менее выраженной, особенно если речь идет о недорогих потребительских товарах. В других правовых системах, в которых обычно требуется регистрация, требование о регистрации не распространяется только на сделки, связанные с относительно недорогими потребительскими товарами (например, на сделки с потребительскими товарами на сумму до 3000 евро или эквивалентную сумму или на сделки, относящиеся к юрисдикции судов по рассмотрению мелких тяжб).

113. В обоих видах систем объемный рынок, связанный с предоставлением потребителям кредитов на приобретение автомобилей, обычно регулируется системой, требующей регистрации не в общем реестре обеспечительных прав, а в специальном реестре или отметки в сертификате правового титула. Кроме того, следует отметить, что в государствах, в которых действует исключение в отношении регистрации, связанной с потребительскими товарами, данное исключение применяется только к сделкам с такими товарами. Иначе говоря, это исключение применяется ни к какому-либо конкретному виду активов (т. е. потребительским товарам), а только к виду сделки, связанной с этими активами (т. е. продаже материальных активов покупателю для личных, бытовых или семейных нужд). Необходимость регистрации уведомления для обеспечения силы права в отношении третьих сторон в активах, обычно продаваемых потребителям, все же сохраняется в том случае, если эти активы продаются оптовому или розничному торговцу в качестве инвентарных запасов.

114. Исключение из регистрации распространяется на материальные активы, купленные в кредит для личных, семейных или бытовых нужд покупателя. Тем не менее если в отношении регистрации уведомления сделки по финансированию приобретения оборудования в общем реестре обеспечительных прав действует льготный период, то этот льготный период может сам по себе служить эквивалентом исключения для сделок по краткосрочному кредитованию, полностью оплаченных в течение льготного периода, поскольку в практическом плане лицу, финансирующему приобретение, не требовалось бы регистрировать уведомление до истечения этого периода. Что касается сделок по финансированию приобретения оборудования с более длительным сроком платежа и сделок, связанных с инвентарными запасами в целом, то исключение, возможно, не потребуется, если лицо, финансирующее приобретение, было уполномочено зарегистрировать в реестре обеспеченных сделок единое уведомление о серии краткосрочных сделок, осуществляемых в течение более длительного срока (например, в течение пяти лет) (см. рекомендации 178 и 193). Подробнее эти вопросы рассматриваются в разделе A.8, ниже.

115. В соответствии с унитарным подходом исключение из регистрации (или другого метода придания правам силы в отношении третьих сторон) для сделок, связанных с потребительскими товарами, применялось бы независимо от того, является ли обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, продавцом, арендодателем или кредитодателем, поскольку все они претендовали бы на одинаковые права. В случае принятия неунитарного подхода нормы, касающиеся исключений из регистрации (или другого метода придания правам силы в отношении третьих сторон) для сделок, связанных с потребительскими товарами, должны иметь одинаковые последствия независимо от правовой формы сделки (см. рекомендации 179 и 191).

8. Приоритет

a) Общие положения

116. В *Руководстве* используется термин “приоритет” для обозначения конкуренции между обеспеченным кредитором и любым другим лицом, которые могут обладать правами в активах, в отношении которых действует обеспечительное право. Таким образом, концепция приоритета включает конкуренцию обеспеченного кредитора, финансирующего приобретение, как с другими кредиторами (в том числе с обеспеченными кредиторами, будь то обеспеченными кредиторами, финансирующими приобретение, кредиторами, которые могут воспользоваться установленным законом преференциальным статусом, или кредиторами по решению суда), так и с другими заявителями требования (включая предыдущих собственников, покупателей, арендаторов, лицензиатов и управляющего в деле о несостоятельности). Тем не менее в некоторых государствах, и особенно в ряде государств из числа тех, в которых права на удержание правового титула и права по финансовой аренде не относятся к приобретательским обеспечительным правам, понятие приоритета трактуется более ограничительно. В этих государствах только конкуренция между обеспеченным кредитором и другими кредиторами считается имеющей отношение к требованиям о приоритете. Другие потенциальные коллизии (особенно те, которые затрагивают предыдущих собственников и последующих покупателей) регулируются путем ссылки на право собственности. При этом, как бы ни квалифицировалась конкуренция между различными потенциальными заявителями требования, относительные права каждого из них нуждаются в тщательном уточнении.

b) Приоритетный статус лиц, финансирующих приобретение

117. В главе II о создании обеспечительного права *Руководства* рекомендуется предусмотреть возможность получения кредитором обычного обеспечительного права как в имеющихся, так и в будущих активах (см. рекомендацию 13). В главе V рекомендуется также в целом определять приоритет по дате регистрации уведомления в отношении обеспечительного права, даже применительно к будущим активам (см. рекомендации 76 и 99). Поэтому для стимулирования предоставления нового кредита на приобретение активов необходимо установить специальные нормы приоритета, применимые к конкуренции между продавцами, удерживающими правовой титул, финансовыми арендодателями и обеспеченными кредиторами, финансирующими приобретение, с одной стороны, и ранее существовавшими обеспеченными кредиторами, не связанными с приобретением, которые имеют права в будущих активах лица, предоставляющего право, – с другой.

118. В государствах, в которых права на удержание правового титула и права по финансовой аренде не рассматриваются как обеспечительные права, вопросы относительного приоритета прав решаются путем ссылки на право собственности продавца или арендодателя. Продавец, удерживающий правовой титул, или финансовый арендодатель действительно имеют преимущество в отношении проданных активов перед всеми другими конкурирующими заявителями требования, права которых перешли к ним от покупателя или арендатора (за исключением некоторых добросовестных покупателей). Кроме того, в большинстве таких систем никто из других кредиторов покупателя или арендатора не может заявлять права в покупаемом или арендуемом имуществе до тех пор, пока покупатель или арендатор не получит правовой титул на эти активы после полной выплаты покупной цены или внесения последнего арендного платежа. В частности, ни обеспеченный кредитор, имеющий обеспечительное право в будущих активах, ни ссудодатель, предоставивший финансовые средства на цели приобретения,

не могут заявлять обеспечительное право в покупаемых активах. В лучшем случае эти обеспеченные кредиторы могут заявлять право в стоимости, выплаченной покупателем или арендатором, при условии, что они включили данный вид нематериальных активов в описание активов, охватываемых в зарегистрированном ими уведомлении. Аналогичным образом, кредиторы по решению суда и управляющий в деле о несостоятельности могут заявлять права покупателя или арендодателя, если только правовая система не разрешает покупателю или финансовому арендатору передавать или обременять свое право, связанное с ожиданием, при этом ни они, ни обеспеченные кредиторы не могут налагать арест на сами активы.

119. Наконец, в большинстве таких государств отсутствует сама возможность конкуренции между кредитодателями, заявляющими о своей принадлежности к лицам, финансирующим приобретение, и продавцом, удерживающим правовой титул, или финансовым арендодателем. Во-первых, в силу указанных выше причин, покупатель или арендатор не обладают активами, в отношении которых кредитодатель может фактически заявить приобретательское обеспечительное право. Во-вторых, весьма редко встречаются случаи, когда кредитодатель может приобрести право покупателя или арендатора, связанное с ожиданием (например, путем условной уступки права с обязательством обратной его передачи покупателю или арендатору после погашения кредита); даже если кредитодатель может получить такое право, оно обычно рассматривается как вид залога или как продажа с правом освобождения от залогового обременения, а не как право, возникающее в результате сделки по финансированию приобретения. В тех случаях, когда правовая система разрешает такие сделки, кредитодатель, приобретающий право, связанное с ожиданием права собственности, будет иметь право, которое может действовать в отношении любых других заявителей требования, претендующих на права, перешедшие к ним от покупателя или арендатора, включая покупателей, обеспеченных кредиторов, кредиторов по решению суда и управляющего в деле о несостоятельности. Но это право будет всегда подчинено правам собственности продавца, удерживающего правовой титул, или финансового арендодателя. Другими словами, в этих правовых системах основным способом получения кредитодателем преференциального статуса в отношении других кредиторов и заявителей требования является приобретение у продавца или арендодателя права на удержание правового титула или права по финансовой аренде.

120. В государствах, которые руководствуются всецело комплексным подходом, права на приоритет продавца или арендодателя, предоставляющих финансовые средства для целей приобретения, также пользуются защитой. Если продавец, удерживающий правовой титул, финансовый арендодатель или аналогичный заявитель требования в отношении правового титула регистрируют уведомление в общем реестре обеспечительных прав в течение непродолжительного периода времени после получения активов и в случае инвентарных запасов принимают определенные другие меры, обсуждаемые ниже, они будут иметь приоритет перед всеми другими заявителями требования (за исключением определенных добросовестных покупателей). Кроме того, в этих государствах кредитодатель, финансирующий покупателя для приобретения активов, будет также являться обеспеченным кредитором, финансирующим приобретение, который обладает приоритетом перед другими заявителями требования таким же образом, как продавец или арендодатель. Это означает, что в отличие от ситуации в государствах, которые не руководствуются всецело комплексным подходом, заявлять приобретательское обеспечительное право может не один, а несколько кредиторов. В результате при всецело комплексном подходе для регулирования этих случаев необходимо дополнительное правило определения приоритета. При любом варианте в этих государствах предусмотрено, что продавец, претендующий на удержание правового титула, финансовый арендодатель и продавец, передающий правовой титул, но получающий обычное приобретательское обеспечительное право, будут иметь приоритет

перед любым другим лицом, финансирующим приобретение, таким, как банк, даже если это другое финансирующее лицо придало своему приобретательскому обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон до того, как это сделал продавец или арендодатель. Таким образом, в государствах, которые руководствуются всецело комплексным подходом, продавец и арендодатель могут пользоваться таким же преференциальным приоритетным статусом в отношении всех других заявителей требования, как и продавец, удерживающий правовой титул, или финансовый арендодатель в системах, которые не считают эти сделки в качестве обеспеченных.

121. Хотя права при сделках по финансированию приобретения обычно вступают в силу в отношении третьих сторон в результате регистрации в общем реестре обеспечительных прав, многие государства рассматривают возможность использования других методов придания этим правам силы в отношении третьих сторон. В этих государствах один из таких методов (а именно владение со стороны обеспеченного кредитора) обычно будет создавать такие же последствия, как и регистрация, и может рассматриваться как альтернатива регистрации. В результате, если лицо, финансирующее приобретение, например продавец, удерживающий правовой титул, финансовый арендодатель или продавец, имеющий приобретательское обеспечительное право, придает своим правам силу в отношении третьих сторон на основании владения в течение установленного льготного периода, то в этом случае будет применяться общий принцип приоритета. Учитывая цели финансирования приобретения, идея сохранения у лица, предоставляющего средства для финансирования, права на владение представляется весьма невероятной, но теоретически возможной. Если государства также разрешают кредитодателям получать приобретательские обеспечительные права, то результат будет идентичным.

122. В тех случаях, когда обеспеченный кредитор, не связанный с приобретением, придает силу своему обеспечительному праву в отношении третьих сторон путем регистрации в специальном реестре, государства обычно предусматривают, что такая регистрация в специальном реестре дает регистрирующему кредитору приоритет даже перед более ранними регистрациями в общем реестре обеспечительных прав или перед имеющими силу в отношении третьих сторон правами, вытекающими из более раннего владения. Для усиления действенности специальных реестров эти государства принимают аналогичную норму в отношении лиц, финансирующих приобретение. По смыслу из этого следует, что приобретательское обеспечительное право, зарегистрированное в специальном реестре, не будет иметь приоритет даже перед ранее существовавшим неприобретательским обеспечительным правом, зарегистрированным в этом специальном реестре.

123. При унитарном подходе *Руководства* все обеспеченные кредиторы, финансирующие приобретение, будь то продавцы, арендодатели или кредиторы, подчиняются одинаковому режиму приоритета и должны принимать идентичные меры для обеспечения своего приоритетного статуса (см. рекомендацию 178). После этого они имеют право претендовать на приоритет даже перед ранее существующими кредиторами, которые обладают неприобретательскими обеспечительными правами в будущих активах лица, предоставляющего право. Поскольку на приобретательское обеспечительное право не распространяется действие общей нормы, которая определяет приоритет исходя из времени регистрации, этот преференциальный статус приобретательского обеспечительного права часто именуется “суперприоритетом”. При конкуренции между обеспеченными кредиторами, финансирующими приобретение, которые приняли все необходимые меры для придания своим правам силы в отношении третьих сторон, их относительный приоритет будет, как правило, определяться по времени регистрации в соответствии с теми же принципами, которые применяются к неприобретательским обеспечительным правам (см. рекомендации 178 и 180). Единственное различие между

разными категориями обеспеченных кредиторов, финансирующих приобретение, заключается в том, что при конкуренции между поставщиком (продавцом или арендодателем) и другим кредитором, все из которых заявляют о наличии приобретательского обеспечительного права, поставщик будет всегда обладать приоритетом независимо от даты регистрации их прав (см. рекомендацию 182). Если обеспечительное право приобретает силу в отношении третьих сторон вследствие регистрации в специальном реестре или отметки в титуле сертификата, регистрация в специальном реестре или уведомление дадут регистрирующему кредитору приоритет перед лицами, предоставляющими финансовые средства на цели приобретения, которые зарегистрировались в общем реестре обеспечительных прав или получили право владения в течение льготного периода (см. рекомендацию 181). Хотя можно было бы предусмотреть, что приобретательское обеспечительное право, зарегистрированное в специальном реестре, будет давать приоритет даже по сравнению с предшествующим неприобретательским обеспечительным правом, зарегистрированным в этом специальном реестре, чтобы избежать любого вмешательства в порядок ведения этих реестров *Руководство* не содержит рекомендаций по этому вопросу и оставляет его на усмотрение другого законодательства.

124. В условиях неунитарного подхода для достижения функционального эквивалента государствам, по всей видимости, потребуется внести в свои существующие режимы незначительные корректировки. Во-первых, необходимо разрешить финансирующим приобретение лицам, помимо продавцов, удерживающих правовой титул, или финансовых арендодателей, приобретать преференциальный приоритетный статус продавцов и арендодателей в силу получения приобретательского обеспечительного права. В таких случаях важно, чтобы эквивалентные нормы, касающиеся приоритета прав продавца или арендодателя, действовали независимо от правовой формы сделки (см. рекомендации 187 и 188). При этом, во-вторых, при конкуренции между продавцом, удерживающим правовой титул, финансовым арендодателем или продавцом, обладающим приобретательским обеспечительным правом, с одной стороны, и лицом, финансирующим приобретение и не являющимся продавцом или арендодателем, с другой стороны, необходимо предусмотреть, что приоритет принадлежит продавцу или арендодателю независимо от даты регистрации уведомления о таких различных правах в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, и приобретательских обеспечительных прав (см. подпункт *a)* рекомендации 187 и рекомендацию 192). Это само собой разумеется в случаях, связанных с продавцом, удерживающим правовой титул, или финансовым арендодателем, однако в случаях, когда продавец передает правовой титул покупателю и получает приобретательское обеспечительное право, потребуется уточнить, что приобретательское обеспечительное право продавца будет всегда иметь приоритет перед любым другим приобретательским обеспечительным правом. Что касается специальных реестров, то в качестве владельца в этом специальном реестре регистрируется продавец, удерживающий правовой титул, или финансовый арендодатель. Ни один другой кредитор покупателя или арендодателя не может зарегистрировать обеспечительное право в этом реестре, и, таким образом, продавец или арендодатель получит приоритет просто в силу своего зарегистрированного права собственности. Лишь в тех случаях, когда продавец передает правовой титул покупателю и получает приобретательское обеспечительное право, применяется принцип, касающийся приоритета регистрации в специальных реестрах.

c) Приоритет прав в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, в потребительских товарах

125. Упомянутые выше общие принципы приоритета устанавливают основу для упорядочивания прав лиц, финансирующих приобретение, в тех случаях, когда более чем

один из них может конкурировать в отношении одних и тех же материальных активов. Вместе с тем не все материальные активы служат одной и той же экономической цели и являются предметом одной и той же коммерческой сделки. В связи с этим многие государства проводят различие между разными видами таких активов (особенно между оборудованием и инвентарными запасами, а также нередко между коммерческими активами и потребительскими товарами) в контексте финансирования, не связанного с приобретением. Например, в некоторых государствах в зависимости от вида активов существуют разные механизмы, называемые обеспечительными (например, сельскохозяйственный или коммерческий залог оборудования, передача или "плавающий" залог инвентарных запасов в обороте). В государствах, в которых действуют в полной мере комплексные системы, предусматривающие общие понятия обеспечительного права, различные виды обеспечительных механизмов больше не используются. Вместе с тем даже в таких государствах различие между разными видами активов по-прежнему проводится в тех случаях, когда речь идет о приобретательских обеспечительных правах. В этой связи полезно изучить вопрос о том, каким образом государства регулируют финансирование приобретения применительно к различным категориям активов.

126. Независимо от решения – принять или не принять комплексный подход к обеспечительным правам в контексте обеспеченных сделок – многие государства предусматривают специальные нормы в отношении потребительских товаров. В порядке исключения из общего принципа в этих государствах права лиц, финансирующих приобретение потребительских товаров, приобретают силу в отношении третьих сторон без регистрации в общем реестре обеспечительных прав или без вступления кредитора во владение. В результате моментом придания правам силы в отношении третьих сторон является момент, когда соглашение, в зависимости от конкретного случая, приобретает силу между продавцом и покупателем, арендодателем и арендатором или кредитодателем и заемщиком. Таким образом, приоритет приобретательского обеспечительного права, права на удержание правового титула или права по финансовой аренде перед любым неприобретательским обеспечительным правом, созданным покупателем, арендатором или заемщиком, должен наступать автоматически с момента приобретения правом силы в отношениях между сторонами.

127. При унитарном подходе *Руководства* лица, финансирующие приобретение потребительских товаров, могут претендовать на приоритет перед обеспеченными кредиторами, не связанными с приобретением, без необходимости придания праву силы в отношении третьих сторон посредством регистрации или владения. За исключением случаев, когда потребительские товары подлежат регистрации в специальном реестре или отметке в сертификате правового титула, лицо, осуществляющее финансирование приобретения, получает приоритет после создания приобретательского обеспечительного права (см. рекомендацию 179).

128. Государствам, которые следуют неунитарному подходу, потребуется предусмотреть эквивалентные нормы, предусматривающие приоритет прав продавца или арендодателя перед обеспечительными правами, которые покупатель потребительских товаров, возможно, ранее предоставил в будущих активах без необходимости придания этим правам силы в отношении третьих сторон путем регистрации или передачи владения. Источником такого приоритета могли бы быть либо право собственности продавца, удерживающего правовой титул, или финансового арендодателя, либо, в случае продавца или арендодателя, получающего приобретательское обеспечительное право, общий принцип, применимый к приобретательским обеспечительным правам в потребительских товарах (см. рекомендацию 191).

d) Приоритет прав в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, в материальных активах, помимо инвентарных запасов и потребительских товаров

129. В большинстве государств, в которых право на удержание правового титула и право по финансовой аренде не считаются обеспечительными правами, вопрос о конкуренции между лицами, предоставляющими финансовые средства на цели приобретения, и между лицами, финансирующими приобретение, и финансирующими лицами, не связанными с приобретением, обычно не возникает. Ранее существовавшим обеспеченным кредиторам, не связанным с приобретением, редко разрешено приобретать права в активах, собственником которых лицо, предоставляющее право, еще не является, при этом другие кредитодатели, как правило, не вправе претендовать на особый приоритет, когда они финансируют приобретение покупателем материальных активов. Даже в тех случаях, когда приобретение обеспечительного права в ожидании получения права собственности допускается, это ожидание может быть реализовано только после получения продавцом или арендодателем полной оплаты. Только в данном случае можно говорить о существовании реальной конкуренции между такими заявителями требований, как обеспеченные кредиторы, кредиторы по решению суда, управляющие в деле о несостоятельности, покупатели и арендаторы, которые получают свои права от покупателя или арендатора. Вместе с тем в тех случаях, когда продавец самостоятельно получает приобретательское обеспечительное право, а не удерживает правовой титул, и когда он конкурирует с ранее существовавшим неприобретательским обеспечительным правом, необходимо предусмотреть нормы для определения того, когда приобретательское обеспечительное право продавца будет обладать приоритетом. Применительно к оборудованию речь идет, как правило, об одном продаваемом или арендуемом активе или, в лучшем случае, об относительно незначительном числе отдельных идентифицируемых активов. Более того, эти активы не предназначены для быстрой перепродажи. По этой причине государства не требуют от продавцов, удерживающих правовой титул, или финансовых арендодателей предпринимать какие-либо дополнительные меры, помимо тех, которые необходимы для придания силы в отношении третьих сторон в качестве условия реализации их права собственности.

130. В государствах, которые руководствуются всецело комплексным подходом, чтобы заявлять свой особый приоритет, все обеспеченные кредиторы, финансирующие приобретение, должны предпринять те же шаги. После регистрации до или в течение льготного периода после поставки лицу, предоставляющему право, оборудования приобретательское обеспечительное право в новом оборудовании получает приоритет перед ранее существовавшими обеспечительными правами в будущем оборудовании лица, предоставляющего право. Кроме того, учитывая в то же время, что в этих государствах финансирование приобретения оборудования, как правило, затрагивает какой-либо один актив (или относительно незначительное число отдельных идентифицируемых активов), обычно не предназначенный для быстрой перепродажи, обеспеченным кредиторам, финансирующим приобретение, как правило, не требуется принимать какие-либо дополнительные меры помимо тех, которые необходимы для придания силы в отношении третьих сторон в качестве условия для заявления их приобретательского обеспечительного права.

131. При унитарном подходе *Руководства* все обеспеченные кредиторы, финансирующие приобретение оборудования, могут претендовать на приоритет перед обеспеченными кредиторами, не связанными с приобретением, в отношении своих приобретательских обеспечительных прав при условии, что в течение указанного льготного периода они регистрируют в общем реестре обеспечительных прав соответствующее уведомление (см. рекомендацию 180, пункт *a)* варианта A и вариант B).

132. Государствам, которые следуют неунитарному подходу, потребуется предусмотреть эквивалентные нормы, касающиеся приоритета прав продавца или арендодателя перед ранее существовавшими правами в будущем оборудовании независимо от правовой формы сделки. Таким образом, даже если покупателю будет разрешено предоставлять обеспечительное право в оборудовании, в отношении которого он будет иметь только право, связанное с ожиданием, до полной выплаты покупной цены или завершения действия соглашения о финансовой аренде, и даже если это обеспечительное право охватывает будущее или приобретенное впоследствии оборудование и вступает в силу в отношении третьих сторон до даты продажи, продавец, удерживающий правовой титул, будет иметь приоритет, если он регистрирует уведомление о своих правах в течение того же льготного периода, предоставленного какому-либо лицу, финансирующему приобретение. Аналогичным образом, при таком подходе продавец, передающий правовой титул, но удерживающий приобретательское обеспечительное право, или кредитодатель, предоставляющий финансовые средства для целей приобретения и получающий приобретательское обеспечительное право, будет также обладать приоритетом, если он в течение указанного льготного периода зарегистрирует уведомление (см. рекомендацию 192, пункт *a)* варианта A и вариант B).

e) Приоритет прав в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, в инвентарных запасах

133. Право лица, финансирующего приобретение, и неприобретательское обеспечительное право часто конкурируют между собой в связи с инвентарными запасами. В таких случаях учитываются другие принципиальные соображения, отличные от тех, которые применяются к приобретению оборудования. В отличие от лиц, финансирующих оборудование, лица, финансирующие инвентарные запасы, как правило, предоставляют кредит на краткосрочной, а то и на дневной основе, исходя при этом из общего объема существующих или будущих инвентарных запасов. Общий объем инвентарных запасов может постоянно изменяться, поскольку одни инвентарные запасы продаются, а другие инвентарные запасы производятся или приобретаются. Для получения нового кредита на инвентарные запасы лицо, предоставляющее право, в каждом случае обычно представляет кредитодателю счета или удостоверяющий документ, указывающие на фактический статус инвентарных запасов, служащих в качестве обеспечения для этого предоставляемого нового кредита.

134. В государствах, в которых права на удержание правового титула и права по финансовой аренде не считаются обеспечительными правами, вопросы относительного приоритета прав решаются путем ссылки на право собственности продавца или арендодателя. Приобретение инвентарных запасов на условиях финансовой аренды маловероятно, поскольку принципиальная особенность инвентарных запасов заключается в том, что они будут проданы. В случаях, связанных с удержанием правового титула, статус лица, финансирующего приобретение инвентарных запасов, является особенно ненадежным. Будущие кредиты будут, как правило, предоставляться при том допущении, что все новые инвентарные запасы приобретаются в рамках сделки с удержанием правового титула. Кроме того, кредитору будет необходимо определить, какие инвентарные запасы были фактически полностью оплачены. Это усложняет попытки заемщика получить будущие кредиты, обеспеченные общим объемом инвентарных запасов. Тем не менее продавец будет иметь приоритет исходя из своего права собственности на еще неоплаченные инвентарные запасы; лишь после оплаты этих инвентарных запасов покупателем другие кредиторы могут заявлять в отношении них свои обеспечительные права.

135. В государствах, использующих всецело комплексный подход, права лица, финансирующего общие инвентарные запасы, пользуются более надежной защитой. Если

приобретаемые лицом, предоставляющим право, дополнительные активы являются инвентарными запасами, то приобретательское обеспечительное право будет иметь приоритет перед неприобретательским обеспечительным правом в будущих инвентарных запасах только в том случае, если регистрация уведомления в общем реестре обеспечительных прав производится до поставки лицу, предоставляющему право, таких инвентарных запасов. Кроме того, в некоторых государствах, руководствующихся всецело комплексным подходом, ранее существовавшие лица, финансирующие инвентарные запасы, которые зарегистрировали свои права, должны прямо уведомляться о том, что в отношении новых поставляемых инвентарных запасов заявлено приобретательское обеспечительное право более высокой очереди. Такую норму можно обосновать тем, что было бы неэффективно требовать от финансирующего лица, не связанного с приобретением инвентарных запасов, каждый раз обращаться к общему реестру обеспечительных прав для принятия решения о предоставлении кредита, обеспечением которого служит постоянно меняющийся общий объем инвентарных запасов. Вместе с тем во избежание необоснованного обременения обеспеченных кредиторов, финансирующих приобретение, может оказаться эффективным единое общее уведомление ранее существовавших финансирующих лиц, не связанных с приобретением инвентарных запасов, о наличии регистрации в отношении всех поставок одному и тому же покупателю, осуществляемых в течение значительного периода времени (например, в течение пяти лет или в течение срока действия регистрации для придания силы обеспечительному праву в отношении третьих сторон). Это означает, что после уведомления этих ранее существовавших финансирующих лиц, не связанных с приобретением инвентарных запасов, отпадет необходимость в новом уведомлении в течение установленного срока по каждой из многих сделок с инвентарными запасами между обеспеченным кредитором, финансирующим приобретение, и покупателем инвентарных запасов.

136. В соответствии с унитарным подходом в отношении приобретательских прав в инвентарных запасах приняты дополнительные требования, которые обычно действуют в государствах, руководствующихся всецело комплексным подходом. Так, например, обеспеченные кредиторы, финансирующие приобретение инвентарных запасов, могут претендовать на суперприоритет перед финансирующими лицами, не связанными с приобретением инвентарных запасов, в отношении приобретательского обеспечительного права только при условии, что до поставки лицу, предоставляющему право, инвентарных запасов они регистрируют в общем реестре обеспечительных прав соответствующее уведомление, а также уведомляют в письменном виде ранее зарегистрированных финансирующих лиц, не связанных с приобретением (см. рекомендацию 180, подпункты *b)* и *c)* варианта А). При таком подходе обеспеченные кредиторы, финансирующие приобретение, после вступления покупателя во владение активами не пользуются льготным периодом, в течение которого они могут регистрировать уведомление о своем обеспечительном праве.

137. Хотя все государства, которые приняли всецело комплексный подход, придерживаются вышеизложенного мнения, можно представить режим, который не проводит различие между инвентарными запасами и активами, не относящимися к инвентарным запасам и потребительским товарам. Если бы это было так, принципы, регулирующие активы, не относящиеся к инвентарным запасам, применялись бы также к приобретательским обеспечительным правам в инвентарных запасах. Эта же норма применялась бы ко всем материальным активам, в частности в том, что достаточно регистрации уведомления в течение определенного периода времени после передачи материальных активов (см. вариант В рекомендации 180).

138. Если государство принимает неунитарный подход, то оно стоит перед аналогичным выбором. С одной стороны, эквивалентные нормы, касающиеся приоритета прав

продавца перед ранее существовавшими правами в будущих инвентарных запасах, должны быть установлены независимо от правовой формы сделки. Таким образом, несмотря на то что продавец, удерживающий правовой титул, остается собственником поставленных активов, нормы, регулирующие куплю-продажу инвентарных запасов, должны быть скорректированы таким образом, чтобы правовой титул продавца имел приоритет перед ранее существовавшими правами в будущих инвентарных запасах только на таких же условиях, на каких его права имели бы приоритет, если бы они возникли на основании приобретательского обеспечительного права этого продавца (см. рекомендацию 192, пункты *b)* и *c)* варианта А). Иначе говоря, согласно этому подходу продавцу, удерживающему правовой титул, финансовому арендодателю или продавцу или кредитодателю, заявляющему приобретательское обеспечительное право, потребуется еще до поставки инвентарных запасов покупателю или арендатору зарегистрировать в общем реестре обеспечительных прав уведомление об удерживаемом им праве собственности или о своем обеспечительном праве в зависимости от ситуации, а также уведомить об этом в письменной форме ранее зарегистрированных финансирующих лиц, не связанных с приобретением.

139. С другой стороны, государства могут также занять позицию, согласно которой различие между оборудованием и инвентарными запасами не проводится. Продавцу, удерживающему правовой титул, финансовому арендодателю или продавцу или кредитодателю, заявляющему приобретательское обеспечительное право в инвентарных запасах, потребуется только зарегистрировать в общем реестре обеспечительных прав уведомление о своем обеспечительном праве либо до вступления покупателя или арендатора во владение активами, либо после такого вступления в течение указанного льготного периода (см. рекомендацию 192, вариант В).

f) Множественные сделки по финансированию приобретения

140. Во многих ситуациях продавец или другое лицо, финансирующее приобретение, предоставляют финансовые средства, позволяющие приобрести несколько активов. Например, это финансирование может касаться множественных продаж с множественными поставками инвентарных запасов или множественных продаж нескольких единиц оборудования. В таких ситуациях важно принципиально решить вопрос о том, должен ли распространяться особый приоритет, предоставленный лицу, финансирующему приобретение, на все финансируемое им оборудование или инвентарные запасы без необходимости определять причитающуюся покупную цену по каждой конкретной купле-продаже. В случае положительного ответа можно говорить, что данная правовая система разрешает “перекрестное обеспечение исполнения обязательств”.

141. Во многих государствах, в которых сделки с удержанием правового титула и финансовая аренда не считаются обеспечительными механизмами, вопрос о перекрестном обеспечении исполнения обязательств, как правило, не возникает. В обычном случае продажи с удержанием правового титула или аналогичной сделки с правовым титулом договор купли-продажи или аренды применяется только к конкретным активам, проданным или предоставленным в аренду в соответствии с этим договором. Таким образом, одно и то же соглашение может охватывать множественные поставки, но не будет охватывать множественные продажи. Приоритетное требование продавца или арендодателя в качестве собственника будет касаться конкретных условий каждой купли-продажи или аренды. Вместе с тем в некоторых из этих государств все же допускается расширение права на удержание правового титула при том условии, например, что стороны могут согласиться на оговорку “все денежные суммы” или “текущий счет” в случае продажи инвентарных запасов. При использовании таких оговорок продавец сохраняет право собственности на проданные активы до погашения покупателем всей

задолженности перед продавцом, а не только задолженности, вытекающей из конкретного договора купли-продажи. В некоторых государствах, однако, купля-продажа с удержанием правового титула и использованием оговорок “все денежные суммы” или “текущий счет” часто трактуется судами как обеспечительные механизмы.

142. В государствах, применяющих полностью унитарный подход, перекрестное обеспечение исполнения обязательств, как правило, не ущемляет особый приоритет приобретательских обеспечительных прав, по крайней мере в инвентарных запасах. Это означает, что обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, может требовать особый приоритетный статус в отношении финансируемых инвентарных запасов без обязательства конкретно увязывать любую просроченную задолженность с какой-либо конкретной сделкой по купле-продаже или аренде или с конкретным обремененным активом. В таких случаях тем не менее особый приоритет не распространяется на другие инвентарные запасы или активы, приобретение которых не финансировалось этим обеспеченным кредитором, финансирующим приобретение.

143. Цель унитарного подхода, предусматриваемого в *Руководстве*, заключается в том, чтобы обеспечить максимальную гибкость финансирующим приобретение обеспеченным кредиторам, предоставляющим финансовые средства для приобретения инвентарных запасов, и свести к минимуму коммерческое делопроизводство, связанное с множественными сделками по приобретению с участием одного и того же обеспеченного кредитора, финансирующего приобретение. По этой причине одной регистрации будет достаточно для охвата множественных сделок, а одно уведомление, направленное кредиторам, обладающим обеспечительными правами в будущих инвентарных запасах поставляемой категории, может охватывать приобретательские обеспечительные права по множественным сделкам между теми же сторонами без необходимости идентифицировать каждую сделку (см. рекомендации 68, 178 и 180, подпункт *c)* варианта A). Если государство примет решение не проводить различие между инвентарными запасами и оборудованием, простой регистрации будет достаточно, и не будет необходимости направлять уведомление лицу, финансирующему ранее зарегистрированные общие инвентарные запасы (см. рекомендации 68, 178 и пункт *b)* варианта B рекомендации 180).

144. При неунитарном подходе *Руководства* для разрешения перекрестного обеспечения исполнения сделок потребуется внести изменения в нормы, касающиеся прав на удержание правового титула и прав по финансовой аренде, поскольку договор купли-продажи или аренды обычно применяется только к конкретным проданным или сданным в аренду активам. Кроме того, если продавец или любой финансирующий приобретение обеспеченный кредитор, не являющийся продавцом, получает приобретательское обеспечительное право в инвентарных запасах, то продавец или другое финансирующее лицо должно иметь возможность осуществлять право на перекрестное обеспечение исполнения обязательств таким же образом, как и при унитарном подходе (см. рекомендации 192, подпункт *c)* варианта A, и 193). Если государство примет решение не проводить различие между инвентарными запасами и оборудованием, простой регистрации будет достаточно и не будет необходимо направлять уведомление лицу, финансирующему ранее зарегистрированные общие инвентарные запасы (см. пункт *b)* варианта B рекомендации 192 и рекомендацию 193).

g) Приоритет прав лиц, финансирующих приобретение, перед правами кредиторов по судебному решению

145. В главе V о приоритете обеспечительного права *Руководство* рекомендует, чтобы права кредиторов, получивших судебное постановление и принимающих исполнительные меры, необходимые для приобретения прав в активах должника по решению суда,

как правило, имели приоритет перед существующими обеспечительными правами в отношении кредитов, предоставленных после их уведомления о правах кредиторов по решению суда (см. рекомендацию 84). В тех случаях, когда конкурирующим правом является право на удержание правового титула, право по финансовой аренде или приобретательское обеспечительное право, могут учитываться, в зависимости от вида данных материальных активов, несколько иные соображения. Например, если материальные активы представляют собой потребительские товары, то для вступления в силу своих прав в отношении третьих сторон лицу, финансирующему приобретение, не требуется регистрировать уведомление о своих правах или вступать во владение активами. В результате права собственности продавца, удерживающего правовой титул, или финансового арендодателя будут иметь силу в отношении третьих сторон с самого начала сделки и не может возникнуть никакого приоритетного конкурирующего положения перед кредитором по судебному решению. Кредитор по судебному решению просто не может налагать арест на активы какого-либо иного лица помимо его должника. Аналогичным образом, в случае потребительских товаров, коллизии между обеспеченным кредитором, финансирующим приобретение, и кредитором по решению суда будут редкими, поскольку потребительские сделки редко связаны с предоставлением кредита в будущем.

146. Если активы имеют форму инвентарных запасов, то лицо, финансирующее приобретение, должно вступить во владение этими активами или зарегистрировать свои права и (если принят вариант А рекомендаций 180 и 192) уведомить о своих правах уже зарегистрированных обеспеченных кредиторов до вступления покупателя во владение этими инвентарными запасами. Если же кредитор по решению суда не зарегистрировал или не смог зарегистрировать соответствующее решение, ему не будет известно о потенциальных правах лица, финансирующего приобретение, или обеспеченного кредитора, финансирующего приобретение. В тех государствах, которые разрешают кредитору по решению суда регистрировать уведомление о соответствующем судебном решении в общем реестре обеспечительных прав и приравнивают кредиторов, зарегистрировавших такие уведомления, к обеспеченным кредиторам, такие кредиторы по решению суда будут получать уведомления от последующих обеспеченных кредиторов, финансирующих приобретение. Вместе с тем в некоторых случаях (связанных с оборудованием по варианту А рекомендаций 180 и 192 или связанных и с инвентарными запасами, и с оборудованием по варианту В рекомендаций 180 и 192) лицу, финансирующему приобретение, предоставляется льготный период для регистрации своих прав. Как и в случае потребительских товаров, лицо, финансирующее приобретение оборудования, лишь в редких случаях будет предоставлять кредиты в будущем. При этом в тех случаях, когда кредитор по решению суда стремится обеспечить исполнение судебного решения в отношении активов своего должника, как правило, он не должен иметь возможность ущемлять права лица, финансирующего приобретение, которое увеличивает стоимость имущества должника по решению суда.

147. В соответствии с унитарным подходом *Руководства* до тех пор, пока обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, сохраняет в силе свои права в отношении третьих сторон в течение льготного периода, он будет иметь приоритет даже перед кредиторами по решению суда, которые регистрируют постановление суда в течение такого льготного периода (см. рекомендацию 183).

148. В соответствии с неунитарным подходом аналогичная защита должна быть предоставлена продавцам, удерживающим правовой титул, финансовым арендодателям и обеспеченным кредиторам, финансирующим приобретение, которые регистрируют уведомление о своем праве в течение указанного льготного периода. В первых двух случаях это происходит просто потому, что продавец, удерживающий правовой титул, и финансовый арендодатель просто сохраняют право собственности на активы. Однако,

если лицо, финансирующее приобретение, является продавцом или кредитодателем, заявляющим приобретательское обеспечительное право, будет иметь место особый приоритет приобретательского обеспечительного права, если регистрация была сделана в течение льготного периода (см. рекомендации 187, пункт *a)*, и 183).

h) Приоритет прав лиц, финансирующих приобретение, в принадлежностях движимого имущества и массах или продуктах

149. Согласно рекомендациям, содержащимся в главе V о приоритете обеспечительного права *Руководства*, обеспечительное право в принадлежностях движимого имущества, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации в специальном реестре или внесения записи в сертификат правового титула, имеет приоритет перед обеспечительным правом в соответствующих активах, которое впоследствии было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав или запись о котором была внесена в сертификат правового титула (см. рекомендацию 89). Эта рекомендация основывается на том факте, что обеспечительные права, имеющие силу в отношении третьих сторон, сохраняют свою силу даже после того, как активы, которые они обременяют, становятся принадлежностью других активов. В таких случаях, если два или более обеспечительных права обременяют активы в момент их превращения в принадлежность, они после этого превращения сохраняют свой относительный приоритет. В отношении массы или продукта (или, иными словами, смешанных активов) в *Руководстве* рекомендуется, чтобы обеспечительные права сохранялись в массе или продукте, причем, если имеется два или более обеспечительных прав, они сохраняют свой относительный приоритет в массе или продукте (см. рекомендацию 90).

150. Однако независимо от того, идет ли речь о принадлежностях или смешанных активах, необходимо также определить относительный приоритет прав в различных материальных активах, которые объединяются в результате преобразования в принадлежность или смешиваются. В *Руководстве* предусмотрено, что применяются обычные правила приоритета, с тем чтобы приоритет определялся на основании момента регистрации в общем реестре обеспечительных прав, если только одно из обеспечительных прав не является приобретательским обеспечительным правом. Приобретательское обеспечительное право в той или иной части смешанных активов будет иметь право перед ранее зарегистрированным обеспечительным правом, не связанным с приобретением (и предположительно даже перед приобретательским обеспечительным правом), которое было предоставлено одним и тем же лицом, предоставляющим право, во всей массе или продукте (см. рекомендацию 92). Вместе с тем в *Руководстве* не уточняется, должно ли приобретательское обеспечительное право в принадлежностях иметь приоритет перед ранее зарегистрированным не связанным с приобретением (или даже связанным с приобретением) обеспечительным правом, предоставленным одним и тем же лицом, предоставляющим право, в материальных активах, к которым относятся данные принадлежности.

151. В государствах, в которых права на удержание правового титула или права по финансовой аренде не считаются обеспечительными правами, общие нормы приоритета, изложенные в главе V о приоритете обеспечительного права, к финансированию приобретения прямо не применяются. В этой главе рассматриваются ситуации, когда в рамках общего унитарного и функционального подхода все формы обеспеченных сделок рассматриваются как обеспечительные права. В то же время в контексте финансирования приобретения относительные права сторон зависят от общих норм имущественного права, регулирующих вопросы, связанные с принадлежностями. Как правило, если активы в виде принадлежности могут быть обособлены без ущерба для активов, принадлежностью которых они являются, продавец, удерживающий правовой титул,

сохраняет свое право собственности в этих принадлежностях. Если такие принадлежности невозможно обособить подобным образом, необходимо определить, что имеет более высокую стоимость – принадлежность или актив, к которому такая принадлежность относится. Если материальные активы, в которых продавец сохраняет право собственности, имеют более высокую стоимость, то продавец, удерживающий правовой титул, приобретает право собственности на все активы только при условии принятия обязательства оплатить стоимость других активов. Если же материальные активы, в которых продавец сохраняет право собственности, имеют меньшую стоимость, то продавец, удерживающий правовой титул, утрачивает свое право собственности и может лишь предъявить новому собственнику требование оплатить стоимость своих бывших активов.

152. Согласно унитарному подходу *Руководства*, обеспеченные кредиторы, финансирующие приобретение, которые имеют права в принадлежностях или смешанных активах, обычно вправе претендовать на особый приоритет перед обеспеченными кредиторами, не связанными с приобретением. Таким образом, они будут иметь приоритет перед другими обеспеченными кредиторами, претендующими на право в принадлежностях или в смешиваемых или перерабатываемых материальных активах. Они будут также иметь приоритет перед не связанными с приобретением обеспеченными кредиторами в отношении активов, к которым относятся принадлежности, по меньшей мере в том, что касается стоимости этих принадлежностей, и они будут иметь приоритет перед не связанными с приобретением обеспеченными кредиторами, имеющими обеспечительное право в отношении всей массы или всего продукта (см. рекомендации 90–92).

153. Если государство принимает неунитарный подход, то эквивалентные нормы, касающиеся приоритета прав продавца перед другими правами в принадлежностях или движимых активах, подлежащих смешению или переработке, должны устанавливаться независимо от правовой формы сделки. Иными словами, невзирая на то, что продавец принадлежности, удерживающий правовой титул, может утратить свое право собственности на принадлежность, он должен иметь возможность претендовать на приоритет либо в проданной им доле массы или продукта, либо в проданной им принадлежности. Конкретный механизм корректировки правил, регулирующих вопросы, связанные с принадлежностями движимых активов, зависит от особенностей законодательства каждого конкретного государства, отдающего предпочтение неунитарному подходу. В *Руководстве* рекомендуется общий принцип, который дает возможность продавцам, удерживающим правовой титул, и финансовым арендодателям претендовать на приобретательское обеспечительное право в ситуациях, когда их права собственности не имеют силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 194). Этот принцип может применяться в ситуациях, когда в силу действия закона право собственности продавцов и арендодателей аннулируется.

i) Приоритет прав лиц, финансирующих приобретение, в принадлежностях недвижимого имущества

154. В главе V *Руководства* о приоритете обеспечительного права рекомендуется, чтобы после того как имущество стало принадлежностью, обеспечительное право в принадлежностях недвижимого имущества, которому придается сила в отношении третьих сторон в соответствии с законодательством о недвижимости, имело приоритет перед обеспечительным правом в этих принадлежностях, которое имеет силу в отношении третьих сторон согласно законодательству, регулирующему обеспеченные сделки. Если же обеспечительное право в материальных активах вступает в силу в отношении третьих сторон до того, как оно стало принадлежностью, и зарегистрировано в реестре недвижимости, то оно будет иметь приоритет перед зарегистрированными позднее

обеспечительными правами в данном недвижимом имуществе (см. рекомендации 87 и 88). Логическое обоснование этих положений должно также применяться к правам на удержание правового титула, правам по финансовой аренде и приобретательским обеспечительным правам.

155. Права лица, финансирующего приобретение, в материальном активе, который становится принадлежностью, должны иметь приоритет перед существующими обременениями недвижимого имущества при условии, что уведомление о праве лица, финансирующего приобретение, регистрируется в реестре недвижимости в течение разумного срока после преобразования актива в принадлежность. В этом случае предполагается, что лицо, заявляющее о существовании обременения недвижимого имущества, предоставило кредит исходя из стоимости недвижимого имущества в момент предоставления кредита и, предположительно, не ожидало заранее появления принадлежности для удовлетворения его требования. Вместе с тем в тех случаях, когда ранее существовавшее обременение недвижимого имущества обеспечивает кредит, предназначенный для финансирования строительства, это предположение не действует, а аргументы в пользу сохранения преференциального приоритета лица, финансирующего приобретение, выглядят менее очевидными.

156. Согласно унитарному подходу *Руководства* возможно существование единой нормы, регулирующей эти случаи, поскольку требование обеспеченного кредитора, финансирующего приобретение, будет всегда являться обеспечительным правом. Обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, который принимает необходимые меры для того, чтобы его право имело силу в отношении третьих сторон путем регистрации в реестре недвижимого имущества, имеет приоритет, за исключением случая, когда речь идет о кредите на строительство, обеспеченном недвижимым имуществом (см. рекомендацию 184). При этом, конечно, если обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, не зарегистрировал свое право в общем реестре обеспечительных прав в течение льготного периода, то тогда он будет просто иметь неприобретательское обеспечительное право с учетом рекомендаций, как правило, применяемых к обеспечительным правам.

157. Вместе с тем при унитарном подходе государствам потребуется скорректировать нормы, касающиеся принадлежностей, для достижения функционально эквивалентного результата независимо от формы сделки. При этом необходимо будет уточнить, что право на удержание правового титула и право по финансовой аренде будут, как правило, по-прежнему иметь силу в отношении третьих сторон, имеющих права в недвижимом имуществе, при условии регистрации продавцом или арендодателем своих прав в реестре недвижимости в течение непродолжительного срока, после того как данный актив становится принадлежностью недвижимого имущества. В то же время продавец, удерживающий правовой титул, и финансовый арендодатель утратят свой приоритет перед лицом, финансирующим строительство, даже если правовой титул на активы, которые становятся принадлежностью, не переходят автоматически на собственника недвижимого имущества (как это имело бы место в случае активов, проданных на условиях удержания правового титула, или переданных в аренду на условиях финансовой аренды, которые полностью входят в состав недвижимого имущества) (см. рекомендацию 195). Аналогичным образом продавец или ссудодатель, имеющий приобретательское обеспечительное право, будет пользоваться приоритетом в случае перерегистрации своих прав в реестре недвижимого имущества в течение столь же непродолжительного срока. И наконец, необходимо предусмотреть, что, если продавец или арендодатель не регистрирует свои права в общем реестре обеспечительных прав в течение льготного периода (см. рекомендацию 195), этот продавец или арендодатель будет просто иметь неприобретательское обеспечительное право с учетом рекомендаций, как правило, применяемых к обеспечительным правам (см. рекомендацию 196).

j) Приоритет права в средствах на финансирование приобретения в поступлениях в целом

158. Во многих случаях лицу, финансирующему приобретение, известно, что покупатель будет перепродавать приобретаемые активы. Подобная ситуация очевидна в случае инвентарных запасов, хотя иногда изготовитель или иное предприятие будет продавать существующее оборудование с целью приобрести модернизированное оборудование. Как обсуждалось в главе II о создании обеспечительного права, обычное обеспечительное право в материальных активах, как правило, будет распространяться на поступления от его отчуждения (см. рекомендацию 19). В случае финансирования приобретения при распространении обеспечительного права на поступления возникают три отдельных принципиальных вопроса. Первый из них связан с тем, возможно ли распространение обеспечительного права на поступления в случаях, когда финансирование приобретения осуществляется посредством права на удержание правового титула или права по финансовой аренде. Второй принципиальный вопрос связан с тем, должен ли особый приоритет права в средствах на финансирование приобретения распространяться также на поступления. Третий такой вопрос заключается в том, должны ли правила предъявления подобного требования быть одинаковыми независимо от того, идет ли речь о приобретении оборудования или инвентарных запасов.

159. Хотя и крайне редко, но в ряде государств, в которых права на удержание правового титула и права по финансовой аренде не считаются обеспечительными правами, продавец или арендодатель могут распространять свое требование на право собственности в поступлениях, образовавшихся в результате продажи активов, если такие поступления представляют собой материальные активы того же вида, что и проданные активы, например автомобиль, который принимается продавцом в частичную оплату нового автомобиля, когда поступления от отчуждения имеют форму дебиторской задолженности, право собственности неизбежно аннулируется. Тем не менее в некоторых государствах право на удержание правового титула и право по финансовой аренде в первоначально обремененных активах конвертируются в обеспечительное право в нематериальных поступлениях, хотя опять же это не является распространенной практикой.

160. В *Руководстве* рекомендуется, чтобы право на удержание правового титула или право по финансовой аренде позволяли продавцу или арендодателю претендовать на право в поступлениях, а согласно точке зрения, бытующей практически во всех тех немногих государствах, в которых право на удержание правового титула уже распространено на поступления, подобное право во всех случаях должно быть обеспечительным правом, а не продолжением права собственности (см. рекомендацию 197). Второй и третий принципиальные вопросы, касающиеся поступлений от активов, проданных с удержанием правового титула или на условиях финансовой аренды, рассмотрены в следующих двух подразделах.

k) Приоритет права в средствах на финансирование приобретения в поступлениях от иных материальных активов, нежели инвентарные запасы или потребительские товары

161. В государствах, в которых права на удержание правового титула и права по финансовой аренде не считаются обеспечительными правами, вопрос о требовании продавцом или арендатором особых прав в поступлениях, образовавшихся в результате продажи оборудования, как правило, не возникает, хотя теоретически такой вопрос возможен. Это объясняется тем, что законодательство в области купли-продажи или аренды, как правило, ограничивает удерживаемое продавцом право собственности или право собственности арендодателя только проданным или арендованным активом.

В случаях неразрешенного отчуждения продавец или арендодатель могут потребовать возвращения данного актива натурой у лица, которому таковой был передан. Однако иногда активы невозможно обнаружить, даже если активы или денежные средства, полученные в связи с их отчуждением, поддаются идентификации. Кроме того, иногда продавец или арендодатель разрешают продажу активов при условии, что правовой титул продавца или арендодателя будет распространяться на поступления от продажи. В этих двух ситуациях в некоторых государствах продавцу или арендодателю разрешается заявлять право собственности на основе принципа "суброгации имущественных прав" на поступления от активов, проданных в рамках сделок с удержанием правового титула или на условиях финансовой аренды, если эти поступления являются материальными активами того же вида, что и первоначально обремененные активы. В случае договора купли-продажи права продавца обычно именуют "расширенным удержанием правового титула". Однако в большинстве случаев, когда подобное расширение возможно, право на удержание правового титула или право по финансовой аренде не сохраняются как право собственности, а конвертируются в обеспечительное право в поступлениях.

162. В некоторых государствах, придерживающихся полностью интегрированного подхода, особый приоритет приобретательского обеспечительного права распространяется только на активы, приобретение которых финансируется, и не распространяется на поступления, полученные в результате отчуждения; т. е. в то время как лицо, финансирующее приобретение, удерживает обеспечительное право в поступлениях в силу общего принципа, оно не может требовать особого приоритета права в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения. В других государствах особый приоритет может распространяться также и на поддающиеся идентификации поступления от таких активов, по меньшей мере в случае сделок с оборудованием. Поскольку лицо, предоставляющее право, как правило, не приобретает оборудование с целью его немедленной перепродажи, серьезная обеспокоенность нанесения ущерба другим обеспеченным кредиторам не возникает, если особый приоритет приобретательского обеспечительного права в оборудовании распространяется на поступления от его отчуждения. Если оборудование устаревает или более не требуется лицу, предоставляющему право, а затем продается или иным образом отчуждается лицом, предоставляющим право, последнее нередко обращается к обеспеченному кредитору с просьбой отказаться от обеспечительного права, с тем чтобы предоставляющее право лицо могло отчуждать оборудование без обеспечительного права. При отсутствии такого отказа отчуждение будет подпадать под действие обеспечительного права, и покупатель или иной получатель вряд ли заплатит полную стоимость приобретаемого оборудования. В обмен на такой отказ обеспечительный кредитор будет, как правило, контролировать выплату поступлений, требуя, в частности, уплаты поступлений от отчуждения непосредственно обеспеченному кредитору для исполнения обеспеченного обязательства. При таких обстоятельствах другой кредитор вряд ли будет полагаться на обеспечительное право, получаемое непосредственно в активах лица, предоставляющего право, которые представляют собой поступления от отчуждения оборудования, первоначально обремененного приобретательским обеспечительным правом.

163. В рамках унитарного подхода *Руководства* предполагается, что оборудование в отличие от инвентарных запасов обычно не должно находиться в постоянном обороте. Контроль за отчуждением активов со стороны обеспеченного кредитора, финансирующего приобретение, подтверждает вывод о том, что особый приоритет, предоставляемый обеспеченным кредиторам, финансирующим приобретение, должен распространяться на поступления от отчуждения и продукты активов, охватываемых приобретательским обеспечительным правом (см. рекомендацию 185, пункт *а)* варианта А). Если государство примет решение не проводить различие между

инвентарными запасами и оборудованием, то необходимо определить, распространяется ли приоритет приобретательского обеспечительного права также на поступления. Поскольку в большинстве случаев поступления приносит продажа инвентарных запасов, *Руководство* рекомендует, чтобы в отношении оборудования обеспечительное право в поступлениях имело приоритет перед неприобретательским обеспечительным правом (см. пункты 169–170, ниже, и рекомендацию 185, вариант B).

164. Если какое-либо государство применяет неунитарный подход, то нормы, касающиеся сохранения особого приоритета в поступлениях от оборудования, должны создавать одинаковые последствия в отношении других заявителей требований независимо от правовой формы сделки по финансированию приобретения. Таким образом, продавец, удерживающий правовой титул, или финансовый арендодатель оборудования должны иметь возможность требовать особого приоритета в отношении поступлений от отчуждения либо на основании сохранения правового титула продавца или арендодателя в поступлениях, либо на основании предоставления взамен продавцу или арендодателю такого обеспечительного права, которое устанавливает одинаковый приоритет требований продавца или арендодателя с приобретательским обеспечительным правом. Поскольку весьма редко государства разрешают продавцам и арендодателям заявлять свое право собственности на нематериальные поступления, с тем чтобы обеспечить последовательность в отношении всех форм поступлений, *Руководство* рекомендует преобразовывать приобретательские обеспечительные права продавцов и арендодателей в первоначально обремененных активах в обеспечительное право в поступлениях (см. рекомендацию 197).

165. Потребуется также предусмотреть, чтобы это обеспечительное право в поступлениях имело также силу в отношении третьих сторон на основании норм, регулирующих регистрацию уведомления или иной метод придания силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 198). И наконец, необходимо также предусмотреть, чтобы в подобных случаях это право имело такой же приоритет в отношении других заявителей требований, как и в случае приобретательского обеспечительного права, полученного продавцом или арендодателем. Если государство примет решение проводить различие между инвентарными запасами и оборудованием, то контроль продавца, удерживающего правовой титул, или финансового арендодателя над отчуждением активов говорит в пользу сохранения особого приоритета, предоставленного обеспеченным кредиторам приобретения в случае оборудования (см. рекомендацию 199, пункт *a)* варианта A). Если государство примет решение не проводить различие между инвентарными запасами и оборудованием, необходимо будет определить, можно ли будет требовать приоритет права на удержание правового титула или права по финансовой аренде в поступлениях. Поскольку в большинстве случаев поступления появляются в результате продажи инвентарных запасов, *Руководство* рекомендует, чтобы обеспечительное право в поступлениях имело приоритет перед неприобретательским обеспечительным правом (см. пункты 171–172, ниже, и рекомендацию 199, первое предложение варианта B). По этой же причине подобный принцип должен применяться к поступлениям от приобретательского обеспечительного права во всех видах обремененных активов (см. рекомендацию 199, второе предложение варианта B).

l) Приоритет права в средствах на финансирование приобретения в поступлениях от инвентарных запасов

166. Ситуация в отношении поступлений от инвентарных запасов отличается от ситуации с поступлениями от оборудования по трем причинам. Во-первых, предполагается, что инвентарные запасы продаются в ходе обычной коммерческой деятельности предприятия. Во-вторых, поступления от продажи инвентарных запасов будут в

основном состоять из дебиторской задолженности, а не из какого-либо сочетания встречной продажи и дебиторской задолженности. Например, продавец мебели, как правило, не будет принимать от покупателя в счет частичной оплаты покупной цены подержанную мебель покупателя. В третьих, ранее существовавший обеспеченный кредитор, снабжая лицо, предоставляющее право, оборотными средствами, будет кредитовать его на периодической или даже ежедневной основе на основании своего сверхприоритетного обеспечительного права в постоянно изменяющемся объеме существующей и будущей дебиторской задолженности, являющейся первоначально обремененным активом. Лицо, предоставляющее право, не может либо не считает целесообразным обособлять дебиторскую задолженность, представляющую собой поступление от инвентарных запасов, в отношении которых действует право удержания правового титула, право финансовой аренды или приобретательское обеспечительное право от другой дебиторской задолженности, на которую распространяется обеспечительное право ранее существовавшего кредитора. Даже в том случае, если лицо, предоставляющее право, могло или считало целесообразным осуществлять такое обособление, то оно делало бы это таким образом, который был бы транспарентным для обоих финансирующих лиц и который сводил бы к минимуму контроль со стороны этих лиц.

167. Без такого оперативного обособления, транспарентного для обоих финансирующих лиц и сводящего к минимуму контроль с их стороны, существует значительный риск того, что ранее существовавший обеспеченный кредитор, предоставляющий кредит против дебиторской задолженности, может ошибочно предположить, что он имеет более приоритетное обеспечительное право во всей дебиторской задолженности лица, предоставляющего право. Равным образом существует риск возникновения коллизии между существовавшим ранее обеспеченным кредитором и продавцом, удерживающим правовой титул, финансовым арендодателем или обеспеченным кредитором, финансирующим приобретение, в отношении определения того, какое финансирующее лицо имеет приоритет и в каких поступлениях. Все эти риски и любые сопутствующие издержки по контролю могут привести к отказу в кредите или увеличению его стоимости. Если приоритет права лица, финансирующего приобретение, в инвентарных запасах не распространяется на поступления, то такое лицо, финансирующее приобретение, может самостоятельно отказать в кредите или предоставить кредит лишь повышенной стоимости.

168. Вместе с тем такой риск можно существенно уменьшить. Например, если приоритет права на удержание правового титула, права финансовой аренды или приобретательского обеспечительного права в инвентарных запасах не распространяется на поступления в виде дебиторской задолженности, ранее существовавшее лицо, финансирующее дебиторскую задолженность с более ранним обеспечительным правом в будущей дебиторской задолженности лица, предоставляющего право, может предоставить кредит под такую дебиторскую задолженность при том, что ему известно о более высоком приоритете его обеспечительного права в этой дебиторской задолженности, по отношению к праву лица, финансирующего приобретение инвентарных запасов. Это также имеет преимущества и для лица, финансирующего приобретение, поскольку предоставляемые лицом, финансирующим дебиторскую задолженность, средства дают возможность лицу, предоставляющему право, заплатить за приобретенные им инвентарные запасы. Сумма кредита ранее существовавшего обеспеченного кредитора должна быть достаточной, чтобы лицо, предоставляющее право, своевременно уплатило покупную цену продавцу инвентарных запасов. Это необходимо, поскольку ставки кредита против дебиторской задолженности в целом значительно выше ставок кредита против инвентарных запасов и поскольку сумма дебиторской задолженности отражает цену перепродажи для покупки инвентарных запасов с существенным превышением

стоимости инвентарных запасов для продавца. В этом контексте урегулирование вопроса о приоритетах таким методом способствует и расширению финансирования приобретения инвентарных запасов и финансирования дебиторской задолженности.

169. При унитарном подходе сложность определения того, какая дебиторская задолженность возникает в результате отчуждения активов, в которых существует приобретательское обеспечительное право, и широко распространенное использование дебиторской задолженности в качестве активов, на которые распространяется отдельное обеспечительное право, убедительно свидетельствует в пользу того, что особый приоритет, придаваемый приобретательским обеспечительным правам в инвентарных запасах, должен ограничиваться поступлениями от отчуждения, помимо дебиторской задолженности и других прав на выплату средств, таких как оборотные инструменты, право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, и права на получение поступлений по независимому обязательству. Таким образом, в случаях когда государства проводят различие между поступлениями от оборудования и поступлениями от инвентарных запасов, они обычно также проводят различие между разными видами поступлений. Если в этих государствах поступления от инвентарных запасов принимают форму дебиторской задолженности или других платежных прав, обеспечительное право имеет приоритет неприобретательского обеспечительного права. Если поступления принимают любую другую форму, обеспечительное право будет по-прежнему иметь приоритет приобретательского обеспечительного права при условии, что обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, уведомил о своем праве обеспеченных кредиторов, которые зарегистрировали уведомление об обеспечительном праве в активах такого же рода, что и поступления до возникновения поступлений (см. рекомендацию 185, пункт *b)* варианта A).

170. Хотя все государства, применяющие полностью интегрированный подход, придерживаются вышеизложенной точки зрения, можно предположить, что различие между поступлениями от инвентарных запасов и поступлениями от иных активов, нежели инвентарные запасы или потребительские товары, проводить не следует. В таком случае государства могут предусмотреть, что принципы, регулирующие иные активы, нежели инвентарные запасы и потребительские товары, должны также применяться к приобретательским обеспечительным правам в инвентарных запасах. Вместе с тем, поскольку право в поступлениях будет также распространяться на дебиторскую задолженность и другие права на выплату средств в отношении инвентарных запасов, когда конкуренция с лицами, финансирующими дебиторскую задолженность, будет обычным явлением, *Руководство* рекомендует, чтобы обеспечительное право во всех видах поступлений не имело особого приоритета приобретательского обеспечительного права, а лишь обладало скорее приоритетом согласно общим нормам, применимым к неприобретательским обеспечительным правам (см. рекомендацию 185, вариант B).

171. Если государство принимает неунитарный подход, как это рекомендовано в *Руководстве*, оно столкнется с аналогичной проблемой выбора. Если проводится различие между оборудованием и инвентарными запасами, особый приоритет, предоставляемый продавцам, удерживающим правовой титул, финансовым арендодателям и обеспеченным кредиторам, финансирующим приобретение, которые финансируют инвентарные запасы, не должен распространяться на поступления от отчуждения в виде дебиторской задолженности и других прав на выплату средств, независимо от правовой формы сделки по финансированию приобретения. Однако государства могут принять решение сохранить особый приоритет продавца, удерживающего правовой титул, финансового арендодателя или обеспеченного кредитора, финансирующего приобретение, в отношении поступлений от инвентарных запасов в форме материальных активов, при условии, что продавец, удерживающий правовой титул, финансовый арендодатель и обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, уведомляет о

своем праве обеспеченных кредиторов, которые зарегистрировали уведомление об обеспечительном праве в активах такого же вида, как и поступления, до возникновения поступлений (см. рекомендацию 199, пункт *b)* варианта A).

172. В ином случае можно представить, что никакого различия не должно проводиться между поступлениями от инвентарных запасов и поступлениями от активов, других кроме инвентарных запасов или потребительских товаров. В этом гипотетическом случае государства могут предусмотреть, что принципы, регулирующие другие активы, помимо инвентарных запасов, должны также применяться к приобретательским обеспечительным правам в инвентарных запасах. Однако, поскольку право в поступлениях будет также распространяться на дебиторскую задолженность и другие платежные права в отношении инвентарных запасов, когда конкуренция с лицами, финансирующими дебиторскую задолженность, будет обычным явлением, *Руководство* рекомендует, чтобы обеспечительное право во всех видах поступлений не имело особого приоритета приобретательского обеспечительного права, а скорее имело лишь приоритет согласно общим правилам, применимым к неприобретательским обеспечительным правам (см. рекомендацию 199, вариант B).

m) Приоритет прав конкурирующих лиц, финансирующих приобретение

173. При различных коллизиях приоритетов, уже рассмотренных в настоящем разделе, конкурирующие заявители требований заявляют различные права в материальных активах. Так, в частности, речь идет о коллизиях между правами продавца, удерживающего правовой титул, финансового арендодателя или обеспеченного кредитора, финансирующего приобретение, с одной стороны, и главным образом обеспеченного кредитора, не связанного с приобретением, с другой стороны. В отдельных случаях, однако, конкуренция может возникать между двумя заявителями требований, каждый из которых заявляет права, вытекающие из сделки по финансированию приобретения. В зависимости от применимого права соответствующего государства такая ситуация может возникать лишь при том обычном условии, когда арендодатель предоставляет покупателю кредит, с тем чтобы он мог произвести первую выплату за актив, а продавец также предоставляет покупателю кредитные условия на оставшуюся часть покупной цены этого актива.

174. В государствах, в которых права на удержание правового титула и права по финансовой аренде не считаются обеспечительными правами, вопросы относительного приоритета требований решаются путем ссылки на право собственности продавца или арендодателя. Конкуренция между собственниками и обеспеченными кредиторами не возникает, если только такая система не разрешает другим кредиторам приобретать обеспечительные права в ожидаемом праве покупателя. Кроме того, даже если кредитор имеет возможность приобретать обеспечительное право в ожидаемом праве покупателя или арендатора, такое ожидаемое право будет реализовано только после получения продавцом или арендодателем полной оплаты. Иначе говоря, в большинстве государств с такими системами прямая конкуренция между кредитодателем, заявляющим права в рамках сделки по финансированию приобретения, и продавцом или арендодателем не может возникать ни при каких обстоятельствах. Единственным возможным путем приобретения кредитодателем права в средствах на финансирование приобретения является получение уступки обеспеченного обязательства у продавца, удерживающего правовой титул, или финансового арендодателя.

175. Кроме того, в государствах, в которых права на удержание правового титула и права по финансовой аренде не считаются обеспечительными правами, продавец (но не арендодатель) зачастую имеет возможность передать правовой титул на продаваемый актив покупателю и вернуть себе обеспечительное право. Иногда такие права продавца

возникают в силу закона, но часто они могут возникать по соглашению между продавцом и покупателем. В таких случаях покупатель вполне может предоставить конкурирующие обеспечительные права в приобретаемом активе. Эти права иногда будут обеспечительными правами, предоставленными после приобретения актива. Однако реже они могут также возникать до приобретения актива в силу общего обеспечительного права, охватывающего существующие и будущие активы. Тем не менее даже в тех случаях, когда кредитодатель предоставляет кредит, позволяющий покупателю приобрести активы, обеспечительное право, которое он получает в этих активах, всегда рассматривается как неприобретательское обеспечительное право. Таким образом, в большинстве государств, в которых права на удержание правового титула или права по финансовой аренде не считаются обеспечительными правами, кредиторы не могут прямо приобрести особый приоритетный статус, который предоставляется продавцу, передающему право собственности покупателю и возвращающему себе приобретательское обеспечительное право. И в этом случае в большинстве таких государств единственным возможным путем получения кредитодателем особого приоритета, предоставляемого приобретательскому обеспечительному праву, будет получение уступки обеспеченного обязательства у продавца, получившего такое обеспечительное право.

176. В государствах, которые следуют полностью интегрированному подходу, приоритетные права продавца и арендодателя защищены, поскольку права, которые они могли бы заявлять в противном случае как собственники, считаются приобретательскими обеспечительными правами и пользуются одинаковым преференциальным приоритетным статусом согласно концепции особого приоритета “обеспечительного интереса покупной цены”. Такой преференциальный приоритетный статус предоставляется также продавцам, которые просто приобретают обеспечительное право в поставляемых активах, и кредитодателям, предоставляющим денежные средства заемщикам, с тем чтобы они могли приобрести эти активы. Иначе говоря, в рамках полностью интегрированного подхода может возникать реальная коллизия между несколькими приобретательскими обеспечительными правами. Обычное правило приоритета в таких государствах заключается в том, что преимущественную силу между конкурирующими обеспечительными правами одинакового вида имеет очередность регистрации или если для придания силы в отношении третьих сторон используется иной метод, то очередность придания силы в отношении третьих сторон. Таким образом, например, из двух арендодателей, которые могут претендовать на приобретательское обеспечительное право, приоритетом будет пользоваться тот из них, кто первым зарегистрировал свое право. В то же время могут возникать ситуации, когда продавец, претендующий на приобретательское обеспечительное право, регистрирует свое уведомление после того, как арендодатель, который предоставил средства для финансирования приобретения, поступил таким же образом. В данном конкретном случае такие системы отменяют обычное правило, касающееся приоритета, с целью обеспечить защиту продавца, осуществляющего продажу актива. Продавец, придавший своему приобретательскому обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон, будет иметь приоритет даже перед арендодателями с ранее существовавшими приобретательскими обеспечительными правами.

177. Согласно унитарному подходу *Руководства* при любой конкуренции между продавцом, заявляющим приобретательское обеспечительное право, и кредитодателем, также заявляющим такое право, приобретательское обеспечительное право продавца будет иметь приоритет независимо от соответствующих дат, когда этим приобретательским обеспечительным правам была придана сила в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 182). Кроме того, при конкуренции между двумя приобретательскими обеспечительными правами кредитодателей применяются обычные правила приоритета. Таким образом, относительный приоритет этих двух кредитодателей будет

определяться моментом, когда их права были зарегистрированы или вступили в силу в отношении третьих сторон в зависимости от того, что произошло раньше (см. подпункт *c)* рекомендации 76).

178. В государствах, которые избирают неунитарный подход, первоначальное принципиальное решение заключается в том, следует ли разрешить иным финансирующим лицам, нежели продавцы или арендодатели, получать обеспечительные права в активах, приобретаемых их заемщиком, которые могут пользоваться преференциальным приоритетным статусом приобретательского обеспечительного права. При отрицательном решении конкуренция между двумя или более лицами, финансирующими приобретение, не возникнет ни при каких обстоятельствах. Согласно рекомендациям *Руководства,* даже в тех случаях, когда продажа активов осуществляется по соглашению об удержании правового титула или на условиях финансовой аренды, покупатель может предоставлять обеспечение продаваемого или арендуемого актива (см. рекомендацию 190, первое предложение). Кроме того, рекомендуется также, чтобы кредитодатели, предоставляющие покупателям средства для финансирования приобретения, имели возможность заявлять требование на приобретательское обеспечительное право (см. рекомендации 187 и 188). В результате этого государства, принимающие неунитарный подход, будут также сталкиваться с возможной конкуренцией между лицами, предоставляющими средства для финансирования приобретения. При возникновении конкуренции между продавцом, удерживающим правовой титул, или финансовым арендодателем и кредитодателем, продавец или арендодатель всегда будут иметь приоритет как следствие своего права собственности. Права ссудодателя, который предоставляет финансовые средства на цели приобретения, обязательно будут подчинены правам собственности продавца или арендодателя. По этой причине максимальная сумма, которую ссудодатель может требовать на основании своего приобретательского обеспечительного права, будет равна стоимости актива, превышающей сумму, причитающуюся продавцу или финансовому арендодателю (см. второе предложение рекомендации 190). При возникновении конкуренции между продавцом или арендодателем, заявляющим приобретательское обеспечительное право, и кредитодателем, заявляющим такое право, государствам для достижения аналогичного результата придется принять правило, предусматривающее приоритет приобретательского обеспечительного права продавца или арендодателя, независимо от соответствующей даты придания силы в отношении третьих сторон. Кроме того, государствам потребуется также уточнить, что приоритет приобретательских обеспечительных прав финансирующих лиц, иных, нежели продавцы или арендодатели, будет определяться моментом, когда эти права были зарегистрированы или вступили в силу в отношении третьих сторон, в зависимости от того, что наступило раньше, независимо от формы сделки. Таким образом, в *Руководстве* рекомендуется следующая позиция: режим приобретательских обеспечительных прав, применимый в рамках неунитарного подхода, должен быть идентичным режиму, применяемому в условиях унитарного подхода (см. рекомендацию 187, пункт *a)*, включающий рекомендацию 182).

n) Последствия того, что лицо, предоставляющее средства для финансирования приобретения, не придало силы своим обеспечительным правам в отношении третьих сторон

179. Как правило, продавец, удерживающий правовой титул, финансовый арендодатель или продавец либо кредитодатель, получающий обеспечительное право в активах, приобретаемых покупателем, будут обеспечивать принятие всех необходимых мер для придания своим правам силы в отношении третьих сторон. В случае права на удержание правового титула или права по финансовой аренде это означает применение одного из методов придания силы в отношении третьих сторон, а в случаях когда такая цель

достигается посредством регистрации в общем реестре обеспечительных прав, – посредством принятия таких мер в указанные сроки (см. рекомендацию 192). В случае приобретательского обеспечительного права, будь то при унитарном или неунитарном подходе, обеспеченному кредитору надлежит принять меры, необходимые для обеспечения силы в отношении третьих сторон, и если такой мерой является регистрация в общем реестре обеспечительных прав, – принять такие меры в указанные сроки (см. рекомендации 180 и 192).

180. Непридание обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон в течение применимого периода времени имеет серьезные последствия для всех лиц, предоставляющих средства для финансирования приобретения. Если обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, своевременно не регистрирует свое обеспечительное право (см. пункты 108–111, выше), это не означает, что он утрачивает такое право. Обеспечительное право сохраняет свою силу в отношениях между сторонами. Если обеспеченный кредитор принял меры, необходимые для придания своему приобретательскому обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон даже по истечении льготного периода, он станет лишь обычным, не связанным с приобретением обеспеченным кредитором, на которого распространяются общие правила приоритета, применимые к обеспечительным правам. Таким образом, он не сможет претендовать на приобретательское обеспечительное право или заявлять о приоритете, связанном с этим правом.

181. В случае же, когда продавец, удерживающий правовой титул, или финансовый арендодатель своевременно не придает своим правам силы в отношении третьих сторон, складывается несколько иная ситуация. В таких случаях продавец или арендодатель утрачивает выгоды своего права собственности, и, в том что касается прав третьих лиц, правовой титул на продаваемые или арендуемые активы переходит к покупателю или арендатору. Полная утрата прав является серьезным последствием непринятия своевременно необходимых мер для обеспечения силы в отношении третьих сторон. Для смягчения таких последствий и выравнивания результата, достигнутого в отношении приобретательских обеспечительных прав, необходимо конвертировать право продавца или арендодателя, которое не приобретает силу в отношении третьих сторон в установленные сроки, в обычное обеспечительное право с учетом общих правил приоритета, применимых к обеспечительным правам (см. рекомендацию 194).

182. Аналогичный вывод следует сделать и в других случаях, когда продавец, удерживающий правовой титул, или финансовый арендодатель лишается прав собственности. Например, если продавец или арендодатель не регистрирует уведомление о праве на удержание правового титула или о праве по финансовой аренде в материальном активе, который становится принадлежностью недвижимого имущества, в течение периода времени, предусмотренного в рекомендации 195, продавец или арендодатель утрачивает свое право собственности в принадлежностях. В то же время, как только такое право вступает в силу в отношении третьих сторон, продавец или арендодатель может заявлять требование на обычное обеспечительное право (см. рекомендацию 196).

9. Права и обязанности сторон до неисполнения обязательств

183. Как уже отмечалось (см. главу VI о правах и обязанностях сторон, пункты 8–13, в большинстве государств имеется совсем немного императивных норм, определяющих права и обязанности сторон до неисполнения обязательств. Подавляющее большинство применимых норм и принципов носят супплетивный (необязательный) характер и могут легко нарушаться сторонами. Кроме того, в большей своей части права и обязанности сторон до неисполнения обязательств будут зависеть от того, каким

образом конкретное государство трактует правовой характер сделки, с помощью которой обеспечиваются средства для финансирования приобретения.

184. В государствах, в которых права на удержание правового титула или права по финансовой аренде не считаются обеспечительными правами, режим, регулирующий права и обязанности до неисполнения обязательств применительно к обеспечительным правам, не связанным с приобретением, не может быть просто перенесен на режим, регулирующий финансирование приобретения. Нормы, применимые к приобретательским обеспечительным правам, будь то продавца, арендодателя или кредитодателя, будут такими же, как и нормы, применимые к обеспечительным правам, не связанным с приобретением. Вместе с тем, когда речь идет о праве на удержание правового титула, праве по финансовой аренде или аналогичном праве, формулировка этих норм потребует соответствующей корректировки.

185. Поскольку цель заключается в обеспечении функциональной эквивалентности всех сделок по финансированию приобретения, для этого часто потребуется менять на противоположные обычные представления о прерогативах права собственности. Так, обычно правом использовать активы и получать гражданско-правовые и физические результаты, произведенные этими активами, обладает собственник (продавец, удерживающий правовой титул, или финансовый арендодатель). Как правило, именно собственник несет риск утраты и, следовательно, главную ответственность за заботу об активах, их обслуживание, качественный ремонт и страхование; и обычно именно собственник имеет право на дальнейшее обременение активов и их отчуждение. Таким образом, для достижения функционально эквивалентных результатов этим государствам потребуется предусмотреть сочетание императивных и неимперативных норм, наделяющих всеми этими прерогативами и этими обязанностями покупателя, а не продавца или арендодателя.

186. Государствам, использующим унитарный подход, нет необходимости непосредственно заниматься этим вопросом, поскольку приобретательское обеспечительное право – это просто одна из категорий обеспечительного права. Поэтому им потребуется лишь применять обычные нормы, касающиеся прав и обязанностей до неисполнения обязательств, ко всем сделкам по финансированию приобретения независимо от формы конкретной сделки. Таким образом, нет оснований предполагать, что обязательства, касающиеся использования обремененных активов, обязательство сохранять их стоимость, право на получение физических и гражданско-правовых результатов или доходов, право на обременение активов или право на их отчуждение должны каким-либо образом отличаться лишь по той причине, что данное обеспечительное право является приобретательским обеспечительным правом. Если обеспеченные кредиторы, финансирующие приобретение, и лица, предоставляющее право, желают предусмотреть иной порядок распределения прав и обязанностей, они должны иметь возможность сделать это в тех же самых рамках, как и рамки, применимые к обеспечительным правам, не связанным с приобретением (см. рекомендации 110–113).

187. В то же время, если государство принимает неунитарный подход, то для обеспечения функциональной эквивалентности конкретные права и обязанности сторон до неисполнения обязательств следует изложить подробнее. В отношении продавцов, удерживающих правовой титул, и финансовых арендодателей эти нормы нередко придется принимать как исключение из общего режима прав собственности. Как уже отмечалось (см. главу VI о правах и обязанностях сторон, пункты 14–15), большинство норм, касающихся периода до неисполнения обязательств, не будет носить императивного характера. Вместе с тем, поскольку неимперативный режим неисполнения обязательств должен устанавливать свод положений о правах и обязанностях до неисполнения обязательств, которые, по мнению законодателя, стороны выберут для наиболее

эффективного достижения цели обеспечительного механизма, государствам, использующим неунитарный подход, потребуется обеспечить принятие таких неимперативных норм, которые являются точным отражением норм, принимаемых такими государствами для регулирования приобретательских обеспечительных прав продавцов и арендодателей. Такой порядок будет иметь дополнительные преимущества, связанные с четким уточнением права покупателя предоставлять обеспечение в отношении своего ожидаемого права и подтверждением права покупателя на использование, преобразование или обработку активов разумным образом, соответствующим их характеру и цели (см. рекомендации 110–113).

10. Принудительная реализация

188. Рассуждения, приведенные в главе VIII о реализации обеспечительного права, показывают, что в большинстве правовых систем нормы, касающиеся принудительной реализации прав после неисполнения обязательств, прямо вытекают из того, каким образом в этих правовых системах трактуется данное материальное право. Например, во многих системах определенные права рассматриваются как “имущественные права” и предусматриваются специальные средства правовой защиты для обеспечения их эффективной принудительной реализации. Другие права трактуются как “личные права”, принудительная реализация которых обычно осуществляется путем предъявления соответствующему лицу обычного иска. В таких системах и право собственности, и обеспечительные права в материальных активах рассматриваются как категория “имущественного права”, реализуемого посредством иска in rem (“иск в отношении активов”). Хотя конкретные особенности реализации имущественных прав на основе исков in rem могут значительно отличаться друг от друга в зависимости от конкретного реализуемого имущественного права и конкретного содержания процессуального законодательства соответствующего государства, в основном эти нормы, регулирующие принудительную реализацию прав после неисполнения обязательств, носят императивный характер. Как таковые, они не могут быть нарушены сторонами сделки по финансированию обеспечения.

189. В государствах, в которых права на удержание правового титула и права по финансовой аренде не считаются обеспечительными правами, процедура реализации прав продавца или арендодателя обычно является той же, что и процедура, доступная любому лицу, заявляющему право собственности на материальные активы. Так, например, после неисполнения обязательств покупателя продавец, удерживающий правовой титул, может прекратить действие договора купли-продажи и потребовать возврата принадлежащих ему активов. В этом случае и при отсутствии каких-либо иных условий договора продавец, как правило, также обязан возместить по меньшей мере часть цены, уплаченной покупателем. Расчет этой суммы, которую должен выплатить продавец, часто производится на основании требования о возврате всех денежных средств, полученных от покупателя, за вычетом стоимости аренды актива, когда он находился во владении покупателя, и суммы, на которую уменьшилась стоимость актива в результате его использования покупателем.

190. В этих государствах продавец, прекращающий действие договора купли-продажи, обычно не обязан отчитываться перед покупателем за любые выгоды, полученные от последующей перепродажи актива, однако в то же время продавец, если договором не предусмотрено иное, не вправе взыскивать с покупателя любую недостачу сверх какого-либо прямого ущерба в результате нарушения покупателем положений первоначального договора купли-продажи. В некоторых правовых системах суды в определенных случаях выносили также решения о том, что в соглашениях об удержании правового титула содержится подразумеваемое условие, согласно которому продавец не

может получить в обратное владение больший объем проданных активов, чем это необходимо для погашения невыплаченного остатка покупной цены. Наконец, в большинстве таких государств ни покупатель, не исполнивший своих обязательств, ни любая третья сторона, например кредитор, по решению суда обладающий обеспечением в отношении ожидаемого права покупателя в активе, возврата которого требует продавец, не могут требовать от продавца отказаться от его права на возврат активов. Поскольку продавец является и всегда являлся владельцем активов, в отношении которых заявляется требование о возврате, его нельзя заставить продать эти активы, как если бы он был просто обеспеченным кредитором, финансирующим приобретение, который осуществляет принудительную реализацию приобретательского обеспечительного права. Кредиторы по решению суда, обеспеченные кредиторы и другие обеспеченные кредиторы, финансирующие приобретение, могут предъявлять лишь следующие регрессные требования: *a)* при согласии продавца или арендодателя – приобрести права продавца или арендодателя путем суброгации прав продавца или арендодателя; или *b)* выплатить остаток причитающейся по договору суммы и затем реализовать свои права в активах, которые в результате такой выплаты становятся собственностью покупателя или арендатора.

191. Продавец, требующий возврата права собственности и владения в отношении активов в соответствии с положением, согласно которому после передачи права собственности покупателю он может обратным числом расторгнуть договор купли-продажи, если покупатель не выплатит согласованной покупной цены (резолютивное условие), имеет статус, аналогичный статусу продавца, удерживающего правовой титул. После неисполнения обязательств действие договора купли-продажи прекращается, а право собственности возвращается продавцу. Он, как собственник, может требовать возврата владения активами при условии погашения покупателю уплаченной им суммы (за указанными выше соответствующими вычетами). Иначе говоря, после вступления в силу резолютивного условия права и обязанности продавца, восстановившего право собственности, идентичны правам продавца, удерживающего правовой титул.

192. Положение финансового арендодателя обычно несколько иное. Аренда представляет собой договор непрерывного действия. Арендатор осуществляет непрерывное владение и пользование активом, а арендодатель обладает правом на непрерывную уплату арендной платы. Поэтому обычно действие договора аренды прекращается лишь в будущем. Это означает, что арендатор утрачивает любое право, которым он может обладать по соглашению об аренде, на приобретение арендуемых активов в конце аренды или на автоматическое приобретение права собственности на эти активы. Это также означает, что арендодатель будет удерживать в полном объеме все полученные арендные платежи и что арендатор будет обязан вернуть активы арендодателю. Вместе с тем, если иное не предусмотрено в соглашении об аренде, финансовый арендодатель не вправе требовать возмещения убытков за естественную амортизацию активов. Ущерб может взыскиваться только за расточительное обращение и чрезмерную амортизацию. Кроме того, если в соглашении об аренде не предусмотрено иное, финансовые арендодатели, как правило, не вправе требовать выплаты разницы между суммами, полученными ими в качестве арендных платежей, и обычной амортизацией арендованных активов.

193. При унитарном подходе обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, будет иметь такие же права на восстановление владения активами, как и любой другой обеспеченный кредитор. Независимо от того, является ли обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, продавцом, арендодателем или кредитодателем, он может, как указано в главе VIII о реализации обеспечительного права (см. пункты 57–70), либо продать активы, либо принять их в удовлетворение обеспеченного обязательства, если против этого не возражает лицо, предоставляющее право, или другой

обеспеченный кредитор. В первом случае кредитор, осуществляющий реализацию, сможет продать активы в рамках судебного производства или в частном порядке. После продажи активов обеспеченный кредитор должен вернуть лицу, предоставляющему право, сумму, превышающую его непогашенное требование и образовавшуюся в результате перепродажи активов, однако при этом он имеет необеспеченное право требовать оплаты любой недостачи после продажи (см. рекомендацию 152–155 и 178).

194. Если государство принимает неунитарный подход, то для обеспечения равного режима в отношении всех лиц, предоставляющих средства для финансирования приобретения, потребуется внести ряд коррективов в существующие нормы, касающиеся принудительной реализации права собственности продавца, удерживающего правовой титул, или финансового арендодателя. Эти коррективы могут включать, в частности, предоставление покупателю или арендатору и любому обеспеченному кредитору, обладающему правом в ожидаемом праве покупателя или арендатора, права обязать продавца или арендодателя продать активы, на которые он имеет очевидное право собственности, а не просто заявить о таком праве собственности для восстановления владения активами и их последующего удержания или отчуждения. Продавцы и кредитодатели, обладающие приобретательскими обеспечительными правами, могут предложить принять активы в порядке удовлетворения просроченного обязательства покупателя, а покупатель или другая заинтересованная сторона может вместо этого потребовать от обеспеченного кредитора, финансирующего приобретение, продать эти активы. Достижение полной функциональной эквивалентности будет означать, что покупатели и другие заинтересованные лица смогут заставить продавца, удерживающего правовой титул, отказаться от заявления своего права собственности и продать активы, как если бы он был обеспеченным кредитором, финансирующим приобретение. Потребуется также внести коррективы в права продавца или арендодателя, обязав их отчитываться за излишек после любой продажи активов в случае процедуры исполнения и в то же время разрешить им как простым заявителям требований по договору взыскивать любую недостачу без возбуждения отдельного иска о возмещении ущерба.

195. Недостача встречается гораздо чаще, чем излишки. Однако предъявление всем лицам, предоставляющим средства для финансирования приобретения (включая продавцов, удерживающих правовой титул, и финансовых арендодателей), требования отчитываться перед покупателем и другими кредиторами, обладающими обеспечительными правами в ожидаемом праве покупателя, за любой излишек после реализации побудит этих других кредиторов тщательно контролировать процесс реализации и тем самым повысит вероятность получения максимально возможной стоимости. Аналогичным образом, предоставление лицу, финансирующему приобретение, возможности требовать покрытия недостачи, позволит кредитору добиться принудительного исполнения его требования в полном объеме, что повышает вероятность полного погашения обязательства. При отсутствии в договоре положения о возмещении ущерба наличие нормы, не допускающей права определенных лиц, финансирующих приобретение (особенно продавцов, удерживающих правовой титул, или финансовых арендодателей), требовать уплаты недостачи, в то время как такое требование может быть принудительно исполнено продавцом или арендодателем в порядке осуществления приобретательского обеспечительного права, было бы несправедливым и неэффективным. Права продавца, что особенно важно, не должны существенно отличаться (в выгодную либо невыгодную для продавца сторону) в зависимости лишь от того, выбрал ли он удержание правового титула или приобретательское обеспечительное право.

196. Если следовать строгой правовой логике, то функционально эквивалентные результаты принудительной реализации можно обеспечить независимо от того, какой подход применяется – унитарный или неунитарный. Необходимость внесения ряда таких коррективов в существующие режимы удержания правового титула и финансо-

вой аренды для достижения всех преимуществ равной трактовки всех источников финансирования приобретения предполагает, что государствам, которые еще не достигли такого согласованного результата на основе внесения законодательных, судебных или договорных коррективов в свои нормы, регулирующие права на удержание правового титула и права по финансовой аренде, может быть предпочтительным сделать это путем принятия унитарного подхода. Тем не менее осуществление неунитарного подхода для достижения функционально эквивалентных результатов принудительной реализации, что рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 200), обеспечит эффективный режим принудительного исполнения в отношении сделок по финансированию приобретения.

11. Коллизионное право

197. Во многих правовых системах при изложении норм, касающихся применимого права, проводится различие между правами собственности, возникающими согласно договору купли-продажи или аренды, и обеспечительными правами. Таким образом, коллизионные нормы, касающиеся обязательств (например, не только купля-продажа и аренда, но и лицензии, и дебиторская задолженность), могут отличаться от норм, применимых к соглашениям, которые создают обеспечительное право в материальных активах. Обсуждение вопросов коллизионного права в связи с обеспечительными правами включено в главу X о коллизионном праве. В настоящем разделе рассматривается лишь вопрос о том, должны ли права на удержание правового титула, права по финансовой аренде и приобретательские обеспечительные права регулироваться различными рекомендациями.

198. Несмотря на концептуальные различия между правами, вытекающими из прав собственности, и обеспечительными правами, когда право на удержание правового титула используется с целью обеспечить исполнение обязательства произвести платеж, а владение переходит к покупателю, по внешним признакам такая сделка нисколько не отличается от сделки, в рамках которой создается непосессорное обеспечительное право. Кроме того, данный актив в равной мере мобилен и, следовательно, с равной вероятностью может пересекать международные границы. Согласно рекомендациям *Руководства* кредитодатели могут приобретать не только обеспечительные права, но и приобретательские обеспечительные права в ожидаемом праве покупателя, поэтому возможно, что, как только какой-либо актив пересекает границу и, если в отношении всех таких прав не будут применяться одинаковые коллизионные нормы, право на удержание правового титула и приобретательское обеспечительное право будут регулироваться различными законами. Поставленные в *Руководстве* цели – обеспечение эффективности и прозрачности сделок – могут служить основанием для того, чтобы полагать целесообразным избегать такого рода коллизий, если это возможно, а оба эти вида сделок должны регулировать одинаковые коллизионные нормы.

199. При унитарном подходе вопрос о том, имеет ли целью та или иная сделка по финансированию приобретения право на удержание правового титула, право по финансовой аренде или приобретательское обеспечительное право, для целей коллизионного права является несущественным. Все эти механизмы будут считаться обеспечительными правами, и на них будет распространяться соответствующий режим (см. рекомендацию 178).

200. Вместе с тем, если государство решит придерживаться неунитарного подхода, оно столкнется с вопросом, должны ли нормы коллизионного права, применимые к созданию прав в результате придания силы в отношении третьих сторон, приоритета и принудительного исполнения прав на удержание правового титула, прав по финансовой

аренде и аналогичных механизмов, быть такими же, как нормы, которые применяются к приобретательским обеспечительным правам или, в более общем плане, к обычным обеспечительным правам, приобретаемым в отношении одного и того же вида активов. Цель достижения функциональной эквивалентности является сильным аргументом в пользу того, чтобы государства трактовали права собственности продавцов, удерживающих правовой титул, и финансовых арендодателей в качестве эквивалентных приобретательским обеспечительным правам для целей коллизионного права (см. рекомендацию 201).

12. Переходный период

201. Для большинства правовых систем нормы, рекомендуемые в *Руководстве*, в отношении режима сделок, которые во многих государствах не считаются обеспечительными механизмами, представляют собой существенные изменения. В частности, трактовка прав на удержание правового титула и прав по финансовой аренде (включая права по соглашениям об аренде с правом выкупа) как приобретательских обеспечительных прав приведет к значительному изменению сферы действия законодательства об обеспеченных сделках в тех правовых системах, которые еще не приняли унитарного и функционального подхода к обеспеченным сделкам в целом. В главе XI о переходном периоде рассматриваются принципы, которые должны регулировать процесс перехода к новому режиму в отношении обычных обеспечительных прав, как это рекомендовано в *Руководстве*. Эти же принципы должны регулировать процесс перехода в отношении сделок по финансированию приобретения.

202. Если государство примет неунитарный подход, то плавный переход будет зависеть от учета конкретных особенностей прежнего режима, регулирующего права на удержание правового титула и права по финансовой аренде. Если, например, регистрация своих прав уже была обязательной для продавцов, удерживающих правовой титул, и финансовых арендодателей, то необходимо будет лишь предусмотреть определенный более длительный срок, в течение которого регистрацию потребуется обновить в новом общем реестре обеспечительных прав. В качестве альтернативы в законодательстве может быть предусмотрено, что действующая регистрация остается в силе в течение достаточно длительного периода времени (например, в течение трех-пяти лет), охватывающего срок действия большинства механизмов удержания правового титула или финансовой аренды (см. рекомендацию 231, подпункт *b)*).

203. Если регистрация в настоящее время не требуется, плавный переход можно обеспечить, если, согласно переходным нормам, применимым к сделкам по финансированию, не связанным с приобретением, можно сохранить силу продавцов, удерживающих правовой титул, и финансовых арендодателей в отношении третьих сторон и их приоритетный статус посредством регистрации соответствующего уведомления в общем реестре обеспечительных прав. В качестве альтернативного варианта в законодательстве можно предусмотреть, что требование о регистрации вступает в силу с достаточно отдаленной даты в будущем после вступления в силу нового закона (например, от трех до пяти лет), с тем чтобы охватить срок действия большинства механизмов удержания правового титула и финансовой аренды, существующих в момент вступления в силу нового закона (см. рекомендацию 231, подпункт *b)*). Для обеспечения последовательности такого перехода и в соответствии с подходом, изложенным в главе XI о переходном периоде, вне зависимости от установленной продолжительности переходного периода, режим должен быть равным для прав, зарегистрированных согласно прежнему законодательству, прав, освобожденных от регистрации согласно прежнему законодательству, и обеспечительных прав, не связанных с приобретением.

204. Если государство решит принять неунитарный подход, для разработки эффективного законодательства об обеспеченных сделках потребуется изменить ряд правил, касающихся прав на удержание правового титула и прав по финансовой аренде. Поскольку в *Руководстве* рекомендуется регистрировать уведомление в общем реестре обеспечительных прав, одни и те же переходные нормы в отношении регистрации, применимые к обеспечительным правам при унитарном подходе, могут быть приняты для обеспечительных прав, прав на удержание правового титула и прав по финансовой аренде при неунитарном подходе. Что касается существующих приобретательских обеспечительных прав, то переходный период должен регулироваться такими же принципами, которые применяются к переходному периоду в рамках унитарного подхода.

205. Вместе с тем для практической реализации этих принципов таким образом, чтобы при этом обеспечивались результаты, функционально эквивалентные результатам, обеспечиваемым согласно унитарному подходу, потребуется внести различные коррективы в существо законодательства, касающегося прав на удержание правового титула и прав по финансовой аренде. В частности, потребуется определить, когда вступают в силу нормы, касающиеся следующих вопросов: *a)* приоритет прав в средствах на финансирование приобретения в отношении поступлений; *b)* права третьих сторон на приобретение обеспечительных прав в активах, на которые распространяется право на удержание правового титула или право по финансовой аренде; и *c)* процедуры принудительного исполнения этих видов механизмов финансирования приобретения, включая права третьих сторон в таких процедурах. Хотя масштабы и пределы необходимого переходного периода в рамках неунитарного подхода первоначально могут и не представляться столь значительными, возникающие на практике вопросы будут такими же, как и вопросы, возникающие в рамках унитарного подхода, а общие принципы, регулирующие принятие унитарного режима, должны быть в равной степени применимыми к переходу на реформированный неунитарный режим.

13. Несостоятельность

206. Одна из центральных тем *Руководства* заключается в том, что обеспечительное право имеет незначительную или нулевую ценность для обеспеченного кредитора, если таковое не получило должного признания в производстве по делу о несостоятельности лица, предоставляющего право. Следовательно, эффективный режим обеспеченных сделок должен четко соответствовать эффективному законодательству о несостоятельности. Оба этих фактора имеют решающее значение для целей содействия обеспеченному кредиту. По этой причине в настоящем *Руководстве* обеспечивается соответствие с параллельным руководством – Руководством ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности.

207. Общие аспекты взаимосвязи между законодательством о несостоятельности и законодательством об обеспеченных сделках рассмотрены в главе XII настоящего *Руководства*. Рекомендации *Руководства* по этому вопросу состоят из двух частей: Части A, в которой воспроизведены те рекомендации Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, которые имеют непосредственное отношение к обеспеченным сделкам, и Части B, в которую включены дополнительные рекомендации, призванные дополнять рекомендации Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности. В последнем, как правило, содержатся ссылки на законодательство, не связанное с несостоятельностью (например, законодательство того или иного государства об обеспеченных сделках) в отношении того, каким образом трактуется конкретная сделка по финансированию приобретения и правовые последствия такой трактовки. Таким образом, именно к компетенции законодательства об обеспеченных сделках, а не о

несостоятельности[6] относится вопрос о том, как трактует государство какой-либо конкретный вид сделки по финансированию приобретения – как приобретательское обеспечительное право или как одно из прав собственности, например право на удержание правового титула.

208. Принцип, согласно которому законодательство о несостоятельности отсылает, как правило, к не связанному с несостоятельностью законодательству по вопросам трактовки, означает, что в государствах, в законодательство которых об обеспеченных сделках включены все формы прав в средствах на финансирование приобретения, сделки с удержанием правового титула и финансовая аренда будут рассматриваться при несостоятельности лица, предоставляющего право, таким же образом, как и обеспечительное право, не связанное с приобретением, причем признается любой особый приоритетный статус, придаваемый приобретательскому обеспечительному праву согласно законодательству, не связанному с несостоятельностью. Соответственно положения Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, применимые к обеспечительным правам, будут применяться и к приобретательским обеспечительным правам. Таким образом, если какое-либо государство применяет унитарный подход, то в законодательстве о несостоятельности режим активов должен применяться с учетом любого вида приобретательского обеспечительного права таким же образом, как и режим активов, на которые распространяются обеспечительные права в целом (рекомендация 186).

209. В государствах, в которых сделки с удержанием правового титула и финансовая аренда не считаются обеспечительными механизмами, требуется несколько более сложный анализ. В некоторых из таких государств применяются раздельные режимы в отношении сделок с удержанием правового титула и финансовой аренды, но при этом на такие сделки и такую аренду, а также на аналогичные механизмы распространяются те же нормы, которые применяются к обеспечительным правам, не связанным с приобретением, и признается любой особый приоритетный статус приобретательского обеспечительного права согласно законодательству, не связанному с несостоятельностью. Так, в этих государствах права собственности продавцов, удерживающих правовой титул и финансовых арендодателей посредством законодательства об обеспеченных сделках конвертируются в обеспечительное право при наступлении несостоятельности лица, предоставляющего право. Соответственно при несостоятельности достигаются те же результаты, как и в государствах, в которых действуют полностью интегрированные режимы. Соответственно положения Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, применимые к обеспечительным правам, будут в таком случае применяться к подобным сделкам, хотя они не будут трактоваться как создающие обеспечительные права по законодательству, не связанному с несостоятельностью (рекомендация 202, вариант А).

210. В других государствах, в которых установлены раздельные режимы в отношении сделок с удержанием правового титула и финансовой аренды, предусмотрена тем не менее практически функциональная эквивалентность таких прав и приобретательских обеспечительных прав. В этих государствах сделки с удержанием правового титула и финансовая аренда рассматриваются как активы, являющиеся собственностью продавца или кредитодателя. Соответственно к таким сделкам будут применяться положения Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, касающиеся активов, которые являются собственностью третьих сторон (см. рекомендацию 202, вариант В).

211. Такие альтернативы могут приносить весьма различные результаты в рамках производства по делу о несостоятельности, особенно когда существует вероятность

[6] См. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, сноска 6 к рекомендации 35.

реорганизации. В государствах, в которых все формы прав в средствах на финансирование приобретения включены в законодательство об обеспеченных сделках, сделки с удержанием правового титула и финансовая аренда рассматриваются при несостоятельности лица, предоставляющего право, таким же образом, как и обеспечительные права, не связанные с приобретением, причем согласно законодательству, не связанному с несостоятельностью, признается любой особый приоритетный статус, предоставляемый приобретательским обеспечительным правам. В таких государствах управляющий в деле о несостоятельности может, как правило, использовать, продавать или сдавать в аренду обремененные активы при условии предоставления обеспеченному кредитору замещающего обеспечения или если стоимость права обеспеченного кредитора в соответствующем имуществе иным образом защищена от снижения. В таких случаях любая часть обеспеченных обязательств, превышающая стоимость права обеспеченного кредитора в активах, рассматривается как общее необеспеченное требование, и при реорганизации лица, предоставляющего право, требование обеспеченного кредитора в размерах стоимости обеспеченного права может подвергнуться реструктуризации (как и в случае с другими обеспечительными правами, не связанными с приобретением), с иным сроком исполнения обязательства, графиком платежей, процентной ставкой и т. д. (см. главу XII, посвященную последствиям несостоятельности для обеспечительного права, пункты 64–66).

212. Вышеприведенный ход обсуждений показывает, что в государствах, в которых сделки с удержанием правового титула и финансовая аренда не рассматриваются как обеспеченные сделки, управляющий в деле о несостоятельности часто имеет право в течение установленного периода времени, и если он желает и может сделать это, исполнить контракт следующим образом: *a)* посредством уплаты недостающей части цены или включения активов в имущественную массу; или *b)* посредством продолжения арендных выплат при наступлении их сроков. В ряде случаев управляющий в деле о несостоятельности может уступать договор вместе с правом на использование имущества третьей стороне (для чего в случае аренды может потребоваться согласие арендодателя). Как один из вариантов, управляющий в деле о несостоятельности может иметь право расторгнуть договор, вернуть имущество и потребовать возврата части покупной цены, уплаченной покупателем, за вычетом амортизации и использования за период, предшествующий наступлению несостоятельности. В случае аренды управляющий в деле о несостоятельности может аннулировать аренду на будущий период и возвратить имущество арендодателю. В то же время, если соответствующее имущество имеет решающее значение для успешной реорганизации покупателя, управляющий в деле о несостоятельности будет на практике иметь в своем распоряжении только первый вариант (согласованное исполнение договора). Необходимость исполнения управляющим в деле о несостоятельности согласованного договора, например в случаях, когда нынешняя стоимость оборудования меньше остаточной части покупной цены, может привести к тому, что другие активы, входящие в имущественную массу, будут использоваться для удовлетворения исполнения вместо их использования для финансирования других аспектов реорганизации лица, предоставляющего право.

213. В государствах, где активы, на которые распространяется действие прав на удержание права титула или прав по финансовой аренде, рассматриваются как активы, являющиеся собственностью третьих сторон, продавец, удерживающий правовой титул, и финансовый арендодатель будут иметь более широкие права за счет других кредиторов, фигурирующих в производстве по делу о несостоятельности. Все это неизбежно отразится на способности управляющего в деле о несостоятельности осуществлять реорганизацию. В результате этого государства, которые применяют неунитарный подход к финансированию приобретения, в ситуациях, не связанных с несостоятельностью, должны также учитывать, следует ли сохранить в рамках производства по делу о несостоятельности такую трактовку прав на удержание правового титула, прав по

финансовой аренде и аналогичных прав. Законодателю надлежит принять решение о том, является ли стимулирование поставок и финансирования оборудования или инвентарных запасов посредством создания особых прав для продавцов, удерживающих правовой титул, и финансовых арендаторов, более веским соображением, чем политика в области несостоятельности, цель которой заключается в содействии реорганизации.

B. Рекомендации 178–202

Вариант A: Унитарный подход*

Цель

Цель положений, касающихся приобретательских обеспечительных прав, заключается в:

a) признании важности использования финансирования приобретения в качестве источника доступных кредитов, особенно для малых и средних предприятий, и содействии их использованию;

b) предоставлении одинакового режима всем лицам, финансирующим приобретение; и

c) содействии заключению обеспеченных сделок в целом путем обеспечения прозрачности в отношении финансирования приобретения.

Приобретательское обеспечительное право как обеспечительное право

178. В законодательстве следует предусмотреть, что приобретательское обеспечительное право является обеспечительным правом. Таким образом, все рекомендации, регулирующие обеспечительные права, включая рекомендации о создании, силе в отношении третьих сторон (за исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 179), регистрации, принудительном исполнении и законодательстве, применимом к обеспечительному праву, применяются к приобретательским обеспечительным правам. Рекомендации о приоритете также применяются (за исключениями, предусмотренными в рекомендациях 180–185).

Сила в отношении третьих сторон и приоритет приобретательского обеспечительного права в потребительских товарах

179. В законодательстве следует предусмотреть, что приобретательское обеспечительное право в потребительских товарах приобретает силу в отношении третьих сторон с момента его создания и, за исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 181, имеет приоритет перед конкурирующим неприобретательским обеспечительным правом, созданным лицом, предоставляющим право.

Приоритет приобретательского обеспечительного права в материальных активах

180. В законодательстве следует предусмотреть, что, за исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 181:

Вариант A*

a) приобретательское обеспечительное право в иных материальных активах, нежели инвентарные запасы или потребительские товары, имеет приоритет перед конкурирующим неприобретательским обеспечительным правом, созданным лицом, предоставляющим право (даже если уведомление об этом обеспечительном праве было зарегистрировано в общем

* Государство может принять вариант A (унитарный подход), т.е. рекомендации 178–186, или вариант B (неунитарный подход), т. е. рекомендации 187–202. Рекомендации за рамками этой главы, как правило, являются применимыми в отношении финансирования приобретения, за исключением изменений, произведенных в рекомендациях в настоящей главе.

** Государство может принять вариант A или вариант B рекомендации 180.

реестре обеспечительных прав до регистрации уведомления о приобретательском обеспечительном праве), при условии, что:

i) обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, сохраняет владение данным активом; или

ii) уведомление о приобретательском обеспечительном праве регистрируется в общем реестре обеспечительных прав не позднее, чем в течение [непродолжительного периода времени, например 20 или 30 дней] дней с момента вступления лица, предоставляющего право, во владение активом;

b) приобретательское обеспечительное право в инвентарных запасах имеет приоритет перед конкурирующим неприобретательским обеспечительным правом, созданным лицом, предоставляющим право (даже если это обеспечительное право приобрело силу в отношении третьих сторон до того момента, когда силу в отношении третьих сторон приобрело приобретательское обеспечительное право), при условии, что:

i) обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, сохраняет владение инвентарными запасами; или

ii) до поставки инвентарных запасов лицу, предоставляющему право:

a. уведомление об этом приобретательском обеспечительном праве было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав; и

b. обеспеченный кредитор с ранее зарегистрированным неприобретательским обеспечительным правом, созданным лицом, предоставляющим право, в инвентарных запасах того же вида, уведомляется обеспеченным кредитором, финансирующим приобретение, о том, что он приобрел или намеревается приобрести приобретательское обеспечительное право. В уведомлении должно содержаться достаточно ясное описание инвентарных запасов, чтобы позволить обеспеченному кредитору, не финансирующему приобретение, идентифицировать инвентарные запасы, которые являются объектом приобретательского обеспечительного права;

c) уведомление, направляемое в соответствии с подпунктом *b)* ii) b. настоящей рекомендации, может охватывать приобретательские обеспечительные права по нескольким сделкам между одними и теми же сторонами без необходимости идентифицикации каждой сделки. Уведомление достаточно лишь для обеспечительных прав в материальных активах, во владение которыми лицо, предоставляющее право, вступает в течение [следует указать срок, например пять лет] лет после направления уведомления.

Вариант B

Приобретательское обеспечительное право в иных материальных активах, нежели потребительские товары, имеет приоритет перед конкурирующим неприобретательским обеспечительным правом, созданным лицом, предоставляющим право (даже если уведомление об этом обеспечительном праве было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав до регистрации уведомления о приобретательском обеспечительном праве), при условии, что:

a) обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, сохраняет владение активом; или

b) уведомление об этом приобретательском обеспечительном праве было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав не позднее чем [указать непродолжительный срок, например 20 или 30 дней] дней после вступления лица, предоставляющего право, во владение активом.

Приоритет обеспечительного права, зарегистрированного в особом реестре или отмеченного в сертификате правового титула

181. В законодательстве следует предусмотреть, что приоритет приобретательского обеспечительного права в соответствии с рекомендацией 179 или 180 не наносит ущерба приоритету обеспечительного права или иного права, зарегистрированного в специальном реестре или

внесенного в сертификат правового титула, как это предусмотрено в рекомендациях 77 и 78 (глава V о приоритете обеспечительного права).

Приоритет среди конкурирующих приобретательских обеспечительных прав

182. В законодательстве следует предусмотреть, что приоритет среди конкурирующих приобретательских обеспечительных прав определяется в соответствии с общими нормами о приоритете, применимыми к неприобретательским обеспечительным правам, если только одно из приобретательских обеспечительных прав не является приобретательским обеспечительным правом поставщика, которому была придана сила в отношении третьих сторон в течение периода времени, указанного в рекомендации 180, и в этом случае приобретательское обеспечительное право поставщика имеет приоритет перед всеми конкурирующими приобретательскими обеспечительными правами.

Приоритет приобретательского обеспечительного права перед правом кредитора, действующего на основании судебного решения

183. В законодательстве следует предусмотреть, что приобретательское обеспечительное право, которому придается сила в отношении третьих сторон в течение периода времени, указанного в рекомендации 180, имеет приоритет перед правами необеспеченного кредитора, который в ином случае имеет приоритет, как это предусмотрено в рекомендации 84 (глава V о приоритете обеспечительного права).

Приоритет приобретательского обеспечительного права в принадлежностях недвижимого имущества перед ранее зарегистрированным обременением этого недвижимого имущества

184. В законодательстве следует предусмотреть, что приобретательское обеспечительное право в материальных активах, которые становятся принадлежностями недвижимого имущества, имеет приоритет перед третьими сторонами с существующими правами в недвижимом имуществе (ином, нежели обременение, обеспечивающее заем, финансирующий строительство недвижимого имущества), при условии, что уведомление об этом приобретательском обеспечительном праве было зарегистрировано в реестре недвижимого имущества не позднее чем [указать непродолжительный срок, например 20–30 дней] дней после того момента, когда эти активы стали принадлежностями.

Приоритет приобретательского обеспечительного права в поступлениях от материальных активов

185. В законодательстве следует предусмотреть, что:

Вариант А*

a) приобретательское обеспечительное право в поступлениях от иных материальных активов, нежели инвентарные запасы или потребительские товары, имеет такой же приоритет, что и приобретательское обеспечительное право в этих активах; и

b) обеспечительное право в поступлениях от инвентарных запасов имеет такой же приоритет, что и приобретательское обеспечительное право в этих инвентарных запасах, за исключением тех случаев, когда поступления принимают форму дебиторской задолженности, оборотных инструментов, прав на выплату средств, зачисленных на банковский счет, или прав на получение поступлений по независимому обязательству. Однако такой приоритет зависит от уведомления обеспеченным кредитором, финансирующим приобретение обеспеченных кредиторов, о том, что еще до возникновения поступлений он зарегистрировал уведомление об обеспечительном праве в активах того же вида, что и эти поступления.

* Государство может принять вариант А рекомендации 185, если оно принимает вариант А рекомендации 180, или вариант В рекомендации 185, если оно принимает вариант В рекомендации 180.

Вариант B

Если приобретательское обеспечительное право в материальных активах приобретает силу в отношении третьих сторон, обеспечительное право в поступлениях имеет приоритет неприобретательского обеспечительного права.

Приобретательское обеспечительное право как обеспечительное право в производстве по делу о несостоятельности

186. В законодательстве следует предусмотреть, что, в случае производства по делу о несостоятельности в отношении должника, положения, применяемые к обеспечительным правам, применяются также и к приобретательским обеспечительным правам.

Вариант B: Неунитарный подход*

Цель

Цель положений, касающихся финансирования приобретения, включая приобретательские обеспечительные права, права на удержание правового титула и права по финансовой аренде, заключается в:

a) признании важности использования финансирования приобретения в качестве источника доступных кредитов, особенно для малых и средних предприятий, и содействии их использованию;

b) предоставлении одинакового режима всем лицам, финансирующим приобретение; и

c) содействии заключению обеспеченных сделок в целом путем обеспечения прозрачности в отношении финансирования приобретения.

Методы финансирования приобретения

187. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) режим приобретательских обеспечительных прав в контексте неунитарного подхода идентичен режиму, принятому в контексте унитарного подхода;

b) все кредиторы, как поставщики, так и ссудодатели, могут приобретать приобретательское обеспечительное право в соответствии с режимом, регулирующим приобретательские обеспечительные права;

c) финансирование приобретения на основе прав на удержание правового титула и прав по финансовой аренде может предоставляться в соответствии с рекомендацией 188; и

d) ссудодатель может пользоваться правом на удержание правового титула и правом по финансовой аренде посредством уступки или суброгации.

Эквивалентность права на удержание правового титула и права по финансовой аренде приобретательскому обеспечительному праву

188. В законодательстве следует предусмотреть, что правила, регулирующие финансирование приобретения, обеспечивают функционально эквивалентные экономические результаты независимо от того, является ли право кредитора правом на удержание правового титула, правом по финансовой аренде или приобретательским обеспечительным правом.

Сила права на удержание правового титула и права по финансовой аренде

189. В законодательстве следует предусмотреть, что право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в материальных активах не имеет силы, если только стороны

* Государство может принять вариант A (унитарный подход), т. е. рекомендации 178–186, или вариант B (неунитарный подход), т.е. рекомендации 187–202.

не заключили или не подтвердили в письменной форме соглашение о купле-продаже или аренде, которое в сочетании с поведением сторон свидетельствует о намерении продавца или арендодателя сохранить право собственности. Документ в письменной форме должен быть составлен не позднее того момента, когда покупатель или арендатор вступает во владение активами.

Право покупателя или арендатора на создание обеспечительного права

190. В законодательстве следует предусмотреть, что покупатель или арендатор может создавать обеспечительное право в материальных активах, являющихся объектом права на удержание правового титула или права по финансовой аренде. Это обеспечительное право обременяет активы только в пределах стоимости активов, превышающей сумму, причитающуюся продавцу или арендодателю по финансовой аренде.

Сила права на удержание правового титула или права по финансовой аренде в потребительских товарах в отношении третьих сторон

191. В законодательстве следует предусмотреть, что право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в потребительских товарах имеет силу в отношении третьих сторон после заключения договора о продаже или аренде при условии, что это право засвидетельствовано в соответствии с рекомендацией 189.

Сила права на удержание правового титула или права по финансовой аренде в материальных активах в отношении третьих сторон

192. В законодательстве следует предусмотреть, что:

Вариант A*

a) право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в материальных активах, кроме инвентарных запасов или потребительских товаров, имеет силу в отношении третьих сторон только в том случае, если:

i) продавец или арендодатель сохраняет владение данными активами; или

ii) уведомление об этом праве зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав не позднее [указать непродолжительный срок, например 20 или 30 дней] дней после вступления покупателя или арендатора во владение данными активами;

b) право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в инвентарных запасах имеет силу в отношении третьих сторон только в том случае, если:

i) продавец или арендодатель сохраняет владение данными инвентарными запасами; или

ii) до поставки инвентарных запасов покупателю или арендатору:

a. уведомление об этом праве было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав; и

b. продавец или арендодатель уведомили обеспеченного кредитора, ранее зарегистрировавшего неприобретательское обеспечительное право, созданное покупателем или арендатором в инвентарных запасах того же вида, о своем намерении заявить о праве на удержание правового титула или праве по финансовой аренде. Это уведомление должно содержать достаточное описание инвентарных запасов, позволяющее обеспеченному кредитору идентифицировать инвентарные запасы, которые являются объектом права на удержание правового титула или права по финансовой аренде;

c) уведомление, направляемое в соответствии с подпунктом *b)* ii) b. настоящей рекомендации, может охватывать права на удержание правового титула и права по финансовой

* Государство может принять вариант A или вариант B рекомендации 192.

аренде по нескольким сделкам между одними и теми же сторонами без необходимости идентификации каждой отдельной сделки. Уведомление имеет силу только в отношении прав в материальных активах, во владение которыми покупатель или арендатор вступает в течение [указать срок, например пять лет] лет после направления уведомления.

Вариант B

Право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в материальных активах, кроме потребительских товаров, имеет силу в отношении третьих сторон только в случае, если:

a) продавец или арендодатель сохраняет владение данными активами; или

b) уведомление об этом праве было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав не позднее [указать непродолжительный срок, например 20 или 30 дней] дней после вступления покупателя или арендатора во владение данными активами.

Это правило настоящей рекомендации применяется также к приобретательскому обеспечительному праву в материальных активах, кроме потребительских товаров.

Достаточность одной регистрации

193. В законодательстве следует предусмотреть, что регистрация одного уведомления в общем реестре обеспечительных прав является достаточной для придания праву на удержание правового титула или праву по финансовой аренде силы в отношении третьих сторон по нескольким сделкам между одними и теми же сторонами, заключенными до или после регистрации и связанными с материальными активами, соответствующими описанию в уведомлении. Положения, касающиеся системы регистрации, применяются с соответствующими изменениями терминологии к регистрации права на удержание правового титула и права по финансовой аренде.

Последствия непридания силы праву на удержание правового титула или праву по финансовой аренде в отношении третьих сторон

194. В законодательстве следует предусмотреть, что если право на удержание правового титула или право по финансовой аренде не имеет силы в отношении третьих сторон, то право собственности на активы в отношении третьих сторон переходит к покупателю или арендатору, а продавец или арендодатель имеет обеспечительное право в данных активах с учетом рекомендаций, применимых к обеспечительным правам.

Сила права на удержание правового титула или права по финансовой аренде в принадлежностях недвижимого имущества в отношении третьих сторон

195. В законодательстве следует предусмотреть, что право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в материальных активах, которые становятся принадлежностями недвижимого имущества, имеет силу в отношении третьих сторон, которые обладают правами в этом недвижимом имуществе, зарегистрированными в реестре недвижимого имущества, только если они были зарегистрированы в этом реестре не позднее [указать непродолжительный срок, например, 20–30 дней] дней после того, как эти активы стали принадлежностями.

196. В законодательстве следует предусмотреть, что, если продавец или арендодатель не регистрирует уведомление о своем праве на удержание правового титула или право по финансовой аренде в материальных активах, которые становятся принадлежностями недвижимого имущества в течение периода времени, предусмотренного в рекомендации 195, право продавца на удержание правового титула или право арендодателя по финансовой аренде считается обеспечительным правом.

Существование обеспечительного права в поступлениях от материальных активов, обремененных правом на удержание правового титула или правом по финансовой аренде

197. В законодательстве следует предусмотреть, что продавец или арендодатель, обладающий правом на удержание правового титула или правом по финансовой аренде в материальных активах, имеет обеспечительное право в поступлениях от этих активов.

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон в поступлениях от материальных активов, обремененных правом на удержание правового титула или правом по финансовой аренде

198. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) обеспечительное право в поступлениях, о которых говорится в рекомендации 197, имеет силу в отношении третьих сторон только в том случае, если эти поступления описаны в общем виде в зарегистрированном уведомлении, посредством которого праву на удержание правового титула или праву по финансовой аренде придается сила в отношении третьих сторон, или если эти поступления состоят из денежных средств, дебиторской задолженности, оборотных инструментов или прав на выплату средств, зачисленных на банковский счет;

b) если поступления не описаны в общем виде в зарегистрированном уведомлении или не состоят из тех видов активов, о которых говорится в подпункте *a)* настоящей рекомендации, то обеспечительное право в поступлениях приобретает силу в отношении третьих сторон в течение [указать непродолжительный срок] дней после возникновения поступлений и сохраняет ее постоянно в последующий период, если ему придается сила в отношении третьих сторон посредством одного из методов, упомянутых в рекомендациях 32 или 34 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), до истечения этого срока.

Приоритет обеспечительного права в поступлениях от материальных активов

199. В законодательстве следует предусмотреть, что:

Вариант A*

a) если право на удержание правового титула или право по финансовой аренде имеет силу в отношении третьих сторон, обеспечительное право в поступлениях, о которых говорится в рекомендации 197, имеет приоритет перед другим обеспечительным правом в этих же активах; и

b) если право на удержание правового титула или право по финансовой аренде имеет силу в отношении третьих сторон, обеспечительное право в поступлениях от инвентарных запасов, о которых говорится в рекомендации 197, имеет такой же приоритет, как и право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в этих инвентарных запасах, за исключением случаев, когда поступления принимают форму дебиторской задолженности, оборотных инструментов, прав на выплату средств, зачисленных на банковский счет, и прав на получение поступлений по независимому обязательству. Вместе с тем этот приоритет зависит от уведомления продавцом или арендодателем обеспеченных кредиторов, которые еще до возникновения поступлений зарегистрировали уведомление об обеспечительном праве в активах того же вида, что и поступления.

Вариант B

Если право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в материальных активах имеет силу в отношении третьих сторон, обеспечительное право в поступлениях, о которых говорится в рекомендации 197, имеет приоритет неприобретательского обеспечительного права, если обеспечительное право в поступлениях имеет силу в отношении третьих

* Государство может принять вариант A рекомендации 199, если оно принимает вариант A рекомендации 192, или вариант B рекомендации 199, если оно принимает вариант B рекомендации 192.

сторон, как это предусмотрено в рекомендации 198. Это правило применяется также к поступлениям от материальных активов, обремененных приобретательским обеспечительным правом.

Реализация права на удержание правового титула и права по финансовой аренде

200. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) правила реализации права на удержание правового титула или права по финансовой аренде в материальных активах при неисполнении обязательств должны касаться:

i) возможного порядка вступления продавца или арендодателя во владение активами;

ii) вопроса о том, должен ли продавец или арендодатель отчуждать активы и если должен, то каким образом;

iii) вопроса о том, может ли продавец или арендодатель удерживать любые излишки; и

iv) вопроса о том, может ли продавец или арендодатель возбуждать в отношении покупателя или арендатора производство в связи с любым неисполнением;

b) режим, применяющийся к реализации обеспечительного права при неисполнении обязательств, применяется к реализации права на удержание правового титула или права по финансовой аренде при неисполнении обязательств с учетом исключений, необходимых для сохранения последовательности режима, применимого к купле-продаже и аренде.

Законодательство, применимое к праву на удержание правового титула или к праву по финансовой аренде

201. В законодательстве следует предусмотреть, что положения коллизионного права, применимые к обеспечительным правам, применяются также к правам на удержание правового титула и правам по финансовой аренде.

Право на удержание правового титула или право по финансовой аренде при производстве по делу о несостоятельности

202. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае производства по делу о несостоятельности должника,

Вариант A*

Положения, применимые к обеспечительным правам, применяются также к правам на удержание правового титула и правам по финансовой аренде.

Вариант B

Положения законодательства принимающего его государства, применимые к правам собственности третьих сторон, применяются также к правам на удержание правового титула и правам по финансовой аренде.

* Государство может принять альтернативный вариант A или альтернативный вариант B рекомендации 202.

X. Коллизионное право

A. Общие замечания

1. Введение

1. Главная задача *Руководства* состоит в том, чтобы оказать государствам помощь в разработке современного законодательства по обеспеченным сделкам, призванного облегчить доступ к обеспеченным кредитам, и тем самым содействовать росту отечественных компаний и активизации торговли в целом (см. Введение, пункты 1–14). Для решения этой задачи необходимо добиваться того, чтобы законодательство по обеспеченным сделкам способствовало получению кредита у отечественных и зарубежных ссудодателей и других кредиторов. Законодательство по обеспеченным сделкам в основном ориентировано на упорядочение взаимоотношений между лицами, предоставляющими обеспечительное право, обеспеченными кредиторами, третьими лицами, имеющими обязательства, и третьими лицами-кредиторами на территории одного государства. Оно также касается соглашений об обеспечении, которые охватывают обремененные активы, расположенные на территории того же государства, как в момент создания обеспечительного права, так и в последующем. Однако следует признать, что значительная часть современной коммерческой деятельности протекает в иных условиях. Поэтому законодательству по обеспеченным сделкам все чаще приходится иметь дело с соглашениями, которые заключаются между сторонами, расположенными в нескольких государствах, или затрагивают интересы таких сторон. Кроме того, такое законодательство может касаться активов, предназначенных для экспорта или импорта, расположенных в нескольких государствах или обычно используемых в нескольких государствах. Поэтому для того, чтобы *Руководство* было применимо при любых возможных обстоятельствах, в нем необходимо дать ответы на весь комплекс вопросов, которые могут возникать при различных типах международных сделок.

2. В настоящей главе рассматриваются нормы для определения права, применимого к вопросам создания обеспечительного права, его силы в отношении третьих сторон, его приоритетности по сравнению с правами конкурирующих заявителей требования и обеспечения его реализации. Эти нормы, обычно именуемые коллизионными, также определяют территориальную сферу применения материально-правовых норм, рассматриваемых в *Руководстве* (т. е. в каких случаях и когда применяются материально правовые нормы государства, устанавливающего предусматриваемый *Руководством* режим). Например, если государство приняло предусматриваемые *Руководством* материально правовые нормы, касающиеся приоритетности обеспечительного права, то эти нормы применяются к коллизии приоритета, возникающей в принявшем их государстве, только в том случае, если на законодательство данного государства указывает соответствующая норма коллизионного права, касающаяся вопросов приоритета. Если соответствующая коллизионная норма предусматривает, что правом, регулирующим приоритет, является право другого государства, то в таком случае относительный приоритет конкурирующих заявителей требований будет определяться в соответствии с материальным правом такого другого государства. Если какой-либо вопрос уже находится на рассмотрении суда или другого органа данного государства (“форум”),

соответствующей нормой коллизионного права будет норма, действующая в этом государстве. Если разбирательство еще не начато и возникает вопрос, какая норма коллизионного права будет подлежать применению в случае начала разбирательства, то для определения применимого права необходимо будет изучить нормы коллизионного права, действующие во всех государствах, в которых могут быть приняты меры по реализации обеспечительного права, а такие нормы могут указывать на абсолютно разные материально-правовые нормы, регулирующие данный вопрос.

3. Предусмотренные в *Руководстве* коллизионные нормы применяются только в том случае, если "форум" находится в государстве, которое приняло рекомендации, содержащиеся в *Руководстве*. Они не могут применяться в государстве, которое еще не приняло указанных рекомендаций. Это связано с тем, что государство не может принимать коллизионные нормы, подлежащие применению в другом государстве. Суды или другие органы такого другого государства при определении того, следует ли применять свое внутреннее материальное право или материальное право другого государства, руководствуются своими собственными коллизионными нормами.

4. Коллизионные нормы указывают государство, материальное право которого будет применяться к той или иной ситуации путем определения факторов, устанавливающих связь создавшейся ситуации с данным государством ("связующие факторы"). К основным связующим факторам, рекомендуемым в *Руководстве*, относятся местонахождение обремененных активов и местонахождение лица, предоставляющего обеспечительное право. Так, в ситуации, при которой связующим фактором является местонахождение активов, применимым правом является право государства местонахождения таких активов.

5. После создания обеспечительного права и его вступления в силу в отношении третьих сторон может произойти изменение одного или более связующих факторов. Например, если вопрос о действительности обеспечительного права в инвентарных запасах, расположенных в государстве A, в отношении третьих сторон регулируется правом местонахождения этих инвентарных запасов, то возникает вопрос, что произойдет, если часть таких запасов будет впоследствии перемещена в государство B (чьи коллизионные нормы также предусматривают, что право местонахождения материальных активов регулирует вопросы действительности обеспечительных прав в материальных активах в отношении третьих сторон). Один из подходов может заключаться в том, что действительность обеспечения будет сохраняться в государстве B без необходимости предпринимать какие-либо дополнительные шаги в этом государстве. Другой подход может предусматривать создание нового обеспечительного права в соответствии с правом государства B. Еще один подход может заключаться в сохранении ранее существовавшего права обеспеченного кредитора при условии выполнения в государстве B определенных формальностей в течение определенного срока (например, в течение 30 дней после доставки этого имущества в государство B). Поскольку этот вопрос относится не к коллизионному, а скорее к материальному праву, он рассматривается в главе III *Руководства* (см. главу III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты 117–119 и рекомендацию 45). В настоящей главе рассматривается только вопрос о том, право какого государства будет применяться по данному вопросу.

6. В условиях эффективного режима обеспеченных сделок коллизионные нормы, применимые к обеспеченным сделкам, обычно отражают цели такого режима. Это означает, что право, применимое к имущественным аспектам обеспечительного права, должно легко поддаваться определению. Ясность является ключевой целью разработки положений, касающихся обеспеченных сделок, на уровне как материально-правовых, так и коллизионных норм. Другой целью является предсказуемость. Как было показано на примере, приведенном в предыдущем пункте, нормы коллизионного права должны

отвечать на вопрос, продолжает ли обеспечительное право, приобретенное в соответствии с правом государства А, регулироваться правовым режимом этого государства или на него начинает распространяться право государства В, если последующее изменение связующего фактора свидетельствует о том, что в отношении такого вида обеспечительного права должно применяться право государства В. Третья ключевая цель эффективной системы коллизионного права заключается в том, чтобы в соответствующих нормах нашли отражение разумные ожидания заинтересованных сторон (т. е. кредитора, лица, предоставляющего обеспечительное право, должника и третьих сторон). Для этого связующий фактор, который определяет право, применимое к обеспечительному праву, должен иметь определенную реальную связь с фактической ситуацией, регулируемой таким правом.

7. Использование *Руководства* (в том числе настоящей главы) при разработке правовых положений об обеспеченных сделках будет способствовать снижению рисков и издержек, возникающих в результате различий между существующими режимами коллизионного права. В случае обеспеченной сделки обеспеченный кредитор обычно стремится к тому, чтобы его права признавались во всех государствах, в которых может иметь место их принудительная реализация, в том числе в правовых системах, в которых ведется производство по делу о несостоятельности в отношении лица, предоставляющего обеспечительное право, и его активов. Если в таких государствах действуют разные нормы коллизионного права в отношении одного и того же вида обремененных активов, кредитору, стремящемуся к полной защите, придется соблюдать требования нескольких режимов. Это, несомненно, может отрицательно повлиять на доступность и стоимость кредита. Преимущества, связанные с согласованием норм коллизионного права различных государств, заключаются в том, что кредитор может полагаться на одну и ту же норму коллизионного права (предполагающую одинаковые результаты) для определения статуса своего обеспечения во всех таких государствах. Такая цель была, в частности, достигнута в отношении дебиторской задолженности в результате принятия Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке[1].

8. Потребность в коллизионном праве сохраняется даже в том случае, если все государства согласовали свое материальное право по обеспеченным сделкам. По прежнему возможны ситуации, когда сторонам необходимо определять государство, требования которого применяются к сделке. Например, если законы всех государств предусматривали бы, что непосессорное обеспечительное право приобретает действительность в отношении третьих сторон после регистрации уведомления в публичном реестре, по-прежнему необходимо было бы определить, в реестре какого государства должна быть совершена регистрация.

9. В разделе А.2 настоящей главы рассматриваются в целом коллизионные нормы по вопросам создания обеспечительного права, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета. В разделе А.3 дается обзор права, применимого к вопросам создания обеспечительного права в материальных активах, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета, в разделе А.4 рассматривается право, применимое к вопросам создания обеспечительного права в нематериальных активах, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета, а в разделе А.5 – право, применимое к вопросам создания обеспечительного права в поступлениях, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета. В разделе А.6 настоящей главы рассматривается право, применимое к правам и обязательствам сторон по соглашению об обеспечении, в разделе А.7 – право, применимое к правам и обязательствам третьих сторон-должников по обязательству. Право, применимое к принудительной реализации обеспечительного права, комментируется в разделе А.8. Заключительные три подраздела раздела А настоящей главы

[1] См. Введение, сноска 7.

посвящены нормам и соответствующим срокам определения местонахождения (раздел A.9), осударственной политике и внутренним императивным нормам (раздел A.10) и последствиям возбуждения дела о несостоятельности для норм, применимых к обеспечительным правам (раздел A.11). В разделе B рассмотрены специальные нормы для случаев, когда применимым правом является право неунитарного государства. Завершает главу ряд рекомендаций в разделе C.

2. Сфера применения норм коллизионного права

10. В настоящей главе не дается определение обеспечительных прав, к которым применяются нормы коллизионного права. Квалификация того или иного права в качестве обеспечительного права для целей коллизионного права, как правило, отражает материально-правовые нормы данного государства, касающиеся обеспеченных сделок. В принципе, суд или другой орган применяет свое собственное право, когда ему необходимо квалифицировать тот или иной спорный вопрос для целей выбора соответствующей нормы коллизионного права. Вместе с тем возникает вопрос, должны ли нормы коллизионного права одного государства, касающиеся обеспечительных прав, также применяться к другим сделкам, которые являются функциональным эквивалентом обеспечения, даже если они не охватываются режимом обеспеченных сделок (например, продажа права на сохранение правового титула, финансовая аренда и другие аналогичные сделки). Тот факт, что материально-правовые нормы государства, регулирующие обеспеченные сделки, могут не применяться к этим другим сделкам, не означает, что данное государство не может применять к этим сделкам нормы коллизионного права, применимые к обеспеченным сделкам. *Руководство* рекомендует такой подход государствам, которые предпочтут следовать неунитарному подходу к правам в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения (см. рекомендацию 201).

11. Аналогичный вопрос возникает в отношении определенных видов передачи, осуществляемой не в целях обеспечения, когда желательно, чтобы по вопросам, касающимся создания обеспечительного права, его действительности в отношении третьих сторон, его приоритетности, применялось бы то же самое право, что и в отношении обеспечительного права в той же категории активов. Соответствующий пример приведен в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке, которая с точки зрения как материально-правовых, так и коллизионных норм применяется к прямой передаче дебиторской задолженности, а также к обеспечительным правам в дебиторской задолженности (см. пункт *a)* статьи 2 Конвенции). Такой принципиальный выбор обусловлен в значительной мере необходимостью ссылаться на какое-либо одно право при определении приоритета между конкурирующими заявителями требований, обладающими правом в одной и той же дебиторской задолженности. *Руководство* рекомендует аналогичный принцип (см. рекомендацию 208). В противном случае при возникновении спора о приоритете между покупателем дебиторской задолженности и кредитором, имеющим обеспечительное право в этой же дебиторской задолженности, будет намного труднее (а иногда и невозможно) определить, кто имеет приоритет, если приоритетпокупателярегулируетсяправомгосударстваA,априоритетобеспеченногокредитора – правом государства B.

12. Какое бы решение в той или иной правовой системе ни было принято в отношении видов сделок, охватываемых нормами коллизионного права, сфера применения таких норм, касающихся создания обеспечительного права, его действительности в отношении третьих сторон и его приоритета, будет ограничиваться имущественными аспектами соответствующих сделок. Таким образом, норма, касающаяся права, применимого к созданию обеспечительного права, отвечает только на вопрос, согласно какому праву устанавливаются те требования, которые необходимо выполнить для создания

имущественного права в обремененных активах. Такая норма не будет применяться к личным обязательствам сторон по взаимному договору. В большинстве правовых систем чисто контрактные обязательства по торговой сделке, как правило, регулируются правом, которое стороны выбирают в своем соглашении или, в отсутствие такого выбора, коллизионным правом соответствующего государства (например, Конвенцией о праве, применимом к договорным обязательствам, принятой в Риме в 1980 году и называемой далее "Римская конвенция"). *Руководство* рекомендует аналогичный подход в отношении права, применимого для определения взаимных прав и обязательств лица, предоставляющего обеспечительное право, и обеспеченного кредитора в отношении обеспечительного права (см. рекомендацию 216).

13. Следствием признания автономии сторон в отношении личных обязательств сторон является тот факт, что нормы коллизионного права, применимые к имущественным аспектам обеспеченных сделок, относятся к вопросам, выходящим за рамки права на заключение договора. Например, лицо, предоставляющее обеспечительное право, и обеспеченный кредитор обычно не могут выбирать право, применимое к определению приоритета, поскольку это может не только затрагивать права третьих сторон, но и приводить к коллизии приоритетов двух конкурирующих обеспечительных прав, на которые распространяется действие двух различных правовых норм, приводящих к противоположным результатам.

14. Нормы коллизионного права многих правовых систем в настоящее время предусматривают, что ссылка на право другого государства как на право, регулирующее определенный вопрос, относится к праву, применимому в данном государстве, за исключением его коллизионных норм. Доктрина отсылки (в соответствии с которой право государства включает нормы коллизионного права) исключается в целях обеспечения предсказуемости и в силу того, что отсылка может противоречить ожиданиям сторон. Тот же подход рекомендуется и в *Руководстве* (см. рекомендацию 221).

3. Нормы коллизионного права, касающиеся создания обеспечительного права в отношениях между сторонами, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета

15. Определение объема прав, приобретаемых в результате предоставления обеспечительного права, обычно требует проведения анализа, предусматривающего следующие три этапа:

a) первый вопрос заключается в том, было ли создано обеспечительное право (относительно вопросов, связанных с понятием создания обеспечения, см. главу II);

b) второй вопрос заключается в том, имеет ли данное обеспечительное право силу в отношении третьих сторон (относительно вопросов, связанных с понятием силы в отношении третьих сторон, см. главы III и IV); и

c) третий вопрос заключается в том, какова приоритетность права обеспеченного кредитора по сравнению с правом конкурирующего заявителя требования, например другого кредитора или управляющего в деле о несостоятельности лица, предоставляющего обеспечительное право (относительно вопросов, связанных с понятием приоритета, см. главу V).

16. Обеспечительное право, несомненно, не имеет большой практической значимости, если нельзя обеспечить его эффективную реализацию. Вместе с тем вопрос реализации не затрагивает объема прав, которыми в обремененных активах обладает обеспеченный кредитор, поэтому нормы коллизионного права, касающиеся принудительной реализации, будут рассматриваться в другом разделе настоящей главы (см. пункты 64–72, ниже).

17. Не во всех государствах проводится различие между тремя уже упомянутыми вопросами (см. пункт 15, выше). Во многих правовых системах созданное на законных основаниях обеспечительное право (или другое имущественное право) по определению имеет силу в отношении всех сторон (erga omnes) без каких бы то ни было дополнительных действий. В этих правовых системах вопросы, касающиеся создания обеспечительного права и его силы в отношении третьих сторон, регулируются одной и той же коллизионной нормой. Аналогичным образом вопросы, касающиеся приоритета, могут рассматриваться как вопросы, касающиеся силы. Вместе с тем даже в тех правовых системах, в которых проводится четкое разграничение между действительностью в отношениях между сторонами, действительностью в отношении третьих сторон и приоритетом, не всегда предусматривается отдельная коллизионная норма, регулирующая каждый из этих вопросов, в связи с чем одна и та же коллизионная норма может применяться ко всем трем вопросам, что в свою очередь ведет к применению одной и той же материально-правовой нормы.

18. В этой связи ключевой вопрос заключается в том, должна ли какая-либо одна коллизионная норма применяться ко всем трем вопросам. Такие принципиальные соображения, как простота и определенность, говорят в пользу применения одной коллизионной нормы. Как отмечалось выше, различие между этими вопросами не всегда проводится или понимается одинаково во всех правовых системах, в результате чего установление различных коллизионных норм по этим вопросам может усложнить анализ и привести к возникновению неопределенности. Вместе с тем в некоторых случаях выбор другого права для регулирования вопросов приоритета позволяет более полно учесть интересы таких третьих сторон, как лица, обладающие установленным по закону обеспечением, кредитор по постановлению суда или управляющий в деле о несостоятельности.

19. Еще один важный вопрос заключается в том, должна ли в связи с любым данным вопросом (т. е. создание обеспечительного права, его сила в отношении третьих сторон и его приоритет) соответствующая норма коллизионного права быть одинаковой для материального и нематериального имущества. Утвердительный ответ на этот вопрос указывал бы на целесообразность либо нормы, основанной на праве местонахождения обремененных активов (lex situs или lex rei sitae), либо нормы, основанной на праве местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право.

20. Подход, основанный на lex situs, был бы несовместим с положениями о дебиторской задолженности Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке (статья 22 которой содержит ссылку на право государства, в котором находится цедент). Кроме того, учитывая тот факт, что нематериальные активы не могут быть объектом физического владения, принятие lex situs в качестве применимой коллизионной нормы потребовало бы разработки специальных норм и правовых фикций для определения фактического статуса различных видов нематериальных активов. В этой связи местонахождение активов не рассматривается в *Руководстве* в качестве надлежащего связующего фактора для нематериальных активов и предпочтение отдается подходу, в целом основанному на праве местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право (см. рекомендацию 208).

21. Кроме того, для обеспечения соответствия с Конвенцией Организации Объединенных Наций об уступке необходимо будет определять местонахождение лица, предоставляющего обеспечительное право, таким же образом, как это делается в упомянутой Конвенции (см. рекомендацию 219). В соответствии с этой Конвенцией местонахождением лица, предоставляющего обеспечительное право, является местонахождение его коммерческих предприятий или, если лицо, предоставляющее обеспечительное право, имеет коммерческие предприятия в более чем одном государстве, то место, в котором

лицом, предоставляющим обеспечительное право, осуществляется центральное управление. Если лицо, предоставляющее обеспечительное право, не имеет коммерческого предприятия, то принимается во внимание обычное место жительства лица, предоставляющего обеспечительное право (см. подпункт *h)* статьи 5 Конвенции). Этот подход был принят в Конвенции в основном потому, что определенное таким образом местонахождение считается реальным местом нахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, а также потому, что он выводит на правовые нормы государства, в котором, вероятнее всего, будет вестись основное производство по делу о несостоятельности лица, предоставляющего обеспечительное право (о значении понятия "основное производство" см., например, подпункт *b)* статьи 2 и пункт 3 статьи 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности).

22. Соображения простоты и определенности могли бы так же свидетельствовать в пользу принятия одной и той же коллизионной нормы (например, права местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право) в отношении не только нематериальных, но и материальных активов, особенно в том случае, если одни и те же нормы права применяются к вопросам создания обеспечительного права, его действительности в отношении третьих сторон и его приоритета. В соответствии с этим подходом было бы достаточно одного запроса для установления объема обеспечительных прав, которыми обременены все активы лица, предоставляющего обеспечительное право. Кроме того, не будет необходимости отдельно рассматривать случаи изменения местонахождения обремененных активов или же проводить разграничение между нормами права, применимыми к посессорным и непосессорным правам (и определять, какие нормы права имеют преобладающую силу в том случае, когда посессорное обеспечительное право, регулируемое правом государства A, вступает в коллизию с непосессорным обеспечительным правом в тех же активах, регулируемым правом государства B).

23. Вместе с тем не во всех правовых системах право местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, рассматривается в качестве права, имеющего достаточную связь с обеспечительными правами в материальных активах, по крайней мере применительно к "немобильным" активам (или даже в некоторых видах нематериальных активов, таких как права на выплату средств, зачисленных на банковские счета, или интеллектуальная собственность). Кроме того, принятие права лица, предоставляющего обеспечительное право, привело бы к тому, что одно право регулировало бы обеспеченную сделку, а другое право – передачу права собственности в одних и тех же активах. Во избежание этого правовым системам потребовалось бы применять право лица, предоставляющего обеспечительное право, в отношении всех видов передачи владения.

24. Кроме того, практически повсеместно признается, что посессорное обеспечительное право должно регулироваться правом местонахождения имущества, поскольку применение права местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, в отношении посессорных прав противоречило бы разумным ожиданиям обеспеченных кредиторов. Соответственно, даже если применение права местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, будет общим правилом, необходимо предусмотреть исключение в отношении посессорных обеспечительных прав.

25. В этой связи в *Руководстве* рекомендуются следующие две общие коллизионные нормы в отношении права, применимого к вопросам создания обеспечительного права, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета:

a) для материальных активов применимым правом должно быть право местонахождения активов (см. рекомендацию 203);

b) для нематериальных активов применимым правом должно быть право местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право (см. рекомендацию 208).

26. Поскольку содержание коллизионных норм обычно различается в зависимости от материального или нематериального характера активов, возникает вопрос, какая коллизионная норма должна применяться, если в отношении нематериальных активов может действовать посессорное обеспечительное право. В этой связи в большинстве правовых систем отдельные категории прав, воплощенных в документе (например, в оборотном инструменте), приравниваются к материальным активам, в результате чего признается возможность создания в таких активах посессорного обеспечительного права посредством вручения этого документа кредитору. В *Руководстве* такие виды нематериальных активов рассматриваются как материальные активы и соответственно предусматривается, что коллизионная норма, действующая в отношении материальных активов, в целом применяется к таким нематериальным активам. Таким образом, в случае оборотного инструмента право государства нахождения инструмента будет регулировать вопросы создания обеспечительного права в оборотном инструменте, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета (см. рекомендацию 203).

27. Аналогичный вопрос возникает в том случае, если материальные активы представлены оборотным товарораспорядительным документом (например, коносаментом). Широко признается, что оборотный товарораспорядительный документ также приравнивается к материальным активам и может быть предметом посессорного залога. В этом случае обеспечительное право регулируется правом местонахождения документа, а не воплощенных в нем фактических материальных активов. Вместе с тем возникает вопрос, какое право будет применяться для урегулирования коллизии приоритетов между кредитором, обладающим обеспечительным правом в товарораспорядительном документе, и другим кредитором, которому должник мог предоставить непосессорное обеспечительное право в самих материальных активах, если данный документ и материальные активы не находятся в одном и том же государстве. В этом случае нормы коллизионного права должны признавать преимущественную силу права, регулирующего обеспечительное право в документе, на том основании, что это решение будет полнее отражать законные ожидания заинтересованных сторон (см. рекомендацию 206). В то же время, такой подход соответствовал бы предлагаемым в *Руководстве* материально-правовым нормам по вопросам создания обеспечительного права, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета (см. рекомендации 28, 52 и 108).

4. Право, применимое по вопросам создания обеспечительного права в материальном активе, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета

28. Изложенные выше принципиальные соображения в пользу применения общих коллизионных норм не обязательно действуют во всех обстоятельствах, и поэтому в отношении определенных конкретных видов активов, для которых наиболее приемлемым связующим фактором является местонахождение активов или лица, предоставляющего обеспечительное право, могут применяться другие нормы. Кроме того, из соображений эффективности в отношении транзитных или экспортных товаров применяются альтернативные нормы. Такие товары не должны оставаться в месте своего первоначального нахождения и могут пересекать границы нескольких государств до прибытия в конечный пункт назначения. В последующих пунктах рассматриваются две изложенные выше общие коллизионные нормы и исключения из них.

a) Общая норма: право местонахождения обремененных активов (lex situs или lex rei sitae)

29. Как отмечалось выше, вопросы создания обеспечительного права в материальном имуществе, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета обычно

регулируются правом государства, в котором находятся данные обремененные активы (см. рекомендацию 203). Примером частого применения этой нормы являются обеспечительные права в инвентарных запасах. Если лицо, предоставляющее обеспечительное право, владеет инвентарными запасами, которые находятся в государстве, применяющем эту норму (государство A), то эти вопросы регулируются правом этого государства. Эта норма означает также, что если лицо, предоставляющее обеспечительное право, владеет также другими инвентарными запасами в другом государстве (государство B), то необходимо выполнить соответствующие требования государства B, для того чтобы суды в государстве A признали, что на инвентарные запасы, находящиеся в государстве B, распространяются права обеспеченного кредитора.

30. Общая коллизионная норма для материальных активов не проводит различия между посессорными и непосессорными обеспечительными правами. Соответственно будет, как правило, применяться право местонахождения активов, независимо от того, владеет или не владеет этими активами обеспеченный кредитор. Как уже отмечалось (см. пункты 26 и 27, выше), это особенно важно для таких нематериальных активов, приравненных к материальному, как оборотные инструменты и оборотные документы. Например, право местонахождения оборотного инструмента или документа будет регулировать вопросы приоритета, даже если обеспечительное право вступает в силу в отношении третьих сторон на ином, чем владение, основании.

b) Дополнительная норма, касающаяся создания обеспечительного права в транзитных и экспортируемых активах, и его силы в отношении третьих сторон

31. В случае транзитных товаров или товаров, предназначенных для экспорта, применение права местонахождения активов ведет к применению права государств, в которых эти товары находятся в момент возникновения вопроса. Это означает, что обеспеченные кредиторы должны следить за движением активов и соблюдать требования каждого государства, в котором может находиться актив, для обеспечения наличия у себя в любое время обеспечительного права, имеющего силу. Во избежание такого результата один из подходов может состоять в том, что суд в месте конечного или каждого промежуточного назначения признает в качестве имеющего силу обеспечительное право, созданное и вступившее в силу в отношении третьих сторон в соответствии с правом первоначального местонахождения. Такой подход отразил бы ожидания сторон в первоначальном месте нахождения товаров, но противоречил бы ожиданиям сторон, которые дали кредит лицу, предоставляющему обеспечительное право, в соответствии с требованиями права места конечного назначения товаров.

32. Другой подход предусматривает, что государство конечного назначения признает, что обеспечительное право, созданное и вступившее в силу в отношении третьих сторон в соответствии с правом первоначального местонахождения товаров, сохраняет силу в течение ограниченного срока. В результате стороны в первоначальном месте нахождения могли бы располагать определенным периодом времени для соблюдения правовых требований государства конечного назначения, с тем чтобы сохранить за собой обеспечительное право, первоначально созданное и вступившее в силу в первоначальном местонахождении. Такой подход обеспечил бы равновесие интересов сторон в различных правовых системах (и он фактически рекомендован в *Руководстве* для применения в отношении большинства видов материальных активов; см. рекомендации 45 и 203).

33. Еще один подход заключается в предоставлении обеспеченному кредитору возможности создать свое обеспечительное право и обеспечить его вступление в силу в отношении третьих сторон либо в соответствии с правом государства первоначального

местонахождения активов, либо в соответствии с правом государства конечного назначения активов, при условии, что в последнем случае эти активы прибудут в пункт назначения в оговоренный срок (см. рекомендацию 203). Такой подход позволил бы обеспеченному кредитору, уверенному, что товары прибудут в оговоренный пункт назначения, опираться на право этого места для создания своего обеспечительного права и обеспечения его вступления в силу в отношении третьих сторон. Предусматривающее такой вариант правило является особенно полезным в случаях, когда существует вероятность того, что активы быстро проследуют через территорию других государств и прибудут в конечный пункт назначения вскоре после отгрузки. В противном случае для обеспечения непрерывного действия обеспечительного права в отношении третьих сторон, созданного в момент нахождения товаров в первоначальном месте, обеспеченному кредитору пришлось бы выполнять требования, касающиеся создания и обеспечения силы в отношении третьих сторон, которые предъявляются в месте первоначального местонахождения, в каждом государстве, в котором товары могут находиться во время транзитной перевозки, и в месте конечного назначения. В любом случае вопросы приоритета будут всегда регулироваться правом местонахождения товаров в момент возникновения спора о приоритете.

c) Специальная норма, касающаяся силы обеспечительного права в оборотном инструменте в отношении третьих сторон

34. Как отмечалось выше, существует широкое признание того, что вопросы создания обеспечительного права в оборотном инструменте, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета должны регулироваться правом государства, в котором находится данный инструмент (*lex situs*) (см. рекомендацию 203). Вместе с тем в некоторых правовых системах сила обеспечительного права в оборотном инструменте в отношении третьих сторон может быть также обеспечена вследствие регистрации в месте нахождения лица, предоставляющего обеспечительное право. В таком случае для определения того, была ли обеспечена сила в отношении третьих сторон в результате регистрации, логично опираться на право государства местонахождения лица, предоставляющего право (см. рекомендацию 211). Следует отметить, что такой подход применим только к действительности обеспечительного права в отношении третьих сторон. Вопросы создания и приоритета обеспечительного права в инструменте всегда регулируются правом фактического местонахождения инструмента.

d) Исключения из правила lex situs для мобильных активов и материальных активов, подлежащих специальной регистрации

35. Общая норма коллизионного права, касающаяся обеспечительных прав в материальных активах, обычно предусматривает определенные исключения в тех случаях, когда местонахождение активов не является достаточным связующим фактором (например, для активов, обычно используемых в нескольких государствах) или когда она не соответствует разумным ожиданиям сторон (например, для активов, право собственности на которые должно регистрироваться в специальных реестрах).

i) Мобильные активы

36. Мобильные активы, например воздушные и морские суда, автотранспортные средства и, в некоторых случаях, машинное оборудование, – это активы, которые при нормальной хозяйственной деятельности пересекают границы государств. Например, лицу, предоставляющему обеспечительное право и управляющему деятельностью строительного предприятия в нескольких государствах, может потребоваться создание

обеспечительных прав в машинном оборудовании, периодически перевозимом из одного государства в другое для целей этого предприятия; или лицу, предоставляющему обеспечительное право и управляющему транспортным предприятием, может потребоваться создание обеспечительных прав в автотранспортных средствах, используемых в данном транспортном предприятии (хотя автотранспортные средства обычно не могут пересекать национальные границы в островных государствах). Применение общей коллизионной нормы к такому виду материальных активов (т. е. lex situs) потребовало бы от обеспеченного кредитора определить точное местонахождение каждой части машины или каждого автотранспортного средства в момент создания обеспечения. Для сохранения непрерывной силы своего обеспечения в отношении третьих сторон обеспеченному кредитору потребовалось бы также выяснить, какие требования действуют во всех государствах, в которых каждый из этих активов может потенциально находиться в любой данный момент времени, и выполнить соответствующие требования всех таких государств. Кроме того, было бы невозможно определить государство, в котором соответствующие активы будут находиться в будущем в момент возникновения спора о приоритете и, следовательно, определить режим, подлежащий применению для урегулирования спора. Во избежание этих проблем и связанных с ними издержек и неопределенностей в некоторых правовых системах вопросы создания обеспечительного права в материальных активах, обычно используемых более чем в одном государстве, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета регулируются правом государства местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право (за исключением случаев, когда право собственности на такой вид имущества подлежит регистрации в специальном реестре, в котором также можно регистрировать обеспечительные права; см. пункты 37 и 38, ниже). В *Руководстве* рекомендуется такой подход (см. рекомендацию 204).

ii) Материальные активы, права в которых подлежат специальной регистрации или записи в сертификат правового титула

37. Право собственности на некоторые категории материальных активов иногда регистрируется в специальных реестрах или подтверждается в документе, удостоверяющем правовой титул. Обычно в таких реестрах регистрируются воздушные транспортные средства и морские суда, а в некоторых государствах и автотранспортные средства. В той мере, в какой соответствующая система регистрации в реестре или совершения записи в сертификате правового титула позволяет также регистрировать или записывать обеспечительные права, для определения права, регулирующего вопросы создания обеспечительного права в активах, если права в этих активах подлежат регистрации в таком специальном реестре или совершению записи в документе правового титула, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета, может делаться ссылка на право государства, под контролем которого ведется соответствующий реестр или выдается документ правового титула. Таким образом, в реестре или в документе правового титула можно найти информацию как о праве собственности, так и об обеспечительных правах в отношении таких активов. Такая норма может основываться на внутреннем праве (см. рекомендацию 205) или на международных конвенциях, имеющих преимущественную силу (например, на Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования и соответствующих протоколах к ней).

38. Однако для того чтобы такая норма эффективно действовала на практике, необходимо, чтобы было общепризнано, что активы относятся к категории активов, которые подлежат регистрации в специальной системе регистрации или сертификации правового титула, и чтобы место нахождения такого реестра можно было легко определить. В противном случае потенциальный кредитор будет вынужден изучать материальное право всех государств, в которых в прошлом могли находиться соответствующие

активы, для выяснения того, ведется ли в каком-либо из них подобная специальная система регистрации или сертификации правового титула. Кроме того, эта норма не должна применяться к активам, если права в таких активах могут быть зарегистрированы в специальных реестрах или системах сертификации правового титула сразу в нескольких государствах, так как в подобных случаях она не позволяет определить право, применимое к конкретному спору. Поэтому некоторые государства, возможно, предпочтут не применять данную норму в случаях, не охваченных международными договорами.

5. Право, применимое по вопросам создания обеспечительного права в нематериальном активе, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета

a) Общая норма: право местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право

39. В некоторых правовых системах вопросы создания обеспечительного права в нематериальных активах, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета регулируются правом государства местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право. Например, если экспортер, находящийся в государстве A, создает обеспечительное право в дебиторской задолженности со стороны клиентов, находящихся в государствах B и C, имущественные правовые аспекты обеспечительного права регулируются правом государства A. Эта норма соответствует подходу, принятому в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке в отношении права, применимого к уступке дебиторской задолженности (см. статьи 22 и 30 Конвенции).

40. В других правовых системах вопросы создания обеспечительного права в нематериальных активах, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета по-прежнему регулируются правом местонахождения активов (lex situs). В этих правовых системах необходимо установить местонахождение нематериального актива (например, местонахождение должника в случае дебиторской задолженности).

41. По сравнению с lex situs право местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, имеет ряд преимуществ, особенно когда в качестве обремененных активов выступает дебиторская задолженность. Применяется одно и то же правовое положение, даже если уступка касается многих случаев дебиторской задолженности со стороны разных должников. Кроме того, право местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, можно легко определить в момент предоставления уступки, даже если уступка касается будущей дебиторской задолженности или дебиторской задолженности, уступаемой в целом. В то же время правом местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право (местом центрального управления в случае расположения коммерческих предприятий более чем в одном государстве), является право государства, в котором, вероятно, будет вестись основное производство по делу о несостоятельности лица, предоставившего обеспечительное право (о значении термина “основное производство” см., например, подпункт *b)* статьи 2 и пункт 3 статьи 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности).

42. Кроме того, несмотря на то, что право местонахождения обремененных активов (lex situs) эффективно действует в большинстве случаев в отношении материального имущества, при применении lex situs к нематериальному имуществу возникают большие трудности как на концептуальном, так и на практическом уровне. На концептуальном уровне не существует общего понимания и ясного ответа на вопрос, что представляет собой situs дебиторской задолженности. Согласно одному мнению, это место, где должен производиться платеж. Однако такое место не всегда просто определить,

поскольку в договоре, в связи с которым возникает дебиторская задолженность, об этом может быть ничего не сказано (и даже если в договорах прямо рассматривается этот вопрос, третьим сторонам может быть трудно определить место платежа); на этот случай в законодательстве должны быть предусмотрены другие способы определения места платежа. Согласно другому мнению, situs дебиторской задолженности – это юридический адрес или местонахождение коммерческого предприятия либо основное место жительства должника по дебиторской задолженности. Любой из упомянутых выше вариантов будет налагать на потенциального цессионария бремя проведения подробного фактологического и правового расследования. Кроме того, во многих случаях цессионарий может оказаться не в состоянии с уверенностью определить точное местонахождение дебиторской задолженности, поскольку критерии определения этого местонахождения могут зависеть от деловой практики или желания сторон договора, в соответствии с которым возникает дебиторская задолженность. Таким образом, используя lex situs в качестве права, применимого к обеспечительным правам в дебиторской задолженности, нельзя обеспечить определенность и предсказуемость, которые являются ключевой целью создания эффективного режима коллизионного права в сфере обеспеченных сделок.

43. Кроме того, даже в том случае, если та или иная правовая система предусматривает подробные положения, позволяющие потенциальному или фактическому обеспеченному кредитору легко и объективно определять конкретное право местонахождения дебиторской задолженности, многие коммерческие сделки будут по-прежнему сопряжены с практическими трудностями. Причина в том, что обеспечительное право может касаться не только существующей и конкретно выявленной дебиторской задолженности, но и многих других случаев дебиторской задолженности. Таким образом, обеспечительное право может охватывать совокупность текущей и будущей дебиторской задолженности. В этом случае выбор lex situs в качестве права, регулирующего вопросы приоритета, не будет эффективным принципиальным решением, поскольку к различным уступкам дебиторской задолженности могут применяться разные нормы приоритета. Кроме того, если обеспечительное право распространяется на будущую дебиторскую задолженность, обеспеченный кредитор будет не в состоянии определять степень охвата своих прав на приоритет в момент уступки, поскольку в этот момент situs этой будущей дебиторской задолженности не известен.

44. Для того чтобы избежать трудностей, связанных с применением lex situs в отношении дебиторской задолженности, некоторые государства предпочитают применять нормы права, регулирующие дебиторскую задолженность (например, нормы права, регулирующие договор, на основании которого возникает задолженность). Избирая такой подход, государства в основном ориентируются на сделки, совершаемые на рынке капиталов, и аналогичные им сделки. Преимущество этого подхода состоит в том, что он обеспечивает применение одних и тех же правовых норм не только для регулирования вопросов создания обеспечительного права, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета, но и для определения последствий создания такого обеспечительного права для должника по дебиторской задолженности. Он также позволяет избежать вопроса о том, может ли дебиторская задолженность, не подлежащая уступке согласно нормам регулирующего ее права, все же служить предметом обеспечения согласно нормам права другого государства, которые допускают создание обеспечительного права в не подлежащей уступке дебиторской задолженности. Наконец, еще одно достоинство такого подхода заключается в том, что он обеспечивает защиту от риска, связанного с изменением местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, в будущем, который иначе может возникнуть в ситуации, когда лицо, предоставляющее обеспечительное право, делает уступку, а затем меняет место своего нахождения и делает там другую уступку.

45. Норма, основанная на применении права, регулирующего дебиторскую задолженность, может успешно применяться в отношении обеспечительного права в конкретно выявленной дебиторской задолженности, а также в отношении обеспечительного права в дебиторской задолженности по ценным бумагам, финансовым договорам и валютным сделкам, в рамках которых обычно с должной бдительностью проверяется любая дебиторская задолженность, подлежащая уступке. Однако в случае общей уступки большого числа статей дебиторской задолженности (тщательно проверить каждую из которых было бы слишком дорого или невозможно) применение такой нормы будет сопряжено с такими же трудностями, что и при использовании подхода, основанного на применении lex situs, особенно если такая уступка распространяется на будущую дебиторскую задолженность; в последнем случае у обеспеченного кредитора не будет возможности заранее определить требования, которые должны быть выполнены для защиты его прав в отношении будущей дебиторской задолженности.

46. С учетом вышесказанного в *Руководстве* для регулирования вопросов создания обеспечительного права в нематериальных активах, за исключением обеспечительных прав в некоторых видах нематериальных активов, в отношении которых в Руководстве рекомендуются другие коллизионные нормы (см. пункты 48–54, ниже), силы такого права в отношении третьих сторон и его приоритета рекомендуется применять право государства местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право (см. рекомендацию 208). Критерий определения местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, соответствует критериям, изложенным в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке (см. пункты 21, выше, и 74, ниже; см. также рекомендацию 219). Правило о применении права государства местонахождения лица, предоставляющего право, не применяется в отношении обеспечительных прав в ценных бумагах и правах на платеж, возникающих в результате финансовых договоров или в соответствии с финансовыми договорами, которые регулируются соглашениями о взаимозачете, или в результате валютных сделок или в соответствии с ними, однако по другой причине: *Руководство* не применяется в отношении обеспечительных прав в активах этих категорий (см. подпункты *c)–e)* рекомендации 4).

47. Поскольку норма, предусматривающая применение права государства местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, призвана обеспечить большую правовую определенность в отношении применимого права, государствам, принимающим законодательство на основе настоящего *Руководства*, следует предусмотреть возможные последствия смены места нахождения такого лица. В таких случаях право, регулирующее действительность обеспечительного права в отношении третьих сторон и его приоритет, будет определяться согласно праву государства, в которое переместилось лицо, предоставляющее обеспечительное право, за исключением случаев, когда в споре о приоритете участвуют только конкурирующие заявители требований, права которых приобрели силу в отношении третьих сторон до изменения местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право (см. пункт 78, ниже).

b) Исключения из правила о применении права государства местонахождения лица, предоставляющего право, для некоторых видов нематериальных активов

48. Существуют три категории нематериальных активов, в отношении которых действуют разные соображения и для которых местонахождение лица, предоставляющего обеспечительное право, не является наиболее (или единственно) приемлемым связующим фактором для выбора применимого права: право на выплату средств, зачисленных на банковский счет; право на получение поступлений по независимому обязательству; и дебиторская задолженность, возникающая в результате сделки с недвижимым имуществом.

i) Права на выплату средств, зачисленных на банковский счет

49. Применительно к вопросам создания обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, его силы в отношении третьих сторон, его приоритета и его принудительной реализации в различных правовых системах используются разные подходы. Некоторые государства, руководствуясь соображениями упрощения процедуры и исходя из того, что право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, представляет собой дебиторскую задолженность, считают, что нормы, регулирующие режим дебиторской задолженности, распространяются также и на банковский счет. Другие государства применяют иной подход и в связи с этими вопросами отсылают к праву государства, в котором находится отделение банка, обслуживающее данный счет (см. вариант A рекомендации 210). Согласно этому подходу уровень определенности и транспарентности в отношении применимого права будет более высоким, поскольку местонахождение соответствующего отделения банка можно легко определить по двусторонним отношениям между банком и его клиентом. Кроме того, такой подход будет отражать нормальные ожидания сторон в отношении текущих банковских операций. В то же время такой подход приведет к тому, что на обеспечительные права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, будет распространяться тот же режим, что и на вопросы регулирования. Местонахождение отделения нередко рассматривается как situs права на получение выплаты средств, зачисленных на банковский счет, применительно к вопросам регулирования или другим вопросам, в отношении которых требуется определение situs такого права.

50. Другой подход предусматривает отсылку к праву, указанному в соглашении об открытии счета в качестве права, регулирующего такое соглашение, или к любому другому праву, ясно указанному в соглашении об открытии счета, при условии, что депозитарный банк имеет отделение в государстве, на право которого делается ссылка. Если в соглашении об открытии счета не указано никакое право, применимое право определяется на основании тех же стандартных критериев, что и критерии, предусмотренные в статье 5 Гаагской конвенции о ценных бумагах (см. вариант B рекомендации 210). В соответствии с этим подходом применимое право будет отвечать ожиданиям сторон соглашения об открытии счета. В то же время у третьих сторон появится возможность определить право, предусмотренное в соглашении об открытии счета, поскольку лицо, предоставляющее обеспечительное право (держатель счета), обычно предоставляет информацию относительно соглашения об открытии счета для получения кредита у ссудодателя исходя из наличия средств на счете.

51. Как и в случае с оборотными инструментами и по тем же причинам, право государства местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, может применяться к вопросам силы в отношении третьих сторон обеспечительного права в праве на выплату средств, кредитованных на банковский счет, в тех случаях, когда силу такого обеспечительного права в отношении третьих сторон можно обеспечить путем регистрации в месте нахождения лица, предоставляющего обеспечительное право (см. пункт 34, выше, и рекомендацию 211).

ii) Право на получение поступлений по независимому обязательству

52. Во многих правовых системах вопросы, касающиеся силы в отношении третьих сторон, приоритета и принудительной реализации обеспечительного права в поступлениях по независимому обязательству, регулируются правом, указанным в независимом обязательстве (о содержании данного подхода см. рекомендацию 212). Если в независимом обязательстве не указано регулирующее право, эти вопросы регулируются правом государства местонахождения соответствующей конторы лица, которое представило

(или, в зависимости от обстоятельств, согласилось исполнить) обязательство (см. рекомендацию 213). Считается, что такое право наиболее тесно связано с обязательством. Его применение соответствует обычным ожиданиям сторон в таких сделках. Что касается создания обеспечительного права в таких активах, то к нему по-прежнему применяется общее коллизионное право для обеспечительных прав в нематериальных активах (т. е. право государства местонахождения лица, предоставляющего право), поскольку создание обеспечительного права связано только с его силой в отношениях между сторонами соглашения об обеспечении и не затрагивает прав других сторон.

53. Однако в том случае, если независимое обязательство принимается для обеспечения исполнения того или иного обязательства по дебиторской задолженности или оборотному инструменту, то ответ на вопрос, распространяется ли автоматически такое обеспечительное право на независимое обязательство, следует искать в праве, которое регулирует создание обеспечительного права в дебиторской задолженности или оборотном инструменте и его силу в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 214). Такой подход обоснован тем, что в целях обеспечения последовательности необходимо, чтобы одно и то же право применялось в отношении создания и силы в отношении третьих сторон обеспечительного права как в дебиторской задолженности или оборотном инструменте, так и в праве на получение поступлений по соответствующему независимому обязательству.

iii) Дебиторская задолженность, связанная с недвижимым имуществом

54. В тех случаях, когда дебиторская задолженность возникает в связи с продажей или арендой недвижимого имущества или когда она обеспечена недвижимым имуществом, а также в случае возникновения других видов дебиторской задолженности, имущественные аспекты обеспечительного права обычно регулируются правом местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право. Вместе с тем при возникновении спора о приоритете, в котором по крайней мере один из конкурирующих заявителей требования зарегистрировал свое право в реестре недвижимого имущества государства, в котором находится данное имущество, *Руководство* рекомендует, чтобы спор о приоритете регулировался в соответствии с правом государства, в ведении которого находится такой реестр (см. рекомендацию 209). Последнее правило направлено на то, чтобы обеспечить применение законодательства государства реестра к сторонам, которые согласно этому законодательству имеют право полагаться на реестр. По той же причине это правило применимо только к ситуации, когда, согласно законодательству государства реестра, регистрация в реестре имеет значение при решении вопросов, касающихся силы в отношении третьих сторон приоритета.

6. Право, применимое к вопросам создания обеспечительного права в поступлениях, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета

55. В целом существуют три подхода к определению права, применимого к вопросам создания обеспечительного права в поступлениях, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета.

56. Один подход к определению права, применимого к обеспечительному праву в поступлениях, заключается в отсылке к праву, применимому к обеспечительному праву в первоначальных обремененных активах. Например, если первоначальные обремененные активы выступают в форме инвентарных запасов, находящихся в государстве A, поступления принимают форму дебиторской задолженности и лицо, предоставляющее

обеспечительное право, находится в государстве B, то вопросы создания обеспечительного права в дебиторской задолженности, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета регулируются правом государства A. В частности, коллизия приоритетов между обеспечительным правом в дебиторской задолженности в форме поступлений от инвентарных запасов и обеспечительным правом в дебиторской задолженности в форме первоначальных обремененных активов будет регулироваться правом государства A (правом местонахождения инвентарных запасов). В результате степень определенности в отношении применимого права будет более высокой в интересах лиц, финансирующих инвентарные запасы исходя из дебиторской задолженности в форме поступлений.

57. С другой стороны, такой подход создает значительные неудобства для лица, финансирующего дебиторскую задолженность. Например, он ведет к применению права, отличного от того права, которое, как рассчитывают лица, финансирующие дебиторскую задолженность, будет применяться к их правам в дебиторской задолженности в форме первоначальных обремененных активов. Другой недостаток такого подхода заключается в том, что лица, финансирующие дебиторскую задолженность, будут не в состоянии предвидеть, какое право будет применяться, поскольку выбор регулирующего права будет зависеть от того, возникает ли спор с лицом, финансирующим инвентарные запасы (и в таком случае регулирующим правом будет право местонахождения инвентарных запасов), или с другим конкурирующим заявителем требования (и в таком случае регулирующим правом будет право местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право). Этот подход также не дает ответа в случае трехстороннего спора между лицом, финансирующим дебиторскую задолженность, лицом, финансирующим инвентарные запасы, и другим конкурирующим заявителем требования. Он также ставит под вопрос выбор права местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, в качестве права, применимого к обеспечительному праву в дебиторской задолженности, поскольку дебиторская задолженность нередко возникает в результате продажи материальных активов. В этой связи лицо, финансирующее дебиторскую задолженность, во многих случаях будет не в состоянии опираться на право местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право.

58. Другой подход заключается в отсылке к праву, применимому к обеспечительным правам в активах того же вида, что и поступления. В приведенном выше примере к вопросам создания обеспечительного права в дебиторской задолженности, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета будет применяться право государства B (право местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право). В пользу такого подхода говорят простота и соображения определенности. Преимущество такого подхода заключается в возможности всегда определить применимое право независимо от того, кто является сторонами спора.

59. Вместе с тем еще один подход представляет собой сочетание двух упомянутых выше подходов, при том что последний подход регулирует вопросы силы обеспечительного права в поступлениях в отношении третьих сторон и его приоритета, а первый подход применяется к созданию такого права. Согласно такому подходу вопрос о том, распространяется ли обеспечительное право на поступления, будет регулироваться правом, применимым к созданию права в первоначальных обремененных активах, являющихся источником поступлений, а вопросы силы в отношении третьих сторон и приоритета права на поступления – правом, которое было бы применимо к таким вопросам, если бы поступлениями были первоначальные обремененные активы.

60. Такой подход отвечал бы ожиданиям кредитора, получившего обеспечительное право в инвентарных запасах согласно внутреннему праву, при условии, что такое обеспечительное право автоматически распространяется на поступления. Он также отвечал бы ожиданиям лиц, финансирующих дебиторскую задолженность, в отношении того,

какое право будет применяться к вопросам создания обеспечительного права в дебиторской задолженности в форме первоначальных обремененных активов, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета. Наконец, такой подход обеспечивал бы лицу, финансирующему инвентарные запасы, возможность опираться на право, регулирующее его обеспечительное право при решении вопроса о распространении этого обеспечительного права на поступления, а также позволил бы всем конкурирующим заявителям требования с уверенностью определять то право, которое будет регулировать потенциальный спор о приоритете. В силу всех названных причин именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 215).

7. Право, применимое к правам и обязательствам сторон соглашения об обеспечении

61. Как уже отмечалось (см. пункт 12, выше), сфера применения норм, касающихся вопросов создания обеспечительного права, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета, ограничивается имущественными (in rem) аспектами этого обеспечительного права. Эти нормы не применяются к взаимным правам и обязательствам сторон соглашения об обеспечении. Такие права и обязательства регулируются правом, определяемым по их выбору, или, в отсутствие такого выбора, правом, регулирующим соглашение, определяемым в соответствии с коллизионными нормами, обычно применимыми к договорным обязательствам. Такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 216). Существуют различные коллизионные нормы, применимые к договорным обязательствам. Например, в государстве, где действует Римская конвенция, в отсутствие у сторон предпочтения в отношении применимого права, взаимные права и обязательства сторон соглашения об обеспечении могут регулироваться правом, имеющим самую тесную связь с соглашением об обеспечении (см. пункт 1 статьи 4 Римской конвенции). Можно предположить, что соглашение об обеспечении кредита имеет наиболее тесную связь с государством, в котором сторона, исполняющая обязательство, установленное в этом соглашении об обеспечении, имеет центральное управление или обычное постоянное местонахождение (см. пункт 2 статьи 4 Римской конвенции). В таком соглашении об обеспечении эта сторона может быть кредитором. При продаже права на сохранение правового титула этой стороной может выступать продавец.

8. Право, применимое к правам и обязательствам третьих сторон-дебиторов

62. Обеспечительные права в нематериальных активах обычно предполагают наличие таких третьих сторон, как, например, должник по дебиторской задолженности, сторона, несущая обязательство по оборотному инструменту, депозитарный банк в случае права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, гарант/эмитент, подтверждающее или назначенное лицо в независимом обязательстве, либо эмитент оборотного документа. Нормы коллизионного права, регулирующие имущественные аспекты обеспечительного права или вопросы его принудительной реализации, не обязательно подходят для определения права, применимого к обязательствам третьих сторон, в отношении которых обеспеченный кредитор, возможно, пожелает использовать средства правовой защиты, вытекающие из его обеспечительного права. Их применение могло бы противоречить ожиданиям сторон, которые несут платежные или иные обязательства в связи с обремененными активами, но не участвуют в сделке, к которой относится соглашение об обеспечении.

63. В частности, тот факт, что дебиторская задолженность обременена обеспечительным правом, не должен означать, что на обязательства должника по этой дебиторской задолженности распространяется иное право, чем право, регулирующее данную деби-

торскую задолженность. Аналогичные соображения применяются к правам стороны, несущей обязательство по оборотному инструменту, депозитарного банка, гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица в независимом обязательстве или эмитента оборотного документа, когда обремененными активами являются оборотный инструмент, право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, или право на получение поступлений по независимому обязательству или оборотному документу. Общепризнано, что существование обеспечительного права не изменяет закон, применимый к взаимоотношениям между всеми такими сторонами и лицом, предоставляющим право, и что такой закон регулирует также их взаимоотношения с обеспеченным кредитором. *Руководство* рекомендует коллизионные нормы, следующие такому подходу (см. рекомендацию 217).

9. Право, применимое к принудительной реализации обеспечительного права

64. В большинстве правовых систем процедурные вопросы регулируются правом государства, в котором совершается соответствующая процедурная часть судебного производства. Вместе с тем принудительная реализация может затрагивать материально-правовые или процедурные вопросы. Обычно государство суда использует свое собственное право для определения того, какие вопросы носят материально-правовой характер, а какие процедурный. Материально-правовыми обычно считаются следующие вопросы: характер и сфера действия средств правовой защиты, находящихся в распоряжении кредитора для реализации своего обеспечительного права в обремененных активах; возможность использования таких средств правовой защиты (или некоторых из них) без возбуждения судебного разбирательства; условия, соблюдение которых дает право обеспеченному кредитору владеть и распоряжаться активами (или требовать отчуждения этих активов в судебном порядке); право обеспеченного кредитора на инкассирование дебиторской задолженности, представляющей собой обремененные активы; и обязательства обеспеченного кредитора перед другими кредиторами лица, предоставляющего обеспечительное право.

65. Таким образом, в связи с материально-правовыми вопросами принудительной реализации, когда обеспечительное право создается и вступает в силу в отношении третьих сторон согласно праву одного государства, но не востребуется для принудительной реализации в другом государстве, возникает вопрос, какое право применяется для определения средств правовой защиты, имеющихся в распоряжении обеспеченного кредитора. Этот вопрос имеет огромное практическое значение в тех случаях, когда материально-правовые нормы двух государств, касающиеся принудительной реализации, существенно отличаются друг от друга. Например, право, регулирующее обеспечительное право, может разрешать обеспеченному кредитору прибегать к исполнительному производству без предварительного обращения к судебной системе, в то время как право места исполнительного производства может требовать предварительного судебного вмешательства. Каждое из возможных решений этого вопроса имеет свои преимущества и недостатки.

66. Один подход заключается в отсылке для определения средств правовой защиты к праву места принудительной реализации, т. е. к праву государства суда (lex fori). Местом принудительного исполнения обеспечительных прав в материальном имуществе в большинстве случаев будет государство местонахождения активов, а местом принудительной реализации обеспечительного права в нематериальном активе может быть государство местонахождения должника по дебиторской задолженности. В пользу этой нормы свидетельствуют, в частности, следующие принципиальные соображения:

a) право по вопросам средств правовой защиты может совпадать с правом, обычно применимым к процессуальным вопросам;

b) право по вопросам средств правовой защиты может во многих случаях совпадать с правом государства, в котором находятся активы, являющиеся объектом исполнительного производства (и также может совпадать с правом, регулирующим вопросы приоритета, если нормы коллизионного права соответствующего государства указывают на такое местонахождение в интересах решения вопросов приоритета);

c) требования будут одинаковыми для всех кредиторов, намеренных осуществить права в отношении активов лица, предоставляющего обеспечительное право, независимо от внутреннего или зарубежного происхождения таких прав.

67. Вместе с тем выбор в пользу lex fori может привести к неопределенности, если обремененными активами являются нематериальные активы. Например, неясно, где должно проводиться исполнительное производство, если обремененными активами является дебиторская задолженность. Ответ на этот вопрос может быть весьма проблематичным, поскольку он потребует установления в законодательстве критериев для определения местонахождения дебиторской задолженности (см. пункт 41, выше). Кроме того, обеспеченный кредитор в момент принятия первоначальных мер принудительной реализации может находиться в другом государстве. В случае общей уступки дебиторской задолженности со стороны нескольких должников, находящихся в разных государствах, к исполнительному производству могут применяться множественные правовые нормы. Такие же трудности возникли бы и в том случае, если бы одну меру принудительной реализации требовалось принять в одном государстве (например, уведомление должника по дебиторской задолженности), а другую – в другом (например, взыскание или продажа дебиторской задолженности). Если речь идет о будущей дебиторской задолженности, то обеспеченному кредитору в момент уступки, возможно, будет неизвестно о том, какое право будет регулировать имеющиеся у него исполнительные средства правовой защиты. Вся подобная неопределенность в отношении применимого права может отрицательно сказываться на доступности и стоимости кредита.

68. Другая проблема заключается в том, что lex fori может не отвечать ожиданиям сторон. Стороны могут ожидать, что их соответствующие права и обязательства при исполнительном производстве будут регулироваться правом, в соответствии с которым определяется приоритет обеспечительного права. Например, если право, регулирующее вопросы приоритета обеспечительного права, допускает внесудебное исполнительное производство, то это средство правовой защиты должно быть предоставлено также в распоряжение обеспеченного кредитора в государстве, в котором он вынужден прибегать к принудительной реализации своего обеспечительного права, даже если такое средство обычно не предусмотрено внутренним правом этого государства.

69. Таким образом, другой подход предполагает отсылку решения материально-правовых вопросов принудительной реализации к праву, регулирующему вопросы приоритета обеспечительного права. Преимущество такого подхода заключается в том, что данные вопросы тесно связаны с вопросами приоритета (например, процедура, которую обеспеченный кредитор будет использовать для принудительной реализации своего обеспечительного права, может оказывать воздействие на права конкурирующих заявителей требования). У такого подхода может быть еще одно преимущество. Поскольку право, регулирующее вопросы приоритета, может часто быть тем же правом, что и право, регулирующее вопросы создания обеспечительного права и его силы в отношении третьих сторон, в конечном итоге произойдет то, что вопросы создания обеспечительного права, его силы в отношении третьих сторон, его приоритета и его принудительной реализации будут также часто регулироваться тем же правом.

70. Третий возможный подход заключается в принятии нормы, согласно которой право, регулирующее договорные отношения сторон, будет также регулировать

вопросы принудительной реализации. Этот подход означает, что применимое право будет часто соответствовать ожиданиям сторон. Кроме того, во многих случаях оно будет совпадать также с правом, применимым к вопросам создания обеспечительного права, поскольку стороны нередко выбирают это право как право, регулирующее и их договорные обязательства. Вместе с тем в соответствии с этим подходом стороны будут тогда иметь право выбирать для урегулирования вопросов принудительной реализации право, отличное от права государства суда, или от права, регулирующего вопросы создания, силы в отношении третьих сторон и приоритета. Это решение было бы невыгодным для третьих сторон, не имеющих возможностей для определения характера средств правовой защиты, которые может применять обеспеченный кредитор в отношении имущества их общего должника. Таким образом, отсылка вопросов принудительной реализации к праву, регулирующему договорные отношения сторон, потребует исключений, предназначенных для учета интересов третьих сторон, а также императивных норм государства суда или права, регулирующего вопросы создания, силы в отношении третьих сторон и приоритета.

71. Четвертый подход заключается в попытке совместить преимущества подходов, основанных на праве места принудительной реализации (lex fori), и праве, регулирующем вопросы приоритета. В соответствии с этим подходом принудительная реализация обеспечительного права в материальном имуществе может регулироваться lex fori, а принудительная реализация обеспечительного права в нематериальном имуществе – тем же правом, что и право, применимое к вопросам приоритета. *Руководство* рекомендует такой вариант решения, поскольку он сохраняет преимущества применения права lex fori к материальным активам, позволяя в то же время избежать осложнений, возможных в том случае, если бы то же право применялось к их взаимоотношениям с лицом, предоставляющим право (см. рекомендацию 218).

72. Необходимо принять к сведению, что упоминаемые выше коллизионные нормы о принудительной реализации не применяются для урегулирования взаимоотношений между обеспеченным кредитором и третьими сторонами, имеющими обязательства. Как уже отмечалось (см. пункты 62–63, выше), обязательства таких лиц перед обеспеченным кредитором обычно регулируются тем же законом, что и их взаимоотношения с лицом, предоставляющим обеспечительное право. Кроме того, коллизионные нормы о принудительной реализации предназначены только для регулирования материально-правовых вопросов и не применяются к процедурным вопросам (которые в некоторых государствах могут возникать только в случае принудительной реализации в судебном порядке).

10. Нормы и соответствующий срок для определения местонахождения

73. Поскольку общие коллизионные нормы международного частного права, касающиеся обеспечительных прав в материальном и нематериальном имуществе, указывают на местонахождение обремененных активов и местонахождение лица, предоставляющего обеспечительное право, соответственно, необходимо, чтобы такое местонахождение можно было легко определить. Согласно общему мнению, материальные активы находятся по месту их физического расположения, поэтому нет необходимости предусматривать конкретную норму на этот счет. Вместе с тем такая необходимость существует в отношении определения местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право. Юридический адрес и постоянное местожительство физического лица могут находиться в разных государствах. Подобным же образом юридическое лицо может иметь свое зарегистрированное центральное учреждение в государстве, отличном от того государства, где расположено его основное коммерческое предприятие или административное отделение.

74. Как отмечалось выше, в Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке, местонахождение лица, предоставляющего обеспечительное право, определяется следующим образом: местонахождением лица, предоставляющего право, является государство, в котором расположено его коммерческое предприятие, или, если лицо, предоставляющее право, имеет коммерческие предприятия в более чем одном государстве, то – государство, в котором лицом, предоставляющим право, осуществляется центральное управление. Если лицо, предоставляющее право, не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание государство обычного места жительства этого лица (см. подпункт *h)* статьи 5). Аналогичным образом, местонахождение лица, предоставляющего право, определяется и в *Руководстве* (см. рекомендацию 219).

75. Какой бы связующий фактор ни использовался для определения наиболее приемлемой коллизионной нормы по любому данному вопросу, после создания обеспечительного права может произойти изменение в соответствующем факторе. Например, если применимым правом является право государства, в котором находится центральное учреждение лица, предоставляющего обеспечительное право, то такое лицо может впоследствии перенести свое центральное учреждение в другое государство. Аналогичным образом, если применимым правом является право государства, в котором находятся обремененные активы, эти активы могут быть перемещены в другое государство. Поэтому необходимо определить срок, соответствующий задаче определения местонахождения.

76. Если этот вопрос не будет урегулирован конкретным образом, то общие нормы коллизионного права, касающиеся вопросов создания обеспечительного права, его силы в отношении третьих сторон и его приоритета, могут толковаться как означающие, что в случае изменения соответствующего связующего фактора, первоначальное регулирующее право продолжает применяться к вопросам создания (поскольку они возникли до такого изменения), тогда как последующее регулирующее право будет применяться к произошедшим впоследствии событиям, в связи с которыми возникают вопросы силы в отношении третьих сторон или вопросы приоритета. Например, в ситуации, когда правом, применимым к вопросам силы обеспечительного права в отношении третьих сторон, является право местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, сила такого права в отношении управляющего в деле о несостоятельности лица, предоставляющего право, будет определяться в соответствии с правом государства нового местонахождения лица, предоставляющего право, в момент открытия производства по делу о несостоятельности.

77. Отсутствие правовых положений по этим вопросам может, однако, привести к разночтениям. Например, одно толкование может заключаться в том, что последующее регулирующее право регулирует также вопросы создания в отношениях между сторонами в случае возникновения спора о приоритете после изменения. Основанием для этого является то, что третьи стороны, ведущие дела с лицом, предоставляющим обеспечительное право, вправе определять применимое право по всем вопросам, исходя из фактического связующего фактора, которым является связующий фактор, действующий в момент заключения договоренностей.

78. Таким образом, выработка рекомендаций по этим вопросам представляется необходимой для того, чтобы заинтересованные стороны могли с уверенностью ответить на вопрос, не приведет ли изменение в связующем факторе к применению иного права, чем право, которое, как ожидают стороны, будет применяться, если право государства нового местонахождения активов или лица, предоставляющего обеспечительное право, предусматривает иную норму коллизионного права. В этой связи в *Руководство* включены рекомендации, предусматривающие, что: *a)* для целей определения права, применимого к вопросам создания обеспечительного права, соответствующим местом

нахождения обычно является местонахождение обремененных активов или лица, предоставляющего обеспечительное право, в момент предполагаемого (подразумеваемого или утверждаемого) создания обеспечительного права (таким образом, в случае совершения нескольких уступок одной дебиторской задолженности в разных местах они все будут действительны в отношениях между сторонами); и *b)* для целей определения права, применимого к вопросам силы обеспечительного права в отношении третьих сторон и его приоритета, соответствующим местом нахождения является местонахождение в момент возникновения этого вопроса (таким образом, вопросы действительности обеспечительного права в отношении третьих сторон и его приоритета будут регулироваться правом государства нового местонахождения). Однако в споре с участием только конкурирующих заявителей требований, права которых приобрели силу в отношении третьих сторон до изменения местонахождения активов или лица, предоставившего обеспечительное право, вопросы действительности их прав в отношении третьих сторон и приоритета должны регулироваться правом государства их местонахождения до его изменения (см. рекомендацию 220). В *Руководство* также включена рекомендация о том, что обеспеченному кредитору (в случае дебиторской задолженности – цессионарию), который выполнил требования, касающиеся придания силы в отношении третьих сторон в первом местонахождении лица, предоставляющего право (в случае дебиторской задолженности – цедента), необходимо предоставить короткий период времени для придания своему обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон в соответствии с правом государства нового местонахождения в целях сохранения силы такого права в отношении третьих сторон и его приоритета (таким образом будут защищены права первоначального цедента/лица, предоставляющего обеспечительное право; см. рекомендацию 45).

11. Государственная политика и международные императивные нормы

79. Согласно коллизионным нормам многих правовых систем государство суда может отказать в применении права, определяемого согласно его коллизионным нормам только в том случае, если последствия его применения будут явно противоречить публичному порядку государства суда или правовым положениям государства суда, которые имеют императивный характер даже применительно к международным спорам. Это правило направлено на сохранение основных принципов правосудия в государстве суда. Например, если согласно праву государства суда обеспечительное право не может создаваться в пенсионных пособиях и этот вопрос является вопросом публичного порядка или императивной нормой в государстве суда, государство суда может отказать в применении положения применимого права, которое признает создание такого обеспечительного права (см. рекомендацию 222). Вместе с тем этот принцип не должен позволять государству суда применять свое собственное право к вопросам силы в отношении третьих сторон или приоритета вместо норм применимого права (см. пункт *c)* рекомендации 222). Государству суда надлежит применять другие положения применимого права для определения действительности в отношении третьих сторон и приоритета. Данный подход оправдан необходимостью не допустить снижения степени определенности в отношении права, применимого к силе обеспечительного права в отношении третьих сторон и его приоритета. Такой же подход отражен в пункте 2 статьи 23, пункте 2 статьи 30 и в статье 31 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке. Он также отражен в пункте 3 статьи 11 Гаагской конвенции о ценных бумагах.

12. Последствия возбуждения дела о несостоятельности для норм, применимых к обеспечительным правам

80. При определении правовых положений, применимых для решения вопросов создания обеспечительного права, его действительности в отношении третьих лиц и

его приоритета, а также прав обеспеченного кредитора после наступления момента невыполнения обязательств могут возникнуть дополнительные вопросы в том случае, если дело о несостоятельности возбуждается в одном государстве и часть активов должника или некоторые из кредиторов находятся в другом государстве, или когда дела о несостоятельности возбуждаются в двух государствах вследствие многонационального характера коммерческой деятельности должника. В любом из названных случаев большинство государств все же предусматривают, что эти вопросы, за приводимыми ниже исключениями, регулируют общие нормы коллизионного права, применяемые за рамками производства по делам о несостоятельности. Это соответствует рекомендации 30 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, где говорится, что государству, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (т. е. государству суда), следует применять свои коллизионные нормы для определения того, право какого государства регулирует вопросы действительности и юридической силы прав и требований (в том числе обеспечительных прав), существующих на момент открытия производства по делу о несостоятельности (см. также рекомендацию 223 *Руководства*).

81. После того как в соответствии с законодательством по делам о несостоятельности, на которое указали коллизионные нормы государства суда, удалось установить действительность и юридическую силу обеспечительных прав, возникает второй вопрос – относительно тех последствий, которые для приоритетности обеспечительных прав имеет возбуждение дела о несостоятельности. Общепризнано, что законодательство о несостоятельности государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (lex fori concursus), должно применяться ко всем аспектам открытия, ведения и завершения этого производства по делу о несостоятельности, а также управления им (“последствия несостоятельности”) (см. рекомендацию 31 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности). Это может привести к изменению относительной приоритетности, которой в соответствии с законодательством об обеспеченных сделках обладало бы обеспечительное право, а также установлению категорий требований, подлежащих удовлетворению по делу о несостоятельности в приоритетном порядке перед обеспечительными правами. Кроме того, помимо возникновения вопросов приоритетности к обеспечительным интересам могут применяться процедуры расторжения сделок в рамках законодательства государства суда о несостоятельности (см. рекомендацию 88 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности).

82. Несмотря на то что последствия производства по делу о несостоятельности для обеспечительных прав, как правило, регулируются lex fori concursus, некоторые государства предусмотрели исключения из него. Например, государство суда может делать отсылку к законодательству по делам о несостоятельности того государства, в котором находится недвижимое имущество (lex rei sitae), применительно к последствиям производства по делу о несостоятельности для обеспечительных прав в активах, являющихся принадлежностями недвижимого имущества. В Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности эти исключения рассматриваются более подробно (см. часть вторую, главу I, пункты 85–91). Однако в целом в нем не рекомендуется руководствоваться правилом lex rei sitae в отношении последствий несостоятельности в том же порядке, в котором оно применяется к активам, являющимся принадлежностями недвижимого или даже движимого имущества. Вместо этого в нем содержится общая рекомендация, в соответствии с которой следует ограничить число любых исключений из действия lex fori concursus для последствий несостоятельности и четко сформулировать их в законодательстве о несостоятельности (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава I, пункт 88 и рекомендацию 34).

B. Особые замечания, касающиеся неунитарных государств

83. Используемый в *Руководстве* термин “государство” означает суверенное государство. Вместе с тем возникает вопрос, какое право является применимым, если по какому-либо данному вопросу норма коллизионного права указывает на государство, состоящее из более чем одной территориальной единицы, причем каждая такая единица имеет собственную правовую систему, регулирующую этот вопрос. Это может происходить в случае федеративных государств, в которых право, регулирующее обеспеченные сделки, обычно относится к компетенции законодательного органа их территориальных единиц. Для того чтобы обеспечить действие норм коллизионного права в тех случаях, когда применимым правом является право такого государства (даже если государство суда не является неунитарным государством), необходимо определить территориальную единицу, право которой будет применяться.

84. Обычно ссылки на право неунитарного государства являются ссылками на право, действующее в соответствующей территориальной единице, как это определяется на основании применимого связующего фактора (например, местонахождение активов или местонахождение лица, предоставляющего обеспечительное право). Например, если применимым правом является право неунитарного государства, состоящего из трех территориальных единиц (A, B и C), то ссылка на право местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, как на право, применимое к обеспечительному праву в дебиторской задолженности, означает ссылку на право единицы A, если центральное управление лица, предоставляющего обеспечительное право, находится в единице A (см. рекомендацию 224).

85. Для обеспечения последовательности внутренних коллизионных норм неунитарного государства в *Руководстве* используется подход, применяемый во многих международных конвенциях, и рекомендуется, чтобы такие нормы продолжали применяться, но только внутри этого государства (см. рекомендацию 225). Используя приведенный в предыдущем пункте пример, можно говорить о том, что, когда лицо, предоставляющее обеспечительное право, находится в единице A неунитарного государства, разрешается применение права единицы B, если внутренние коллизионные нормы единицы A указывают на право единицы B как на применимое право. Так может быть в случае, если коллизионные нормы единицы A предусматривают (как и в *Руководстве*), что право местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, регулирует вопросы силы обеспечительного права в дебиторской задолженности в отношении третьих сторон и его приоритета, но иным образом определяет местонахождение. Если местонахождение лица, предоставляющего обеспечительное право, как это определено в *Руководстве* (т. е. местонахождение центрального управления), расположено в единице A, но право единицы A определяет местонахождение лица, предоставляющего право, как местонахождение его зарегистрированного центрального учреждения, а центральное учреждение лица, предоставляющего право, находится в единице B, то тогда вопросы силы обеспечительного права в дебиторской задолженности в отношении третьих сторон и его приоритета будут регулироваться правом единицы B. Такое положение, как представляется, является отступлением от общей нормы, касающейся исключения отсылки (см. рекомендацию 221). Вместе с тем такое отступление ограничивается внутренней отсылкой, которая не затрагивает определенность в отношении применимого права. В приведенном выше примере не будет ссылки на право, иное, чем право единицы A, если зарегистрированное центральное учреждение лица, предоставляющего обеспечительное право, находится в государстве, ином, чем государство, частью которого является единица A.

86. Эти нормы применяются только к вопросам, которые в соответствующем неунитарном государстве регулируются правом его территориальных единиц. Так, например,

эти нормы не будут иметь последствий в федеративном государстве, конституция которого предусматривает, что вопросы обеспеченных сделок регулируются федеральными законами.

87. В связи с вопросом о том, какое право должно применяться для регулирования обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, *Руководство* дает альтернативные рекомендации (подробное обсуждение вариантов см. пункты 49–51, выше). Согласно альтернативному варианту А в тех случаях, когда банк, обслуживающий счет, имеет коммерческие предприятия более чем в одном государстве, применимым правом является право государства, в котором находится отделение, обслуживающее счет (см. альтернативный вариант А рекомендации 210). В этом случае при определении применимого права будет неважно, является ли государство унитарным или нет. С другой стороны, согласно альтернативному варианту В стороны в некоторых случаях могут сами выбирать право, применимое к их счету. В таких случаях, когда дело будет касаться неунитарных государств, ссылка на "государство" в рекомендации 210 будет указывать на отдельную территориальную единицу, для определения которой будет необходимо предусмотреть дополнительные нормы (см. рекомендации 226 и 227).

C. Рекомендации 203–227*

Цель

Цель положений, касающихся коллизионного права, состоит в том, чтобы определить право, применимое к созданию обеспечительного права; приданию ему силы в отношении третьих сторон и определению его приоритета и к правам и обязанностям лица, предоставляющего обеспечительное право, обеспеченного кредитора и третьих сторон до и после неисполнения обязательств[2].

1. Общие рекомендации

Право, применимое к обеспечительным правам в материальных активах

203. В законодательстве[3] следует предусмотреть, что, кроме случаев, указанных в рекомендациях 204–207 и 211, правом, применимым к созданию обеспечительного права в материальных активах, его силе в отношении третьих сторон и его приоритету, является право государства, в котором находятся эти активы.

204. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применимым к вопросам, упомянутым в рекомендации 203 и касающимся обеспечительного права в материальных активах такого вида, который обычно используется более чем в одном государстве, является право государства, в котором находится лицо, предоставляющее обеспечительное право.

205. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в материальных активах подлежит регистрации в специальном реестре или записи в сертификате правового титула, то правом, применимым к вопросам, упомянутым в рекомендации 203, является право государства, под надзором которого ведется реестр или выдается сертификат правового титула.

---

* Рекомендации, касающиеся коллизионного права, подготовлены в тесном сотрудничестве с Постоянным бюро Гаагской конференции по международному частному праву.

[2] Вопросы коллизионного права, касающиеся финансирования приобретения, рассматриваются в главе IX. Вопросы коллизионного права, касающиеся несостоятельности, рассматриваются в настоящей главе и главе XII.

[3] "Законодательство" в настоящей главе означает законодательство в области обеспеченных сделок или иное законодательство, в которое государство может включить положения коллизионного права.

206. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применимым к приоритету обеспечительного права в материальных активах, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством вступления во владение оборотным документом, перед конкурирующим обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством иного метода, является право государства, в котором находится этот документ.

Право, применимое к обеспечительным правам в транзитных и экспортируемых материальных активах

207. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в материальных активах (помимо оборотных инструментов или оборотных документов), находящихся в транзите или экспортируемых из государства, в котором они находились в момент создания обеспечительного права, может создаваться и приобретать силу в отношении третьих сторон согласно праву государства, в котором имущество находилось на момент создания права в соответствии с рекомендацией 203, или согласно праву государства его конечного назначения, при условии, что такие активы достигают это государство в течение [короткого срока, который будет указан] дней с момента создания обеспечительного права.

Право, применимое к обеспечительному праву в нематериальных активах

208. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применяемым к вопросам создания обеспечительного права в нематериальных активах, придании ему силы в отношении третьих сторон и его приоритета, является право государства, в котором находится лицо, предоставляющее право.

Право, применимое к обеспечительному праву в дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или сдачей в аренду недвижимого имущества или сделкой, обеспеченной соглашением об обеспечении, касающимся недвижимого имущества

209. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применимым к вопросам создания, силы в отношении третьих сторон и приоритета обеспечительного права в дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или сдачей в аренду недвижимого имущества или сделкой, обеспеченной соглашением об обеспечении, касающегося недвижимого имущества, является право государства, в котором находится цедент. Вместе с тем правом, применимым к коллизии приоритетов в связи с правом конкурирующего заявителя требования, зарегистрированного в реестре недвижимого имущества, является право государства, под надзором которого ведется реестр. Изложенное в предыдущем предложении правило применяется только в том случае, если согласно указанному праву регистрация необходима для определения приоритета обеспечительного права в дебиторской задолженности.

Право, применимое в отношении обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

210. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применимым к созданию обеспечительного права, в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, приданию ему силы в отношении третьих сторон, его приоритету и реализации, а также к правам и обязанностям депозитарного банка в отношении обеспечительного права, является:

Вариант А*

Право государства, в котором находится коммерческое предприятие банка, обслуживающего данный банковский счет. Если коммерческие предприятия банка расположены более

* Государство может принять альтернативный вариант А или альтернативный вариант В рекомендации 210.

чем в одном государстве, следует сделать ссылку на местонахождение того отделения, которое обслуживает счет.

Вариант B

Право государства, которое ясно указано в соглашении о счете как государство, право которого регулирует соглашение о счете, или другое право, если в соглашении о счете ясно указано, что такое другое право применимо ко всем подобным вопросам. Вместе с тем право государства, определяемое в соответствии с предыдущим предложением, применяется только в том случае, если в момент заключения соглашения о счете депозитарный банк имел в этом государстве отделение, которое на регулярной основе осуществляло деятельность по обслуживанию банковских счетов. Если применимое право не будет определено в соответствии с двумя предыдущими предложениями, то применимое право будет определяться в соответствии с субсидиарными нормами, основанными на статье 5 Гаагской конвенции о праве, применимом к определенным правам в отношении опосредованно удерживаемых ценных бумаг[4].

Настоящая рекомендация применяется с учетом исключения, предусмотренного в рекомендации 211.

Право, применимое к приданию обеспечительному праву в конкретных видах активов силы в отношении третьих сторон посредством регистрации

211. В законодательстве следует предусмотреть, что если государство, в котором находится лицо, предоставляющее обеспечительное право, признает регистрацию в качестве метода придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в оборотном инструменте или в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, то право государства, в котором находится лицо, предоставляющее обеспечительное право, является правом, применимым для определения того, была ли придана обеспечительному праву сила в отношении третьих сторон в результате регистрации по законодательству этого государства.

Право, применимое к обеспечительному праву в праве на получение поступлений по независимому обязательству

212. В законодательстве следует предусмотреть, что право государства, указанного в независимом обязательстве гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица, является правом, которое регулирует:

a) права и обязанности гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица, которое получило просьбу о признании или которое произвело или могло произвести платеж или иным образом предоставить стоимость по независимому обязательству;

b) право реализовать обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству по отношению к гаранту/эмитенту, подтверждающему или назначенному лицу; и

c) если иное не предусмотрено в рекомендации 213, силу в отношении третьих сторон и приоритет обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству.

213. В законодательстве следует предусмотреть, что если применимое право не указано в независимом обязательстве гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица, то правом, применимым к вопросам, о которых идет речь в рекомендации 212, является право государства, в котором находится отделение или контора гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица, указанного в независимом обязательстве. Вместе с тем в случае назначенного лица применимым правом является право государства, в котором находится

[4] Государству, принимающему альтернативный вариант B рекомендации 210, следует принять также рекомендации 226 и 227.

отделение или контора назначенного лица, которые производят платеж или иным образом предоставляют стоимость по независимому обязательству.

214. В законодательстве следует предусмотреть, что право, применимое к созданию и силе в отношении третьих сторон обеспечительного права в дебиторской задолженности, оборотном инструменте или ином обязательстве, платеж по которому или иное исполнение которого обеспечено независимым обязательством, является также правом, применимым для определения того, было ли создано и вступило ли автоматически в силу в отношении третьих сторон обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству, как это предусмотрено в рекомендациях 25 (глава II о создании обеспечительного права) и 48 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон).

Право, применимое к обеспечительному праву в поступлениях

215. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) правом, применимым к созданию обеспечительного права в поступлениях является право, применимое к созданию обеспечительного права в первоначально обремененных активах, из которых возникли поступления; и

b) правом, применимым к силе обеспечительного права в поступлениях в отношении третьих сторон и его приоритету, является право, применимое к силе обеспечительного права в активах такого же вида, что и поступления, в отношении третьих сторон и его приоритету.

Право, применимое к правам и обязанностям лица, предоставляющего обеспечительное право, и обеспеченного кредитора

216. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применимым к взаимным правам и обязанностям лица, предоставляющего обеспечительное право, и обеспеченного кредитора, вытекающим из соглашения об обеспечении, является право, определенное по их выбору, а в отсутствие такого выбора – право, регулирующее соглашение об обеспечении.

Право, применимое к правам и обязанностям третьих сторон, принявших на себя обязательства, и обеспеченных кредиторов

217. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применимым к дебиторской задолженности, оборотному инструменту или оборотному документу, является право, применимое к:

a) отношениям между должником по дебиторской задолженности и цессионарием дебиторской задолженности и отношениям между лицом, принявшим на себя обязательства по оборотному инструменту, и лицом, обладающим обеспечительным правом в этом инструменте;

b) условиям, по которым уступка дебиторской задолженности, обеспечительного права в оборотном инструменте или обеспечительное право в оборотном документе может быть обращена против должника по дебиторской задолженности, лица, принявшего на себя обязательства по оборотному инструменту, или эмитента оборотного документа (в том числе к определению того, может ли должник по дебиторской задолженности, лицо, принявшее на себя обязательства, или эмитент заявлять о наличии соглашения, запрещающего уступку); и

c) определению того, были ли выполнены обязательства должника по дебиторской задолженности, лица, принявшего на себя обязательства по оборотному инструменту, или эмитента оборотного документа.

Право, применимое к реализации обеспечительного права

218. В законодательстве следует предусмотреть, что с учетом рекомендации 223 правом, регулирующим вопросы, связанные с реализацией обеспечительного права:

a) в материальных активах, является право государства, в котором осуществляется реализация; и

b) в нематериальных активах, является право, применимое к приоритету обеспечительных прав.

Значение понятия "местонахождение" лица, предоставляющего обеспечительное право

219. В законодательстве следует предусмотреть, что для целей положений коллизионного права лицо, предоставляющее обеспечительное право, находится в том государстве, в котором расположено его коммерческое предприятие. Если коммерческие предприятия лица, предоставляющего обеспечительное право, находятся более чем в одном государстве, то местом расположения его коммерческого предприятия является то место, в котором осуществляется его центральное управление. Если лицо, предоставляющее обеспечительное право, не имеет коммерческого предприятия, то следует указывать его обычное местожительство.

Соответствующий момент для определения местонахождения

220. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) кроме случаев, предусмотренных в подпункте *b)* настоящей рекомендации, содержащиеся в положениях, касающихся коллизионного права, ссылки на местонахождение активов или лица, предоставляющего обеспечительное право, означают – применительно к вопросам создания обеспечительного права – ссылки на их местонахождение в момент предполагаемого создания обеспечительного права, а применительно к вопросам силы этого права в отношении третьих сторон и его приоритета – ссылки на их местонахождение в момент возникновения соответствующего вопроса;

b) если все права конкурирующих заявителей требования в обремененных активах были созданы или приобрели силу в отношении третьих сторон до изменения местонахождения активов или лица, предоставляющего обеспечительное право, то содержащиеся в положениях, касающихся коллизионного права, ссылки на местонахождение активов или лица, предоставляющего обеспечительное право, означают – применительно к вопросам силы обеспечительного права в отношении третьих сторон и его приоритетов – ссылки на их местонахождение до его изменения.

Исключение обратной ссылки

221. В законодательстве следует предусмотреть, что ссылка в положениях, касающихся коллизионного права, на "право" другого государства как на право, применимое к тому или иному вопросу, означает ссылку на действующее в этом государстве законодательство, иное, чем положения его коллизионного права.

Публичный порядок и международные императивные нормы

222. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) в применении права, определяемого в соответствии с положениями, касающимися коллизионного права, может быть отказано только в том случае, если последствия его применения будут явно противоречить публичному порядку государства суда;

b) положения, касающиеся коллизионного права, не препятствуют применению тех положений права государства суда, которые, независимо от положений коллизионного права, должны применяться даже к международным делам; и

c) положения в подпунктах *a)* и *b)* настоящей рекомендации не допускают применения положений права государства суда к вопросам силы в отношении третьих сторон или приоритета обеспечительного права.

Последствия открытия производства по делу о несостоятельности для права, применимого к обеспечительному праву

223. В законодательстве следует предусмотреть, что открытие производства по делу о несостоятельности не отменяет положения коллизионного права, которые определяют право, применимое к созданию, силе в отношении третьих сторон, приоритету и реализации обеспечительного права (и в контексте неунитарного подхода права на удержание правового титула и права по финансовой аренде). Вместе с тем это положение следует применять с учетом последствий для таких вопросов применения законодательства в области несостоятельности государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (lex fori concursus), касающееся таких вопросов, как признание недействительности, режим обеспеченных кредиторов, ранжирование требований или распределение поступлений[5].

2. Специальные рекомендации для случаев, когда применимым правом является право неунитарного государства

224. В законодательстве следует предусмотреть, что в тех случаях, когда правом, применимым к какому-либо вопросу, является с учетом рекомендации 225 право неунитарного государства, ссылки на право неунитарного государства являются ссылками на право соответствующей территориальной единицы (определяемой на основе местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, или обремененных активов, или на иных основаниях согласно положениям коллизионного права) и в той мере, в какой это применимо в такой единице, на право самого неунитарного государства.

225. В законодательстве следует предусмотреть, что если согласно положениям коллизионного права применимым правом является право неунитарного государства или одной из его территориальных единиц, то действующие в этом неунитарном государстве или территориальной единице внутренние положения коллизионного права определяют вопрос о том, применяются ли материально-правовые нормы этого неунитарного государства или какой-либо конкретной территориальной единицы этого неунитарного государства.

226. В законодательстве следует предусмотреть, что, если владелец счета и депозитарный банк выбрали право какой-либо конкретной территориальной единицы неунитарного государства в качестве права, применимого к соглашению о счете:

a) ссылки на “государство” в первом предложении рекомендации 210 (альтернативный вариант B) являются ссылками на эту территориальную единицу;

b) ссылки на “это государство” во втором предложении рекомендации 210 (альтернативный вариант B) являются ссылками на само неунитарное государство.

227. В законодательстве следует предусмотреть, что право территориальной единицы является применимым правом, если:

a) согласно рекомендациям 210 (альтернативный вариант B) и 226, указанным правом является право территориальной единицы неунитарного государства;

b) согласно праву этого государства, право территориальной единицы является применимым правом только в том случае, если депозитарный банк имеет отделение в пределах этой территориальной единицы, что отвечает условию, оговоренному во втором предложении рекомендации 210 (альтернативный вариант B); и

c) положение, изложенное в подпункте *b)* настоящей рекомендации, действует на момент создания обеспечительного права в банковском счете[6].

---

[5] См. рекомендацию 31 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности.

[6] Только государству, принимающему альтернативный вариант B рекомендации 210, потребуется принять также рекомендации 226 и 227.

XI. Переходный период

A. Общие положения

1. Введение

1. Предыдущая глава была посвящена “коллизионному праву”, а именно своду норм, которые в случае применимости к конкретной сделке материальных норм двух или более правовых систем, определяют то материальное право, которое действительно применяется к этой сделке. Часто такие коллизионные нормы называют нормами, регулирующими правовую коллизию “в пространстве”, чтобы отличить их от других коллизионных норм, разрешающих коллизию материальных норм “во времени”. Принятие любых законодательных актов порождает вопросы, связанные с коллизией права во времени. Вот почему в большинстве государств существуют хорошо проработанные принципы, которые определяют, в частности, момент вступления в силу нового закона, его последствия для прав, приобретенных на основании прежнего законодательства, и степень его применимости к существующим правоотношениям. Однако в тех случаях, когда государство планирует коренной пересмотр действующего законодательства, оно, как правило, предусматривает в новом законодательстве ряд конкретных норм, разрешающих коллизию права во времени по мере их возникновения в связи с вступлением в силу нового законодательства. Такие нормы обычно называются “положениями о переходном периоде”. С учетом содержания предыдущих глав в *Руководстве* рекомендуется государствам принять ряд таких положений, специально предназначенных для принимаемого ими нового законодательства.

2. Новое законодательство об обеспеченных сделках, отражающее рекомендации, приведенные в *Руководстве*, может заметно отличаться от прежнего законодательства об обеспеченных сделках. Эти различия будут иметь очевидные последствия для любых соглашений, заключаемых между лицом, предоставляющим право, и обеспеченными кредиторами после принятия нового законодательства. При этом многие сделки, заключенные в период действия прежнего законодательства, будут все еще находиться в процессе исполнения на момент вступления в силу нового законодательства. В свете различий между прежним и новым правовыми режимами и дальнейшего существования сделок и обеспечительных прав, созданных на основании прежнего законодательства, для успешного применения нового законодательства важно, чтобы оно содержало справедливые и эффективные нормы, регулирующие вопросы перехода от прежних правил к новым. Необходимость в правилах переходного периода возникает и тогда, когда, согласно коллизионным нормам прежнего законодательства, вопросы создания обеспечительного права, его действительности в отношении третьих сторон или его приоритета регулировались законодательством другого государства (т. е. не того государства, законодательство которого регулирует эти вопросы в соответствии с коллизионными нормами нового законодательства). Так, например, коллизионные нормы прежнего законодательства могли предусматривать, что действительность обеспечительного права в отношении третьих сторон определяется правом местонахождения должника по обязательству, тогда как коллизионные нормы нового законодательства могут отсылать к праву местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право.

3. В связи с переходом от прежнего законодательства к новому необходимо решить два основных вопроса. Во-первых, как говорится в разделе A.2, в новом законодательстве следует установить дату, с которой оно вступает в силу (или даты вступления в силу его различных разделов) (“дату вступления в силу”). Во-вторых, как говорится в разделе A.3, в новом законодательстве следует также указать, в какой мере новое законодательство после даты вступления его в силу будет применимо к сделкам или обеспечительным правам, которые существовали до этой даты. В разделе A.4 изложены конкретные принципы для урегулирования различных ситуаций переходного периода. Глава завершается разделом B, в котором содержится целый ряд рекомендаций.

2. Дата вступления нового закона в силу

4. При выборе даты вступления нового закона в силу необходимо учитывать ряд факторов. Желание добиться скорейшей реализации экономических выгод от нового закона является одной из причин стремления государств обеспечить скорейшее вступление его в силу после его принятия. В то же время эти выводы следует рассматривать на фоне необходимости не допустить дестабилизации или дезорганизации рынков, которые будут регулироваться новым законом. Участникам рынка необходимо предоставить достаточно времени для подготовки к совершению сделок в соответствии с новым законом, поскольку такие сделки могут как по форме, так и по существу значительно отличаться от сделок, заключавшихся согласно прежнему законодательству. С учетом этого, а также в зависимости от того, насколько публичным было обсуждение нового закона, государство может решить, что новый закон не должен вступать в силу сразу же после его принятия. То есть, чтобы рынки и их участники имели возможность адаптироваться к требованиям нового режима и обеспечить подготовку и представление соответствующих учебных программ для судей, третейских судей, адвокатов и предпринимателей, государство может назначить дату вступления в силу нового закона по истечении какого-то разумного срока после его принятия.

5. При выборе даты вступления закона в силу государства могут учитывать такие факторы, как: *a)* воздействие даты вступления в силу на решения о предоставлении кредитов; *b)* желательность извлечения максимальных выгод от принятия нового закона; *c)* необходимость принятия государством соответствующих мер нормативного, организационного, просветительского и иного характера или проведения им инфраструктурной перестройки; *d)* статус ранее существовавшей нормативной и иной базы; *e)* необходимость приведения новых норм об обеспеченных сделках в соответствие с другими разделами законодательства; *f)* влияние конституционных ограничений, если таковые существуют, на обратную силу нового закона; и *g)* существование стандартной или обычной практики вступления законов в силу (например, в первый день месяца).

6. Государства, как правило, прибегают к одному из трех методов установления даты вступления закона в силу после его принятия. Во-первых, иногда общие правовые нормы или положения о порядке принятия законодательных актов просто предусматривают, что новый закон вступает в силу в какую-то предстоящую дату, установленную “указом” или “постановлением”. Во-вторых, такая предстоящая дата может быть указана в самом законе. Например, если закон был принят 17 января определенного года, в нем может быть предусмотрено, что он вступает в силу с 1 сентября того же года. В-третьих, довольно часто в законе содержится конкретная формула определения даты вступления его в силу. Примеров использования таких формул много. В одних случаях в законе может быть предусмотрено, что он вступает в силу в первый день календарного месяца по прошествии шести месяцев с даты его принятия. В других случаях может быть указано, что закон вступает в силу с первого января или первого июля, в зависимости от того, что наступит раньше, по истечении шести месяцев с даты его

принятия. В тех случаях, когда вступление закона в силу необходимо отсрочить, чтобы дать время для создания технической инфраструктуры, например компьютеризированного реестра, может быть использован другой вариант. В таких случаях государства обычно издают “указ”, в котором говорится, например, что отсчет шестимесячного срока, предшествующего вступлению закона в силу, начинается с момента введения в действие соответствующего реестра. В *Руководстве* не уточняется, какой из этих трех методов надлежит использовать государствам, так как это по определению вопрос национальной практики. Однако в *Руководстве* содержится рекомендация о том, что государствам следует указать конкретную дату вступления закона в силу в законе или сопровождающем его указе либо закрепить формулу для ее определения в самом законодательстве об обеспеченных сделках (рекомендация 228).

3. Общий подход к приобретенным правам

7. Поскольку обеспеченные обязательства нередко подлежат погашению в течение определенного срока, вполне можно предположить существование многочисленных прав, созданных до даты вступления закона в силу, которые будут продолжать действовать и после нее, обеспечивая еще не выплаченные в полном объеме долги. В связи с этим государству следует также решить для себя, будет ли применяться новый закон к урегулированию вопросов, возникающих после даты вступления его в силу, когда эти вопросы касаются сделок, заключенных до этой даты.

8. Один из возможных подходов состоит в обеспечении того, чтобы новый закон не имел обратной силы. В этом случае он не будет применяться ни к каким аспектам сделок, заключенных до даты его вступления в силу. Несмотря на кажущуюся привлекательность такого подхода, особенно применительно к вопросам, возникающим между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, он чреват возникновением значительных проблем в тех случаях, когда затрагиваются права третьих сторон, в частности в связи с вопросами приоритетности. Главной проблемой является необходимость разрешения споров о приоритете между обеспеченным кредитором, который приобрел обеспечительное право до даты вступления закона в силу, и конкурирующим обеспеченным кредитором, который приобрел обеспечительное право в том же обремененном имуществе после даты вступления закона в силу. В силу того что определение приоритета предполагает сопоставление, два сравниваемых между собой права должны регулироваться одним и тем же правилом. Поэтому нельзя допускать, чтобы приоритет права обеспеченного кредитора, полученного до вступления закона в силу, регулировался прежними правилами, а приоритет права обеспеченного кредитора, полученного после этой даты, – новыми.

9. Определить, какие нормы применять при разрешении споров о приоритете обеспечительных прав, возникших до и после вступления в силу нового закона, весьма непросто. Применение прежних правил в таких спорах о приоритете по существу задержало бы вступление в силу некоторых наиболее важных аспектов нового закона, что привело бы к значительной отсрочке получения от этого закона существенной экономической выгоды. Такая задержка неблагоприятно отразилась бы на всех новых сделках, притом что обусловлена она лишь рядом ранее заключенных следок. Кроме того, по причине такой задержки стороны, заключившие соглашения об обеспечении, действие которых распространяется и на будущие активы, оказались бы лишены возможности применять положения нового закона в отношении активов, приобретенных или произведенных после вступления его в силу. С другой стороны, применение в таких спорах о приоритете новых норм может нанести несправедливый ущерб сторонам, которые в своих действиях полагались на ранее действовавшее законодательство. В первую очередь это относится к тем сторонам, которые ориентировались на прежнее

законодательство, не предполагая, что оно может быть изменено. Кроме того, применение правил приоритета ретроактивно может дать сторонам действующих соглашений об обеспечении повод возражать против нового закона или требовать неоправданной отсрочки его вступления в силу.

10. Применение нового закона ко всем сделкам с даты его вступления в силу, напротив, способствовало бы внесению большей ясности в эти вопросы и скорейшему получению экономической выгоды от нового законодательства, но только при условии принятия соответствующих положений о переходном периоде, которые бы регулировали статус обеспечительных прав, приобретенных до даты вступления нового закона в силу. Эти переходные положения должны обеспечивать интеграцию таких обеспечительных прав в новый правовой режим без утраты приоритетного статуса, которым они обладали на момент вступления нового закона в силу. Такой подход позволит избежать проблем, сопряженных с рассмотренными в предыдущем пункте обоими вариантами, каждый из которых предусматривает применение лишь одного свода правил. Обеспечивая механизм защиты приобретенного приоритета, такой подход позволяет добиться справедливого и эффективного учета интересов сторон, действовавших в рамках прежнего законодательства, и интересов сторон, полагающихся на новый закон.

11. Лиц, приобретших обеспечительные права до даты вступления нового закона в силу, будут волновать не только вопросы приоритета. Вступление нового закона в силу может прийтись на момент проведения судебного разбирательства. Такое разбирательство может быть связано с реализацией прав после неисполнения обязательств или же с возникшим еще до неисполнения обязательств спором между лицом, предоставившим право, и обеспеченным кредитором или между конкурирующим заявителем требования и предоставившим право лицом. Согласно общей логике защиты приобретенных прав, обеспеченному кредитору, лицу, предоставляющему право, или конкурирующему заявителю требования, начавшим, но не успевшим довести до конца судебное разбирательство до момента вступления нового закона в силу, следует предоставить возможность выбрать, как продолжать разрешение спора. Инициатору судебного разбирательства следует предоставить право либо продолжить производство на основании прежнего законодательства, либо отказаться от его продолжения и начать новое производство согласно новому закону.

12. С учетом изложенных выше соображений *Руководство* рекомендует государствам придерживаться следующих общих принципов: *a)* новый закон должен незамедлительно применяться ко всем сделкам, заключенным с момента его вступления в силу; *b)* новый закон в целом не должен иметь обратной силы и применяться к сделкам, заключенным до даты его вступления в силу; *c)* новый закон должен применяться к вопросам и процедурам (например, к спорам о приоритете и механизмам исполнения), возникшим после его вступления в силу, даже если они касаются соглашений, заключенных согласно прежнему законодательству; и *d)* новый закон должен содержать подробные положения о переходном периоде в целях защиты прав, которые были приобретены сторонами по сделкам, заключенным до даты вступления закона в силу (см. второе предложение рекомендации 228).

4. Вопросы, которые следует затронуть в положениях, касающихся переходного периода

a) Общие вопросы

13. Многие обеспечительные права, созданные до даты вступления нового закона в силу, будут существовать и после этой даты и могут войти в противоречие с

обеспечительными правами, созданными впоследствии. Поэтому важно, чтобы новый закон предусматривал ясные положения, касающиеся переходного периода, для того, в какой мере содержащиеся в нем нормы будут применяться к ранее существовавшим обеспечительным правам. Такие положения, касающиеся переходного периода, должны соответствующим образом отвечать как обоснованным ожиданиям сторон, так и потребности в определенности и предсказуемости судьбы будущих сделок. В таких положениях необходимо оговорить, в какой мере новые нормы будут применяться после даты вступления в силу во взаимоотношениях между сторонами сделки, создавшими обеспечительное право до даты вступления закона в силу. В них следует также определить, насколько новые нормы будут применяться, – после даты вступления закона в силу, – при разрешении споров о приоритете между держателем обеспечительного права и конкурирующим заявителем требования в случае, когда-либо обеспечительное право, либо интерес конкурирующего заявителя требования были созданы до этой даты.

14. Не существует какого-либо единого правила или формулы, которые применялись бы во всех случаях, даже если бы все государства и были готовы к единообразному применению *Руководства*, поскольку отправной точкой переходного периода для каждого государства все равно будет свой ранее существовавший режим. Особенности ранее существовавшего режима влияют и на решения, принимаемые в отношении переходного периода. Так, государствам необходимо будет учитывать такие вопросы, как, насколько просто определить, распространяются ли на активы обеспечительные права, созданные при прежнем режиме; как долго на существующие сделки не будет распространяться действие нового закона, и в случаях, когда согласно прежнему законодательству обеспеченный кредитор должен был бы продлевать срок регистрации или совершать иные действия для сохранения действительности прав в отношении третьих сторон, каким образом и в какие сроки такое продление должно оформляться по новому закону. В приводимом ниже разделе рассматриваются основные вопросы, на которые надлежит ответить государству при выработке положений, касающихся переходного периода.

b) Споры, рассматриваемые судом или третейским судом

15. Если спор находится в производстве на дату вступления нового закона в силу, то можно считать, что права сторон уже определились настолько, что вступление в силу нового режима не должно влиять на исход рассматриваемого спора. Тот же принцип применим и к ситуации, когда спор передан в сопоставимую систему разрешения споров, например арбитраж, в рамках которой выносится имеющее обязательную силу решение о правах сторон. И напротив, этот принцип не должен применяться в том случае, если стороны прибегли к такой системе урегулирования спора, как согласительная процедура (посредничество), которая не предусматривает вынесения обязательных решений. Необязательный характер результатов такого разбирательства свидетельствует о том, что права сторон еще недостаточно четко определились. Из этого следует, что такой продолжающийся спор не подлежит разрешению на основе применения нового правового режима (см. первое предложение рекомендации 229). Кроме того, в контексте продолжающегося исполнительного производства стороны в споре, как правило, не должны иметь возможности воспользоваться механизмами или правами, предусмотренными в новом законе и непосредственно связанными с вопросами, являющимися предметом тяжбы. Все вопросы, связанные с реализацией обеспечительного права, должны в принципе и далее решаться в соответствии с прежним законодательством (см. второе предложение рекомендации 229).

16. Разумеется, судебный спор может выходить за пределы исполнительного производства. Разногласия между лицом, предоставившим право, и обеспеченным

кредитором или между конкурирующим заявителем требования, например покупателем обремененного актива, и обеспеченным кредитором могут возникнуть еще до неисполнения обязательств. В этих случаях продолжающееся судебное разбирательство по какому-либо одному аспекту обеспеченной сделки не должно препятствовать применению нового закона к тем аспектам сделки, которые не являются предметом разбирательства. Оно не может также препятствовать сторонам в возбуждении дела по любому такому вопросу в соответствии с новым законом. Например, лицо, предоставившее право, может инициировать судебное разбирательство с целью опротестовать право обеспеченного кредитора на использование обремененного актива, находящегося у него во владении. Такое продолжающееся разбирательство, осуществляемое на основании прежнего законодательства, не должно мешать обеспеченному кредитору приступить к реализации своих прав в соответствии с новым законом, как только он вступит в силу. Наконец, как уже упоминалось ранее (см. пункт 11, выше), если на момент вступления нового закона в силу продолжается судебное разбирательство, начатое согласно прежнему законодательству, инициатор этого разбирательства должен иметь право либо продолжить разбирательство на основании прежнего законодательства, либо отказаться от его продолжения и начать новое разбирательство согласно новому закону.

c) Сила прав, созданных до даты вступления нового законодательства в силу, в отношениях между сторонами

17. Если обеспечительное право было создано до даты вступления нового законодательства в силу, то возникают два вопроса, касающиеся силы этого права в отношениях между лицом, предоставившим право, и кредитором. Первый вопрос заключается в том, не теряет ли действительности в день вступления нового закона в силу такое обеспечительное право, которое фактически было создано на основании прежнего законодательства, но не отвечает всем требованиям в отношении создания обеспечительного права согласно новому закону. Второй вопрос состоит в том, приобретает ли действительность в день вступления нового закона в силу такое обеспечительное право, которое фактически не было создано согласно прежнему законодательству, но удовлетворяет всем требованиям в отношении создания обеспечительного права согласно новому закону.

18. При ответе на первый вопрос возможны разные подходы. Например, можно было предусмотреть переходный период, в течение которого обеспечительное право будет сохранять силу между сторонами, с тем чтобы кредитор мог предпринять в течение переходного периода необходимые шаги по созданию права в соответствии с новым законом. По прошествии переходного периода в случае непринятия таких шагов будет считаться, что право утратило силу по новому законодательству. С другой стороны, более простой подход, который и рекомендован в *Руководстве*, состоит в принятии положения о том, что в случае если обеспечительное право было создано и приобрело силу в отношениях между сторонами до даты вступления нового закона в силу, оно сохраняет действительность между ними и после вступления в силу нового закона (см. рекомендацию 230).

19. В связи со вторым вопросом следует рассмотреть возможность придания праву, ранее являвшемуся недействительным, силы с даты вступления в силу нового закона на том основании, что при заключении соглашения стороны, видимо, исходили из того, что это право будет действовать в отношениях между ними. Тем не менее некоторые государства решают этот вопрос путем выдвижения требования о том, чтобы лицо, предоставившее право, конкретно подтвердило наличие у него желания, чтобы не имевшее ранее силы право начало действовать по новому закону. Однако практическое выполнение такого требования является затруднительным, поскольку оно предполагает

существование маловероятной ситуации, когда по крайней мере одна сторона знала о порочности сделки, ничего не предприняла для ее исправления в соответствии с прежним законодательством, а теперь добивается признания действительности обеспечительного права. Более вероятной является ситуация, когда о порочности сделки стало известно после вступления в силу нового законодательства, что оправдывает применение нормы, согласно которой право автоматически приобретает силу с момента вступления нового закона в силу. Именно этот подход рекомендуется в *Руководстве* (см. второе предложение рекомендации 228).

d) Сила прав, созданных до даты вступления нового законодательства в силу, в отношении третьих сторон

20. Определение того, сохраняют ли силу права, созданные до даты вступления нового законодательства в силу, в отношении третьих сторон, требует ответа на ряд вопросов. Поскольку новое законодательство олицетворяет собой публичный порядок принятия надлежащих мер для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, желательно, чтобы новые нормы имели как можно более широкую сферу применения. Вместе с тем, вероятно, было бы неразумно ожидать, что кредитор, право которого действовало в отношении третьих сторон согласно существовавшему ранее правовому режиму государства, принимающего новый закон (или согласно закону государства, законодательство которого определяло действительность прав в отношении третьих сторон в соответствии с нормами коллизионного права в рамках прежнего правового режима), тут же будет соблюдать все дополнительные требования, установленные новым законом. Это особенно проблематично в случае институциональных кредиторов, от которых требуется выполнение дополнительных требований нового законодательства сразу же в отношении целого ряда сделок, заключенных до даты его вступления в силу.

21. Более предпочтительным представляется подход, в соответствии с которым обеспечительное право, действовавшее в отношении третьих сторон согласно прежнему правовому режиму, но не имеющее силы по новым нормам, сохраняло бы силу в течение разумного периода (установленного в положениях нового закона о переходном периоде), с тем чтобы кредитор имел время выполнить требования, предусмотренные новым режимом. По истечении переходного периода это право утрачивало бы силу в отношении третьих сторон, если только оно не приобрело силу в отношении третьих сторон на основании нового законодательства. Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 231). При определении срока, в течение которого кредиторам позволяется придать имеющимся у них правам силу в отношении третьих сторон, государствам следует учитывать ряд практических соображений. Например, если уже существует система регистрации обеспечительных прав, этот срок может быть более продолжительным. Пока функционирует прежняя система регистрации, у третьих сторон будет возможность в любое время удостовериться в том, не обременяет ли обеспечительное право конкретные активы. И напротив, в отсутствие системы регистрации обеспечительных прав этот срок может быть более коротким, по крайней мере для прав, по которым прежнее законодательство не требовало регистрации уведомления. В случае отсутствия системы регистрации или уведомлений третьим сторонам нелегко будет удостовериться в том, не обременяет ли ранее существовавшее обеспечительное право активы потенциального лица, предоставляющего это право.

22. Если обеспечительное право не имело силы в отношении третьих сторон по прежнему правовому режиму, но является действительным в отношении тех же сторон согласно новому законодательству, то оно должно приобретать силу в отношении третьих сторон с момента вступления нового закона в силу. Как уже отмечалось ранее

(см. пункт 19, выше), можно предположить, что стороны ожидали, что обеспечительное право будет действовать в отношениях между ними согласно прежнему законодательству, даже если это и не так. Поскольку обеспечительное право имеет силу в отношении третьих сторон только при том условии, что оно создано и действует между сторонами сделки, в том случае, если обеспечительное право, которое ранее не имело силы в отношении третьих сторон, приобретает силу по отношению к ним согласно новому правовому режиму, такие третьи стороны пользуются полной защитой по этому новому законодательству. Именно этот подход рекомендуется в *Руководстве* (см. второе предложение рекомендации 228).

e) Споры в отношении приоритета

23. В связи со спорами о приоритете возникает совершенно иной круг вопросов, поскольку такие споры неизбежно связаны с применением одной совокупности норм к двум (или более) различным правам, созданным в разное время и в разных правовых режимах. Правовая система не может просто предусматривать, что норма о приоритете, действовавшая на момент создания обеспечительного права, регулирует приоритет в отношении этого права, поскольку такая норма не может дать четкого ответа в ситуации, когда одно из сравниваемых прав создано в соответствии с прежним законодательством, а второе – согласно новому законодательству. Более предпочтителен вариант принятия норм, каждая из которых регулирует одну из следующих ситуаций: *a)* оба права созданы и приобрели силу в отношении третьих сторон после даты вступления нового закона в силу; *b)* оба права созданы и приобрели силу в отношении третьих сторон до даты его вступления в силу; и *c)* одно право создано и приобрело силу в отношении третьих сторон до даты вступления нового законодательства в силу, а второе после нее.

24. Наименьшую сложность представляет спор о приоритете двух прав, которые были созданы и приобрели силу в отношении третьих сторон после даты вступления нового закона в силу. В такой ситуации очевидно, что для разрешения спора должны применяться нормы о приоритете, содержащиеся в новом законодательстве. Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 232).

25. Напротив, если оба конкурирующих права были созданы и приобрели силу в отношении третьих сторон до даты вступления нового законодательства в силу, требуется провести дополнительную проверку обстоятельств. Важность имеет не только то, что относительный приоритет двух конкурирующих прав в обремененных активах был установлен до даты вступления в силу новых норм, но и то, не произошли ли с тех пор какие-либо события, помимо вступления в силу нового законодательства, которые изменили бы этот относительный приоритет. В этом случае стабильность взаимоотношений предполагает, что приоритет, установленный до даты вступления нового закона в силу, не должен меняться лишь потому, что было принято новое законодательство. С другой стороны, если после даты вступления нового закона в силу произошло нечто такое, что оказало воздействие на приоритет даже согласно прежнему правовому режиму (например, вступление обеспечительного права в силу в отношении третьих сторон или утрата им силы в отношении третьих сторон), то в этом случае имеется меньше оснований для того, чтобы продолжать применение прежних норм для урегулирования спора, характер которого изменился в результате действия или события, имевшего место после даты вступления законодательства в силу. Существует еще более веский аргумент в пользу применения новых норм к такой ситуации. Он состоит в том, что правам, существовавшим у сторон на момент вступления нового закона в силу, обеспечивается защита, но стороны не следует освобождать от обязательства воздерживаться от действия или бездействия, которое может привести к утрате существующих прав в соответствии с новым

законодательством. Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендации 232–234).

26. Наиболее трудная ситуация переходного периода складывается при возникновении спора о приоритете одного права, которое возникло и приобрело силу в отношении третьих сторон до даты вступления нового законодательства в силу, и другого права, которое возникло и приобрело силу в отношении третьих сторон после этой даты. В таком случае, несмотря на предпочтительность того, чтобы в конечном итоге (но чем скорее, тем лучше) вопросы решались в соответствии с новыми нормами, есть смысл предусмотреть норму переходного периода, защищающую статус кредитора, право которого было приобретено в соответствии с прежним режимом. Если кредитор предпринимает все шаги, необходимые для сохранения защиты своих прав в условиях нового режима, в сроки, предусмотренные нормой переходного периода, новое законодательство должно наделять этого кредитора таким же приоритетом, какой он имел бы, если бы новые нормы действовали в момент первоначальной сделки и необходимые шаги были предприняты своевременно в соответствии с прежним законодательством. Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 232). В качестве примера можно привести следующую ситуацию. Обеспеченный кредитор приобрел обеспечительное право, которое согласно прежнему законодательству действовало в отношении третьих сторон без регистрации, но по новому закону должно быть зарегистрировано в течение 60 дней с даты вступления закона в силу, чтобы сохранить силу в отношении третьих сторон. Если этот обеспеченный кредитор зарегистрирует свое право через 50 дней после вступления закона в силу, он будет иметь приоритет перед обеспеченным кредитором, который приобрел обеспечительное право после вступления закона в силу и придал ему силу в отношении третьих сторон через 30 дней после его вступления в силу. То есть первый кредитор сохранит свой приоритетный статус, поскольку его обеспечительное право продолжало действовать в отношении третьих сторон и приобрело приоритет первой очередности еще на основании прежнего законодательства.

f) Реализация прав

27. Спор может находиться на рассмотрении в суде или такой системе разрешения споров, как арбитраж, на дату вступления нового закона в силу. Как отмечалось ранее (см. пункты 15 и 16, выше), в этих случаях считается, что права сторон настолько оформились, что вступление в силу нового правового режима не должно повлиять на исход рассматриваемого спора. Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. рекомендацию 229). Кроме того, стороны в споре, как правило, не должны иметь возможности пользоваться механизмами или правами, предусмотренными в новом законе. Например, если внесудебная реализация права запрещается прежним законодательством, но разрешается новым, стороны, требующие исполнения права, не должны иметь возможности подменять текущее судебное исполнение внесудебным. Точно так же в контексте продолжающейся процедуры исполнения сторонам, как правило, не следует позволять прибегать к возражениям по сделке или иным правам, которые предусматривают только в новом законодательстве. Что касается сферы применения этого принципа, то здесь нет однозначного мнения. Одни полагают, что если кредитор начал процедуру исполнения своих прав согласно прежнему законодательству, то считается, что он сделал выбор в пользу реализации своих прав по этому законодательству, и поэтому он не может в последующем прибегать к методам наложения взыскания на имущество, предусмотренным новым законом. По мнению других, этот принцип означает лишь то, что кредитора нельзя заставить трансформировать процедуру исполнения, инициированную в рамках прежнего законодательства, в процедуру исполнения по новому закону. Он может продолжать следовать процедуре исполнения, как если бы новый закон еще

не вступил в силу. Однако в том случае, если добивавшийся реализации права кредитор отказывается от дальнейшего продолжения уже инициированной процедуры судебного или арбитражного разбирательства, то, по мнению сторонников такой позиции, ничто не мешает ему инициировать другую (в том числе внесудебную) процедуру реализации своего права в соответствии с новым законом. По причинам, уже упоминавшимся выше (см. пункт 11), в *Руководстве* рекомендуется предоставить обеспеченному кредитору возможность либо продолжить осуществление процедуры исполнения согласно прежнему законодательству (см. второе предложение рекомендации 229), либо отказаться от ее продолжения и начать процедуру исполнения по новому законодательству.

28. Тем не менее после вступления нового закона в силу можно ожидать возникновения огромного числа споров по сделкам, заключенным до этого. При этом возможны две ситуации. С одной стороны, обеспеченным кредиторам может быть предоставлено право пользоваться определенными средствами правовой защиты, а лицам, предоставляющим право, прибегать к определенным возражениям, которые не допускаются новым законодательством. С другой стороны, не исключено, что новое законодательство разрешит кредиторам воспользоваться новыми средствами защиты, а должникам прибегнуть к новым, ранее недопустимым возражениям по сделке. В качестве иллюстрации ниже приводятся следующие два примера.

29. Есть мнение, что в случаях, когда новый закон отменяет отдельные средства правовой защиты или обусловливает их применение новой и более обременительной процедуры, интересы кредиторов при этом не должны ущемляться. Например, в некоторых государствах кредитор, фактически владеющий имуществом, в случае невыполнения должником обязательства просто оставляет себе заложенные активы без необходимости уведомлять об этом лицо, предоставившее право, или третьи стороны. *Руководство* же предусматривает, что кредитор должен будет уведомить о своем намерении принять активы в счет погашения обеспеченного обязательства (см. рекомендации 156–159).

30. Аналогичные доводы применимы к ситуации, когда лицо, предоставившее право, лишается возражений или процессуальных прав, которыми оно могло пользоваться при прежнем законодательстве. Например, в настоящее время в некоторых государствах лицо, предоставившее право и не выполнившее обязательство, может приостановить процедуру исполнения, устранив упущение, которое привело к невыполнению обязательства, тем самым восстановив обеспеченное обязательство и прекратив процесс принудительного исполнения. *Руководство* же, напротив, предусматривает, что лицо, предоставившее право, может выкупить обеспечение, оплатив непогашенную часть обязательства, но не имеет права устранить факт невыполнения обязательства, а следовательно, и восстановить это обязательство (см. рекомендацию 140).

31. В обоих случаях выдвигается аргумент, что потенциальный ущерб, который обеспеченный кредитор или лицо, предоставившее право, может понести в результате вступления в силу нового законодательства, является достаточным основанием для того, чтобы не отменять прав, вытекающих из прежнего законодательства, даже в отношении процедуры исполнения, инициированной после вступления нового закона в силу. Обеим сторонам следует предоставить право выполнить первоначальную договоренность в соответствии с законом, действовавшим на момент заключения сделки. С другой стороны, выдвигается не менее веский аргумент, что поскольку новый режим исполнения является результатом тщательно продуманного государством компромисса, учитывающего права всех сторон, его следует применять ко всем процедурам исполнения, инициированным после даты вступления нового закона в силу. Этот аргумент звучит особенно убедительно применительно к ситуации, когда исполнение грозит нанести ущерб правам третьих сторон, которые приобрели обеспечительные права в активах после вступления нового законодательства в силу. Кроме того, с учетом того, что

необходимая в этом вопросе относительная сбалансированность интересов зависит от конкретной конфигурации имевшихся у обеспеченных кредиторов прав на исполнение и прав на выдвижение возражений по иску, существовавших у предоставивших право лиц, в конкретных государствах при прежнем законодательстве *Руководство* рекомендует следовать общему принципу немедленного применения (см. рекомендацию 228).

32. При этом прочие действующие в государстве законы (например, общие правовые нормы, касающиеся обязательств, или конституционные принципы, регулирующие вопросы ретроактивного вмешательства в имущественные права) могут влиять на то, как именно принцип немедленного применения сказывается на исполнительном производстве, инициированном после вступления в силу нового законодательства.

33. В тех случаях, когда новое законодательство, наоборот, наделяет обеспеченных кредиторов новыми средствами правовой защиты, а лиц, предоставивших право, новыми процессуальными правами, аргументация в пользу применения нового закона к сделкам, заключенным до его вступления в силу, звучит более чем убедительно. Обеспеченный в рамках прежнего законодательства кредитор, который предпринял необходимые шаги для гарантирования действительности прав в отношении третьих сторон при новом законодательстве, по своему положению ничем не отличается от кредитора, который приобретает обеспечительное право на основании нового закона. Аналогично, любые возражения или процессуальные права, полученные на основании нового закона лицом, предоставившим право, и третьими сторонами, могут быть использованы в исполнительном производстве, инициированном всеми обеспеченными кредиторами, в том числе теми, кто добивается исполнения прав по сделкам, заключенным до вступления нового закона в силу. Иными словами, можно предположить, что новый режим исполнения отражает представление государства о наиболее справедливом и эффективном режиме исполнения обеспечительных прав. Таким образом, если новое законодательство применимо для регулирования обеспечительных прав, которые были созданы и приобрели действительность в отношении третьих сторон после даты вступления нового закона в силу, то оно должно быть применимо и к исполнению после такой даты тех обеспечительных прав, которые возникли и приобрели действительность в отношении третьих сторон до этой даты. Именно такой подход рекомендуется в *Руководстве* (см. второе предложение рекомендации 228)

B. Рекомендации 228–334

Цель

Цель положений, касающихся переходного периода, заключается в обеспечении справедливого и эффективного перехода от режима, действовавшего до даты вступления законодательства в силу, к новому законодательству.

Дата вступления в силу

228. В законодательстве следует указать либо дату после его принятия, с которой оно вступает в силу (“дату вступления в силу”), либо механизм, с помощью которого можно определить дату его вступления в силу. С даты вступления законодательства в силу оно применяется в установленных в нем рамках ко всем сделкам, заключенным до или после этой даты, за исключением случаев, указанных в рекомендациях 229–234.

Неприменимость законодательства к искам, возбужденным до даты вступления в силу

229. В законодательстве следует предусмотреть, что оно не применяется к вопросам, являющимся предметом судебной тяжбы или альтернативного обязательного урегулирования

споров, производство по которым было начато до даты его вступления в силу. Если реализация обеспечительного права началась до даты вступления в силу, она может продолжаться по законодательству, действовавшему до этой даты (“предыдущее законодательство”).

Создание обеспечительного права

230. В законодательстве следует предусмотреть, что факт создания обеспечительного права до даты его вступления в силу определяется предшествующим законодательством.

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон

231. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право, которое действовало в отношении третьих сторон согласно предшествующему законодательству, сохраняет силу в отношении третьих сторон до момента (в зависимости от того, что наступит раньше):

a) прекращения силы в отношении третьих сторон по предшествующему законодательству; и

b) истечения [указать срок] месяцев после даты вступления в силу нового законодательства (“переходный период”).

Если требования, предусмотренные в этом законодательстве для сохранения силы обеспечительного права в отношении третьих сторон, будут соблюдаться до того, как оно утратит силу в отношении третьих сторон на основании предшествующего предложения, то оно будет продолжать действовать в отношении третьих сторон.

Приоритет обеспечительного права

232. С учетом рекомендаций 233 и 234 в законодательстве следует предусмотреть, что приоритет обеспечительного права регулируется этим законодательством. При определении приоритета обеспечительного права следует использовать момент, когда это право, о котором говорится в рекомендации 231, приобрело силу в отношении третьих сторон или стало предметом зарегистрированного уведомления согласно предшествующему законодательству.

233. В законодательстве следует предусмотреть, что приоритет обеспечительного права определяется предшествующим законодательством, если:

a) данное обеспечительное право и права всех конкурирующих заявителей требования созданы до даты вступления нового закона в силу; и

b) предшествующий статус ни одного из этих прав не изменился после даты вступления в силу.

234. В законодательстве следует предусмотреть, что приоритетный статус обеспечительного права изменился, если:

a) оно действовало в отношении третьих сторон на дату вступления в силу согласно рекомендации 231, а затем утратило силу в отношении третьих сторон; или

b) оно не имело силы в отношении третьих сторон на дату вступления этого законодательства в силу, а затем приобрело силу в отношении третьих сторон.

XII. Последствия несостоятельности для обеспечительного права

A. Общие замечания

1. Введение

1. В предыдущих главах *Руководства* содержатся комментарии и рекомендации с целью содействовать государствам в разработке эффективного и действенного законодательства об обеспеченных сделках. При этом ставилась задача создать нормативную базу, регулирующую права лиц, предоставляющих право, обеспеченных кредиторов и третьих сторон во всех ситуациях, когда лица, предоставляющие права, желают обременить активы обеспечительным правом. *Руководство* в целом не занимается вопросами, имеющими отношение к основным положениям обязательственного и имущественного права, и не затрагивает напрямую гражданско-процессуальные аспекты и режим исполнения судебных решений. *Руководство* оставляет эти вопросы в компетенции другого законодательства. Однако существует одна область права – законодательство о несостоятельности, – в которой по практическим причинам режим обеспеченных сделок тесно взаимодействует с другими областями права и в силу этого требует непосредственного рассмотрения в *Руководстве.*

2. Законы об обеспеченных сделках и законодательство о несостоятельности служат различным интересам и целям, которые иногда могут пересекаться, если при открытии производства по делу о несостоятельности затрагиваются интересы, регулируемые законодательством об обеспеченных сделках. Цель законодательства об обеспеченных сделках заключается в содействии кредитованию под обеспечение, поскольку обеспечение обязательства снижает риск неуплаты по обязательству (“неисполнение”). Это позволяет должникам использовать полную стоимость своих активов для получения кредита и расширять деятельность своего предприятия. В случае неисполнения обязательств должником законодательство об обеспеченных сделках призвано обеспечивать защиту обеспеченного кредитора за счет стоимости обремененных активов. Это законодательство направлено на эффективную реализацию прав отдельных кредиторов, с тем чтобы максимально повысить вероятность того, чтобы взятые по отношению к ним обязательства в случае неисполнения можно было погасить за счет реализации экономической стоимости обремененных активов.

3. В свою очередь, законодательство о несостоятельности посвящено главным образом коммерческим и экономическим вопросам, имеющим общее значение. В таком законодательстве, в частности, преследуются цели сохранить и максимально повысить стоимость активов должника с учетом коллективной выгоды кредиторов и облегчить справедливое распределение этой стоимости среди кредиторов. Достижению этих целей содействует предотвращение конкуренции между кредиторами в связи с индивидуальной реализацией их прав в отношении их общего должника и помощь в реорганизации жизнеспособных и ликвидации нежизнеспособных коммерческих предприятий. В силу этих причин при открытии производства по делу о несостоятельности положения законодательства о несостоятельности могут различным образом затрагивать права обеспеченных кредиторов.

4. Поскольку реформирование одного законодательства может повлечь за собой непредвиденные издержки для заинтересованных сторон в плане заключения сделок и обеспечения исполнения в соответствии с другим законодательством и тем самым создать напряженность между этими двумя системами, законодателям, пересматривающим действующие законы или разрабатывающим новый закон в области несостоятельности или обеспеченных сделок, необходимо будет убедиться в том, что в новом или пересмотренном законе должным образом учитываются положения действующих или предлагаемых законов по другим вопросам. В ряде случаев пересмотр законодательства в одной области может потребовать пересмотра или разработки нового закона в другой области. В любом случае, если законодательство о несостоятельности затрагивает права обеспеченных кредиторов, то соответствующие последствия должны определяться тщательно разработанной стратегией и четко указываться в законодательстве о несостоятельности, как это неоднократно рекомендуется в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, принятом ЮНСИТРАЛ 25 июня 2004 года[1].

5. Последствия открытия производства по делу о несостоятельности для обеспечительных прав по законодательству о несостоятельности подробно рассматриваются в *Руководстве* ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности. Цель настоящей главы заключается в том, чтобы вычленить некоторые основные точки соприкосновения законодательства о несостоятельности и законодательства об обеспеченных сделках. В этой связи в разделе A.3 настоящего *Руководства* рассматриваются общие принципы режима обеспеченных прав при открытии производства о несостоятельности. В разделе A.4 дается обзор норм, применимых при открытии производства о несостоятельности, а в разделе A.5 дается подробный разбор режима обремененных активов. В разделе A.6 анализируются вопросы финансирования после открытия производства, разделе A.7 – режим контрактов и разделе A.8 – процедуры расторжения контрактов. Следующие три главы посвящены участию обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности (раздел A.9), реорганизационному производству (раздел A.10) и ускоренному реорганизационному производству (раздел A.11). В заключительных четырех главах говорится о режиме обеспеченных требований (раздел A.12), установлении очередности обеспеченных требований (раздел A.13), сделках по финансированию приобретения (раздел A.14) и дебиторской задолженности, подлежащей простой передаче до открытия производства по делу о несостоятельности (раздел A.15).

6. Чтобы в достаточной степени в *Руководстве* охватить потенциальные последствия открытия производства по делу о несостоятельности для обеспечительных прав, в настоящую главу включены основные рекомендации из Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, конкретно касающиеся обеспечительных прав. Однако в интересах более подробного рассмотрения потенциальных последствий открытия производства по делу о несостоятельности для обеспечительных прав настоящую главу следует читать вместе с комментариями и рекомендациями Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности. В настоящей главе рассматривается также ряд дополнительных рекомендаций в отношении вопросов, охватываемых Руководством ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, но не являющихся предметом сформулированных в нем рекомендаций. Рекомендации из Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, а также дополнительные рекомендации приводятся в разделе B настоящей главы.

---

[1] Решение Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли и резолюция Генеральной Ассамблеи (резолюция 59/40 от 2 декабря 2004 года) см. в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, приложение II. С Руководством ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, в приложении III к которому представлены Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и Руководство по принятию, можно ознакомиться по адресу: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

2. Терминология

7. В Руководстве по вопросам несостоятельности и в настоящем *Руководстве* используется ряд терминов (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, Введение, раздел B, Глоссарий, и настоящее *Руководство*, Введение, раздел B, “Терминология и толкование терминов”). Помимо вышеупомянутых терминов в настоящей главе содержатся также некоторые термины из Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, которые облегчают понимание рекомендаций этого *Руководства*.

8. В настоящем *Руководстве* для ряда терминов используются те же пояснения, что и в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, и поэтому эти термины имеют тот же смысл, что и в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности[2]. В то же время формулировка других терминов была несколько переработана или же их значение разъясняется несколько иначе в настоящем *Руководстве*, и поэтому в настоящей главе они имеют иное значение, как это будет показано ниже.

9. В настоящем *Руководстве* разъясняется термин “обеспечительное право”. В том виде, в котором он используется в настоящей главе, он не является синонимом термина “обеспечительный интерес” в том смысле, как он определяется в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности. Понятие “обеспечительный интерес” является более широким, обозначая, как правило, “право в активах, обеспечивающее платеж или иное исполнение одного или нескольких обязательств”, и соответственно потенциально включает обеспечительные права в недвижимом имуществе (которые остаются за рамками настоящего *Руководства*; см. рекомендацию 5) и неконсенсуальные обеспечительные права (которые не подпадают под понятие “обеспечительного права” в настоящем *Руководстве*; см. Введение, раздел B, “Терминология и толкование терминов”).

10. Аналогичным образом, термин “приоритет” используется в настоящей главе в том смысле, как он разъясняется в этом *Руководстве*, поскольку значение термина “приоритет” в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности является более узким и относится лишь к приоритету требований в контексте несостоятельности (“право требования на первоочередность по отношению к другому требованию, когда такое право возникает в силу закона”; см. терминологию в разделе B.1, ниже). В настоящем *Руководстве* термин “приоритет” означает “право какого-либо лица на получение экономической выгоды от своего обеспечительного права в обремененных активах в преференциальном порядке по отношению к конкурирующим заявителям требований” (см. Введение, раздел B, “Терминология и толкование терминов”). Для обозначения “приоритета” в рамках производства по делу о несостоятельности в настоящей главе используется термин “очередность требований” (см., например, пункты 59–63, ниже).

11. Термин “должник” в настоящем *Руководстве* обозначает лицо, с которого причитается обеспеченное обязательство (см. Введение, раздел B, “Терминология и толкование терминов”). Поскольку в настоящей главе такой термин не вполне приемлем, “должник” здесь имеет значение, в котором этот термин используется в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, а именно, относится к лицу, которое удовлетворяет требованиям к открытию производства по делу о несостоятельности (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава I, пункты 1–11, и рекомендация 8).

---

[2] Например, определение термина “финансовый договор/контракт” в настоящем *Руководстве* имеет ту же формулировку, что и в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам о несостоятельности и соответствует определению, данному в подпункте *k)* статьи 5 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле. Примечание, приведенное в настоящем *Руководстве* после определения данного термина, служит лишь его пояснению.

12. Кроме того, поскольку в других главах настоящего *Руководства* чаще употребляется термин “лицо, предоставившее право” (т. е. лицо, которое создает обеспечительное право; см. Введение, раздел B, “Терминология и толкование терминов”), нежели “должник” (т. е. лицо, с которого причитается обеспеченное обязательство), ссылки на “должника” в настоящей главе следует понимать как ссылки на ситуации, когда лицо, предоставившее право, является должником в производстве по делу о несостоятельности.

3. Общие принципы, касающиеся обеспечительных прав при несостоятельности

13. В Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности признаются в принципе положения о создании, силе в отношении третьих сторон и реализуемости обеспечительного права (см. рекомендацию 4 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности), а также о приоритете (см. рекомендацию 1 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности) обеспечительного права, созданного в соответствии с иным правом, чем законодательство по вопросам несостоятельности (см. рекомендации 238 и 239 настоящего *Руководства*). Между тем в интересах достижения целей производства по делу о несостоятельности права, которыми обеспеченный кредитор обладает за рамками производства по делу о несостоятельности, возможно, потребуется скорректировать или изменить после открытия производства по делу о несостоятельности. В таком случае желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности были предусмотрены также соответствующие средства защиты обеспеченного кредитора. Как неоднократно указывается в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, с точки зрения доступности обеспеченного кредита важно, чтобы в законодательстве о несостоятельности были четко сформулированы правила, касающиеся последствий производства по делу о несостоятельности для прав обеспеченного кредитора, с тем чтобы обеспеченные кредиторы имели возможность проводить количественную оценку рисков, связанных с наступлением несостоятельности, и учитывать эти риски при рассмотрении вопроса о целесообразности и условиях предоставления кредита.

4. Применимое право в рамках производства по делу о несостоятельности

14. В случае открытия производства по делу о несостоятельности в одном государстве и нахождения части активов должника или кредиторов в другом государстве или в случае открытия производства по делу о несостоятельности в двух разных государствах по причине международного характера коммерческой деятельности должника, определить право, применимое к вопросам создания, силы в отношении третьих сторон и приоритета обеспечительного права, а также прав обеспеченного кредитора, возникающих после неисполнения обязательств, может быть нелегко. В любом из этих случаев эти вопросы будут регулироваться общими нормами коллизионного права, применяющимися за пределами производства по делу о несостоятельности, с исключениями, о которых говорится в разделах 4 *a)* и 4 *b),* ниже, и с учетом применимости положений о процедурах расторжения сделки в рамках законодательства по вопросам несостоятельности (см. рекомендацию 223 настоящего *Руководства*). Этот принцип разъясняется в рекомендации 30 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, где говорится, что государству, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (т. е. государству суда), следует применять свои коллизионные нормы для определения того, право какого государства регулирует вопросы создания и юридической силы обеспечительных прав, существующих на момент открытия производства по делу о несостоятельности.

a) Последствия несостоятельности: lex fori concursus

15. После того как в соответствии с нормами права, применимого за рамками производства по делу о несостоятельности, на которое указали коллизионные нормы государства суда, удалось урегулировать вопросы создания и силы обеспечительных прав в отношении третьих сторон, возникает второй ряд вопросов, касающихся тех последствий, которые имеет для обеспечительных прав возбуждение дела о несостоятельности. Например, необходимо решить вопросы в отношении того, будет ли действие моратория распространяться также на реализацию обеспечительного права и будет ли это обеспечительное право признаваться в рамках производства по делу о несостоятельности, и если да, то каков будет его относительный статус по отношению к другим требованиям. Как правило, признается, что вопросы открытия, ведения и завершения такого производства, а также управления им и установления очередности требований регулируются правом государства, в котором возбуждено производство по делу о несостоятельности (lex fori concursus) (относительно понятия "последствия несостоятельности" см. рекомендацию 31 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности).

16. Законодательство о несостоятельности, регулирующее очередность обеспечительных прав, может привести к изменению относительной приоритетности, которой в соответствии с законодательством об обеспеченных сделках обладало обеспечительное право, и установить категории требований, подлежащих удовлетворению по делу о несостоятельности в первоочередном порядке по отношению к обеспечительному праву. При установлении этих категорий требований необходимо еще до принятия решения о том, в какой мере, если это в принципе применимо, открытие производства по делу о несостоятельности и управление им должны затрагивать приоритет обеспечительного права, учесть положения законодательства об обеспеченных сделках, касающиеся создания, силы в отношении третьих сторон, приоритета и реализации обеспечительного права. Вне зависимости от вопросов очередности прав, на обеспечительные права может тем не менее распространяться действие положений законодательства о несостоятельности, касающихся расторжения сделок (см. рекомендацию 88 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности).

b) Исключения из действия lex fori concursus

17. Последствия несостоятельности для обеспечительных прав в рамках производства по делу о несостоятельности, как правило, определяются на основе lex fori concursus, но в ряде государств действуют исключения из этого принципа. Например, в вопросах последствий несостоятельности для обеспечительного права в принадлежностях недвижимого имущества государство суда может опираться на положения законодательства о несостоятельности того государства, в котором это недвижимое имущество находится (lex situs или lex rei sitae). Такие исключения более подробно рассматриваются в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава I, пункты 85–90), но в этом *Руководстве* в общем не рекомендуется применять правило lex situs в отношении последствий несостоятельности так, как оно применяется к принадлежностям недвижимого или даже движимого имущества. Напротив, в нем в целом рекомендуется ограничить количество любых исключений из действия lex fori concursus для последствий несостоятельности и четко сформулировать их в законодательстве о несостоятельности (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 34 и часть вторая, глава I, пункт 88).

5. Режим обремененных активов

18. После открытия производства по делу о несостоятельности на обеспечительном праве могут сказываться положения законодательства о несостоятельности, которые определяют или иным образом затрагивают содержание ряда понятий. К числу таких понятий, в частности, относятся активы должника, являющиеся объектом производства по делу о несостоятельности; применение моратория или приостановление процессуальных действий в отношении должника; финансирование после открытия производства; расторжение сделок, заключенных до открытия производства по делу о несостоятельности; утверждение плана реорганизации; и установление очередности требований.

a) Выявление активов, на которые распространяется производство по делу о несостоятельности

19. Основополагающее значение для успешного ведения производства по делу о несостоятельности имеет выявление активов должника, на которые будет распространяться такое производство. Активы, находящиеся под контролем управляющего в деле о несостоятельности и являющиеся предметом производства по делу о несостоятельности, образуют “имущественную массу” (см. определение термина “активы должника” в пункте 20, ниже). В этой связи Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности рекомендует, чтобы имущественная масса, формируемая при открытии производства по делу о несостоятельности, как правило, включала все имущество, права и интересы должника, в том числе права и интересы в имуществе, будь то материальном (движимом или недвижимом) или нематериальном, независимо от того, где оно находится (в этом или другом государстве), и от того, находится ли оно во владении должника или нет на момент начала процессуальных действий. К имущественной массе, как правило, относятся также права и интересы должника в обремененных активах и активах, принадлежащих третьей стороне, а также активы, приобретенные должником или управляющим в деле о несостоятельности после открытия производства, а также активы, возвращенные в результате расторжения сделок (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 35).

i) Обремененные активы

20. Включение в имущественную массу прав и интересов должника в обремененных активах может способствовать не только применению равного режима к кредиторам, находящимся в одинаковом положении, но и достижению целей производства по делу о несостоятельности в случае, например, когда рассматриваемые активы имеют важное значение для успешной реорганизации или продажи коммерческого предприятия должника в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности рассматриваются активы должника, которые подлежат включению в имущественную массу (а также те активы, которые не подлежат включению в нее), и последствия открытия производства по делу о несостоятельности для обремененных активов. В нем подчеркивается, в частности, что для успешной реорганизации важное значение имеют включение в имущественную массу в деле о несостоятельности интересов должника в обремененных активах и активов, принадлежащих третьей стороне (значение термина “активы должника” см. в разделе B.1; рассмотрение вопроса об имущественной массе см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава II, пункты 7–9), и применение моратория на открытие такого производства в отношении определенных действий, связанных с обеспечительными правами (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть

вторая, глава II, пункты 36–40, 56, 57 и 59–69, и рекомендация 46, а также пункты 26 и 27, ниже).

ii) Активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности

21. В соответствии с рекомендациями Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности активы, приобретенные должником после открытия производства по делу о несостоятельности, как правило, являются частью имущественной массы (см. подпункт *b)* рекомендации 35).

22. Соответственно, даже если обеспеченный кредитор и обладает обеспечительным правом в будущих активах должника, такое обеспечительное право не должно распространяться на активы, приобретенные должником после открытия производства по делу о несостоятельности (см. также рекомендацию 235 настоящего *Руководства*), если только обеспеченный кредитор не предоставляет дополнительное финансирование. Если бы обеспечительное право в целом все же охватывало активы должника, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности, то обеспеченный кредитор получал бы несправедливую выгоду от увеличения количества обремененных активов, которые могли бы быть использованы для погашения обязательств перед обеспеченным кредитором, в результате приобретения должником имущества после возбуждения процессуальных действий, притом что обеспеченный кредитор не предоставил должнику никакого дополнительного кредита. Аналогично права других кредиторов несостоятельного должника были бы неоправданно ущемлены, если бы входящие в имущественную массу необремененные активы использовались после открытия производства по делу о несостоятельности в целях приобретения дополнительного имущества, и на эти активы автоматически распространилось бы действие обеспечительного права обеспеченного кредитора и они пошли бы на погашение обеспеченного обязательства.

23. Между тем, если активы, приобретенные должником после открытия производства по делу о несостоятельности, представляют собой поступления от тех активов, на которые распространялось обеспечительное право обеспеченного кредитора, имевшее силу в отношении третьих сторон на момент открытия производства по делу о несостоятельности (или наделенное такой силой уже после открытия производства, но в течение льготного периода), то такое обеспечительное право должно распространяться на эти поступления (см. рекомендацию 236 настоящего *Руководства*). В ином случае обеспеченный кредитор не получит ожидаемых выгод от своего обеспечительного права в случае отчуждения обремененных активов или осуществления взыскания после открытия производства по делу о несостоятельности, и в связи с таким риском он будет в меньшей степени склонен предоставлять должнику кредит по доступным ставкам даже в случае, когда вероятность возбуждения производства по делу о несостоятельности такого должника невелика.

24. Эту ситуацию прояснит, пожалуй, следующий пример. Обеспеченный кредитор обладает неоспоримым обеспечительным правом во всех существующих и будущих инвентарных запасах должника. После открытия производства по делу о несостоятельности должник продает недвижимое имущество, не являющееся предметом какого либо обеспечительного права, и использует полученные от продажи денежные средства для приобретения инвентарных запасов. Обеспечительное право не должно распространяться на эти инвентарные запасы, приобретенные после открытия производства. Обеспеченный кредитор не предоставлял никакого кредита с обеспечительным правом в новых инвентарных запасах. Если бы обеспечительное право распространялось на эти

новые инвентарные запасы, то были бы ущемлены интересы остальных кредиторов имущественной массы, поскольку это недвижимое имущество – необремененные активы, которые в ином случае были бы использованы для удовлетворения требований этих других кредиторов, – было бы использовано в интересах увеличения имущественной массы, предназначенной для погашения обеспеченного обязательства.

25. В то же время, если дополнительные инвентарные запасы были приобретены за счет денежных средств, полученных должником от продажи инвентарных запасов, существовавших на момент открытия производства по делу о несостоятельности и охватываемых неоспоримым обеспечительным правом обеспеченного кредитора, то это обеспечительное право должно распространяться на такие инвентарные запасы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности. Дополнительные инвентарные запасы, по сути, заменяют проданные инвентарные запасы. Обеспеченный кредитор не получает несправедливых преимуществ, а права других кредиторов неоправданно не ущемляются.

b) Защита имущественной массы путем введения моратория

26. Две основные цели разработки эффективного законодательства о несостоятельности заключаются, во-первых, в обеспечении того, чтобы стоимость имущественной массы не сокращалась в результате действий различных сторон, и, во-вторых, в содействии управлению этой имущественной массой на справедливой и упорядоченной основе (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 1). Во многих законах о несостоятельности эти цели достигаются посредством введения моратория, препятствующего совершению одним кредитором или несколькими кредиторами процессуальных действий в целях принудительного удовлетворения своих требований, применения любых средств защиты или открытия производства в отношении должника или имущества, входящего в имущественную массу, и приостанавливающего любые уже предпринимаемые действия такого рода. В случае когда мораторий применяется с момента начала производства по делу о несостоятельности (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 46), суд вправе предписать дополнительные временные меры для обеспечения защиты активов должника и коллективных интересов кредиторов в период между подачей заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и принятием по нему решения суда (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендации 39–45). В Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности рассматривается сфера действий, в отношении которых применяется императивный или временный мораторий (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава II, пункты 30–40); сроки и продолжительность (включая продление) моратория (см. там же, часть вторая, глава II, пункты 41–53 и 58); и меры защиты интересов обеспеченных кредиторов (см. там же, часть вторая, глава II, пункты 59–69; а также рекомендации 39–51).

i) Сфера применения моратория

27. В ряде государств мораторий распространяется на все действия в отношении должника, будь то судебного или внесудебного характера, включая действия обеспеченных кредиторов и владельцев, являющихся третьими сторонами. Как правило, мораторий распространяется на действия по принудительной реализации обеспечительного права путем восстановления во владении и продажи, лизинга или иного отчуждения обремененных активов (или использования другого правового средства принудительной реализации, предусмотренного в главе VIII настоящего *Руководства* о правах,

возникающих после неисполнения обязательств). Мораторий распространяется также на действия по созданию обеспечительного права или придания ему силы в отношении третьих сторон (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 46). В некоторых законах о несостоятельности проводится различие между ликвидацией и реорганизацией с точки зрения применения и продолжительности моратория на действия обеспеченных кредиторов или владельцев, являющихся третьими сторонами. Увеличивается число законов о несостоятельности, в которых признается, что, хотя ограничение возможностей реализации обеспечительных прав может негативно отразиться на стоимости и доступности кредита, исключение действий обеспеченных кредиторов из сферы применения моратория может препятствовать достижению основных целей производства по делу о несостоятельности. В частности, это непосредственно относится к реорганизации, поскольку дальнейшее использование обремененных активов должником зачастую имеет принципиальное значение для обеспечения функционирования предприятия и, следовательно, для его реорганизации. Любые отрицательные последствия моратория могут быть смягчены путем принятия мер защиты экономической стоимости обремененных активов от сокращения (см. пункты 31–34, ниже).

28. Если обеспечительное право имело силу в отношении третьих сторон на момент открытия производства по делу о несостоятельности, из сферы применения моратория необходимо исключить любое действие, которое, возможно, потребуется предпринять обеспеченному кредитору в целях сохранения этой силы. Например, в законодательстве об обеспеченных сделках может быть предусмотрен льготный период в отношении регистрации некоторых обеспечительных прав, в частности приобретательских обеспечительных прав в общем реестре обеспечительных прав (см. рекомендации 180 и 192 настоящего *Руководства*); как правило, действие моратория не должно препятствовать регистрации прав в течение этого льготного периода (даже если льготный период завершается после открытия производства по делу о несостоятельности).

ii) Продолжительность действия моратория

29. В рамках реорганизационного производства и с учетом рассматриваемых ниже гарантий желательно, чтобы мораторий применялся в отношении обеспечительных прав в течение достаточного периода времени, что необходимо для обеспечения надлежащего управления процессом реорганизации, чтобы обремененные активы при этом не оказались выведенными из имущественной массы до определения того, нужны ли эти активы для проведения реорганизации.

30. Желательно также, чтобы мораторий распространялся на обеспеченных кредиторов в рамках процедуры ликвидации, в частности в целях содействия продаже предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности содержит рекомендацию, согласно которой мораторий следует вводить на непродолжительный срок (например, 30–60 дней), что четко указывается в законодательстве о несостоятельности, с возможностью продления этого моратория при определенных оговоренных обстоятельствах (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 49).

iii) Защита обеспеченных кредиторов

31. В законодательство о несостоятельности следует включить гарантии в целях защиты обеспеченных кредиторов в случае, когда мораторий негативно сказывается на экономической стоимости их обеспечительных прав (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по

вопросам несостоятельности, рекомендация 50). Одна из таких гарантий может заключаться в снятии моратория или высвобождении обремененных активов. Даже в отсутствие ходатайства об освобождении от действия моратория желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности было предусмотрено положение, по которому обеспеченный кредитор обладает правом на защиту от сокращения стоимости обремененных активов, и суд может предписывать соответствующие меры такой защиты.

32. В Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности содержится рекомендация, согласно которой снятие моратория или высвобождение обремененных активов может производиться в таких ситуациях, когда, например, эти обремененные активы не являются необходимыми для предполагаемой реорганизации или продажи предприятия должника; стоимость обремененных активов уменьшается в результате открытия производства по делу о несостоятельности, и обеспеченный кредитор не защищен от такого уменьшения стоимости активов; и когда, при реорганизации, ее план не утвержден в предусмотренные сроки (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 51). В некоторых странах в законодательстве о несостоятельности предусматривается также, что после вынесения решения освобождения от действия моратория и его отмены в отношении конкретных обремененных активов эти активы могут высвобождаться в пользу обеспеченного кредитора. В таком случае обеспеченный кредитор будет иметь право на реализацию своих обеспечительных прав в соответствии с применимым законодательством. Все излишки, которые образуются после погашения обеспеченного обязательства, включаются в имущественную массу.

33. В основу концепции защиты стоимости обремененных активов от сокращения положен механизм определения стоимости этих активов и момента, когда производится эта оценка, в зависимости от цели, для которой требуется такое определение. В ходе производства по делу о несостоятельности может оказаться, что оценку активов потребуется проводить в различные сроки, в частности при его открытии с последующим пересмотром стоимости в ходе производства. Важное значение может также иметь основа, на которой должна производиться оценка (например, стоимость функционирующей хозяйственной единицы или же ликвидационная стоимость). Стоимость обремененных активов, по крайней мере в первом случае, может определяться по соглашению, заключенному сторонами до открытия производства, или же при необходимости судом на основе доказательств, включая сведения о состоянии рынков, данные об условиях на этих рынках и свидетельства экспертов.

34. Сроки проведения оценки и различные механизмы оценки рассматриваются в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава II, пункты 66–68).

c) Использование и отчуждение обремененных активов

35. Обеспеченным кредиторам небезразлично, каков будет порядок распоряжения обремененными активами после открытия производства по делу о несостоятельности. Режим таких активов будет зависеть от положений законодательства о несостоятельности, касающихся, в частности, следующих вопросов: применения моратория, дополнительного обременения таких активов, использования активов в ходе производства по делу о несостоятельности, продажи или отчуждения активов, отказа от активов и продажи обремененных активов без каких-либо обеспечительных прав.

36. В Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности содержится рекомендация, согласно которой в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть возможность продажи и отчуждения обремененных активов или их дополнительного обременения в ходе производства по делу о несостоятельности. В нем даются

рекомендации в отношении условий, при которых обремененные активы могут продаваться без обеспечительных прав (в частности, условие, в соответствии с которым обеспечительное право в активах распространяется на поступления от их продажи), и мер защиты, которыми могут пользоваться обеспеченные кредиторы, чьи обремененные активы продаются на таких условиях, включая требование об уведомлении обеспеченных кредиторов о любой предполагаемой продаже или ином отчуждении обремененных активов и предоставлении им права выдвигать возражения (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава II, пункты 74–89 и рекомендации 52–59).

6. Финансирование после открытия производства

37. В ходе как ликвидационного, так и реорганизационного производства, управляющему в деле о несостоятельности может потребоваться доступ к финансовым средствам для того, чтобы продолжить управление предприятием. Имущественная масса может и не иметь достаточной для покрытия предполагаемых расходов ликвидности в виде наличных средств или иных активов, которые могут быть превращены в наличность (например, предполагаемых поступлений от дебиторской задолженности) и которые не являются объектом уже существующих обеспечительных прав, действующих в отношении третьих сторон. В случае когда имеющейся необремененной ликвидности или ожидаемого притока наличности недостаточно, управляющий в деле о несостоятельности должен испросить финансирование у третьих сторон. Такими сторонами зачастую являются те же заимодавцы, которые предоставили кредит должнику до открытия производства по делу о несостоятельности, и, как правило, они будут готовы предоставить необходимый кредит только под соответствующую гарантию возвращения предоставленных средств (в форме либо права на приоритетное требование в отношении активов имущественной массы, либо приоритетных обеспечительных прав в этих активах).

38. Важным элементом любого из этих механизмов финансирования (в целом именуемого “финансированием после открытия производства”) является надлежащая защита уже существующих на момент открытия производства прав обеспеченных кредиторов, воплощенных в экономической стоимости обремененных активов, от сокращения. Несмотря на то что в некоторых странах при строго определенных обстоятельствах допускается создание обеспечительного права в целях обеспечения финансирования после открытия производства, которое имеет приоритет перед уже существующим обеспечительным правом, в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности дается рекомендация, согласно которой создание такого обеспечительного права (иногда именуемого “первоочередным привилегированным требованием”) допустимо только при соблюдении определенных условий, в том числе чтобы права уже существовавших на момент открытия производства обеспеченных кредиторов в экономической стоимости обремененных активов были защищены от сокращения. Более подробно вопрос финансирования после открытия производства рассматривается в пунктах 94–107, глава II, часть вторая Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности и рекомендациях 63–68.

7. Режим контрактов

а) Оговорки об автоматическом прекращении контракта или ускорении его исполнения

39. Сторонам соглашений об обеспечении небезразлично, какой режим применяется в рамках производства по делу о несостоятельности к оговоркам, опреде-

ляющим последствия неисполнения обязательств, которые ведут к автоматическому прекращению или ускорению платежей по таким соглашениям. Хотя некоторые законы о несостоятельности позволяют в случае открытия производства по делу о несостоятельности отклонять такие оговорки, подобный подход еще не стал общепринятым в законодательстве, регулирующем вопросы несостоятельности. Между тем из-за отсутствия возможности вмешательства в действие общих принципов договорного права реорганизация может оказаться невозможной, если контракт касается, например, активов, необходимых для проведения реорганизации или продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности рекомендует, чтобы такие оговорки не обладали исковой силой в отношении управляющего в деле о несостоятельности и должника (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 70).

40. Любые отрицательные последствия отклонения таких типов оговорок могут быть компенсированы посредством выплаты возмещения кредиторам, которые смогут доказать, что они понесли ущерб или убытки из-за продолжения действия контракта после открытия производства по делу о несостоятельности или допущения исключения из общего правила в отношении таких оговорок применительно к определенным видам контрактов. В Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности содержится рекомендация о том, что из сферы действия общего правила об отклонении таких оговорок следует исключить финансовые контракты, а для регулирования трудовых договоров применять особые правила (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендации 70–71).

41. Законодательство о несостоятельности может также предусматривать, например, что такая оговорка не лишает исковой силы или действительности оговорку в контракте, которая освобождает кредитора от обязательства предоставлять должнику кредит, дополнительную ссуду или иную форму финансирования после начала производства по делу о несостоятельности. Было бы несправедливо требовать предоставления кредита или выделения дополнительных ссуд несостоятельной стороне, когда перспективы их погашения маловероятны. Особенно несправедливым было бы требовать предоставления кредита после открытия производства по делу о несостоятельности, когда, как говорится в пункте 22, выше, обеспеченному кредитору не передаются никакие дополнительные обремененные активы после открытия производства (см. рекомендацию 237 настоящего *Руководства*).

b) Продолжение исполнения контрактов или отказ от их исполнения

42. В разных законах о несостоятельности используются различные подходы к вопросам продолжения исполнения контрактов или отказа от их исполнения. В Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности содержится ряд рекомендаций, касающихся режима контрактов после открытия производства по делу о несостоятельности, в том числе рекомендации в отношении процедур, оценки необходимости продолжения исполнения контрактов или же отказа от их исполнения, режима контрактов, если на момент начала производства по делу о несостоятельности должник не исполнил своих обязательств, последствий продолжения исполнения контрактов или отказа от их исполнения, передачи в аренду, уступки контрактов, видов контрактов, в отношении которых могут требоваться исключения, и контрактов, заключаемых после начала производства (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава II, пункты 108–147, и рекомендации 69–86). В любом случае для обеспеченного кредитора важно, чтобы вследствие отказа от исполнения соглашения об обеспечении не прекращались или иным образом не ограничивались уже существующие обеспеченные обязательства, а обеспечительное право не аннулировалось, и чтобы финансовые контракты

и обязательства по ссуде зачастую исключались из сферы действия законодательства о несостоятельности, содержащего общие положения о режиме контрактов (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава II, пункты 208–215, и рекомендация 101).

8. Процедуры расторжения сделок

43. Как говорилось выше, в законодательстве о несостоятельности в принципе признается действительность обеспечительного права, которое имеет силу согласно законодательству об обеспеченных сделках. Тем не менее в рамках производства по делу о несостоятельности обеспечительное право может аннулироваться на тех же основаниях, на которых могут расторгаться любые другие сделки. Например, сделка, заключенная в указанный период времени до открытия производства по делу о несостоятельности (который часто называется “подозрительным периодом”), может расторгаться, если она является преференциальной, сделкой по заниженной стоимости или сделкой, совершенной с намерением воспрепятствовать, затруднить или задержать действия кредиторов по взысканию своих требований (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 87). Так, если должник накануне открытия производства по делу о несостоятельности обременил свои активы, создав преференции для одного кредитора перед остальными или не набрав соответствующей стоимости в ущерб другим кредиторам, то такая сделка может быть признана ничтожной как преференциальная сделка или сделка по заниженной стоимости. В Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности рассматриваются такие связанные с этим вопросы, как категории сделок, подлежащие расторжению, подозрительный период, порядок применения процедур расторжения сделок и ответственность контрагентов по расторгнутым сделкам (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности там же, часть вторая, глава II, пункты 148–203, и рекомендации 87–99).

44. К обеспечительным правам, которые могут подлежать аннулированию, относятся, например, обеспечительное право, создаваемое незадолго до открытия производства по делу о несостоятельности в целях обеспечения уже существовавшей до этого задолженности; обеспечительное право, в отношении которого какие-либо действия по приданию ему силы в отношении третьих сторон предпринимались после создания этого обеспечительного права и после того, как истек отведенный для таких действий льготный период (см. рекомендации 180 и 192 настоящего *Руководства*), но в течение подозрительного периода; и принятие обремененных активов в полное или частичное погашение обеспеченных обязательств (см. рекомендации 156–159 настоящего *Руководства*) по существенно более низкой цене, чем действительная стоимость этих активов.

9. Участие обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности

45. В случае когда обремененные активы являются частью имущественной массы в деле о несостоятельности и права обеспеченных кредиторов затрагиваются в ходе такого производства, обеспеченные кредиторы должны иметь право на участие в этом разбирательстве (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 126). Такое участие может принимать различные формы. Одни законы могут предусматривать право обеспеченных кредиторов выступать и присутствовать на заседаниях, другие – право голосовать по конкретным вопросам, в частности в связи с выбором (и отстранением) управляющего в деле о несостоятельности и утверждением плана реорганизации; право давать рекомендации управляющему в деле о несостоятельности по его просьбе или по вопросам, указанным в законе о несостоятельности;

а также выполнять иные функции и обязанности, оговоренные законодательством или поручаемые судом или управляющим в деле о несостоятельности. В некоторых случаях право голоса обеспеченного кредитора по определенным вопросам может зависеть от того, насколько объем обеспеченного обязательства превышает стоимость обремененных активов; если обеспечение недостаточное, обеспеченный кредитор может участвовать в производстве в качестве необеспеченного кредитора при условии, что его обязательство не удовлетворяется из обремененных активов.

46. Общие вопросы участия кредиторов и механизмы, которые могут использоваться для обеспечения их участия, рассматриваются в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава III, пункты 75–115, и рекомендации 126–137).

10. Реорганизационное производство

a) Утверждение плана реорганизации

47. Решение вопроса о том, имеет ли обеспеченный кредитор право участвовать в процессе утверждения плана реорганизации, зависит от того, какой статус имеют обеспеченные кредиторы по закону о несостоятельности, и, в частности, от того, насколько план реорганизации может изменить или ограничить их обеспечительные права и в какой степени стоимость обремененных активов способна удовлетворить требование обеспеченного кредитора. В тех случаях, когда стоимость обремененных активов недостаточна для удовлетворения требования обеспеченного кредитора, такой кредитор имеет право участвовать в этом процессе в качестве как обеспеченного, так и необеспеченного кредитора.

48. Если в соответствии с предлагаемым планом реорганизации права обеспеченных кредиторов ограничиваются или изменяются, они должны иметь возможность голосовать при утверждении такого плана (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 146). С этой целью законы о несостоятельности предусматривают классификацию кредиторов, в том числе обеспеченных кредиторов, по характеру их прав и интересов. В соответствии с одними законами обеспеченные кредиторы голосуют коллективно как подпадающие под одну категорию, отдельно от необеспеченных кредиторов. Согласно другим законам каждый обеспеченный кредитор образует собственную категорию.

49. В тех случаях, когда обеспеченные кредиторы участвуют в процессе утверждения плана, возникает вопрос о том, имеет ли этот план обязательную силу для таких кредиторов, если они голосовали против или воздержались при голосовании. Если обеспеченные кредиторы голосуют по категориям, то некоторые законы о несостоятельности предусматривают, что в той мере, в какой требуемое большинство голосует за принятие плана, несогласные члены этой категории будут связаны его условиями с учетом определенных мер защиты (например, в соответствии с таким планом они получают по меньшей мере столько же, сколько они получили бы при ликвидации, или обязательства перед ними погашаются в полном объеме в течение определенного периода времени с процентами по рыночной ставке). Вопросы реорганизационного производства подробно рассматриваются в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности (см. часть вторая, глава IV, пункты 26–75 и рекомендации 139–159), в том числе порядок голосования обеспеченных кредиторов (см. часть вторая, глава IV, пункты 34–39 и рекомендации 146, 150 и 151).

50. Имеется ряд примеров того, как в рамках плана реорганизации удается сохранить экономическую стоимость обеспечительных прав, даже если эти обеспечительные

права ограничиваются или изменяются по такому плану. Если план предусматривает платеж наличными средствами обеспеченному кредитору в полное или частичное погашение обеспеченного обязательства, то размер платежа или, когда наличные средства предстоит выплачивать по частям, текущая стоимость таких наличных платежей не должны быть меньше тех, которые обеспеченный кредитор получил бы при ликвидации. При оценке такой стоимости следует учитывать порядок использования активов и цель этой оценки. В ее основу может быть положена не только чистая ликвидационная стоимость, но и стоимость активов как части предприятия, являющегося функционирующей хозяйственной единицей. Например, если должник планирует сохранить за собой право владения активами и продолжить их использование в соответствии с планом реорганизации в интересах продолжения управления предприятием в качестве функционирующей хозяйственной единицы, или же если должник планирует продать это предприятие в качестве функционирующей хозяйственной единицы, то стоимость следует определять скорее с учетом стоимости активов как части функционирующего предприятия, чем стоимости активов, как если бы они не имели отношения к предприятию.

51. Если в плане предусматривается отказ обеспеченного кредитора от своего обеспечительного права в некоторых обремененных активах, то можно также включить положение о заменяющих активах, по крайней мере равной стоимости, с тем чтобы они стали объектом обеспечительных прав обеспеченного кредитора, если только отчуждение оставшихся обремененных активов не позволит полностью удовлетворить его требования.

b) Оценка обремененных активов

52. В подпункте *c)* ii) рекомендации 49, в рекомендации 50, в подпункте *b)* рекомендации 51, в подпункте *a)* рекомендации 54, в подпункте *d)* рекомендации 58, в подпункте *c)* рекомендации 59 и подпункте *c)* рекомендации 67 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности содержатся общие положения, предусматривающие защиту стоимости обремененных активов при производстве по делу о несостоятельности. В подпункте *b)* рекомендации 152 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности говорится, что в соответствии с планом, утвержденным судом, каждый кредитор, в том числе обеспеченный кредитор, должен получить согласно плану по крайней мере столько же, сколько этот кредитор получил бы при ликвидации. Вопросы, на которые необходимо обратить внимание при определении стоимости обремененных активов, рассматриваются в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава II, пункты 66–69; и пункт 33 настоящей главы, выше).

53. Для определения ликвидационной стоимости обремененных активов в рамках реорганизационного производства (для цели применения подпункта *b)* рекомендации 152 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности) следует учитывать порядок использования этих активов, цели проводимой оценки и другие связанные с этим соображения. Оценка ликвидационной стоимости активов может основываться, например, на их стоимости как части функционирующего предприятия (см. рекомендацию 242 настоящего *Руководства*), которая, пожалуй, более достоверно отражает действительную стоимость обремененных активов с учетом того, в каких целях эти обремененные активы будут использованы.

11. Ускоренное реорганизационное производство

54. В последние годы существенное внимание уделяется развитию практики ускоренного реорганизационного производства (т. е. такого производства, которое открывается

в целях придания силы плану, согласованному и одобренному заинтересованными кредиторами в ходе добровольных переговоров о реструктуризации, проведенных до открытия производства по делу о несостоятельности, если законодательство о несостоятельности разрешает суду ускорять проведение такого производства). Для участия в добровольных переговорах о реорганизации, организуемых до начала производства, как правило, приглашаются те кредиторы, в том числе обеспеченные кредиторы, без которых невозможно провести эффективную реорганизацию, или те, чьи права будут затронуты в результате реорганизации.

55. Материально-правовые требования к проведению такого ускоренного реорганизационного производства будут включать, по сути, те же гарантии и средства защиты, которые предоставляются при полномасштабном, проводимом под надзором суда, реорганизационном производстве. Однако, поскольку на момент открытия ускоренного производства план реорганизации уже согласован и одобрен требуемым большинством кредиторов, ряд процессуальных положений законодательства о несостоятельности, касающихся полномасштабного, проводимого под надзором суда, производства, может быть изменен или может не применяться (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава IV, пункты 87–92, и рекомендации 160–168).

12. Режим обеспеченных требований

56. Большое значение для обеспеченных кредиторов имеет вопрос, требуется ли от них представление требований в ходе производства по делу о несостоятельности. В соответствии с теми законами о несостоятельности, которые не включают обремененные активы в состав имущественной массы и разрешают обеспеченным кредиторам свободно реализовывать свои обеспечительные права в обремененных активах, обеспеченные кредиторы могут быть исключены из сферы действия положений, согласно которым они обязаны представлять свое требование, если их требование полностью удовлетворяется за счет средств, полученных от продажи обремененных активов (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава V, пункты 1–50, и рекомендации 169–184).

57. Другой подход предполагает, что обеспеченные кредиторы должны представлять требования в объеме полной стоимости своих обеспечительных прав, независимо от того, является ли какая-либо часть требования необеспеченной. В некоторых законах действие этих положений ограничивается держателями определенных видов обеспечительных прав, таких как “плавающие” требования, закладные или обеспечение в движимом имуществе. Некоторые законы о несостоятельности разрешают также обеспеченным кредиторам передавать свои обеспечительные права управляющему в деле о несостоятельности и представлять требование в объеме полной стоимости обеспеченного обязательства. Довод в пользу установления для обеспеченных кредиторов обязанности представлять требование заключается в том, что это позволяет управляющему в деле о несостоятельности получать информацию обо всех существующих требованиях, о размере обеспеченного обязательства, а также описание обремененных активов. Какой бы подход ни был выбран, для целей представления требований желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности были изложены четкие правила в отношении режима обеспеченных кредиторов.

58. Если размер требования не может быть или не был определен на тот момент, когда должно быть представлено требование, многие законы о несостоятельности предусматривают, что требование может быть признано в предварительном порядке при условии придания ему номинальной стоимости (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 178). В связи с определением стоимости этих требо-

ваний возникает ряд таких вопросов, как момент определения стоимости и должна ли это быть ликвидационная стоимость (в таком случае ее должен установить суд) или оценочная стоимость (ее может определить управляющий в деле о несостоятельности, суд или другое назначенное лицо) (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 179). Если решить этот вопрос должен суд, возникает сопутствующий вопрос относительно надлежащего суда (т. е. суд по делам о несостоятельности или какой-либо иной суд) и о том, как поступить в случае какой-либо задержки в принятии такого решения с точки зрения ее последствий для проведения производства по делу о несостоятельности. Что касается времени проведения оценки, то во многих законах о несостоятельности требуется, чтобы таковая была отнесена на момент открытия производства (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава V, пункт 38, и рекомендация 179).

13. Установление очередности обеспеченных требований

59. В законодательстве об обеспеченных сделках устанавливается приоритет обеспечительных прав перед конкурирующими заявителями требований (относительно значения терминов “конкурирующий заявитель требований” и “приоритет” см. Введение к настоящему *Руководству*, раздел B, “Терминология и толкование терминов”), включая других обеспеченных и необеспеченных кредиторов должника, кредиторов, действующих на основании судебного решения, с правом в обремененных активах и покупателей обремененных активов. Во многих законах о несостоятельности признается приоритет обеспечительных прав, существовавших до наступления несостоятельности, и устанавливается первоочередность обеспеченных требований по отношению к административным расходам и другим требованиям (например, в отношении налогов или выплаты заработной платы). Такие законы предусматривают, что обеспеченные требования должны удовлетворяться за счет поступлений от продажи определенных обремененных активов или общих фондов, в зависимости от режима обремененных активов в рамках производства по делу о несостоятельности (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендация 188). Вместе с тем, если управляющий в деле о несостоятельности израсходовал необремененные ресурсы, входящие в имущественную массу, на поддержание или сохранение стоимости обремененных активов, то такие расходы могут обладать более высоким приоритетом даже перед обеспеченным требованием. Поэтому они могут быть оплачены из поступлений от продажи обремененных активов или же иным образом за счет их стоимости (см. рекомендацию 241 настоящего *Руководства*).

60. В других законах о несостоятельности обеспеченные требования имеют более низкий приоритет, чем административные расходы и другие указанные (и, как правило, необеспеченные) требования (например, в отношении выплаты заработной платы или налогов), или ограничивается размер той суммы, при которой обеспеченное требование наделяется приоритетом, путем указания фиксированного процента от суммы требования. Установление более высокой очередности для определенных необеспеченных требований, зачастую основанных на соображениях социальной политики, сказывается на стоимости и доступности обеспеченного кредита. Подход, в соответствии с которым ограничивается та сумма, которую обеспеченный кредитор возвращает за счет стоимости обремененных активов, нередко применяется в отношении обеспечительного права во всех активах должника, с тем чтобы в некоторой степени защитить необеспеченных кредиторов (зачастую лишь в ограниченном объеме).

61. Согласно еще одному подходу приоритетом по отношению к правам обеспеченных кредиторов, существовавшим на момент открытия производства, могут наделяться обеспеченные кредиторы, появившиеся после его открытия (см. пункты 37 и 38, выше),

при условии, что обеспечительные права ранее существовавших кредиторов могут быть защищены (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, рекомендации 66 и 67).

62. Желательно, чтобы в случаях, когда законы о несостоятельности устанавливают особые привилегии для определенных видов требований, обладающих приоритетом перед обеспечительными правами (например, привилегия в отношении выплаты налогов или удовлетворения других необеспеченных требований), количество таких привилегий должно быть минимальным, и они должны быть четко указаны или оговорены в законе о несостоятельности (см. рекомендацию 83 настоящего *Руководства*). Такой подход обеспечит прозрачность и предсказуемость режима несостоятельности с точки зрения его последствий для кредиторов, а также позволит обеспеченным кредиторам более точно оценивать риски, связанные с предоставлением кредита. Более подробно эти вопросы рассматриваются в пунктах 51–79 главы V части второй Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности и рекомендациях 185–193.

63. Как отмечалось выше, в законодательстве о несостоятельности, как правило, соблюдается приоритет обеспечительного права, существовавшего до открытия производства (если обеспечительному праву была придана сила в отношении третьих сторон до открытия производства или уже после его открытия, но в течение льготного периода), с учетом любых привилегий в отношении других требований, которые могут быть предусмотрены в соответствии с законодательством о несостоятельности. Аналогичный порядок применяется к приоритету обеспечительных прав, устанавливаемому путем субординации (т. е. изменение очередности обеспечительного права на основе соглашения, судебного постановления или даже в одностороннем порядке; см. рекомендацию 240 настоящего *Руководства*). Однако в результате субординации обеспеченному кредитору не должен предоставляться более высокий приоритет нежели тот, которым бы он обладал в качестве индивидуального кредитора или члена группы обеспеченных кредиторов в соответствии с применимым законодательством, не связанным с вопросами несостоятельности. Этот принцип означает, что если между обеспеченными кредиторами A, B и C установлена такая очередность, согласно которой A обладает приоритетом первой очереди, B – второй и C – третьей, и при этом A признает свое обеспеченное требование субординированным по отношению к требованию C, то B не наделяется приоритетом более высокой очереди, чем приоритет, которым бы обладал кредитор A с учетом размера своего требования. Иными словами, кредитор C может осуществить приоритетное право кредитора A только в пределах размера требования кредитора A. Этот принцип также означает, что если обеспеченный кредитор A, входящий в группу кредиторов X, производит субординацию в пользу другого обеспеченного кредитора B, относящегося к той же группе, то обеспеченному кредитору не может предоставляться приоритет более высокой очереди, чем у данной группы кредиторов. Иными словами, кредитор B может осуществить приоритетное право кредитора A только в пределах размера требования кредитора A.

14. Финансирование приобретения

64. Принципиальное значение для кредиторов покупателя, арендатора или заемщика имеет режим обеспечительных прав или иных прав, направленных на обеспечение выполнения обязательства при несостоятельности. Этот режим в некоторых случаях может варьироваться в зависимости от характеристики конкретного права в том или ином законе об обеспеченных сделках: от того, как они трактуются в законодательстве об обеспеченных сделках, как правило, зависит их режим в производстве по делам о несостоятельности. Поэтому Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности оставляет в стороне вопрос о том, как эти права характеризуются в законодательстве об обеспеченных сделках, и рассматривает только режим таких прав при

производстве по делам о несостоятельности, исходя из того, как они характеризуются в законодательстве об обеспеченных сделках.

65. В тех государствах, в которых законодательство об обеспеченных сделках охватывает все виды прав в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения (что в настоящем *Руководстве* называется “унитарным подходом” к финансированию приобретения), режим сделок с удержанием правового титула и финансовой аренды при несостоятельности должника аналогичен режиму в отношении приобретательских обеспечительных прав, и при этом признается любой особый приоритет, которым наделяется приобретательское обеспечительное право в соответствии с иным законодательством, нежели законодательство о несостоятельности (см. рекомендацию 186 настоящего *Руководства*). Аналогичным образом, согласно описываемому в настоящем Руководстве “неунитарному подходу” к финансированию приобретения любые сделки, которые согласно законодательству об обеспеченных сделках ведут к возникновению обеспечительного права, подчиняются такому же правовому режиму (см. рекомендацию 202, вариант A). Соответственно ко всем этим разнообразным приобретательским обеспечительным правам применяются те же положения Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, которые применяются к обеспечительным правам. В тех случаях, когда государства сохраняют обособленный характер сделок с удержанием правового титула и финансовой аренды, проходящие по таким сделкам активы нередко рассматриваются в законодательстве об обеспеченных сделках не как активы, которые могут использоваться под обеспечительное право, а скорее как активы, принадлежащие продавцу или лизингодателю. Соответственно такие сделки подпадают под положения Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, касающиеся активов, принадлежащих третьим сторонам (см. рекомендацию 202, вариант B, настоящего *Руководства*).

66. В любом случае, независимо от того, рассматривается ли право в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, в рамках производства по делу о несостоятельности в соответствии с правилами, применимыми к обеспечительным правам, или же в соответствии с правилами, применимыми к контрактам и активам, принадлежащим третьим сторонам, на все права в финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, распространяются последствия несостоятельности, предусмотренные в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности. В отношении любого из этих видов неунитарного подхода (см. варианты A и B рекомендации 202 настоящего *Руководства*), важно отметить, что в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности зачастую рекомендуется применять одинаковый режим в отношении держателей обеспечительных прав и активов, принадлежащих третьим сторонам. Так обстоит дело, например, в отношении рекомендации 88 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности (применение полномочий на расторжение сделок, в частности в отношении обеспечительных прав); рекомендации 35 (включение прав должника в обремененные активы, образующие имущественную массу); рекомендаций 39–51 (принятие временных мер, установление моратория в отношении обремененных активов и снятие такого моратория); рекомендации 52 (использование и реализация активов имущественной массы, включая обремененные активы); рекомендации 54 (использование активов, принадлежащих третьим сторонам); и рекомендаций 69–86 (режим контрактов).

15. Дебиторская задолженность, подлежащая простой передаче до открытия производства по делу о несостоятельности

67. В сферу применения настоящего *Руководства* (см. рекомендации 3 и 167 *Руководства*) входит также простая передача дебиторской задолженности, хотя такая

передача не служит цели обеспечения погашения обязательств. В любом случае, каким бы ни был режим простой передачи дебиторской задолженности согласно иному законодательству, нежели законодательство о несостоятельности, в последнем она рассматривается наравне с любыми другими видами передачи должником активов до открытия производства по делу о несостоятельности (см. в целом подпункт *a)* рекомендации 35 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности).

B. Рекомендации

Цель

Рекомендации, содержащиеся в настоящей главе, призваны обеспечить всестороннее решение вопроса о последствиях несостоятельности для обеспечительного права с учетом положений Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности. Для этого в настоящую главу включены основные рекомендации из Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, конкретно касающиеся обеспечительных прав. Однако в интересах более подробного рассмотрения потенциальных последствий открытия производства по делу о несостоятельности для обеспечительных прав настоящую главу следует читать вместе с комментариями и рекомендациями Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности. В настоящей главе рассматривается также ряд дополнительных рекомендаций в отношении вопросов, охватываемых Руководством ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, но не являющихся предметом сформулированных в нем рекомендаций.

1. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности[3]: терминология и рекомендации

a) Терминология

12. *b)* “Активы должника”: имущество, права и интересы должника, включая права и интересы в имуществе, будь то находящемся или не находящемся во владении должника, материальном или нематериальном, движимом или недвижимом, включая интересы должника в обремененных активах или в активах, принадлежащих третьим сторонам;

12. *r)* “финансовый договор/контракт”: любая сделка-спот, сделка на срок, фьючерсная сделка, опционная сделка или сделка-своп в отношении процентных ставок, товаров, денежных инструментов, акций, облигаций, индексов или любых других финансовых инструментов, любая сделка по обратной покупке или кредитованию ценными бумагами и любая иная сделка, аналогичная любой вышеупомянутой сделке, заключенная на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок;

12. *x)* “lex fori concursus”: право государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности;

12. *y)* “lex situs”: право государства, в котором находятся активы;

12. *z)* “взаимозачет”: погашение денежных или неденежных обязательств по финансовым договорам/контрактам;

12. *aa)* “соглашение о взаимозачете”: форма финансового договора/контракта между двумя или более сторонами, который предусматривает одно или более из следующих действий:

i) чистый расчет по платежам, причитающимся в одной и той же валюте на одну и ту же дату, будь то путем новации или каким-либо иным способом;

ii) в случае несостоятельности или иного неисполнения своих обязательств одной из сторон – прекращение всех незавершенных сделок с расчетом по восстановительной стоимости или цене свободного рынка, пересчет таких денежных

[3] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10.

сумм в единую валюту и выплата после взаимозачета единой суммой одной стороной другой стороне; или

iii) зачет сумм, рассчитанных в порядке, предусмотренном в подпункте ii) настоящего определения, по двум или более соглашениям о взаимозачете[4].

12. *dd)* “заинтересованная сторона”: любая сторона, права, обязательства или интересы которой затрагиваются производством по делу о несостоятельности или конкретными вопросами в рамках производства по делу о несостоятельности, включая должника, управляющего в деле о несостоятельности, кредитора, держателя обыкновенных акций, комитет кредиторов, правительственный орган или любое другое лицо, затронутое таким образом. Не предполагается, что лица, имеющие отдаленные или неопределенные интересы, затрагиваемые производством по делу о несостоятельности, будут считаться заинтересованной стороной;

12. *ff)* “преференция”: сделка, вследствие которой кредитор получает преимущество или ненадлежащий платеж;

12. *gg)* “приоритет”: право требования на первоочередность по отношению к другому требованию, когда такое право возникает в силу закона;

12. *hh)* “приоритетное требование”: требование, которое будет оплачено до платежа обычным необеспеченным кредиторам;

12. *ii)* “защита стоимости”: меры, направленные на сохранение экономической стоимости обремененных активов и активов, принадлежащих третьим сторонам, в ходе производства по делу о несостоятельности (в некоторых правовых системах называемые “надлежащей защитой”). Защита может быть обеспечена путем выплат наличных средств, предоставления обеспечительного интереса в альтернативных или дополнительных активах или с помощью других средств, которые по определению суда обеспечат необходимую защиту;

12. *pp)* “обеспечительный интерес”: право в обремененных активах, обеспечивающее платеж или иное исполнение одного или нескольких обязательств.

b) Рекомендации

Основные цели эффективного и действенного законодательства о несостоятельности

1. Для установления и совершенствования эффективного законодательства о несостоятельности следует принимать во внимание следующие основные цели:

a) обеспечение определенности на рынке для содействия экономической стабильности и росту;

b) максимальное увеличение стоимости активов;

c) обеспечение сбалансированности между ликвидацией и реорганизацией;

d) обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении;

e) установление порядка своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности;

f) сохранение имущественной массы в деле о несостоятельности для обеспечения справедливого распределения среди кредиторов;

[4] Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке, подпункт l статьи 5.

g) обеспечение прозрачного и предсказуемого законодательства о несостоятельности, стимулирующего сбор и распространение информации; и

h) признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил очередности приоритетных требований.

4. Законодательство о несостоятельности должно оговаривать, что в случаях когда обеспечительный интерес имеет силу и может быть реализован согласно иным законам, нежели законодательство о несостоятельности, то он будет признаваться в рамках производства по делу о несостоятельности как имеющий силу и поддающийся реализации.

7. Для разработки эффективного и действенного законодательства о несостоятельности следует принимать во внимание следующие общие черты:

a)–d) ...

e) обеспечение защиты имущественной массы от действий кредиторов, самого должника и управляющего в деле о несостоятельности, а также – в случае применения мер защиты к обеспеченным кредиторам – способ защиты экономической стоимости обеспечительного интереса в ходе производства по делу о несостоятельности;

f)–r) ...

Право, применимое к вопросам действительности и юридической силы прав и требований

30. Право, применимое к вопросам действительности и юридической силы прав и требований, существующих на момент открытия производства по делу о несостоятельности, должно определяться нормами частного международного права государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности.

Право, применимое в рамках производства по делу о несостоятельности: lex fori concursus

31. Законодательство о несостоятельности государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (lex fori concursus), должно применяться ко всем аспектам открытия, ведения и завершения этого производства, а также управления им и его последствий. Сюда может включаться, например, следующее:

a)–i) ...

j) режим обеспеченных кредиторов;

k)–n) ...

o) очередность требований;

p)–s) ...

Исключения из применения права, регулирующего производство по делу о несостоятельности

...

34. Число любых исключений, помимо тех, о которых говорится в рекомендациях 32 и 33, должно быть ограниченно, и они должны быть ясно изложены или указаны в законодательстве о несостоятельности.

Активы, образующие имущественную массу

35. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что имущественная масса должна включать следующее:

a) активы должника[5], в том числе его интересы в обремененных активах и в активах третьих сторон;

b) активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности; и

c) ...

Временные меры[6]

39. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что суд может вынести решение о защитных мерах временного характера по ходатайству должника, кредиторов или третьих сторон, когда такие меры срочно необходимы для защиты и сохранения стоимости активов должника[7] или интересов кредиторов в период между подачей заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и его открытием[8], включая следующее:

a) приостановление исполнительных действий в отношении активов должника, включая действия по приданию обеспечительным интересам силы в отношении третьих сторон и реализацию обеспечительных интересов;

b)–d) ...

Возмещение в связи с принятием временных мер

40. Законодательство о несостоятельности может наделять суд полномочиями:

a) требовать от подателя ходатайства о временных мерах предоставления соответствующего возмещения и, когда это необходимо, оплаты издержек или сборов; или

b) налагать санкции в связи с ходатайством о временных мерах.

Соотношение прав должника и управляющего в деле о несостоятельности

41. В законодательстве о несостоятельности следует четко оговорить соотношение прав и обязанностей должника и любого управляющего в деле о несостоятельности, назначенного судом в качестве временной меры. В период между подачей заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и открытием такого производства должник имеет право продолжать ведение хозяйственной деятельности, а также использовать активы и распоряжаться ими в ходе обычной деятельности предприятия, если эта деятельность не ограничена по решению суда.

Уведомление

42. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что, если только суд не ограничит требования в отношении направления уведомлений или не отменит их, соответствующее уведомление должно направляться заинтересованным сторонам, затронутым:

a) ходатайством или определением суда о временных мерах (включая ходатайство о пересмотре временных мер, их изменении или прекращении); и

b) определением суда о дополнительных мерах, применимых при открытии производства, если только суд не ограничит требования в отношении направления уведомлений или не отменит их.

---

[5] Право собственности на активы устанавливается путем ссылки на соответствующее применимое право, в котором содержится широкое определение термина “активы”, охватывающее имущество, права и интересы должника, включая права и интересы должника в активах, принадлежащих третьим сторонам.

[6] Настоящие статьи составлены согласно соответствующим статьям Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности; см. статью 19 (см. приложение III Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности).

[7] Упоминания об активах, содержащиеся в пунктах *a)–c)*, касаются лишь тех активов, которые войдут в состав имущественной массы после открытия производства.

[8] В законодательстве о несостоятельности следует указать момент вступления в силу определения о временных мерах, например момент вынесения определения; ретроспективно с начала дня вынесения определения; или какой-либо другой оговоренный момент (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава II, пункт 44).

Временные меры ex parte

43. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в тех случаях, когда должник или иная заинтересованная сторона, затронутые временной мерой, не получают уведомления о ходатайстве о такой временной мере, они имеют право, после направления срочного ходатайства, быть незамедлительно[9] заслушанными по вопросу о продолжении действия мер защиты.

Изменение или прекращение временных мер

44. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что суд по своей собственной инициативе или по ходатайству управляющего в деле о несостоятельности, должника, кредитора или любого иного лица, затронутого временными мерами, может пересмотреть, изменить или прекратить эти меры.

Прекращение временных мер

45. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что временные меры прекращаются в момент:

a) отклонения заявления об открытии производства;

b) успешного оспаривания определения о временных мерах согласно рекомендации 43; и

c) вступления в силу мер, применимых при открытии производства, если только суд не продолжит действие временных мер.

Меры, применимые при открытии производства

46. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что при открытии производства по делу о несостоятельности[10]:

a) возбуждение или продолжение индивидуальных исков или процессуальных действий[11], касающихся активов, прав, обязательств или ответственности должника, приостанавливаются;

b) действия по приданию обеспечительным интересам силы в отношении третьих сторон и по реализации обеспечительных интересов приостанавливаются[12];

c) исполнительные действия или иные меры взыскания в отношении активов, входящих в состав имущественной массы, приостанавливаются;

d) действие права контрагента на прекращение любого контракта с должником приостанавливается[13]; и

---

[9] Любой предусмотренный законодательством о несостоятельности срок должен быть непродолжительным, чтобы не допустить сокращения стоимости предприятия должника.

[10] Эти меры, как правило, вступают в силу в момент вынесения постановления об открытии производства.

[11] См. статью 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (приложение III Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности). Имеется в виду, что индивидуальные иски, о которых говорится в пункте *a)* рекомендации 46, охватывают также исковые требования, рассматриваемые арбитражем. В то же время автоматическое приостановление арбитражного разбирательства не всегда возможно, например в тех случаях, когда арбитраж проводится за пределами государства.

[12] Если иной закон, помимо законодательства о несостоятельности, допускает придание силы обеспечительным интересам в течение конкретных оговоренных сроков, желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности эти сроки признавались и при открытии производства по делу о несостоятельности допускалось придание этим интересам силы до истечения установленного срока. Если иной закон, помимо законодательства о несостоятельности, таких сроков не предусматривает, то мораторий, вводимый при открытии производства, будет препятствовать приданию силы обеспечительному интересу. (Дальнейшее рассмотрение этого вопроса см.: Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава II , пункт 32 и настоящее *Руководство*)

[13] См. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава II, пункты 114–119. Данная рекомендация не имеет своей целью запретить прекращение контрактов, в которых установлена дата прекращения, выпадающая на время после открытия производства по делу о несостоятельности.

e) действие права на передачу, обременение или иную реализацию любых активов, входящих в состав имущественной массы, приостанавливается[14].

Срок действия мер, автоматически применимых при открытии производства

49. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что меры, применимые при открытии производства по делам о несостоятельности, продолжают действовать в течение всего хода производства вплоть до:

a) момента, когда суд отменит эти меры[15];

b) начала осуществления плана реорганизации – при реорганизационном производстве[16]; или

c) истечения – в случае обеспеченных кредиторов при ликвидационном производстве – установленного законом фиксированного срока[17], если он не продлен судом, когда очевидно, что:

i) продление необходимо для максимального повышения стоимости активов в интересах кредиторов; и

ii) обеспеченный кредитор будет защищен от уменьшения стоимости обремененных активов, в которых он имеет обеспечительный интерес.

Защита от сокращения стоимости обремененных активов

50. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что по обращении с ходатайством в суд обеспеченный кредитор должен иметь право на защиту стоимости активов, в которых он имеет обеспечительный интерес. Суд может предписать надлежащие меры защиты, которые могут включать:

a) выплаты наличными из средств имущественной массы;

b) предоставление дополнительных обеспечительных интересов; или

c) такие другие меры, которые определит суд.

Защита от мер, применимых при открытии производства

51. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что обеспеченный кредитор может обратиться в суд с ходатайством о предоставлении защиты от мер, применимых при открытии производства, в том числе на следующих основаниях:

a) обремененные активы не являются необходимыми для предполагаемой реорганизации или продажи предприятия должника;

b) стоимость обремененных активов уменьшается в результате открытия производства по делу о несостоятельности и обеспеченный кредитор не защищен от такого уменьшения стоимости; и

c) в случае реорганизации – план реорганизации не утвержден в предусмотренные сроки.

---

[14] Ограничение права на передачу, обременение или иную реализацию активов имущественной массы может быть обусловлено исключениями в тех случаях, когда разрешается дальнейшее функционирование предприятия должника и должник может передавать, обременять или каким-либо иным образом реализовывать активы в ходе обычных коммерческих операций.

[15] Защиту следует предоставлять на основаниях, указанных в рекомендации 51 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности.

[16] Такой план может вступить в силу, в зависимости от требований законодательства о несостоятельности, либо после его принятия кредиторами, либо в результате его утверждения судом (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава IV, пункт 54 и последующие).

[17] Имеется в виду, что применительно к обеспеченным кредиторам мораторий действует лишь в течение непродолжительного времени, например 30–60 дней, и что срок его применения должен быть четко оговорен в законодательстве о несостоятельности.

Полномочия по использованию и реализации активов имущественной массы

52. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить:

a) использование и реализацию активов имущественной массы (включая обремененные активы) в рамках обычной деятельности предприятия, за исключением поступлений в виде наличных средств; и

b) использование и реализацию активов имущественной массы (включая обремененные активы) вне рамок обычной деятельности предприятия при условии соблюдения требований, содержащихся в рекомендациях 55 и 58.

Дополнительное обременение обремененных активов

53. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что обремененные активы могут быть дополнительно обременены при условии соблюдения требований, содержащихся в рекомендациях 65–67.

Использование активов, принадлежащих третьим сторонам

54. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что управляющий в деле о несостоятельности может использовать активы, принадлежащие третьим сторонам и находящиеся во владении должника, при условии соблюдения конкретных условий, в том числе:

a) интересы третьей стороны будут защищены от сокращения стоимости активов; и

b) расходы по договору/контракту о продолжении его исполнения и об использовании активов будут оплачиваться в качестве административных расходов.

Возможность продажи активов имущественной массы без каких-либо обременений и иных интересов

58. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить управляющему в деле о несостоятельности продавать активы, обремененные обеспечительными и иными интересами, без каких-либо обременений и иных интересов вне рамок обычной деятельности предприятия, при условии, что:

a) управляющий в деле о несостоятельности уведомляет о предлагаемой продаже обладателей обеспечительных или иных интересов;

b) обладателю таких интересов предоставляется возможность быть заслушанным судом, если он возражает против предлагаемой продажи;

c) действие моратория не было приостановлено; и

d) сохраняется приоритетность интересов в поступлениях от продажи активов.

Использование поступлений в виде наличных средств

59. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить управляющему в деле о несостоятельности использовать поступления в виде наличных средств и распоряжаться ими, если:

a) обеспеченный кредитор, обладающий обеспечительным интересом в этих поступлениях в виде наличных средств, соглашается на такое использование или распоряжение; или

b) обеспеченному кредитору было направлено уведомление о предлагаемом использовании или распоряжении и была предоставлена возможность быть заслушанным судом; и

c) интересы обеспеченного кредитора будут защищены от сокращения стоимости поступлений в виде наличных средств.

Обременительные активы

62. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить управляющему в деле о несостоятельности определять режим любых активов, являющихся обременительными для имущественной массы. В частности, в законодательстве управляющему в деле о несостоятельности может быть разрешено отказываться от обременительных активов после уведомления кредиторов, а также предоставления им возможности высказать свои возражения против предлагаемых действий, а в случаях же когда сумма обеспеченного требования превышает стоимость обремененных активов и когда активы не требуются для целей реорганизации или продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, в законодательстве управляющему в деле о несостоятельности может быть разрешено отказаться от активов в пользу обеспеченного кредитора без уведомления других кредиторов.

Привлечение и разрешение финансирования после открытия производства

63. Законодательство о несостоятельности должно поощрять и стимулировать привлечение управляющим в деле о несостоятельности финансовых средств после открытия производства, если он сочтет это необходимым для дальнейшего функционирования или выживания предприятия должника или сохранения или увеличения стоимости активов имущественной массы. Законодательство о несостоятельности может содержать требование в отношении получения разрешения суда или кредиторов на привлечение финансирования после открытия производства.

Обеспечение для финансирования после открытия производства

65. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть возможность предоставления обеспечительного интереса в связи с возвращением финансовых средств, привлеченных после открытия производства, в том числе обеспечительного интереса в необремененных активах, включая активы, приобретенные после открытия производства, либо субординированного или менее приоритетного обеспечительного интереса в уже обремененных активах имущественной массы.

66. В законодательстве[18] следует указать, что обеспечительный интерес в активах имущественной массы, выступающий в роли обеспечения финансирования после открытия производства, не имеет приоритета перед любым существующим обеспечительным интересом в тех же активах, если только управляющий в деле о несостоятельности не получит согласия существующего обеспеченного кредитора (кредиторов) или не выполнит процедуру, предусмотренную в рекомендации 67.

67. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в случае если существующий обеспеченный кредитор не дает своего согласия, суд может разрешить создание обеспечительного интереса, имеющего приоритет перед созданными ранее обеспечительными интересами, если соблюдены конкретные условия, в том числе:

a) существующему обеспеченному кредитору предоставлена возможность быть заслушанным судом;

b) должник может представить доказательства невозможности получения финансовых средств каким-либо иным образом; и

c) интересы существующего обеспеченного кредитора будут защищены[19].

---

[18] Это правило может содержаться не в законодательстве о несостоятельности, а в другом законе; в этом случае в законодательстве о несостоятельности должно быть указано на существование этого положения.

[19] См. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава II, пункты 63–69.

Последствия преобразования производства для финансирования, полученного после открытия производства

68. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в случае преобразования реорганизационного производства в ликвидационное любой приоритет, предоставленный финансированию после открытия производства в ходе реорганизации, должен признаваться и при ликвидации[20].

Оговорки об автоматическом прекращении контракта/договора и ускорении исполнения

70. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что любое положение контракта/договора, автоматически прекращающее его действие или ускоряющее его исполнение при наступлении какого-либо из следующих событий, не применяется в отношении управляющего в деле о несостоятельности и должника:

a) подача заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или открытие такого производства;

b) назначение управляющего в деле о несостоятельности[21].

71. В законодательстве о несостоятельности следует указать контракты/договоры, которые исключаются из сферы применения рекомендации 70, например финансовые контракты или контракты, регулируемые особыми правилами, например трудовые договоры.

Продолжение исполнения или отказ от исполнения

72. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что управляющий в деле о несостоятельности может принять решение продолжить исполнение контракта/договора, о существовании которого он осведомлен, если продолжение исполнения будет выгодным для имущественной массы[22]. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что:

a) право продолжения исполнения применяется к контракту/договору в целом; и

b) последствия продолжения исполнения состоят в том, что все положения контракта/договора сохраняют исковую силу.

73. Законодательство о несостоятельности может предоставлять управляющему в деле о несостоятельности право принять решение об отказе от исполнения контракта[23]. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что право отказа от исполнения применяется к контракту в целом.

Продолжение исполнения контрактов в случае нарушения обязательств со стороны должника

79. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что в случаях нарушения контракта со стороны должника управляющий в деле о несостоятельности может продолжить

---

[20] При этом признание того же порядка очередности не обязательно. Например, финансирование, полученное после открытия производства, может иметь более низкую очередность по отношению к административным требованиям, связанным с расходами на ликвидацию.

[21] Предполагается, что эта рекомендация применяется только к тем контрактам/договорам, в которых такие оговорки могут быть лишены исковой силы (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, часть вторая, глава II, пункты 143–145, касающиеся исключений), и не носит исключительного характера, а лишь устанавливает минимальное условие: суд должен иметь возможность рассмотреть другие договорные положения, способные привести к прекращению контракта при наступлении событий подобного рода.

[22] При условии применения автоматического моратория при открытии производства по делу о несостоятельности для недопущения прекращения контрактов должника (во исполнение оговорки об автоматическом прекращении) все контракты, срок действия которых не истекает после открытия производства по делу о несостоятельности, должны оставаться в силе, чтобы управляющий в деле о несостоятельности мог рассмотреть возможность продолжения их исполнения.

[23] Альтернативой предоставлению права отказываться от исполнения контрактов является используемый в ряде правовых систем подход, в соответствии с которым исполнение контракта просто прекращается, если управляющий в деле о несостоятельности не примет решения о продолжении его исполнения.

исполнение этого контракта, если нарушение контракта исправлено, экономическое положение контрагента, не нарушившего контракт, фактически приведено в состояние, существовавшее до нарушения, и обязательства по продолженному контракту могут быть исполнены за счет имущественной массы.

Исполнение до принятия решения о продолжении исполнения или отказе от исполнения

80. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что управляющий в деле о несостоятельности может принять исполнение или потребовать исполнения от контрагента до принятия решения о продолжении исполнения контракта или об отказе от его исполнения. Требования контрагента в связи с исполнением, принятым или потребованным управляющим в деле о несостоятельности до принятия решения о продолжении исполнения контракта или об отказе от его исполнения, должны оплачиваться в качестве административных расходов, притом что:

a) если контрагент исполнил контракт – сумма административных расходов должна соответствовать цене исполнения по условиям контракта; или

b) если управляющий в деле о несостоятельности использует активы, принадлежащие третьей стороне и находящиеся во владении должника согласно условиям контракта, – такой стороне должна быть предоставлена защита от сокращения стоимости этих активов и право административного требования в соответствии с подпунктом *a)*.

Убытки в результате последующего нарушения контракта, исполнение которого было продолжено

81. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в случае принятия решения о продолжении исполнения контракта убытки в результате последующего нарушения такого контракта должны оплачиваться в качестве административных расходов.

Убытки, возникающие вследствие отказа от исполнения

82. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что любые убытки, возникающие вследствие отказа от исполнения контракта, заключенного до открытия производства, будут определяться в соответствии с применимым правом и должны рассматриваться как обычные необеспеченные требования. Законодательство о несостоятельности может устанавливать ограничение на сумму требований, связанных с отказом от исполнения долгосрочного контракта.

Уступка контрактов

83. В законодательстве о несостоятельности может быть указано, что управляющий в деле о несостоятельности может принять решение об уступке контракта, несмотря на содержащиеся в нем ограничения, при условии что уступка будет выгодной для имущественной массы.

84. Если контрагент возражает против уступки контракта, законодательство о несостоятельности тем не менее может предоставить суду право утвердить уступку, при условии что:

a) управляющий в деле о несостоятельности продолжает исполнение контракта;

b) цессионарий способен исполнить обязательства по уступленному контракту;

c) уступка существенно не ухудшает положения контрагента; и

d) нарушение должником обязательств по контракту исправлено до уступки.

85. В законодательстве о несостоятельности может быть указано, что в случае уступки контракта цессионарий заменяет должника в качестве стороны контракта начиная с даты уступки и что имущественная масса не будет в дальнейшем нести каких-либо обязательств по этому контракту.

Сделки, которые можно расторгать[24]

87. В законодательство о несостоятельности следует включать положения, действующие ретроактивно и предназначенные для расторжения сделок с должником или с активами имущественной массы, приводящих к снижению стоимости имущественной массы или нарушению принципа равного режима в отношении кредиторов. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что можно расторгать следующие виды сделок:

a) сделки, направленные на то, чтобы не допустить, задержать или затруднить взыскание кредиторами своих требований, когда в результате такой сделки активы выводятся за пределы досягаемости кредиторов или потенциальных кредиторов или наносится иной ущерб интересам кредиторов;

b) сделки, при которых передача интереса в имуществе или принятие должником обязательства осуществляются на безвозмездной основе или в обмен на номинальную или менее чем эквивалентную или неадекватную стоимость и которые совершаются в тот момент, когда должник уже является несостоятельным, или приводят к несостоятельности должника (сделки по заниженной стоимости); и

c) сделки с участием кредиторов, когда кредитор приобретает или получает выгоду, превышающую его пропорциональную долю в активах должника, в то время, когда должник уже является несостоятельным (преференциальные сделки).

Применение положений о расторжении сделок к обеспечительным интересам

88. В законодательстве о несостоятельности следует указать: несмотря на то что обеспечительный интерес может действовать и обладать исковой силой на основании какого-либо закона, не являющегося законодательством о несостоятельности, на него может распространяться действие положений законодательства о несостоятельности, касающихся расторжения сделок, на тех же основаниях, что и на другие сделки.

Сделки, на которые не распространяется действие положений о расторжении сделок

92. В законодательстве о несостоятельности следует указать те сделки, на которые не распространяется действие положений о расторжении, в том числе финансовые контракты.

Финансовые контракты и взаимозачет

103. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что контрагенты, после прекращения финансовых контрактов с должником, имеют право взыскать и реализовать свои обеспечительные интересы по обязательствам, вытекающим из финансовых контрактов. Финансовые контракты следует изъять из сферы действия любого моратория, вводимого на основании законодательства о несостоятельности в отношении реализации обеспечительных интересов.

Участие кредиторов

126. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что кредиторы, как обеспеченные, так и необеспеченные, имеют право участвовать в производстве по делу о несостоятельности, и указать, что предполагает такое участие с точки зрения выполняемых функций.

Право быть заслушанным и добиваться пересмотра

137. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что заинтересованная сторона имеет право быть заслушанной по любому вопросу в ходе производства по делу о несо-

[24] В настоящем разделе под термином “сделка” понимается, как правило, широкий спектр юридических действий, посредством которых может осуществляться отчуждение активов или возникновение обязательств, включая передачу, платеж, предоставление обеспечительного интереса, гарантию, ссуду, возврат или действия по приданию силы обеспечительному интересу в отношении третьих сторон либо совокупность различных видов сделок.

стоятельности, который затрагивает ее права, обязательства или интересы. Например, заинтересованная сторона вправе:

a) возражать против любого действия, требующего утверждения суда;

b) просить пересмотреть в судебном порядке любое действие, по которому утверждения суда не требовалось или не запрашивалось; и

c) просить о любой защите, которая может быть предоставлена в рамках производства по делу о несостоятельности.

Право на апелляционную/кассационную жалобу[25]

138. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что заинтересованная сторона может обжаловать в апелляционном/кассационном порядке любое постановление суда в ходе производства по делу о несостоятельности, которое затрагивает ее права, обязательства или интересы.

План реорганизации

Системы голосования

145. В законодательстве о несостоятельности необходимо определить систему голосования по одобрению плана. Система должна предусматривать регулирование таких вопросов, как круг кредиторов и держателей обыкновенных акций, имеющих право принимать участие в голосовании по плану; порядок проведения голосования: будет ли оно проходить на собрании кредиторов, созванном для этой цели, или осуществляться по почте или с помощью других средств, включая электронные и использование доверенностей; должны ли кредиторы и держатели обыкновенных акций голосовать по категориям согласно их соответствующим правам.

146. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что кредитор или держатель обыкновенных акций, права которого изменяются или затрагиваются планом, не обязан выполнять условий плана, если такому кредитору или держателю обыкновенных акций не была предоставлена возможность принять участие в голосовании по одобрению плана.

147. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что, если в плане предусматривается, что он не изменяет или не затрагивает прав какого-либо кредитора или держателя обыкновенных акций или категории кредиторов или держателей обыкновенных акций, такой кредитор или держатель обыкновенных акций, или категория кредиторов или держателей обыкновенных акций не имеют права участвовать в голосовании по одобрению плана.

148. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что кредиторы, имеющие право участвовать в голосовании по одобрению плана, должны быть отнесены к отдельным категориям согласно их соответствующим правам и что каждая категория голосует отдельно.

149. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что в отношении всех кредиторов и держателей обыкновенных акций, отнесенных к одной и той же категории, должен действовать один и тот же режим.

---

[25] В соответствии с основными целями в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что обжалование в апелляционном/кассационном порядке в ходе производства по делу о несостоятельности не должно приостанавливать производства, если иначе не определит суд, чтобы обеспечить упорядоченное, оперативное и эффективное рассмотрение и урегулирование проблем несостоятельности без ненужных перерывов. Сроки, предусмотренные для подачи апелляционных/кассационных жалоб, должны устанавливаться в соответствии с применимым правом, но в делах о несостоятельности они должны быть короче, чем в иных случаях, чтобы избежать перерывов в производстве по делу о несостоятельности.

Одобрение плана категориями кредиторов

150. В тех случаях, когда голосование по одобрению плана проводится по категориям, в законодательстве о несостоятельности следует указать порядок учета итогов голосования по каждой категории для целей одобрения плана. Могут применяться различные подходы, включая требование об одобрении плана всеми категориями или его одобрении оговоренным большинством категорий, но за одобрение плана должна проголосовать по меньшей мере одна из категорий кредиторов, права которых изменяются или затрагиваются планом.

151. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности не требует одобрения плана всеми категориями, в нем следует определить, как быть с категориями, не голосовавшими в поддержку плана, который тем не менее был одобрен требуемыми категориями. Это должно соответствовать условиям, изложенным в рекомендации 152.

Утверждение одобренного плана

152. Если законодательство о несостоятельности предполагает утверждение одобренного плана судом, то в этом законодательстве должно содержаться требование в отношении того, чтобы суд утвердил план при выполнении следующих условий:

a) получено необходимое одобрение плана и процедура одобрения проведена надлежащим образом;

b) кредиторы получат по плану по меньшей мере столько же, сколько они получили бы при ликвидации, если они не дали прямого согласия на ухудшение режима;

c) план не содержит положений, противоречащих законодательству;

d) административные требования и расходы будут оплачены в полном объеме, если только держатель такого требования или лицо, которому причитается возмещение таких расходов, не соглашается на иное; и

e) если затронутые категории кредиторов не договорились иначе, очередность категории кредиторов, которая проголосовала против плана, предусматриваемая законодательством о несостоятельности, должна в полной мере признаваться планом и распределение средств для этой категории согласно плану должно соответствовать этой очередности.

Оспаривание одобрения плана (когда утверждения не требуется)

153. Когда план приобретает обязательную силу после его одобрения кредиторами, а утверждения судом не требуется, в законодательстве о несостоятельности следует разрешить заинтересованным сторонам, в том числе должнику, оспаривать одобрение плана. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить критерии оценки ходатайства об оспаривании, которые должны включать следующее:

a) соблюдены ли условия, изложенные в рекомендации 152; и

b) имело ли место мошенничество – в этом случае применяются требования, предусмотренные в рекомендации 154.

Обеспеченные требования

172. В законодательстве о несостоятельности следует указать, должны ли обеспеченные кредиторы представлять требования.

Неликвидные требования

178. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить принимать в предварительном порядке неликвидные требования до установления суммы требования управляющим в деле о несостоятельности.

Оценка обеспеченных требований

179. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что управляющий в деле о несостоятельности может путем оценки обремененных активов определить долю требования обеспеченного кредитора, которая обеспечена, и долю, которая не обеспечена.

Обеспеченные требования

188. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что обеспеченные требования должны удовлетворяться за счет обремененных активов при ликвидации или согласно плану реорганизации с учетом требований, пользующихся более высоким приоритетом, если таковые имеются, по отношению к обеспеченным требованиям. Число требований с более высоким по отношению к обеспеченным требованиям приоритетом следует свести к минимуму, и их следует четко оговорить в законодательстве о несостоятельности. Если стоимость обремененных активов не достаточна для удовлетворения требования обеспеченного кредитора, обеспеченный кредитор может участвовать в качестве обычного необеспеченного кредитора.

2. Дополнительные рекомендации 235–242, касающиеся несостоятельности

Активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности

235. За исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 236, в законодательстве о несостоятельности следует указать, что на активы, входящие в имущественную массу, которые были приобретены после открытия производства по делу о несостоятельности, не распространяется действие обеспечительного права, созданного должником до открытия производства по делу о несостоятельности.

236. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что на активы, входящие в имущественную массу, которые были приобретены после открытия производства по делу о несостоятельности должника, распространяется действие обеспечительного права, созданного должником до открытия производства по делу о несостоятельности, в той мере, в какой эти активы представляют собой поступления (в виде наличных или безналичных денежных средств) от обремененных активов, которые являлись активами должника до открытия производства.

Положения об автоматическом прекращении обязательств при производстве по делу о несостоятельности

237. Если законодательство о несостоятельности предусматривает, что оговорка в контракте, которая после открытия производства по делу о несостоятельности или наступления другого связанного с несостоятельностью события автоматически прекращает действие любого обязательства по контракту или ускоряет наступление срока погашения любого обязательства по контракту, не применяется в отношении управляющего в деле о несостоятельности или должника, то в законодательстве о несостоятельности следует также предусмотреть, что такое положение не лишает исковой силы или действительности ту оговорку в контракте, которая освобождает кредитора от обязательства предоставить ссуду или иную форму кредита или финансирования в пользу должника.

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон при производстве по делу о несостоятельности

238. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что если обеспечительное право имеет силу в отношении третьих сторон на момент открытия производства по делу о несостоятельности, то после открытия такого производства могут быть приняты меры

для продолжения, сохранения или поддержания действия этого обеспечительного права в отношении третьих сторон в той мере и в том порядке, в каком это допускается законодательством об обеспеченных сделках.

Приоритет обеспечительного права при производстве по делу о несостоятельности

239. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что если обеспечительное право обладает приоритетом согласно иному закону, нежели законодательство о несостоятельности, то такой приоритет сохраняется неизменным в ходе производства по делу о несостоятельности за исключением случаев, когда согласно законодательству о несостоятельности приоритет отдается другому требованию. Такие исключения должны быть минимальными и должны быть четко изложены в законодательстве о несостоятельности. При выполнении настоящей рекомендации следует руководствоваться рекомендацией 188, содержащейся в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности.

Действие соглашения о субординации при производстве по делу о несостоятельности

240. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что если какой-либо обладатель обеспечительного права в активах имущественной массы заявляет о субординации его приоритета в одностороннем порядке или по соглашению в пользу любых существующих или будущих конкурирующих заявителей требования, то такая субординация носит обязательный характер при производстве по делу о несостоятельности должника в той же мере, в какой такая субординация имеет силу согласно законодательству, не связанному с несостоятельностью.

Издержки и расходы, связанные с сохранением стоимости обремененных активов при производстве по делу о несостоятельности

241. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что управляющий в деле о несостоятельности имеет право на первоочередной основе возмещать за счет стоимости обремененных активов разумные издержки и расходы, понесенные им в связи с поддержанием, сохранением или увеличением стоимости обремененных активов в интересах обеспеченного кредитора.

Оценка стоимости обремененных активов при реорганизационном производстве

242. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что при определении ликвидационной стоимости обремененных активов в рамках реорганизационного производства следует учитывать порядок использования этих активов и цель проводимой оценки. В основу оценки ликвидационной стоимости этих активов может быть положена их стоимость, как если бы они являлись частью функционирующего предприятия.

Приложение I

Терминология и рекомендации *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам*

Содержание

		Рекомендации	*Стр.*
Терминология			517
Основные цели эффективного и действенного законодательства об обеспеченных сделках		1	524
I.	Сфера применения, основные подходы к обеспеченным сделкам и общие для всех глав *Руководства* вопросы	2–12	525
II.	Создание обеспечительного права (сила в отношениях между сторонами)	13–28	528
	A. Общие рекомендации	13–22	529
	B. Рекомендации, касающиеся конкретных активов	23–28	531
III.	Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон	29–53	534
	A. Общие рекомендации	29–47	534
	B. Рекомендации, касающиеся конкретных активов	48–53	539
IV.	Система регистрации	54–75	540
V.	Приоритет обеспечительного права	76–109	546
	A. Общие рекомендации	76–100	546
	B. Рекомендации, касающиеся конкретных активов	101–109	551
VI.	Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении	110–116	553
	A. Общие рекомендации	110–113	554
	B. Рекомендации, касающиеся конкретных активов	114–116	555
VII.	Права и обязанности третьих сторон, имеющих обязательства	117–130	556
	A. Права и обязанности должника по дебиторской задолженности	117–123	556
	B. Права и обязанности лица, имеющего обязательство по оборотному инструменту	124	559
	C. Права и обязанности депозитарного банка	125–126	560
	D. Права и обязанности гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица по независимому обязательству	127–129	560
	E. Права и обязанности эмитента оборотного документа	130	561

		Рекомендации	Стр.
VIII.	Реализация обеспечительного права	131–177	561
	A. Общие рекомендации	131–166	561
	B. Рекомендации, касающиеся конкретных активов	167–177	569
IX.	Финансирование приобретения	178–202	571
	Вариант A: Унитарный подход	178–186	571
	Вариант B: Неунитарный подход	187–202	575
X.	Коллизионное право	203–227	580
	A. Общие рекомендации	203–223	581
	B. Специальные рекомендации для случаев, когда применимым правом является право неунитарного государства	224–227	586
XI.	Переходный период	228–234	587
XII.	Последствия несостоятельности для обеспечительного права	235–242	588
	A. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: терминология и рекомендации		589
	B. Дополнительные рекомендации, касающиеся несостоятельности	235–242	603

Терминология*

“Банковский счет” означает открытый в банке счет, на который могут зачисляться средства. Данный термин включает чековые и другие текущие счета, а также сберегательные или срочные депозитные счета. Он включает также право на выплату средств, перечисленных банку в порядке заблаговременного возмещения по взятому им обязательству в отношении будущего платежа, и право на выплату средств, перечисленных банку в порядке залога, служащего обеспечением того или иного обязательства перед банком, в той мере, в какой лицо, перечислившее эти средства, может заявить на них свои требования, если согласно внутреннему праву обязательством банка является банковский счет. Данный термин не включает право на выплату банком на основании какого-либо оборотного инструмента.

“Владение” (за исключением значения этого термина в рекомендациях 28 и 51–53 применительно к эмитенту оборотного документа) означает фактическое владение только материальными активами, осуществляемое каким-либо лицом или агентом или служащим этого лица или независимым лицом, которое признает, что оно удерживает такие активы в пользу этого лица. Данный термин не включает конструктивное, фиктивное, подразумеваемое, символическое или другое нефактическое владение.

“Гарант/эмитент” означает банк или иное лицо, которое выдает независимое обязательство.

“Дебиторская задолженность” означает право на получение платежа по денежному обязательству, за исключением права на получение платежа по оборотному инструменту, право на получение поступлений по независимому обязательству и право на получение средств, зачисленных на банковский счет[1].

“Денежные средства” означает валюту любого государства, в настоящее время выступающую в качестве законного платежного средства. К ним не относятся средства, зачисленные на банковский счет или оборотные инструменты, например чеки.

“Должник” означает лицо, которое должно исполнить обеспеченное обязательство, и включает лицо, принявшее на себя субсидиарные обязательства, например гаранта по обеспеченному обязательству. Должник может быть или не быть тем лицом, которое создает обеспечительное право (см. термин “лицо, предоставляющее право”).

“Должник по дебиторской задолженности” означает лицо, отвечающее за выплату дебиторской задолженности, и включает гаранта или иное лицо, принявшее на себя субсидиарное обязательство в отношении выплаты дебиторской задолженности[2].

---

* Терминология является частью комментария *Руководства* (см. Введение, раздел B, касающийся терминологии и толкования). Значение термина “законодательство” или “это законодательство”, см. рекомендацию 1.

[1] См. подпункт *a)* статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (“Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке”) (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.04.V.14). Следует отметить, что, хотя Конвенция применяется только к договорной дебиторской задолженности, *Руководство* применяется также к недоговорной дебиторской задолженности (см. главу I о сфере применения, пункт 6); касательно исключения банковских депозитов, аккредитивов и оборотных инструментов см. соответственно подпункты 2 *f)* и 2 *g)* и пункт 3 статьи 4 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

[2] См. также подпункт *a)* статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке. Гарант по акцессорной гарантии является должником не только по дебиторской задолженности, погашение которой он гарантировал, но и по дебиторской задолженности, возникшей в результате самой этой гарантии, поскольку акцессорная гарантия сама по себе является долговым обязательством (т. е. имеется две дебиторские задолженности).

“Имущественная масса в деле о несостоятельности” означает активы должника, которые являются объектом производства по делу о несостоятельности.

“Инвентарные запасы” означает материальные активы, предназначенные для продажи или аренды в ходе обычной предпринимательской деятельности того или иного лица, а также сырье и полуфабрикаты (незавершенные работы).

“Интеллектуальная собственность” означает авторские права, товарные знаки, патенты, знаки обслуживания, коммерческие тайны и промышленные образцы, а также любые другие активы, которые считаются интеллектуальной собственностью согласно внутреннему законодательству принимающего рекомендации государства или международному соглашению, стороной которого оно является[3].

“Конкурирующий заявитель требования”[4] означает кредитора лица, предоставляющего обеспечительное право, который конкурирует с другим его кредитором, обладающим обеспечительным правом в обремененных активах этого лица, и включает:

a) другого кредитора, обладающего обеспечительным правом в тех же обремененных активах (будь то первоначально обремененные активы или поступления от них);

b) в контексте неунитарного подхода к финансированию приобретения, продавца или арендодателя по финансовой аренде тех же обремененных активов, сохранившего правовой титул на них;

c) другого кредитора лица, предоставляющего обеспечительное право, который обладает правом в тех же обремененных активах;

d) управляющего в деле о несостоятельности лица, предоставившего обеспечительное право[5]; или

e) любого покупателя или иного получателя (включая арендатора или лицензиата) обремененных активов.

“Лицо, предоставляющее право”, означает лицо, которое создает обеспечительное право для обеспечения либо своего собственного обязательства, либо обязательства другого лица[6]. В рамках унитарного подхода к финансированию приобретения термин “лицо, предоставляющее приобретательское обеспечительное право” включает покупателя при купле-продаже с удержанием правового титула и арендатора по финансовой аренде. Хотя при прямой передаче дебиторской задолженности цедент уступает дебиторскую задолженность не для обеспечения исполнения обязательства, для удобства

---

[3] Термин “интеллектуальная собственность” призван обеспечить соответствие *Руководства* законам и договорам в области интеллектуальной собственности без ущерба для права законодателя в государстве, принимающем рекомендации *Руководства*, на приведение значения этого термина в соответствие с собственным правом и своими международными обязательствами. С учетом внутреннего права принимающее рекомендации государство может включить в этот перечень или исключить из него те или иные виды интеллектуальной собственности. Ссылка на международные соглашения относится к таким соглашениям, как Конвенция об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности и Соглашение о связанных с торговлей аспектах прав интеллектуальной собственности (“ТРИПС”). В целях четкого указания на то, что соответствующие термины и рекомендации, в которых они фигурируют, относятся только к материальным активам (а не к таким нематериальным активам, как интеллектуальная собственность), в терминах “приобретательское обеспечительное право”, “право на удержание правового титула” и “право по финансовой аренде” делается ссылка на “материальные активы”. Термин “дебиторская задолженность” не содержит ссылки на “исполнение неденежных обязательств”, что призвано подтвердить то понимание, что этот термин и касающиеся дебиторской задолженности рекомендации относятся только к дебиторской задолженности, а не, например, к правам лицензиата или обязательствам лицензиара в соответствии с договором о предоставлении лицензии на интеллектуальную собственность.

[4] Определение термина “конкурирующий заявитель требования” см. в подпункте *m)* статьи 5 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

[5] В главе, посвященной последствиям несостоятельности для обеспечительного права (глава XII настоящего *Руководства*), используется выражение “несостоятельность должника” в целях обеспечения терминологической согласованности с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10).

[6] См. определение термина “должник”.

пользования этот термин включает и цедента при прямой передаче дебиторской задолженности[7].

“Масса или продукт” означает материальные активы помимо денежных средств, которые в такой степени физически связаны или объединены с другими материальными активами, что они утратили присущие им характеристики.

“Материальные активы” означает все виды материальных движимых активов. К категориям материальных активов относятся, в частности, инвентарные запасы, оборудование, потребительские товары, принадлежности, оборотные инструменты, оборотные документы и денежные средства.

“Назначенное лицо” означает банк или другое лицо, указанное в независимом обязательстве, по названию или категории (например, “любой банк в стране X”), в качестве лица, назначаемого для предоставления стоимости по независимому обязательству, и действующее согласно этому назначению, а также, в случае обычного независимого обязательства, любой банк или другое лицо.

“Независимое обязательство” означает аккредитив (коммерческий или резервный), подтверждение аккредитива, независимую гарантию (включая банковскую гарантию по требованию или по первому требованию и контргарантию) или любое другое обязательство, признаваемое в качестве независимого согласно таким правовым нормам или правилам практики, как Конвенция Организации Объединенных Наций о гарантиях и резервных аккредитивах, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, Правила международной практики резервных аккредитивов и Унифицированные правила для гарантий по требованию.

“Нематериальные активы” означает все виды движимых активов помимо материальных активов и включает нематериальные права, дебиторскую задолженность и права на исполнение обязательств помимо обязательств по дебиторской задолженности.

“Обеспеченная сделка” означает сделку, которая создает обеспечительное право. Хотя прямая передача дебиторской задолженности не служит обеспечением исполнения обязательства, данный термин для удобства пользования включает также прямую передачу дебиторской задолженности[8].

“Обеспеченное обязательство” означает обязательство, обеспеченное обеспечительным правом.

“Обеспеченный кредитор” означает кредитора, обладающего обеспечительным правом. Хотя прямая передача дебиторской задолженности не служит обеспечением исполнения обязательства, данный термин для удобства пользования включает также цессионария при прямой передаче дебиторской задолженности[9].

“Обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение” (термин, используемый в контексте как унитарного, так и неунитарного подхода к финансированию приобретения) означает обеспеченного кредитора, обладающего приобретательским обеспечительным правом. В контексте унитарного подхода этот термин включает продавца, удерживающего правовой титул, или арендодателя по финансовой аренде (термины, используемые в контексте неунитарного подхода).

“Обеспечительное право” означает имущественное право в движимых активах, которое создается на основании соглашения и служит обеспечением платежа или иного

---

[7] См. определение термина “обеспечительное право”, а также рекомендацию 3 и соответствующий комментарий.

[8] Там же.

[9] Там же.

исполнения того или иного обязательства, независимо от того, называют ли его стороны обеспечительным правом. В контексте унитарного подхода к финансированию приобретения данный термин включает в себя как приобретательские, так и неприобретательские обеспечительные права. В контексте неунитарного подхода к финансированию приобретения он не включает право на удержание правового титула и право по финансовой аренде. Хотя прямая передача дебиторской задолженности не служит обеспечением платежа или иного исполнения обязательства, этот термин для удобства пользования включает также право цессионария при прямой передаче дебиторской задолженности[10]. Данный термин не включает личное право в отношении гаранта или другого лица, несущего ответственность за осуществление платежа по независимому обязательству.

“Оборотный документ” означает документ, например складскую расписку или коносамент, который воплощает право на получение материальных активов и удовлетворяет требованиям обращаемости согласно правовым нормам, регулирующим оборотные документы.

“Оборотный инструмент” означает инструмент, например чек или переводной или простой вексель, который воплощает право на получение платежа и удовлетворяет требованиям обращаемости согласно правовым нормам, регулирующим оборотные инструменты[11].

“Оборудование” означает материальные активы, используемые тем или иным лицом в процессе функционирования его предприятия.

“Обремененные активы” означает материальные или нематериальные активы, обремененные обеспечительным правом. Термин включает также дебиторскую задолженность, переданную в порядке прямой передачи[12].

“Осведомленность” означает фактическую, а не конструктивную осведомленность.

“Первоначальный договор” в контексте дебиторской задолженности, созданной договором, означает договор между цедентом и должником по дебиторской задолженности, на основании которого возникает дебиторская задолженность.

“Подтверждающее лицо” означает банк или иное лицо, которое принимает свое собственное независимое обязательство в дополнение к обязательству гаранта/эмитента[13].

“Последующая уступка” означает уступку, произведенную первоначальным или любым другим цессионарием[14]. В случае последующей уступки лицо, ее произведшее, считается цедентом, а лицо, в пользу которого она произведена, – цессионарием.

---

[10] См. рекомендацию 3 и соответствующий комментарий.

[11] Настоящее *Руководство* было подготовлено применительно к оборотным инструментам и оборотным документам в бумажной форме, учитывая особую трудность создания электронного эквивалента бумажных оборотных инструментов/документов. Не следует, однако, считать, что *Руководство* направлено против использования электронных эквивалентов бумажных оборотных инструментов или оборотных документов. В этой связи необходимо отметить, что принимающему рекомендации государству, желающему решить данный вопрос, потребуется разработать специальные правила. По той же причине вопрос электронного эквивалента бумажных оборотных инструментов/документов не рассматривается и в Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах (см. издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.07.V.2, пояснительная записка, пункт 7).

[12] См. определение термина “обеспечительное право”, а также рекомендацию 3 и соответствующий комментарий.

[13] В соответствии с подпунктом *e)* статьи 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.97.V.12) подтверждение дает бенефициару возможность требовать платежа не от гаранта/эмитента, а от подтверждающего лица в соответствии с условиями подтвержденного независимого обязательства.

[14] См. подпункт *b)* статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

“Поступления” означает все, что получено в связи с обремененными активами, в том числе в результате их продажи или иной реализации, инкассирования, сдачи в аренду или выдачи лицензии, поступления от поступлений, естественные и гражданские плоды или доходы, дивиденды, распределяемые средства, страховые поступления и выплаты по требованиям, возникшим в связи с дефектом, повреждением или утратой обремененных активов[15].

“Потребительские товары” означает товары, которые лицо, предоставляющее обеспечительное право, использует или намеревается использовать в личных, семейных или домашних целях.

“Право контроля” в отношении права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, возникает:

a) автоматически с момента создания обеспечительного права, если обеспеченным кредитором является депозитарный банк;

b) если депозитарный банк заключил с лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором соглашение о контроле; или

c) если владельцем счета является обеспеченный кредитор.

“Право контроля” в отношении права на получение поступлений по независимому обязательству возникает:

a) автоматически с момента создания обеспечительного права, если обеспеченным кредитором является гарант/эмитент или подтверждающее или назначенное лицо; или

b) если гарантом/эмитентом или подтверждающим или назначенным лицом произведено признание в пользу обеспеченного кредитора.

“Право на получение поступлений по независимому обязательству” означает право на получение причитающегося платежа, акцептованной тратты или отсроченного платежа или иного стоимостного инструмента, которые в каждом случае должны оплачиваться или выдаваться гарантом/эмитентом или подтверждающим или назначенным лицом в порядке предоставления стоимости для выплаты средств по независимому обязательству. Данный термин также включает право на получение платежа в связи с приобретением банком, производящим расчеты, оборотного инструмента или документа согласно надлежащему представлению. Этот термин не включает:

a) право на выплату средств по независимому обязательству; и

b) то, что получено по исполнении независимого обязательства[16].

“Право на удержание правового титула” (термин, используемый только в контексте неунитарного подхода к финансированию приобретения) означает право продавца в материальных активах (помимо оборотных инструментов или оборотных документов) в соответствии с договоренностью с покупателем, согласно которой право собственности на материальные активы не переходит (или окончательно не переходит) от продавца к покупателю до тех пор, пока не будет оплачена неоплаченная часть покупной цены этих активов.

---

[15] См. подпункт *j)* статьи 5 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

[16] Обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству (в качестве первоначально обремененных активов) отличается от обеспечительного права в “поступлениях” (одно из ключевых понятий в *Руководстве*) от активов, охватываемых *Руководством* (см. определение термина “поступления” и рекомендацию 19). Таким образом, то, что получено по исполнении (т. е. в результате надлежащего представления) независимого обязательства, представляет собой “поступления” в контексте права на получение поступлений по независимому обязательству.

“Право по финансовой аренде” (термин, используемый только в контексте неунитарного подхода к финансированию приобретения) означает право арендодателя в материальных активах (помимо оборотных инструментов или оборотных документов), являющихся предметом договора об аренде, согласно которому по истечении срока аренды:

a) арендатор автоматически становится владельцем активов, являющихся объектом аренды;

b) арендатор может стать владельцем активов, уплатив за них сумму, не превышающую их номинальной цены; или

c) активы имеют только номинальную остаточную стоимость.

Данный термин включает договоры аренды с правом выкупа даже при отсутствии в них упоминания об аренде при условии соблюдения требований, изложенных в подпунктах *a), b)* или *c)*.

“Признание” в отношении права на получение поступлений по независимому обязательству означает, что гарант/эмитент или подтверждающее или назначенное лицо, которые будут производить платеж или иным образом предоставлять стоимость по платежному требованию по независимому обязательству, в одностороннем порядке или по договоренности:

a) признали или дали согласие (вне зависимости от того, как засвидетельствовано это признание или согласие) на создание (в форме уступки или иной форме) обеспечительного права в пользу обеспеченного кредитора в праве на поступления по независимому обязательству; или

b) взяли на себя обязательство произвести платеж или иным образом предоставить стоимость обеспеченному кредитору по получении средств по независимому обязательству.

“Принадлежность движимого актива” означает материальный актив, который физически присоединен к другому материальному активу, но не утратил при этом присущих ему характеристик.

“Принадлежность недвижимого имущества” означает материальный актив, который в такой степени физически присоединен к недвижимому имуществу, что, хотя и не утратил при этом присущих ему характеристик, считается недвижимым имуществом согласно законодательству государства, где находится такое недвижимое имущество.

“Приобретательское обеспечительное право” (термин, используемый в контексте как унитарного, так и неунитарного подхода к финансированию приобретения) означает обеспечительное право в материальных активах (помимо оборотных инструментов или оборотных документов), которое служит обеспечением обязательства уплатить любую невыплаченную часть покупной цены активов или другого принятого обязательства или кредита, предоставленного иным путем, с тем чтобы дать лицу, предоставившему обеспечительное право, возможность приобрести такие активы. Приобретательское обеспечительное право не обязательно должно именоваться именно так. В рамках унитарного подхода данный термин включает право, являющееся правом на удержание правового титула или правом по финансовой аренде (термины, используемые в контексте неунитарного подхода).

“Приоритет” означает преференциальное право какого-либо лица на получение экономической выгоды от своего обеспечительного права по отношению к правам конкурирующих заявителей требований.

“Производство по делу о несостоятельности” означает коллективное производство для целей реорганизации или ликвидации, осуществляемое под надзором суда по делам о несостоятельности.

“Соглашение о взаимозачете” означает соглашение между двумя или более сторонами, которое предусматривает одно или несколько из следующих действий:

a) чистый взаиморасчет по платежам, причитающимся в одной и той же валюте в один и тот же день, будь то путем новации или каким-либо иным образом;

b) в случае несостоятельности или иного неисполнения своих обязательств одной из сторон – прекращение всех незавершенных сделок по их восстановительной или справедливой рыночной стоимости, пересчет соответствующих сумм в единую валюту и их сальдирование с выплатой разницы одной из сторон; или

c) взаимозачет сумм, рассчитанных, как это предусмотрено в подпункте *b),* выше, по двум или более соглашениям о взаимозачете[17].

“Соглашение о контроле” означает засвидетельствованное письменным документом с подписью[18] соглашение между депозитарным банком, лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором, в соответствии с которым депозитарный банк согласился следовать указаниям обеспеченного кредитора в отношении выплаты средств, зачисленных на банковский счет, без дополнительного согласия лица, предоставляющего обеспечительное право.

“Соглашение об обеспечении” означает соглашение, независимо от его формы или используемой терминологии, между лицом, предоставляющим обеспечительное право, и кредитором, которое создает обеспечительное право. Хотя прямая передача дебиторской задолженности не служит обеспечением исполнения обязательства, данный термин для удобства пользования включает также соглашения о прямой передаче дебиторской задолженности[19].

“Суд по делам о несостоятельности” означает судебный или иной орган, компетентный осуществлять контроль или надзор за производством по делам о несостоятельности.

“Уведомление” означает сообщение в письменной форме[20].

“Уведомление об уступке” означает сообщение в письменной форме, в котором разумно идентифицируются уступленная дебиторская задолженность и цессионарий[21].

“Управляющий в деле о несостоятельности” означает лицо или учреждение, в том числе назначенное на временной основе, которое в рамках производства по делу о несостоятельности уполномочено управлять реорганизацией или ликвидацией имущественной массы в деле о несостоятельности.

“Уступка” означает создание обеспечительного права в дебиторской задолженности, которое служит обеспечением платежа или иного исполнения обязательства. Хотя уступка в форме прямой передачи дебиторской задолженности не обеспечивает

---

[17] См. также подпункт *l)* статьи 5 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

[18] Значение термина “письменный документ с подписью” в контексте электронных сообщений разъясняется в рекомендациях 11 и 12.

[19] См. определение термина “обеспечительное право”, а также рекомендацию 3 и соответствующий комментарий.

[20] Касательно электронных эквивалентов понятий “письменная форма” и “письменный документ с подписью”, см. рекомендации 11 и 12.

[21] Касательно того, когда уведомление об уступке считается имеющим силу, см. рекомендацию 118.

платеж или иное исполнение обязательства, данный термин для удобства пользования включает и прямую передачу такой задолженности[22].

“Финансовый договор/контракт” означает любую сделку спот, сделку на срок, фьючерсную сделку, опционную сделку или сделку своп в отношении процентных ставок, товаров, валюты, акций, облигаций, индексов или любых других финансовых инструментов, любую сделку по обратной покупке или кредитованию ценными бумагами и любую другую сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок[23].

“Цедент” означает лицо, производящее уступку дебиторской задолженности.

“Цессионарий” означает лицо, в пользу которого производится уступка дебиторской задолженности[24].

“Эмитент” оборотного документа означает лицо, которое обязано передать материальные активы, оговоренные в этом документе, в соответствии с нормами права, регулирующими оборотные документы, независимо от того, согласилось ли это лицо исполнить все обязательства, вытекающие из такого документа, или нет.

Основные цели эффективного и действенного законодательства об обеспеченных сделках*

1. Для обеспечения широкой концептуальной основы эффективного и действенного законодательства об обеспеченных сделках (далее именуемого “законодательство” или “это законодательство”) оно должно быть разработано таким образом, чтобы:

a) содействовать доступу к недорогим кредитам путем развития системы кредитования под обеспечение;

b) давать возможность должникам использовать полную стоимость своих активов для получения кредитов;

c) давать сторонам возможность приобретать обеспечительные права простым и эффективным способом;

d) обеспечивать равный режим для различных источников кредитования и различных видов обеспеченных сделок;

e) придавать юридическую силу непосессорным обеспечительным правам во всех видах активов;

---

[22] См. определение термина “обеспечительное право”, а также рекомендацию 3 и соответствующий комментарий.

[23] См. подпункт *k)* статьи 5 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке; см. также соответствующее определение в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности. Содержащаяся в данном термине ссылка на “любую другую сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках”, призвана обеспечить полный охват всех видов сделок, заключаемых на финансовых рынках. Этот термин носит гибкий характер. Он включает любую сделку, заключенную на финансовых рынках, в рамках которой права на платеж определяются путем ссылки на *a)* соответствующие категории активов; или *b)* количественные характеристики экономического или финансового риска либо стоимости, связанных с наступлением какого-либо события или непредвиденного обстоятельства. Примерами таких сделок могут служить сделки, в рамках которых права на платеж определяются путем ссылки на метеорологические статистические данные, фрахтовые ставки, эмиссионные скидки или статистические данные экономического характера.

[24] Определения терминов “цессионарий”, “цедент” и “уступка” см. в подпункте *a)* статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

* Основные цели могут быть включены в преамбулу законодательства, регулирующего обеспеченные сделки и основанного на рекомендациях *Руководства*, или в любое сопроводительное заявление к нему в качестве ориентира в отношении основных законодательных мер, которые следует учитывать при толковании и применении такого законодательства.

f) обеспечивать бóльшую определенность и транспарентность путем установления порядка регистрации соответствующих уведомлений об обеспечительных правах в общем реестре таких прав;

g) устанавливать четкие и предсказуемые правила приоритетности;

h) содействовать эффективной реализации прав обеспеченного кредитора;

i) обеспечивать сторонам возможность проявлять максимальную гибкость при согласовании условий их соглашений об обеспечении;

j) обеспечивать баланс интересов всех лиц, затронутых обеспечительной сделкой; и

k) обеспечивать согласованность законов об обеспеченных сделках, включая нормы коллизионного права, касающиеся обеспеченных сделок.

I. Сфера применения, основные подходы к обеспеченным сделкам и общие для всех глав *Руководства* вопросы

Цель

Цель положений, касающихся сферы применения законодательства об обеспеченных сделках, состоит в том, чтобы установить единый всеобъемлющий режим таких сделок. В этих положениях указываются обеспечительные и другие права, на которые распространяется это законодательство. Положения, касающиеся основных подходов к обеспечению, призваны обеспечить, чтобы указанное законодательство:

a) применялось ко всем договорным правам в движимых активах, обеспечивающим платеж или иное исполнение обязательства (“функциональный подход”); и

b) предусматривало надлежащее применение функционального подхода, с тем чтобы режим всех обеспеченных кредитодателей определялся нормами, имеющими функционально эквивалентные последствия.

Сфера применения

2. С учетом рекомендаций 3–7[25] законодательство должно применяться ко всем созданным по договоренности правам в движимых активах, которые обеспечивают платеж или иное исполнение обязательства, независимо от формы сделки, вида движимых активов, статуса лица, предоставляющего обеспечительное право, или обеспеченного кредитора и характера обеспеченного обязательства. Таким образом, оно должно применяться:

a) к обеспечительным правам во всех видах движимых активов, материальных и нематериальных, нынешних и будущих, включая инвентарные запасы, оборудование и другие материальные активы, договорную и недоговорную дебиторскую задолженность, договорные неденежные требования, оборотные инструменты, оборотные документы, права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, права на получение поступлений по независимым обязательствам и интеллектуальную собственность;

[25] Если в какой-либо рекомендации делается ссылка на рекомендации из другой главы, то в ссылке указываются также номер и тема другой главы, где они содержатся. Отсутствие такого указания означает, что рекомендация, на которую делается ссылка, находится в той же главе, что и рекомендация, которая содержит эту ссылку.

b) к обеспечительным правам, созданным или приобретенным всеми юридическими и физическими лицами, включая потребителей, без ущерба для прав согласно законодательству о защите потребителей;

c) к обеспечительным правам, обеспечивающим все виды обязательств, существующих или будущих, определенных или поддающихся определению, включая меняющиеся обязательства и обязательства, сформулированные в общем виде; и

d) ко всем имущественным правам, созданным на договорной основе для целей обеспечения платежа или иного исполнения обязательства, включая передачу в обеспечительных целях правового титула на материальные активы, уступку в этих же целях дебиторской задолженности, различные формы соглашений об удержании правового титула и финансовую аренду.

Законодательство должно применяться также к обеспечительным правам в поступлениях от обремененных активов.

Прямая передача дебиторской задолженности

3. Законодательство должно применяться к прямой передаче дебиторской задолженности несмотря на то, что такая передача не служит обеспечением платежа или иного исполнения обязательства. Данная рекомендация применяется с учетом исключения, предусмотренного рекомендацией 167 (глава VIII о реализации обеспечительного права).

Ограничения в отношении сферы применения

4. Несмотря на положения рекомендации 2, законодательство не должно применяться:

a) к воздушным судам, железнодорожному подвижному составу, космическим объектам и морским судам, а также другим категориям подвижного оборудования в той мере, в какой такие активы охвачены каким-либо внутренним законом или международным соглашением, участником которого является государство, принимающее законодательство на основе настоящих рекомендаций (далее “государство” или “это государство”), а конкретные вопросы, охваченные этим законодательством, регулируются этим внутренним законом или международным соглашением;

b) к интеллектуальной собственности в той мере, в которой положения этого законодательства противоречат внутреннему законодательству или международным соглашениям, участником которых является данное государство, и которые касаются интеллектуальной собственности;

c) к ценным бумагам;

d) к правам на получение платежа, предусмотренным финансовыми договорами, регулируемыми соглашениями о взаимозачете, или вытекающим из них, за исключением дебиторской задолженности, остающейся на момент прекращения всех незавершенных сделок; и

e) к правам на получение платежа, предусмотренным в рамках валютных сделок, или вытекающим из них.

5. Законодательство не должно применяться к недвижимому имуществу. Однако такое имущество могут затрагивать рекомендации 21 и 25 (глава II о создании обеспечительного права), 43 и 48 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), 87 и 88 (глава V о приоритете обеспечительного права), 164, 165 (глава VIII о реализации обеспечительного права), 184, 195 и 196 (глава IX о финансировании приобретения).

6. В законодательстве следует предусмотреть, что если согласно другому законодательству обеспечительное право в исключенных видах активов (например, в недвижимом имуществе) распространяется и на те виды поступлений, к которым применяется законодательство об обеспеченных сделках (например, к дебиторской задолженности), то последнее применяется к обеспечительному праву в поступлениях в той степени, в какой к нему не применяется это другое законодательство.

7. Законодательство не должно предусматривать никаких других исключений из сферы его применения. Если такие другие исключения все же устанавливаются, они должны быть четко и конкретно оговорены в законодательстве.

Функциональный подход

8. Законодательство должно быть основано на функциональном подходе, в соответствии с которым оно должно охватывать все права в движимых активах, создаваемые по договоренности сторон и обеспечивающие платеж или иное исполнение обязательства независимо от формы сделки или терминологии, используемой сторонами (включая права получателей при обеспечительной передаче правого титула на материальные активы, права цессионария при обеспечительной уступке дебиторской задолженности, а также права продавцов и арендодателей по финансовой аренде в рамках различных форм соглашений об удержании титула и финансовой аренды соответственно). За исключением случаев финансирования приобретения, функциональный подход должен применяться таким образом, чтобы все права, обеспечивающие исполнение обязательств, квалифицировались в качестве обеспечительных прав и регулировались общим набором норм.

9. В отношении финансирования приобретения функциональный подход может применяться:

a) либо таким образом, чтобы все права в движимых активах, которые обеспечивают платеж или иное исполнение обязательства, квалифицировались как приобретательские обеспечительные права, регулируемые общим набором норм (“унитарный подход”);

b) либо таким образом, чтобы (в рамках подхода, именуемого “неунитарным”):

i) все права в движимых активах, которые обеспечивают платеж или иное исполнение обязательства, помимо прав продавца по соглашению об удержании правового титула и прав арендодателя по финансовой аренде, квалифицировались как приобретательские обеспечительные права; и

ii) права продавца по соглашению об удержании правового титула и права арендодателя по финансовой аренде квалифицировались как права собственности, но регулировались нормами, позволяющими получить результаты, функционально эквивалентные результатам, которые дает использование приобретательских обеспечительных прав, и тем самым обеспечить равный режим для всех лиц, финансирующих приобретение.

Автономия сторон

10. В законодательстве следует предусмотреть, что, за исключением случаев, предусмотренных в рекомендациях 14 и 15 (глава II о создании обеспечительного права), 111 и 112 (глава VI о правах и обязанностях сторон соглашения об обеспечении), 132–136 (глава VIII о реализации обеспечительного права), 178–186 (глава IX о финансировании приобретения, вариант A: унитарный подход), 187–202 (глава IX о финансировании приобретения, вариант B: неунитарный подход), 203–215 и 217–227 (глава X о коллизионном праве), обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее обеспечительное право, или должник могут по договоренности отходить от его положений, касающихся их соответствующих прав и обязанностей, или изменять эти положения. Такая договоренность не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной соглашения[26].

Электронные сообщения

11. В законодательстве следует предусмотреть, что в тех случаях, когда это законодательство требует, чтобы то или иное сообщение или договор были составлены в письменной форме, или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия такой письменной формы, это требование считается выполненным при наличии электронного сообщения, если содержащаяся в нем информация является доступной и пригодной для последующего использования.

12. В законодательстве следует предусмотреть, что в тех случаях, когда это законодательство требует, чтобы то или иное сообщение или договор были подписаны каким-либо лицом, или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия такой подписи, это требование считается выполненным в отношении электронного сообщения, если:

a) использован какой-либо способ идентификации этого лица и подтверждения его намерений в отношении информации, содержащейся в этом электронном сообщении; и

b) этот способ является:

i) достаточно надежным для той цели, с которой данное электронное сообщение было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности; либо

ii) проверенным на практике в части способности выполнять самостоятельно или с помощью дополнительных доказательств те функции, о которых говорится в подпункте *a),* выше[27].

II. Создание обеспечительного права (сила в отношениях между сторонами)

Цель

Цель положений, касающихся создания обеспечительного права, заключается в уточнении требований, которые должны быть удовлетворены для приобретения обеспечительным правом силы в отношениях между сторонами.

[26] См. статью 6 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

[27] Касательно рекомендаций 11 и 12, см. пункты 2 и 3 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах.

*A. Общие рекомендации**

Создание обеспечительного права

13. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в активах создается на основании соглашения, заключенного между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором. В случае активов, в отношении которых предоставляющее право лицо имеет права или правомочно осуществлять обременение в момент заключения соглашения, обеспечительное право создается в этот момент. В случае активов, в отношении которых предоставляющее право лицо приобретает права или полномочия осуществлять обременение впоследствии, обеспечительное право создается в момент приобретения предоставляющим право лицом прав в активах или полномочий на их обременение.

Минимальное содержание соглашения об обеспечении

14. В законодательстве следует предусмотреть, что соглашение об обеспечении должно:

a) отражать намерение сторон создать обеспечительное право;

b) определять обеспеченного кредитора и лицо, предоставляющее право;

c) содержать описание обеспеченного обязательства;

d) содержать такое описание обремененных активов, которое разумно позволяет осуществлять их определение; и

e) указывать максимальную денежную сумму, которая может быть взыскана в связи с данным обеспечительным правом, если государство решает, что такое указание может быть полезно для содействия вспомогательному кредитованию.

Форма соглашения об обеспечении

15. В законодательстве следует предусмотреть, что соглашение об обеспечении может быть устным, если оно сопровождается передачей обеспеченному кредитору владения обремененными активами. В противном случае соглашение должно быть заключено или подтверждено в письменном документе, который сам по себе или в сочетании с поведением сторон свидетельствует о намерении лица, предоставляющего право, создать обеспечительное право.

Обязательства, обеспеченные обеспечительным правом

16. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право может обеспечивать исполнение любого вида обязательства, существующего или будущего, определенного или поддающегося определению, условного или безусловного, фиксированного или меняющегося.

Активы, на которые распространяется действие обеспечительного права

17. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право может обременять любой вид активов, включая части активов и неделимые права в активах.

---

* Общие рекомендации применяются ко всем видам охваченных в *Руководстве* активов с изменениями, внесенными согласно рекомендациям, касающимся конкретных активов.

Обеспечительное право может обременять активы, которые на момент заключения соглашения об обеспечении могли еще не существовать или могли еще не находиться в собственности лица, предоставляющего право, или которые оно не имело права обременять. Любые исключения из этих правил должны быть ограниченны и четко и конкретно оговорены в законодательстве.

18. В законодательстве следует предусмотреть, что, кроме случаев, предусмотренных в рекомендациях 23–25, оно не отменяет действия положений любого другого законодательства в той мере, в которой они ограничивают создание или реализацию обеспечительного права в определенных видах активов или возможность передачи таких активов.

Сохранение обеспечительного права в поступлениях

19. В законодательстве следует предусмотреть, что, если стороны соглашения об обеспечении не договорились об ином, обеспечительное право в обремененных активах распространяется на поддающиеся идентификации поступления по этим активам (включая поступления от поступлений).

Объединенные поступления

20. В законодательстве следует предусмотреть, что, если поступления в форме денег или средств, зачисленных на банковский счет, были объединены с другими активами того же рода таким образом, что эти поступления более не поддаются идентификации, сумма поступлений непосредственно перед их объединением должна тем не менее рассматриваться как идентифицируемые поступления после объединения. Однако если в какой-либо момент после объединения общая сумма активов была меньше суммы поступлений, то общая сумма активов на тот момент, когда его сумма была минимальной, плюс сумма любых поступлений, позже объединенных с активами, должна рассматриваться как идентифицируемые поступления.

Создание и сохранение обеспечительного права в принадлежностях

21. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право может быть создано в материальных активах, которые являются принадлежностями в момент создания обеспечительного права, или сохраняется в материальных активах, которые становятся принадлежностями впоследствии. Обеспечительное право в принадлежностях недвижимого имущества может создаваться в соответствии с этим законодательством или законодательством, регулирующим недвижимое имущество.

Сохранение обеспечительного права в массе или продукте

22. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право, созданное в материальных активах до их объединения в массу или продукт, сохраняется в массе или продукте. Сумма, обеспеченная обеспечительным правом, которое сохраняется в массе или продукте, ограничивается той стоимостью обремененных активов, которую они составляли непосредственно перед тем, как они стали частью массы или продукта.

B. Рекомендации, касающиеся конкретных активов

Сила оптовой уступки дебиторской задолженности и уступки будущей дебиторской задолженности или части или неделимых интересов в дебиторской задолженности

23. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) уступка договорной дебиторской задолженности, которая конкретно не идентифицирована, будущей дебиторской задолженности или части или неделимых интересов в дебиторской задолженности имеет силу в отношениях между цедентом и цессионарием, а также в отношении должника по дебиторской задолженности в тех случаях, когда на момент совершения уступки или, в случае будущей дебиторской задолженности, на момент ее возникновения, она может быть идентифицирована по отношению к уступке, к которой она относится; и

b) в отсутствии договоренности об ином, уступка одной или нескольких будущих дебиторских задолженностей имеет силу без необходимости совершения дополнительного акта передачи в отношении уступки каждой дебиторской задолженности[28].

Сила уступки дебиторской задолженности, совершенной, несмотря на наличие оговорки о запрещении уступки

24. В законодательстве следует предусмотреть, что

a) уступка дебиторской задолженности имеет силу в отношениях между цедентом и цессионарием, а также в отношении должника по дебиторской задолженности, несмотря на соглашение между первоначальным или любым другим последующим цедентом и должником по дебиторской задолженности или любым последующим цессионарием, каким-либо образом ограничивающее право цедента на уступку своей дебиторской задолженности;

b) ничто в настоящей рекомендации не затрагивает никакого обязательства или ответственности цедента за нарушение соглашения, упомянутого в подпункте *a)* настоящей рекомендации, но другая сторона такого соглашения не может расторгнуть первоначальный договор или договор уступки только потому, что имело место это нарушение. Лицо, не являющееся стороной такого соглашения, не несет ответственности только потому, что ему было известно об этом соглашении;

c) настоящая рекомендация применяется только к уступке дебиторской задолженности:

i) возникающей из первоначального договора, являющегося договором поставки или аренды товаров или услуг, но не финансовых услуг, договором о строительстве или договором купли-продажи или аренды недвижимого имущества;

ii) возникающей из первоначального договора купли-продажи, аренды или лицензионного договора в области промышленной или иной интеллектуальной собственности или информации, защищенной правами собственности;

iii) представляющей собой обязательство произвести платеж в связи с операцией по кредитной карте; или

[28] Рекомендации 23–25, см. статьи 8–10 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле.

iv) причитающейся цеденту после чистого расчета по платежам, причитавшимся в соответствии с соглашением о взаимозачете, в котором участвует более двух сторон.

Создание обеспечительного права в личном или имущественном праве, которое служит обеспечением по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или любым другим нематериальным активам

25. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) обеспеченный кредитор, имеющий обеспечительное право в дебиторской задолженности, оборотном инструменте или любом другом нематериальном активе, охватываемом этим законодательством, без каких-либо дополнительных действий со стороны лица, предоставляющего право, или обеспеченного кредитора, автоматически может воспользоваться любым личным или имущественным правом, которое служит обеспечением платежа или иного исполнения обязательства по этой дебиторской задолженности, оборотному инструменту или нематериальному активу;

b) в случае если личное или имущественное право представляет собой независимое обязательство, обеспечительное право автоматически распространяется на право получать поступления по независимому обязательству, но не распространяется на право получать средства по независимому обязательству;

c) настоящая рекомендация не затрагивает право в недвижимом имуществе, которое согласно иному законодательству может передаваться отдельно от дебиторской задолженности, оборотного инструмента или иного нематериального актива, которые оно может обеспечивать;

d) обеспеченный кредитор, имеющий обеспечительное право в дебиторской задолженности, оборотном инструменте или любом другом нематериальном активе, охватываемом этим законодательством, может воспользоваться любым личным или имущественным правом, которое служит обеспечением платежа или иного исполнения обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или иному нематериальному активу, несмотря на любое соглашение между лицом, предоставляющим право, и должником по дебиторской задолженности или лицом, принявшим на себя обязательство по оборотному инструменту или иному нематериальному активу, каким бы то ни было образом ограничивающее право лица, предоставляющего право, на создание обеспечительного права в дебиторской задолженности, оборотном инструменте или ином нематериальном активе или в любом личном или имущественном праве, обеспечивающем платеж или иное исполнение обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или иному нематериальному активу;

e) ничто в настоящей рекомендации не затрагивает никакого обязательства или ответственности лица, предоставляющего право, за нарушение соглашения, упомянутого в подпункте *d)* настоящей рекомендации, но другая сторона такого соглашения не может расторгнуть договор, из которого возникает дебиторская задолженность, оборотный инструмент или иной нематериальный актив или же соглашение об обеспечении, согласно которому создается личное или имущественное обеспечительное право, только потому, что имело место это нарушение. Лицо, не являющееся стороной такого соглашения, не несет ответственности только потому, что ему было известно об этом соглашении;

f) положения подпунктов *d)* и *e)* настоящей рекомендации применяются только в отношении обеспечительных прав в дебиторской задолженности, оборотных инструментах или иных нематериальных активах:

i) возникающих из первоначального договора, являющегося договором поставки или аренды товаров или услуг, но не финансовых услуг, договором о строительстве или договором купли-продажи и аренды недвижимого имущества;

ii) возникающих из первоначального договора купли-продажи, аренды или лицензионного договора в области промышленной и иной интеллектуальной собственности или информации, защищенной правами собственности;

iii) представляющих собой обязательство произвести платеж в связи с операцией по кредитной карте; или

iv) причитающихся цеденту после чистого расчета по платежам, причитавшимся в соответствии с соглашением о взаимозачете, в котором участвует более двух сторон;

g) положения подпункта *a)* настоящей рекомендации не затрагивают никаких обязательств лица, предоставляющего право, в отношении должника по дебиторской задолженности, или лица, принявшего на себя обязательства по оборотному инструменту или иному нематериальному активу; и

h) в той мере, в какой при этом не наносится ущерба автоматическим последствиям согласно подпункту *a)* настоящей рекомендации и рекомендации 48, настоящая рекомендация не затрагивает никакого требования согласно иному законодательству в отношении формы создания или регистрации обеспечительного права в любых активах, обеспечивающих платеж или иное исполнение обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или иному нематериальному активу, на которые не распространяется действие настоящего законодательства.

Создание обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

26. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, имеет силу независимо от наличия соглашения между лицом, предоставляющим право, и депозитарным банком, которое каким-либо образом ограничивает право лица, предоставляющего право, на создание такого обеспечительного права. Однако депозитарный банк не обязан признавать обеспеченного кредитора, и на депозитарный банк без его согласия не налагается никакого другого обязательства в отношении обеспечительного права[29].

Создание обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

27. В законодательстве следует предусмотреть, что бенефициар по независимому обязательству может создавать обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству, даже если само право на получение средств по независимому обязательству не может быть передано согласно законодательству и практике, регулирующим независимые обязательства. Создание обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству не является передачей права на получение средств по независимому обязательству.

[29] Права и обязанности депозитарного банка, см. рекомендации 125 и 126 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства).

Распространение действия обеспечительного права в оборотном документе на материальные активы, охваченные оборотным документом

28. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в оборотном документе распространяется на материальные активы, охваченные этим документом, при условии, что в момент создания обеспечительного права в этом документе соответствующие активы прямо или косвенно находились в распоряжении эмитента.

III. Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон

Цель

Цель положений, касающихся силы обеспечительного права в отношении третьих сторон, заключается в создании основы для предсказуемого, справедливого и эффективного определения приоритетов посредством:

a) установления требования о регистрации в качестве предварительного условия придания силы обеспечительному праву в отношении третьих сторон, кроме тех случаев, когда исключения и альтернативы регистрации оправданы иными превалирующими соображениями коммерческой политики; и

b) создания правовой основы для внедрения и поддержания простой, экономичной и эффективной публичной системы ведения реестров для регистрации уведомлений об обеспечительных правах.

A. Общие рекомендации

Придание силы в отношении третьих сторон

29. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право имеет силу в отношении третьих сторон только в том случае, если оно создано и если это было сделано с помощью одного из методов, упомянутых в рекомендациях 32, 34 или 35.

Сила обеспечительного права, не действующего в отношении третьих сторон, в отношении лица, предоставляющего право

30. В законодательстве следует предусмотреть, что созданное обеспечительное право имеет силу в отношении лица, предоставляющего право, даже в том случае, если оно не имеет силы в отношении третьих сторон.

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон, продолжающая действовать после передачи обремененного актива

31. В законодательстве следует предусмотреть, что после передачи права, иного, чем обеспечительное право в обремененных активах, обеспечительное право в этих обремененных активах, которое имело силу в отношении третьих сторон в момент передачи, продолжает обременять эти активы, за исключением случаев, предусмотренных в рекомендациях 79–81 (глава V о приоритете обеспечительного права), и сохраняет силу в отношении третьих сторон, за исключением случаев, когда иное предусмотрено в соответствии с рекомендацией 62.

Общий метод придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон: регистрация

32. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право имеет силу в отношении третьих сторон, если уведомление в отношении данного обеспечительного права зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав, о котором идет речь в рекомендациях 54–75 (глава IV о системе регистрации).

33. В законодательстве следует предусмотреть, что регистрация уведомления не создает обеспечительного права и не является необходимой для его создания.

Альтернативные методы придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон и исключения, касающиеся регистрации

34. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) обеспечительному праву может быть также придана сила в отношении третьих сторон посредством одного из следующих альтернативных методов:

i) в материальном имуществе – посредством владения обеспеченного кредитора, как это предусмотрено в рекомендации 37;

ii) в движимых активах, права в которых подлежат специальной регистрации или охватываются системой сертификатов правового титула, – посредством регистрации в специальном реестре или записи в сертификате правового титула, как это предусмотрено в рекомендации 38;

iii) в принадлежностях движимого имущества, права в которых подлежат специальной регистрации или охватываются системой сертификатов правового титула, – посредством регистрации в специальном реестре или записи в сертификате правового титула, как это предусмотрено в рекомендации 42;

iv) в принадлежностях недвижимого имущества – посредством регистрации в реестре недвижимого имущества, как это предусмотрено в рекомендации 43;

v) в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, – посредством контроля, как это предусмотрено в рекомендации 49; и

vi) в материальных активах, охватываемых оборотным документом, – посредством владения обеспеченным кредитором документом, как это предусмотрено в рекомендациях 51–53;

b) обеспечительное право автоматически приобретает силу в отношении третьих сторон:

i) в поступлениях, если обеспечительное право в первоначально обремененных активах имеет силу в отношении третьих сторон, как это предусмотрено в рекомендациях 39 и 40;

ii) в принадлежностях движимого актива, если обеспечительное право в активах имеет силу в отношении третьих сторон до того, как они стали принадлежностью, как это предусмотрено в рекомендации 41;

iii) в массе или продукте, если обеспечительное право в подвергнутых обработке или объединенных активах приобрело силу в отношении третьих

сторон до того, как они стали частью массы или продукта, как это предусмотрено в рекомендации 44; и

v) в движимых активах после изменения местонахождения этих активов или лица, предоставляющего право, на данное государство, как это предусмотрено в рекомендации 45; и

c) обеспечительное право в личном или имущественном праве, которое служит обеспечением платежа или иного исполнения обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или иным нематериальным активам, имеет силу в отношении третьих сторон, как это предусмотрено в рекомендации 48.

Метод придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в праве на получение поступлений по независимому обязательству

35. В законодательстве следует предусмотреть, что, за исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 48, обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству может приобретать силу в отношении третьих сторон только посредством контроля, как это предусмотрено в рекомендации 50.

Различные методы придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон применительно к различным видам активов

36. В законодательстве следует предусмотреть, что для придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон могут использоваться различные методы для разных видов обремененных активов, независимо от того, производилось ли их обременение на основании одного и того же соглашения об обеспечении или нет.

Сила обеспечительного права в материальных активах в отношении третьих сторон посредством владения

37. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в материальных активах может приобретать силу в отношении третьих сторон посредством регистрации, как это предусмотрено в рекомендации 32, или через владение обеспеченного кредитора.

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в движимых активах, подлежащих специальной регистрации или охватываемых системой сертификатов правового титула

38. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительному праву в движимых активах, которые подлежат регистрации в специальном реестре или записи в сертификате правового титула согласно иному законодательству, может быть придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации, как это предусмотрено в рекомендации 32, или посредством:

a) регистрации в специальном реестре; или

b) внесения соответствующей записи в сертификат правового титула.

Автоматическое придание силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в поступлениях

39. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в обремененных активах имеет силу в отношении третьих сторон, то обеспечительное право в любых поступлениях по данным обремененным активам (включая любые поступления по поступлениям) имеет силу в отношении третьих сторон автоматически с момента возникновения поступлений, при условии, что поступления указаны в общем виде в зарегистрированном уведомлении и что поступления представляют собой денежные средства, дебиторскую задолженность, оборотные инструменты или права на выплату средств, зачисленных на банковский счет.

40. В законодательстве следует предусмотреть, что если поступления не указаны в зарегистрированном уведомлении, как это предусмотрено в рекомендации 39, или если они не представляют собой денежные средства, дебиторскую задолженность, оборотные инструменты или права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, то обеспечительное право в поступлениях непрерывно имеет силу в отношении третьих сторон в течение [короткого срока, который будет указан] дней с момента возникновения поступлений. Если обеспечительное право в таких поступлениях имеет силу в отношении третьих сторон с использованием одного из методов, указанных в рекомендации 32 или 34, до истечения этого срока, то обеспечительное право в поступлениях имеет силу в отношении третьих сторон непрерывно после этого.

Автоматическое придание силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в принадлежностях

41. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в материальных активах имеет силу в отношении третьих сторон в момент, когда эти активы становятся принадлежностью, то обеспечительное право сохраняет после этого силу в отношении третьих сторон без каких-либо дополнительных действий.

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в принадлежностях, подлежащих специальной регистрации или охватываемых системой сертификатов правового титула

42. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительному праву в принадлежностях движимых активов, которое подлежит регистрации в специальном реестре или записи в сертификате правового титула согласно иному законодательству, может быть автоматически придана сила в отношении третьих сторон, как это предусмотрено в рекомендации 41 или посредством:

a) регистрации в специальном реестре; или

b) внесения соответствующей записи в сертификат правового титула.

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в принадлежностях недвижимого имущества

43. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительному праву в принадлежностях недвижимого имущества может автоматически придаваться сила в отношении третьих сторон, как это предусмотрено в рекомендации 41 или посредством регистрации в реестре недвижимости.

Автоматическое придание силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в массе или продукте

44. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в материальных активах имеет силу в отношении третьих сторон в тот момент, когда они становятся частью массы или продукта, то обеспечительное право, сохраняющееся в массе или продукте, как это предусмотрено в рекомендации 22 (глава II о создании обеспечительного права), имеет силу в отношении третьих сторон без каких-либо дополнительных действий.

Сохранение силы обеспечительного права в отношении третьих сторон при изменении местонахождения на данное государство

45. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в обремененных активах имеет силу в отношении третьих сторон в соответствии с законодательством государства, в котором находятся обремененные активы или лицо, предоставляющее право (в зависимости от того, что определено применимым правом согласно коллизионным нормам), и это местонахождение меняется на данное государство, то обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон в соответствии с законодательством данного государства в течение [краткого срока, который будет указан] дней после этого изменения. Если требования законодательства данного государства, касающиеся придания силы обеспечительному праву в отношении третьих сторон, выполняются до истечения указанного срока, то обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон согласно законодательству данного государства. Для целей соблюдения любого правила данного государства, в котором время регистрации или другой метод придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон влияют на определение приоритета, таким временем является момент, когда обеспечительное право было зарегистрировано или ему была придана сила в отношении третьих сторон согласно законодательству государства, в котором находились обремененные активы или лицо, предоставляющее право, до того, как их местонахождение изменилось на данное государство.

Сохранение силы обеспечительного права в отношении третьих сторон при изменении метода придания силы в отношении третьих сторон

46. В законодательстве следует предусмотреть, что сила обеспечительного права в отношении третьих сторон сохраняется независимо от изменения метода, с помощью которого ему была придана сила в отношении третьих сторон, при условии, что это обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон без перерывов.

Утрата силы в отношении третьих сторон или истечение срока предварительной регистрации

47. В законодательстве следует предусмотреть, что, если обеспечительное право имело силу в отношении третьих сторон, а затем в течение определенного срока утратило эту силу, такая сила может быть восстановлена. В этом случае сила обеспечительного права в отношении третьих сторон начинает действовать с момента ее восстановления. Аналогичным образом, если срок действия регистрации, произведенной до создания обеспечительного права, как это предусмотрено в рекомендации 67, истекает, как это предусмотрено в рекомендации 69 (глава IV о системе регистрации), он может

быть восстановлен. В этом случае регистрация вступает в силу с момента регистрации нового уведомления в отношении этого обеспечительного права.

B. Рекомендации, касающиеся конкретных активов

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в личном или имущественном праве, которое служит обеспечением платежа по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или любому другому нематериальному активу

48. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в дебиторской задолженности, оборотном документе или любых иных нематериальных активах, охваченных этим законодательством, имеет силу в отношении третьих сторон, то без каких-либо дополнительных действий со стороны лица, предоставляющего право, или обеспеченного кредитора такая сила в отношении третьих сторон распространяется на любое личное или имущественное право, обеспечивающее платеж или иное исполнение обязательства по дебиторской задолженности, оборотному инструменту или любым иным нематериальным активам. Если личное или имущественное право представляет собой независимое обязательство, то его сила в отношении третьих сторон автоматически распространяется на право на получение поступлений по независимому обязательству (однако, как это предусмотрено в подпункте *b)* рекомендации 25 в главе II о создании обеспечительного права, обеспечительное право не распространяется на право на выплату средств по этому независимому обязательству). Настоящая рекомендация не затрагивает право в недвижимом имуществе, которое согласно иному законодательству может передаваться отдельно от дебиторской задолженности, оборотного инструмента или иных нематериальных активов, которые оно может обеспечивать.

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

49. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, может также иметь силу в отношении третьих сторон посредством регистрации, как это предусмотрено в рекомендации 32, или посредством получения обеспеченным кредитором контроля в отношении права на выплату средств, зачисленных на банковский счет.

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

50. В законодательстве следует предусмотреть, что, за исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 48, обеспечительному праву в праве на получение поступлений по независимому обязательству может быть придана сила в отношении третьих сторон только посредством получения обеспеченным кредитором контроля в отношении права на получение поступлений по независимому обязательству.

Сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в оборотном документе или материальном активе, представленном оборотным документом

51. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительному праву в оборотном документе может быть придана сила в отношении третьих сторон посредством

регистрации, как это предусмотрено в рекомендации 32, или посредством вступления обеспеченного кредитора во владение этим документом.

52. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в оборотном документе имеет силу в отношении третьих сторон, то соответствующее обеспечительное право в активе, представленном этим документом, также имеет силу в отношении третьих сторон. До тех пор пока оборотный документ представляет активы, обеспечительному праву в активах может быть придана сила в отношении третьих сторон посредством вступления обеспеченного кредитора во владение этим документом.

53. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в оборотном документе, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством вступления обеспеченного кредитора во владение этим документом, сохраняет силу в отношении третьих сторон в течение [короткого срока, который будет указан] дней после того, как оборотный документ был возвращен лицу, предоставляющему право, или иному лицу для целей окончательной продажи или обмена, погрузки или разгрузки или иных действий с активами, представленными этим оборотным документом.

IV. Система регистрации

Цель

Цель положений о системе регистрации состоит в создании общего реестра обеспечительных прав и регулировании его функций. Цель системы регистрации заключается в том, чтобы обеспечить наличие:

a) метода, с помощью которого действующее или будущее обеспечительное право в существующих или будущих активах лица, представляющего право, могло иметь силу в отношении третьих сторон;

b) эффективной исходной основы для применения правил определения приоритета исходя из времени регистрации уведомления в отношении обеспечительного права; и

c) объективного источника информации для третьих сторон, имеющих дело с активами лица, предоставляющего право (например, будущих обеспеченных кредиторов и покупателей, кредиторов, действующих на основании судебного решения, и управляющего в деле о несостоятельности лица, предоставляющего право), о возможном обременении этих активов обеспечительным правом.

Для достижения этой цели система регистрации должна быть построена таким образом, чтобы процесс регистрации и поиска был простым, оперативным, экономичным, удобным для пользователя и общедоступным.

Функциональная основа процессов регистрации и поиска

54. В законодательстве следует предусмотреть:

a) общедоступность четких и ясных инструкций в отношении процедур регистрации и поиска и широкое распространение информации о наличии и роли реестра;

b) осуществление регистрации посредством регистрации уведомления, содержащего информацию, указанную в рекомендации 57, а не предъявления требования о

представлении оригинала или копии соглашения об обеспечении или иного документа;

c) разрешение внесения в реестр уведомления, представленного с использованием разрешенного средства связи (например, в бумажной, электронной форме), за исключением случаев, когда:

i) оно не сопровождается уплатой требуемого сбора;

ii) оно не обеспечивает идентификатора лица, предоставляющего право, достаточного для проведения индексации; или

iii) в нем не содержится определенная информация в отношении какого-либо из других пунктов, требуемых согласно рекомендации 57;

d) запрещение лицу, производящему регистрацию, требовать удостоверение личности лица, ходатайствующего о регистрации, проверять наличие разрешения на регистрацию уведомления или проводить дальнейшую проверку содержания уведомления;

e) централизованный характер внесения в реестр записей, который включает все уведомления об обеспечительных правах, зарегистрированных согласно этому законодательству;

f) общедоступность информации, включенной в реестр записей;

g) освобождение лица, ведущего поиск, от необходимости обосновывать причины такого поиска;

h) индексацию уведомлений и возможность их поиска по идентификатору лица, предоставляющего право;

i) установление сборов за регистрацию и поиск информации, если таковые предусмотрены, в размере, не превышающем сумму, позволяющую окупать издержки;

j) по возможности электронную систему регистрации. В частности:

i) хранение уведомлений в электронной форме в компьютерной базе данных;

ii) прямой доступ лиц, ходатайствующих о регистрации, и лиц, ведущих поиск, к реестру записей с помощью электронных или аналогичных средств, включая Интернет и электронную систему обмена данными;

iii) программирование системы таким образом, чтобы свести к минимуму риск ввода неполной или не относящейся к делу информации; и

iv) программирование системы таким образом, чтобы содействовать оперативному поиску и полному получению информации и сводить к минимуму практические последствия человеческой ошибки;

k) предоставление лицам, ходатайствующим о регистрации, возможности выбирать из нескольких режимов и пунктов доступа к реестру; и

l) непрерывное функционирование реестра, если он ведется в электронной форме, за исключением планового технического обслуживания, и надежное и последовательное функционирование в рабочее время с учетом потребностей потенциальных пользователей реестра, если он ведется в неэлектронной форме.

Защита и целостность реестра

55. В целях обеспечения защиты и целостности реестра в законодательстве следует предусмотреть следующие функциональные и юридические принципы реестра:

a) хотя функции повседневного функционирования реестра могут быть делегированы частному органу, государство продолжает нести ответственность за обеспечение его работы в соответствии с регламентирующей нормативной базой;

b) личные данные о лице, ходатайствующем о регистрации, запрашиваются и вносятся в реестр[30];

c) лицо, ходатайствующее о регистрации, обязано направлять копию уведомления упомянутому в уведомлении лицу, предоставляющему право. Невыполнение обеспеченным кредитором этого обязательства может повлечь за собой взимание только номинальных пени и любых убытков, вытекающих из такого неисполнения, которые могут быть доказаны;

d) регистрационный орган обязан незамедлительно направлять копию любых изменений, внесенных в зарегистрированное уведомление, лицу, указанному в уведомлении в качестве обеспеченного кредитора;

e) лицо, ходатайствующее о регистрации, может сразу же после ввода регистрационной информации в реестр ознакомиться с регистрационной записью; и

f) вся внесенная в реестр информация хранится в нескольких копиях и все регистрационные записи могут быть восстановлены в случае утраты или ущерба.

Ответственность за утрату или ущерб

56. В законодательстве следует предусмотреть распределение ответственности за утрату или ущерб, причиненные ошибкой в управлении или эксплуатации системы регистрации и поиска. Если такая система допускает прямую регистрацию и поиск информации пользователями реестра без вмешательства со стороны персонала регистрационного органа, то ответственность регистрационного органа должна быть ограничена ответственностью за сбои в работе системы.

Требуемое содержание уведомления

57. В законодательстве следует предусмотреть, что в уведомлении должна указываться только следующая информация:

a) идентификатор лица, предоставляющего право, с соблюдением стандартов, предусмотренных в рекомендациях 58–60, и сведения об обеспеченном кредиторе или его представителе, а также их адреса;

b) описание активов, охватываемых уведомлением, с соблюдением стандартов, предусмотренных в рекомендации 63;

c) срок регистрации, как это предусмотрено в рекомендации 69; и

d) если государство определяет, что для содействия вспомогательному кредитованию, возможно, полезно указать в уведомлении максимальную денежную сумму,

[30] В отношении проверки удостоверения личности лица, ходатайствующего о регистрации, см. подпункт *d)* рекомендации 54.

которая может быть взыскана в связи с данным обеспечительным правом, – указание этой максимальной суммы.

Достаточность идентификатора лица, предоставляющего право

58. В законодательстве следует предусмотреть, что уведомление имеет силу только в том случае, если в нем указан правильный идентификатор лица, предоставляющего право, или, в случае приведения неправильных сведений, если данное уведомление можно извлечь посредством поиска регистрационной записи по правильному идентификатору.

59. В законодательстве следует предусмотреть, что если лицо, предоставляющее право, является физическим лицом, то его идентификатором для целей эффективной регистрации является фамилия лица, предоставляющего право, как она указана в соответствующем официальном документе. Если необходимо однозначно идентифицировать лицо, предоставляющее право, следует установить требование о введении дополнительной информации, например даты рождения или номера удостоверения личности.

60. В законодательстве следует предусмотреть, что если лицо, предоставляющее право, является юридическим лицом, то его идентификатором для целей эффективной регистрации является наименование, указанное в учредительных документах данного юридического лица.

Последствия изменения идентификатора лица, предоставляющего право, для действительности регистрации

61. В законодательстве следует предусмотреть, что если после регистрации уведомления изменяется использованный в уведомлении идентификатор лица, предоставляющего право, и, как следствие этого, идентификатор этого лица не соответствует стандартам, предусмотренным в рекомендациях 58–60, то обеспеченный кредитор может внести изменение в зарегистрированное уведомление с целью представить новый идентификатор в соответствии с этими стандартами. Если обеспеченный кредитор не зарегистрирует изменение в течение [короткого срока, который будет указан] дней после изменения, обеспечительное право утрачивает силу в отношении:

a) конкурирующего обеспечительного права, в отношении которого уведомление зарегистрировано или которому иным образом была придана сила в отношении третьих сторон до регистрации подобного изменения; и

b) лица, которое приобретает, арендует или лицензирует обремененные активы до регистрации подобного изменения.

Последствия передачи обремененных активов для действительности регистрации

62. В законодательстве следует рассмотреть вопрос о последствиях передачи обремененных активов для действительности регистрации.

Достаточность описания активов, указанных в уведомлении

63. В законодательстве следует предусмотреть, что описание активов, указанных в уведомлении, является достаточным, если оно отвечает требованиям, указанным в подпункте *d)* рекомендации 14 (глава II о создании обеспечительного права).

Последствия неправильного указания или недостаточного описания

64. В законодательстве следует предусмотреть, что неправильное указание лицом, ходатайствующим о регистрации, идентификатора или адреса обеспеченного кредитора или его представителей, либо описание обремененных активов, которое не отвечает требованиям рекомендации 63, не влечет за собой недействительность зарегистрированного уведомления, если только оно серьезным образом не вводит в заблуждение действующее разумно лицо, осуществляющее поиск.

65. В законодательстве следует предусмотреть, что описание определенных обремененных активов, которое не отвечает требованиям рекомендации 63, не влечет за собой недействительность зарегистрированного уведомления в отношении других активов, описание которых является достаточным.

66. В законодательстве следует предусмотреть, что неправильное указание в уведомлении данных в отношении срока действия регистрации и максимальной суммы обеспечения, если таковая предусмотрена, не влечет за собой недействительности зарегистрированного уведомления. Третьи стороны, которые положились на такое неправильное указание данных, должны иметь соответствующую защиту.

Время регистрации

67. В законодательстве следует предусмотреть, что уведомление, касающееся обеспечительного права, может быть зарегистрировано до или после:

a) создания обеспечительного права; или

b) заключения соглашения об обеспечении.

Достаточность одного уведомления о нескольких обеспечительных правах, вытекающих из нескольких соглашений между одними и теми же сторонами

68. В законодательстве следует предусмотреть, что регистрация одного уведомления является достаточной для придания силы одному или нескольким обеспечительным правам в отношении третьих сторон, независимо от того, существуют обеспечительные права в момент регистрации или создаются позднее, и независимо от того, вытекают они из одного или нескольких соглашений об обеспечении между одними и теми же сторонами.

Срок действия регистрации уведомления и его продление

69. В законодательстве следует либо указать срок действия регистрации уведомления, либо предусмотреть возможность указания лицом, ходатайствующим о регистрации, этого срока в уведомлении в момент регистрации и продления его в любое время до истечения его срока действия. В каждом случае обеспеченный кредитор должен иметь право на продление срока действия регистрации посредством представления уведомления об изменении в регистрационный орган в любой момент до истечения срока действия этого уведомления. Если в законодательстве предусмотрен срок действия регистрации, то период продления в результате регистрации уведомления об изменении должен составлять дополнительный период времени, равный первоначальному периоду. Если лицо, ходатайствующее о регистрации, имеет согласно законодательству право указывать срок действия регистрации, то период продления этого срока должен указываться в уведомлении об изменении.

Время вступления в силу регистрации уведомления или изменения

70. В законодательстве следует предусмотреть, что регистрация уведомления или изменения вступает в силу с момента, когда информация, содержащаяся в уведомлении или изменении, вносится в регистрационную запись, чтобы она стала доступной для лиц, ведущих поиск в регистрационных записях.

Разрешение на регистрацию

71. В законодательстве следует предусмотреть, что регистрация уведомления имеет силу только в случае письменного разрешения лица, предоставляющего право. Разрешение может быть дано до регистрации или после нее. Достаточным разрешением для регистрации является письменное соглашение об обеспечении. Действительность регистрации не зависит от личности лица, ходатайствующего о регистрации.

Аннулирование или изменение уведомления

72. В законодательстве следует предусмотреть, что, если соглашение об обеспечении не заключено, если обеспечительное право утрачивает силу в результате полной выплаты долга или по какой-либо иной причине или если лицо, предоставляющее право, не дало разрешения на регистрацию уведомления:

a) обеспеченный кредитор обязан представить в регистрационный орган уведомление об аннулировании или изменении, в той мере, в какой это целесообразно, в отношении соответствующего зарегистрированного уведомления не позднее, чем в течение [короткого срока, который будет указан] дней после получения обеспеченным кредитором письменной просьбы лица, предоставляющего право;

b) лицо, предоставляющее право, может потребовать аннулирования уведомления или внесения в него соответствующего изменения посредством упрощенной судебной или административной процедуры;

c) лицо, предоставляющее право, может потребовать аннулирования уведомления или внесения в него соответствующего изменения, как это предусмотрено в подпункте *b)*, даже до истечения срока, предусмотренного в подпункте *a)*, при наличии надлежащих механизмов для защиты обеспеченного кредитора.

73. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор вправе в любой момент представить в регистрирующий орган уведомление об аннулировании или изменении, в той мере, в какой это целесообразно, в отношении соответствующего зарегистрированного уведомления.

74. В законодательстве следует предусмотреть, чтобы вскоре после истечения срока действия зарегистрированного уведомления, как это предусмотрено в рекомендации 69, или его аннулирования, как это предусмотрено в рекомендациях 72 или 73, содержащаяся в уведомлении информация должна удаляться из общедоступных регистрационных записей. Однако информацию, содержащуюся в истекшем, аннулированном или измененном уведомлении, и сведения о факте истечения срока, аннулирования или внесения изменения следует хранить в архиве, с тем чтобы ее можно было извлечь в случае необходимости.

75. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае уступки обеспеченного обязательства в уведомление могут вноситься изменения, отражающие наименование

нового обеспеченного кредитора. Тем не менее уведомление без внесения таких изменений остается в силе.

V. Приоритет обеспечительного права

Цель

Цель положений, касающихся приоритета, заключается в:

a) определении правил для предсказуемого, справедливого и эффективного установления приоритета обеспечительного права в отношении прав конкурирующих заявителей требований; и

b) содействии сделкам, при которых лицо, предоставляющее право, может создавать несколько обеспечительных прав в одних и тех же активах и таким образом использовать полную стоимость своих активов для получения кредита.

A. Общие рекомендации

Приоритет обеспечительных прав, предоставляемых одним и тем же лицом в одних и тех же обремененных активах

76. В законодательстве следует предусмотреть, что приоритет конкурирующих обеспечительных прав, предоставляемых одним и тем же лицом в одних и тех же обремененных активах, определяется следующим образом:

a) применительно к различным обеспечительным правам, которым была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления, приоритет определяется очередностью регистрации независимо от очередности создания обеспечительных прав;

b) применительно к различным обеспечительным правам, которым была придана сила в отношении третьих сторон иным образом, нежели посредством регистрации, приоритет определяется очередностью придания силы в отношении третьих сторон; и

c) применительно к обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации, и обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон иным образом, нежели посредством регистрации, приоритет устанавливается (независимо от момента создания) очередностью регистрации или придания силы в отношении третьих сторон, в зависимости от того, что наступает раньше.

Настоящая рекомендация применяется с учетом правил, предусмотренных в рекомендациях 77, 78 и 87–109, а также в рекомендациях 178–185 (глава IX о финансировании приобретения, вариант A: унитарный подход).

Приоритет обеспечительного права, зарегистрированного в специальном реестре или внесенного в сертификат правового титула

77. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в активах, которое приобрело силу в отношении третьих сторон посредством регистрации в специальном реестре или внесения в сертификат правового титула, как это предусмотрено

в рекомендации 38 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), имеет приоритет перед:

a) обеспечительным правом в тех же активах, уведомление о котором было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав или которому была придана сила в отношении третьих сторон иным методом, нежели регистрация в специальном реестре или внесение в сертификат правового титула, независимо от очередности; и

b) обеспечительным правом в тех же активах, которое впоследствии было зарегистрировано в специальном реестре или внесено в сертификат правового титула.

78. В законодательстве следует предусмотреть, что если какие-либо обремененные активы были переданы, арендованы или лицензированы и если в момент передачи, взятия в аренду или выдачи лицензии обеспечительному праву в этих активах была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации в специальном реестре или внесения в сертификат правового титула, как это предусмотрено в рекомендации 38 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), то получатель, арендатор или лицензиат вступает в свои права с учетом этого обеспечительного права, кроме случаев, предусмотренных в рекомендациях 80–82. Однако, если обеспечительному праву не была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации в специальном реестре или внесения в сертификат правового титула, получатель, арендатор или лицензиат вступает в свои права без такого обеспечительного права.

Приоритет прав получателей, арендаторов и лицензиатов обремененных активов

79. В законодательстве следует предусмотреть, что если обремененные активы передаются, арендуются или лицензируются, а обеспечительному праву в этих активах была придана сила в отношении третьих сторон в момент передачи, взятия в аренду или выдачи лицензии, то получатель, арендатор или лицензиат вступает в свои права с учетом этого обеспечительного права, кроме случаев, предусмотренных в рекомендациях 78 и 80–82.

80. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) обеспечительное право не сохраняется в обремененных активах, которые проданы или иным образом реализованы лицом, предоставляющим право, если обеспеченный кредитор разрешает продажу или иную реализацию этих активов без обеспечительного права; и

b) права арендатора или лицензиата на обремененный актив не затрагиваются обеспечительным правом, если обеспеченный кредитор разрешает лицу, предоставляющему право, сдавать эти активы, не затронутые обеспечительным правом, в аренду или выдавать на них лицензии.

81. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) покупатель материальных активов (помимо оборотных инструментов или оборотных документов), проданных в ходе обычной коммерческой деятельности продавца, приобретает не затронутое обеспечительным правом право в этих активах, если в момент продажи ему не было известно, что такая продажа нарушает права обеспеченного кредитора согласно соглашению об обеспечении;

b) права арендатора материальных активов (помимо оборотных инструментов или оборотных документов), сданных в аренду в ходе обычной коммерческой деятельности арендодателя, не затрагиваются обеспечительным правом в этих активах, если в

момент заключения договора аренды арендатору не было известно, что такая аренда нарушает права обеспеченного кредитора согласно соглашению об обеспечении; и

c) права лицензиата неисключительной лицензии на нематериальные активы, лицензия на которые была выдана в ходе обычной коммерческой деятельности лицензиата, не затрагиваются обеспечительным правом в этих активах, если в момент заключения лицензионного соглашения лицензиату не было известно, что эта лицензия нарушает права обеспеченного кредитора согласно соглашению об обеспечении.

82. В законодательстве следует предусмотреть, что в случаях когда получатель приобретает право в обремененных активах без обеспечительного права, любое лицо, которое впоследствии приобретает какое-либо право в этих активах у получателя, также приобретает свое право без обеспечительного права. Если права арендатора или лицензиата не затрагиваются обеспечительным правом, то права субарендатора или сублицензиата также не затрагиваются этим обеспечительным правом.

Приоритет преференциальных требований

83. В законодательстве следует ограничить как в количественном, так и в стоимостном выражении возникающие в силу закона преференциальные требования, которые имеют приоритет перед обеспечительными правами, и в той мере, в какой преференциальные требования существуют, они должны быть четко и конкретно описаны в законодательстве.

Приоритет прав кредиторов, действующих на основании судебного решения

84. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право обладает приоритетом перед правами необеспеченных кредиторов, за исключением случаев, когда необеспеченный кредитор получил в соответствии с иным законодательством судебное решение или предварительный судебный приказ в отношении лица, предоставляющего право, и предпринял шаги, необходимые для приобретения прав в обремененных активах на основании этого судебного решения или предварительного судебного приказа до того, как это обеспечительное право приобрело силу в отношении третьих сторон. Приоритет обеспечительного права распространяется на кредит, предоставленный обеспеченным кредитором:

a) до истечения [короткого срока, который будет указан] дней после того, как необеспеченный кредитор уведомил обеспеченного кредитора о том, что он принял необходимые меры для приобретения прав в обремененных активах; или

b) согласно безотзывному обязательству (в установленной сумме или сумме, подлежащей установлению в соответствии с оговоренной формулой) обеспеченного кредитора предоставить кредит, если такое обязательство было взято до того, как необеспеченный кредитор уведомил обеспеченного кредитора о том, что он принял необходимые меры для приобретения прав в обремененных активах.

Настоящая рекомендация имеет исключение, предусмотренное в рекомендации 183 (глава IX о финансировании приобретения, вариант A: унитарный подход).

Приоритет прав лиц, которые предоставляют услуги в отношении обремененных активов

85. В законодательстве следует предусмотреть, что если иное законодательство предоставляет эквивалентные обеспечительным правам права кредитору, который оказал

услуги в отношении обремененных активов (например, посредством их ремонта, хранения или перевозки), то такие права ограничиваются активами, находящимися во владении этого кредитора, в объеме не выше разумной стоимости оказанных услуг и обладают приоритетом перед обеспечительными правами в этих активах, которым была придана сила в отношении третьих сторон при помощи одного из методов, указанных в рекомендации 32 или 34 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон).

Приоритет права поставщика на возвращение

86. В законодательстве следует предусмотреть, что если иное законодательство предусматривает, что поставщики материальных активов имеют право на возвращение этих активов, то право на возвращение является подчиненным по отношению к обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон до осуществления поставщиком своего права.

Приоритет обеспечительного права в принадлежностях недвижимого имущества

87. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное или любое иное право (например, право покупателя или арендатора) в принадлежностях недвижимого имущества, которое было создано и имеет силу в отношении третьих сторон согласно законодательству о недвижимом имуществе, как это предусмотрено в рекомендациях 21 (глава II о создании обеспечительного права) и 43 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), имеет приоритет перед обеспечительным правом в принадлежностях, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством одного из методов, указанных в рекомендации 32 или 34 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон).

88. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в материальных активах, являющихся принадлежностью недвижимого имущества в момент придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон или ставших принадлежностью недвижимого имущества впоследствии, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации в реестре недвижимого имущества, как это предусмотрено в рекомендации 43 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), имеет приоритет перед обеспечительным или любым иным правом (например, правом покупателя или арендатора) в соответствующем недвижимом имуществе, которое впоследствии было зарегистрировано в реестре недвижимого имущества.

Приоритет обеспечительного права в принадлежностях движимого актива

89. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное или любое иное право (например, право покупателя или арендатора) в принадлежностях движимого актива, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации в специальном реестре или внесения записи в сертификат правового титула, как это предусмотрено в рекомендации 42 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), имеет приоритет перед обеспечительным или иным правом в соответствующем движимом активе, который впоследствии был зарегистрирован в специальном реестре или запись о котором была внесена в сертификат правового титула.

Приоритет обеспечительного права в массе или продукте

90. В законодательстве следует предусмотреть, что если два или более обеспечительных прав в одних и тех же материальных активах сохраняются в массе или продукте, как это предусмотрено в рекомендации 22 (глава II о создании обеспечительного права), то они сохраняют тот же приоритет, какой имели обеспечительные права в материальных активах по отношению друг к другу непосредственно перед тем, как эти материальные активы стали частью массы или продукта.

91. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительные права в отдельных материальных активах сохраняются в одной и той же массе или продукте и каждое обеспечительное право имеет силу в отношении третьих сторон, то обеспеченные кредиторы имеют право на долю в совокупной максимальной стоимости своих обеспечительных прав в массе или продукте согласно соотношению стоимости соответствующих обеспечительных прав. Для целей этой формулы максимальная стоимость обеспечительного права не превышает стоимость, предусмотренную в рекомендации 22 (глава II о создании обеспечительного права), и сумму обеспеченного обязательства.

92. В законодательстве следует предусмотреть, что приобретательское обеспечительное право в отдельных материальных активах, которое сохраняется в массе или продукте и имеет силу в отношении третьих сторон, имеет приоритет перед обеспечительным правом, предоставленным одним и тем же лицом, предоставляющим право, в массе или продукте.

Иррелевантность осведомленности о существовании обеспечительного права

93. В законодательстве следует предусмотреть, что осведомленность конкурирующего заявителя требования о существовании обеспечительного права не влияет на приоритет[31].

Субординация

94. В законодательстве следует предусмотреть, что конкурирующий заявитель требования, имеющий право на приоритет, может в любой момент подчинить свой приоритет в одностороннем порядке или по договоренности в пользу любого другого существующего или будущего конкурирующего заявителя требований.

Последствия для приоритета сохранения силы в отношении третьих сторон

95. В законодательстве следует предусмотреть, что для целей рекомендации 76 на приоритет обеспечительного права не влияет изменение метода, с помощью которого ему придается сила в отношении третьих сторон, при условии, что это обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон непрерывно.

96. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право было зарегистрировано посредством уведомления или приобрело силу в отношении третьих сторон, а затем наступил период, в течение которого это обеспечительное право либо не было зарегистрировано посредством уведомления, либо не имело силы в отношении

[31] В отношении последствий осведомленности о том, что соответствующая сделка нарушает права обеспеченного кредитора, см. рекомендации 81, 102, подпункт *b),* 105 и 106.

третьих сторон, то приоритет этого обеспечительного права действует с момента, когда оно либо было зарегистрировано посредством уведомления, либо приобрело силу в отношении третьих сторон, в зависимости от того, что наступило раньше.

Приоритет обеспечительных прав, обеспечивающих действующие и будущие обязательства

97. В законодательстве следует предусмотреть, что с учетом рекомендации 84 приоритет обеспечительного права распространяется на все обеспеченные обязательства независимо от даты их возникновения.

Сфера действия приоритета

98. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае осуществления государством подпункта *d)* рекомендации 57 (глава IV о системе регистрации) приоритет обеспечительного права ограничивается максимальной суммой, указанной в зарегистрированном уведомлении.

Применение правил приоритета в отношении обеспечительного права в будущем активе

99. В законодательстве следует предусмотреть, что для целей подпунктов *a)* и *c)* рекомендации 76 приоритет обеспечительного права распространяется на все обремененные активы, указанные в зарегистрированном уведомлении, независимо от их приобретения лицом, предоставляющим право, или их возникновения до, в момент или после регистрации.

Применение правил приоритета в отношении обеспечительного права в поступлениях

100. В законодательстве следует предусмотреть, что для целей рекомендации 76 момент придания обеспечительному праву в обремененных активах силы в отношении третьих сторон или момент регистрации уведомления о наличии такого права является также моментом придания обеспечительному праву в поступлениях силы в отношении третьих сторон или его регистрации в качестве такого права.

B. Рекомендации, касающиеся конкретных активов

Приоритет обеспечительного права в оборотном инструменте

101. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в оборотном инструменте, которому была придана сила в отношении третьих сторон через владение этим инструментом, как это предусмотрено в рекомендации 37 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), имеет приоритет перед обеспечительным правом в оборотном инструменте, которому была придана сила в отношении третьих сторон каким-либо иным способом.

102. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в оборотном инструменте, которому была придана сила в отношении третьих сторон иным

способом, нежели через владение этим инструментом, является подчиненным по отношению к правам обеспеченного кредитора, покупателя или иного получателя (по соглашению), который:

a) рассматривается как защищенный держатель инструмента согласно нормам права, регулирующим оборотные инструменты; или

b) вступает во владение оборотным инструментом и добросовестно предоставляет стоимость, не зная о том, что данная передача является нарушением прав обеспеченного кредитора по соглашению об обеспечении.

Приоритет обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

103. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля, как это предусмотрено в рекомендации 49 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), имеет приоритет перед конкурирующим обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон каким-либо иным способом. Если депозитарный банк заключает соглашения о контроле более чем с одним обеспеченным кредитором, то приоритет требований этих обеспеченных кредиторов определяется исходя из порядка очередности заключения соглашений о контроле. Если обеспеченным кредитором является депозитарный банк, его обеспечительное право имеет приоритет перед любым другим обеспечительным правом (включая обеспечительное право, вступившее в силу в отношении третьих сторон по соглашению о контроле, заключенному с депозитарным банком, даже если обеспечительное право депозитарного банка было создано позднее по времени), за исключением обеспечительного права обеспеченного кредитора, который приобрел контроль, став владельцем этого счета.

104. В законодательстве следует предусмотреть, что любое право депозитарного банка, существующее согласно иному законодательству, на зачет поступлений в связи с реализацией права лица, предоставляющего право, на выплату средств, зачисленных на банковский счет, в порядке погашения обязательств, которые это лицо несет перед депозитарным банком, имеет приоритет перед каким-либо обеспечительным правом в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, кроме обеспечительного права обеспеченного кредитора, который приобрел контроль, став владельцем этого счета.

105. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае перевода средств с банковского счета по инициативе лица, предоставляющего право, получатель этих средств получает их без обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, если только этому получателю не было известно о том, что этот перевод нарушает права обеспеченного кредитора по соглашению об обеспечении. Настоящая рекомендация не умаляет прав получателей средств с банковских счетов в соответствии с иным законодательством.

Приоритет обеспечительного права в денежных средствах

106. В законодательстве следует предусмотреть, что лицо, которое вступает во владение денежными средствами, обремененными обеспечительным правом, получает эти средства без обеспечительного права, если только этому лицу не было известно о том,

что такая передача средств нарушает права обеспеченного кредитора по соглашению об обеспечении. Эта рекомендация не умаляет прав держателей денежных средств в соответствии с иным законодательством.

Приоритет обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

107. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля, имеет приоритет перед обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон в соответствии с рекомендацией 48 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон). Если контроль был получен через признание и если несогласованные признания были произведены каким-либо лицом нескольким обеспеченным кредиторам, то приоритет среди этих обеспеченных кредиторов устанавливается в той последовательности, в которой производились эти признания.

Приоритет обеспечительного права в оборотном документе или материальном активе, в отношении которых выдан оборотный документ

108. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в оборотном документе и материальных активах, в отношении которых он выдан, является подчиненным по отношению к любому более приоритетному праву, приобретенному получателем этого документа в соответствии с законодательством, регулирующим оборотные документы.

109. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в материальных активах, которому была придана сила в отношении третьих сторон путем вступления во владение оборотным документом, имеет приоритет по отношению к конкурирующему обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством какого-либо иного метода. Данное правило не применяется к обеспечительному праву в активах, не относящихся к инвентарным запасам, если обеспечительному праву обеспеченного кредитора, не владеющего оборотным документом, была придана сила в отношении третьих сторон до момента, когда:

a) в отношении активов был выдан оборотный документ; и

b) между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, владеющим оборотным документом, было заключено соглашение о том, что активы будут представлены оборотным документом, поскольку в отношении этих активов будет выдан такой оборотный документ в течение [короткого периода, который будет указан] дней после даты заключения соглашения.

VI. Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении

Цель

Цель положений, касающихся прав и обязанностей сторон, состоит в том, чтобы повысить эффективность обеспеченных сделок, уменьшить расходы по сделкам и снизить вероятность возникновения споров путем:

a) установления императивных норм, касающихся прав и обязанностей стороны, владеющей обремененными активами;

b) установления неимперативных норм, касающихся прав и обязанностей сторон и применимых в случаях, когда стороны не урегулировали эти вопросы в своем соглашении; и

c) установления неимперативных норм, служащих руководством для составления соглашения или контрольным перечнем вопросов, которые стороны, возможно, пожелают отразить в своем соглашении.

A. Общие рекомендации

Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении[32]

110. В законодательстве следует предусмотреть, что взаимные права и обязанности сторон соглашения об обеспечении определяются:

a) условиями, закрепленными в соглашении, включая любые упомянутые в нем правила или общие условия;

b) любым обычаем, о котором они договорились; и

c) если они не договорились об ином, любой практикой, которая сложилась в отношениях между ними.

Императивные нормы

111. В законодательстве следует предусмотреть, что сторона, во владении которой находятся обремененные активы, должна принимать разумные меры для обеспечения сохранности обремененных активов и поддержания их стоимости.

112. Обеспеченный кредитор должен возвратить обремененные активы, находящиеся в его владении, если после прекращения всех обязательств по кредиту обеспечительное право прекратило свое существование в результате полной выплаты или иных действий[33].

Неимперативные нормы

113. В законодательстве следует предусмотреть, что, если стороны не договорились об ином, обеспеченный кредитор имеет право:

a) на возмещение разумных расходов, понесенных в связи с обеспечением сохранности обремененных активов, находящихся в его владении;

b) разумно использовать обремененные активы, находящиеся в его владении, и направлять поступления по ним на выплату обеспеченного обязательства; и

c) проверять состояние обремененных активов, находящихся во владении лица, предоставившего право.

---

[32] В связи с рекомендацией 110 см. статью 11 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

[33] В отношении обязанности обеспеченного кредитора аннулировать зарегистрированное уведомление см. рекомендацию 72, глава IV о системе регистрации.

B. Рекомендации, касающиеся конкретных активов

Заверения цедента[34]

114. В отношении уступки договорной дебиторской задолженности в законодательстве следует предусмотреть, что:

a) если цедент и цессионарий не договорились об ином, в момент заключения договора уступки цедент дает заверения на счет того, что:

i) цедент обладает правом уступать дебиторскую задолженность;

ii) цедент ранее не уступал дебиторскую задолженность другому цессионарию; и

iii) должник по дебиторской задолженности не имеет и не будет иметь никаких возражений или прав на зачет; и

b) если цедент и цессионарий не договорились об ином, цедент не дает заверений на счет того, что должник по дебиторской задолженности обладает или будет обладать платежеспособностью.

Право уведомлять должника по дебиторской задолженности

115. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) если цедент и цессионарий не договорились об ином, цедент или цессионарий, или и тот и другой могут направить должнику по дебиторской задолженности уведомление об уступке и платежную инструкцию, но после уведомления такую инструкцию может направлять только цессионарий; и

b) уведомление об уступке или платежная инструкция, направленные в нарушение какой-либо договоренности, о которой идет речь в подпункте *a)* настоящей рекомендации, не утрачивают силы для целей рекомендации 120 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства) по причине такого нарушения. Однако ничто в настоящей рекомендации не затрагивает никаких обязательств или ответственности стороны, нарушившей такую договоренность, в связи с любыми убытками, возникшими в результате нарушения.

Право на получение платежа

116. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) в отношениях между цедентом и цессионарием, если они не договорились об ином, и независимо от того, было ли направлено уведомление об уступке:

i) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цессионарию, последний имеет право удерживать поступления и возвращенные материальные активы по данной уступленной дебиторской задолженности;

ii) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен цеденту, цессионарий имеет право на получение поступлений, а также на

[34] В связи с рекомендациями 114–116 см. статьи 12–14 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

материальные активы, возвращенные цеденту по данной уступленной дебиторской задолженности; и

iii) если платеж по уступленной дебиторской задолженности произведен другому лицу, по отношению к которому цессионарий имеет приоритет, цессионарий имеет право на получение поступлений, а также на материальные активы, возвращенные такому лицу по данной уступленной дебиторской задолженности;

b) цессионарий не имеет права удерживать больше того, что ему причитается по его праву в дебиторской задолженности.

VII. Права и обязанности третьих сторон, имеющих обязательства

Цель

Цель положений, касающихся прав и обязанностей третьих сторон, имеющих обязательства, заключается в повышении эффективности обеспеченных сделок в случаях, когда обремененными активами является обязательство произвести платеж или исполнение иного обязательства третьей стороны перед лицом, предоставившим право, путем:

a) установления правил, касающихся прав и обязанностей сторон по уступке дебиторской задолженности и защиты должника по дебиторской задолженности;

b) установления правил по обеспечению согласованности законодательства в области обеспеченных сделок с другим законодательством, касающимся прав и обязанностей, возникающих по оборотным инструментам и оборотным документам; и

c) установления правил по обеспечению согласованности режима обеспеченных сделок с другим законодательством, регулирующим права и обязанности депозитарных банков, а также гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица по независимому обязательству.

A. Права и обязанности должника по дебиторской задолженности[35]

Защита должника по дебиторской задолженности

117. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) если в этом законодательстве не предусмотрено иное, уступка, совершенная без согласия должника по дебиторской задолженности, не затрагивает прав и обязанностей должника по дебиторской задолженности, включая условия платежа, содержащиеся в первоначальном договоре; и

b) в платежной инструкции могут быть изменены наименование лица, адрес или счет, на который должник по дебиторской задолженности должен произвести платеж, но не могут быть изменены:

i) валюта платежа, указанная в первоначальном договоре; и

[35] Рекомендации 117–123, см. статьи 15–21 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке.

ii) указанное в первоначальном договоре государство, в котором должен быть произведен платеж, на иное государство, отличное от того, в котором находится должник по дебиторской задолженности.

Уведомление об уступке

118. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) уведомление об уступке или платежная инструкция имеют силу по получении их должником по дебиторской задолженности, если они составлены на языке, который, как этого разумно ожидать, позволит должнику по дебиторской задолженности ознакомиться с их содержанием. Считается достаточным, если уведомление об уступке или платежная инструкция составлены на языке первоначального договора;

b) уведомление об уступке или платежная инструкция могут касаться дебиторской задолженности, которая возникает после уведомления; и

c) уведомление о последующей уступке представляет собой уведомление о всех предшествующих уступках.

Освобождение должника по дебиторской задолженности от ответственности посредством платежа

119. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) до получения должником по дебиторской задолженности уведомления об уступке он имеет право на освобождение от ответственности посредством платежа в соответствии с первоначальным договором;

b) после получения должником по дебиторской задолженности уведомления об уступке, с учетом подпунктов *c)–h)* настоящей рекомендации, он освобождается от ответственности только посредством платежа цессионарию или – если в уведомлении об уступке содержатся иные инструкции или если впоследствии должник по дебиторской задолженности получил от цессионария в письменной форме иные инструкции – в соответствии с такими платежными инструкциями;

c) если должник по дебиторской задолженности получает более чем одну платежную инструкцию, касающуюся одной уступки одной и той же дебиторской задолженности, совершенной одним и тем же цедентом, он освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с последней платежной инструкцией, полученной от цессионария до платежа;

d) если должник по дебиторской задолженности получает уведомление о более чем одной уступке одной и той же дебиторской задолженности, совершенной одним и тем же цедентом, он освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с первым полученным уведомлением;

e) если должник по дебиторской задолженности получает уведомление об одной или нескольких последующих уступках, он освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с уведомлением о последней из таких последующих уступок;

f) если должник по дебиторской задолженности получает уведомление об уступке части или одной или нескольких статей дебиторской задолженности или неделимого интереса в них, он освобождается от ответственности посредством платежа в

соответствии с уведомлением или в соответствии с настоящей рекомендацией, как если бы должник по дебиторской задолженности не получал уведомления. Если должник по дебиторской задолженности производит платеж в соответствии с уведомлением, он освобождается от ответственности только в объеме той части или того неделимого интереса, в отношении которых был произведен платеж;

g) если должник по дебиторской задолженности получает уведомление об уступке от цессионария, он имеет право потребовать от цессионария представить ему в течение разумного срока надлежащее доказательство того, что уступка от первоначального цедента первоначальному цессионарию и любые промежуточные уступки были совершены, и, если цессионарий этого не делает, должник по дебиторской задолженности освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с настоящей рекомендацией, как если бы уведомление от цессионария не было получено. Надлежащее доказательство уступки включает, в частности, любой исходящий от цедента документ в письменной форме с указанием того, что уступка была совершена; и

h) настоящая рекомендация не затрагивает никаких иных оснований, по которым платеж должника по дебиторской задолженности лицу, имеющему право на платеж, компетентному судебному или иному органу или в публичный депозитный фонд освобождает должника по дебиторской задолженности от ответственности.

Возражения и права на зачет со стороны должника по дебиторской задолженности

120. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) если цессионарий предъявляет должнику по дебиторской задолженности требование произвести платеж по уступленной дебиторской задолженности, должник по дебиторской задолженности может ссылаться в отношении цессионария на все вытекающие из первоначального договора или любого другого договора, являющегося частью той же сделки, возражения или права на зачет, которыми должник по дебиторской задолженности мог бы воспользоваться, если бы уступка не была совершена и такое требование было заявлено цедентом;

b) должник по дебиторской задолженности может ссылаться в отношении цессионария на любое другое право на зачет, при условии, что оно имелось у должника по дебиторской задолженности в момент получения им уведомления об уступке; и

c) независимо от положений подпунктов *a)* и *b)* настоящей рекомендации, возражения и права на зачет, на которые согласно подпункту *b)* рекомендации 24 или подпункту *e)* рекомендации 25 (глава II о создании обеспечительного права) может ссылаться должник по дебиторской задолженности в отношении цедента в связи с нарушением соглашения, ограничивающего каким-либо образом право цедента на уступку, не могут быть использованы должником по дебиторской задолженности в отношении цессионария.

Договоренность не использовать возражения или права на зачет

121. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) должник по дебиторской задолженности может в письменной форме за его подписью договориться с цедентом не использовать в отношении цессионария возражения и права на зачет, которыми он мог бы воспользоваться в соответствии с рекомендацией 120. Такая договоренность лишает должника по дебиторской

задолженности права использовать в отношении цессионария такие возражения и права на зачет;

b) должник по дебиторской задолженности не может отказываться от возражений:

i) являющихся следствием мошеннических действий со стороны цессионария; или

ii) основанных на недееспособности должника по дебиторской задолженности; и

c) такая договоренность может быть изменена только по согласию должника по дебиторской задолженности в письменной форме за его подписью. Последствия такого изменения по отношению к цессионарию определяются подпунктом *b)* рекомендации 122.

Изменение первоначального договора

122. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) договоренность, которая достигнута между цедентом и должником по дебиторской задолженности до уведомления об уступке и которая затрагивает права цессионария, имеет силу в отношении цессионария, и цессионарий приобретает соответствующие права;

b) договоренность, которая достигнута между цедентом и должником по дебиторской задолженности после уведомления об уступке и которая затрагивает права цессионария, не имеет силы в отношении цессионария, за исключением случаев, когда:

i) цессионарий дает на это свое согласие; или

ii) дебиторская задолженность не полностью подкреплена исполнением и соответствующее изменение предусмотрено первоначальным договором или в контексте первоначального договора разумный цессионарий согласился бы на такое изменение; и

c) подпункты *a)* и *b)* настоящей рекомендации не затрагивают никаких прав цедента или цессионария, возникающих в результате нарушения договоренности между ними.

Возврат уплаченных сумм

123. В законодательстве следует предусмотреть, что неисполнение первоначального договора цедентом не дает должнику по дебиторской задолженности права требовать от цессионария возврата каких-либо сумм, уплаченных должником по дебиторской задолженности цеденту или цессионарию.

B. Права и обязанности лица, имеющего обязательство по оборотному инструменту

124. В законодательстве следует предусмотреть, что права обеспеченного кредитора в соответствии с оборотным инструментом в отношении лица, имеющего обязательство по этому оборотному инструменту, подпадают под действие законодательства, регулирующего оборотные инструменты.

C. Права и обязанности депозитарного банка

125. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) создание обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, не затрагивает прав и обязанностей депозитарного банка без его согласия; и

b) любые права на зачет, которые депозитарный банк может иметь согласно иному законодательству, не умаляются по причине того или иного обеспечительного права, которое депозитарный банк может иметь в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет.

126. В законодательстве следует предусмотреть, что ничто в настоящем законодательстве не обязывает депозитарный банк:

a) выплачивать средства какому-либо иному лицу, нежели лицо, которое осуществляет контроль над средствами, зачисленными на банковский счет; или

b) отвечать на запросы о представлении информации о том, существует ли соглашение о контроле или обеспечительное право в его пользу и сохранило ли лицо, предоставившее право, право распоряжаться средствами, зачисленными на банковский счет; или

c) заключать соглашение о контроле.

D. Права и обязанности гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица по независимому обязательству

127. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) на право обеспеченного кредитора в праве на получение поступлений по независимому обязательству распространяется действие – существующих согласно законам и практике, регулирующим независимые обязательства, – прав гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица и любого другого бенефициара, наименование которого фигурирует в обязательстве или которому было передано право на снятие средств;

b) права лица, которому передано независимое обязательство, не затрагиваются обеспечительным правом в праве на получение поступлений по независимому обязательству, которое было создано передавшим его лицом или любым ранее передавшим его лицом; и

c) независимые права гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица или лица, которому передано независимое обязательство, не умаляются по причине наличия какого-либо обеспечительного права, которое они могут иметь в праве на получение поступлений по независимому обязательству.

128. В законодательстве следует предусмотреть, что гарант/эмитент, подтверждающее или назначенное лицо не обязаны производить какой-либо оплаты любому лицу, если оно не является подтверждающим или назначенным лицом, именованным бенефициаром, признанным получателем независимого обязательства или признанным цессионарием права на получение поступлений по независимому обязательству.

129. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспеченный кредитор получил контроль над поступлениями по независимому обязательству, став признанным цессионарием этих поступлений, то он имеет право настаивать на исполнении

этого признания в своих отношениях с гарантом/эмитентом, подтверждающим или назначенным лицом, которые произвели признание.

E. Права и обязанности эмитента оборотного документа

130. В законодательстве следует предусмотреть, что на права обеспеченного кредитора в соответствии с оборотным документом в отношении эмитента или иного лица, имеющего обязательство по этому оборотному документу, распространяется действие законодательства, регулирующего оборотные документы.

VIII. Реализация обеспечительного права

Цель

Цель положений, касающихся реализации обеспечительных прав, состоит в том, чтобы предусмотреть:

a) четкие, простые и эффективные способы реализации обеспечительных прав после неисполнения обязательств должником;

b) методы, позволяющие в максимальной степени повысить чистую стоимость реализации обремененных активов в интересах лица, предоставляющего право, должника или любого другого лица, с которого причитается платеж по обеспеченному обязательству, обеспеченного кредитора и других кредиторов, имеющих право в обремененных активах; и

c) оперативные судебные и, с учетом соответствующих гарантий, внесудебные методы реализации обеспеченными кредиторами своих прав.

A. Общие рекомендации

Общий стандарт поведения в контексте реализации прав

131. В законодательстве следует предусмотреть, что любое лицо должно добросовестно и коммерчески разумно реализовывать свои права и исполнять свои обязанности в соответствии с положениями, касающимися реализации прав.

Ограничения автономии сторон

132. В законодательстве следует предусмотреть, что от общего стандарта поведения, о котором идет речь в рекомендации 131, невозможно отказаться в одностороннем порядке или изменить его по соглашению в любой момент.

133. В законодательстве следует предусмотреть, что с учетом рекомендации 132 лицо, предоставляющее право, и любое иное лицо, с которого причитается платеж или иное исполнение обеспеченного обязательства, может в одностороннем порядке отказаться от любого из своих прав или по соглашению изменить любое из этих прав согласно положениям о реализации прав, однако только после факта неисполнения обязательств.

134. В законодательстве следует предусмотреть, что с учетом рекомендации 132 обеспеченный кредитор может в любое время в одностороннем порядке отказаться от любого из своих прав или по соглашению изменить любое из этих прав согласно положениям о реализации прав.

135. В законодательстве следует предусмотреть, что любое изменение прав по соглашению не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной этого соглашения. На лицо, оспаривающее силу такого соглашения на том основании, что оно не соответствует рекомендациям 132, 133 или 134, возлагается бремя доказывания.

Ответственность

136. В законодательстве следует предусмотреть, что если какое-либо лицо не исполняет своих обязательств согласно положениям о реализации прав, оно несет ответственность за ущерб, причиненный таким неисполнением.

Защита прав в судебном или ином порядке при несоблюдении обязательств

137. В законодательстве следует предусмотреть, что должник, лицо, предоставляющее право, или любое другое заинтересованное лицо (например, обеспеченный кредитор более поздней очереди, чем обеспеченный кредитор, осуществляющий реализацию, гарант или совладелец обремененных активов) имеет право в любой момент обратиться в суд или иной орган за защитой в случае, если обеспеченный кредитор не исполняет свои обязательства согласно положениям о реализации прав.

Оперативное судебное производство

138. В законодательстве следует предусмотреть возможность проведения оперативного судебного производства в тех случаях, когда обеспеченный кредитор, лицо, предоставляющее право, или любое иное лицо, которое должно исполнить обеспеченное обязательство или заявляет о своем праве в обремененных активах, обращается в суд или иной орган по поводу осуществления прав после неисполнения обязательств.

Права лица, предоставляющего право, после неисполнения обязательств

139. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательств лицо, предоставляющее право, может воспользоваться одним или несколькими из приведенных ниже прав:

a) оплатить в полном объеме обеспеченное обязательство и освободить от обеспечительного права все обремененные активы, как это предусмотрено в рекомендации 140;

b) обратиться в суд или иной орган за защитой, если обеспеченный кредитор не выполняет своих обязательств согласно положениям этого законодательства, как это предусмотрено в рекомендации 137;

c) предложить обеспеченному кредитору принять обремененные активы в полное или частичное погашение обеспеченного обязательства, как это предусмотрено в рекомендациях 158 и 159, или отклонить соответствующее предложение обеспеченного кредитора; и

d) воспользоваться любым иным правом, предусмотренным соглашением об обеспечении или каким-либо законодательством.

Прекращение действия обеспечительного права после исполнения обеспеченного обязательства в полном объеме

140. В законодательстве следует предусмотреть, что должник, лицо, предоставляющее право, или любое иное заинтересованное лицо (например, обеспеченный кредитор, обеспечительное право которого имеет более низкий приоритет по отношению к праву обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, гарант или совладелец обремененных активов) имеет право исполнить в полном объеме обеспеченное обязательство, включая оплату расходов по реализации вплоть до момента полного исполнения. Такое право может быть осуществлено до момента отчуждения, приобретения или принятия обремененных активов обеспеченным кредитором или заключения обеспеченным кредитором соглашения о реализации обремененных активов. Если все обязательства по кредиту выполнены, то исполнение обеспеченного обязательства в полном объеме освобождает все обремененные активы от обеспечительного права с учетом любых прав суброгации в пользу лица, исполняющего обеспеченное обязательство.

Права обеспеченного кредитора после неисполнения обязательств

141. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательства обеспеченный кредитор имеет право воспользоваться одним или несколькими из приведенных ниже прав в отношении обремененных активов:

a) вступить во владение обремененными материальными активами, как это предусмотрено в рекомендациях 146 и 147;

b) продать обремененные активы или иным образом распорядиться ими, сдать их в аренду или под лицензию, как это предусмотрено в рекомендациях 148–155;

c) предложить, чтобы обеспеченный кредитор принял обремененные активы в полное или частичное погашение обеспеченного обязательства, как это предусмотрено в рекомендациях 156–158;

d) реализовать свое обеспечительное право в принадлежностях, как это предусмотрено в рекомендациях 165 и 166;

e) принять обремененные активы или иным образом реализовать обеспечительное право в обремененных активах, если они представляют собой дебиторскую задолженность, оборотный инструмент, право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, или право на получение поступлений по независимому обязательству, как это предусмотрено в рекомендациях 167–176;

f) реализовать права по оборотному документу, как это предусмотрено в рекомендации 177; и

g) воспользоваться любым иным правом, предусмотренным соглашением об обеспечении (если только это не противоречит положениям этого законодательства), или каким-либо законодательством.

Судебные и внесудебные способы реализации прав после неисполнения обязательств

142. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательств обеспеченный кредитор может реализовать свои права, предусмотренные в

рекомендации 141, либо путем обращения в суд или другой орган, либо без такого обращения. Внесудебная реализация прав обеспеченного кредитора подчиняется общему стандарту поведения, предусмотренному в рекомендации 131, и требованиям, предусмотренным в рекомендациях 147–155 в отношении вступления во владение обремененными активами и их отчуждения во внесудебном порядке.

Использование всех предусмотренных прав после неисполнения обязательств

143. В законодательстве следует предусмотреть, что осуществление какого-либо права после неисполнения обязательств не препятствует осуществлению другого права, если только такое осуществление одного права не делает невозможным использование другого права.

Права в отношении обеспеченного обязательства после неисполнения обязательств

144. В законодательстве следует предусмотреть, что осуществление права в отношении обремененных активов после неисполнения обязательств не препятствует осуществлению после неисполнения обязательств права в отношении обязательства, обеспеченного этими активами, и наоборот.

Право обеспеченного кредитора первой очереди контролировать процесс реализации

145. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае если обеспеченный кредитор начал процесс реализации, приняв любую из мер, описанных в положениях о реализации права, или кредитор, действующий на основании судебного решения, предпринял шаги, упомянутые в рекомендации 84 (глава V о приоритете обеспечительного права), обеспеченный кредитор, обеспечительное право которого имеет приоритет перед правами осуществляющего реализацию обеспеченного кредитора или перед правами осуществляющего реализацию кредитора, действующего на основании судебного решения, имеет право взять на себя процесс реализации на протяжении всего времени до момента отчуждения, приобретения или принятия обремененных активов, или заключения осуществляющим реализацию обеспеченным кредитором соглашения о реализации этих обремененных активов, в зависимости от того, что происходит раньше. Право взять на себя процесс реализации включает право на реализацию прав любым методом, предусмотренным рекомендациями в настоящей главе.

Право обеспеченного кредитора вступить во владение обремененными активами

146. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательств обеспеченный кредитор имеет право вступить во владение обремененными материальными активами.

Вступление во владение обремененными активами во внесудебном порядке

147. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор может выбрать метод вступления во владение обремененными материальными активами без обращения в суд или иной орган только в том случае, если:

a) лицо, предоставляющее право, дало в соглашении об обеспечении свое согласие на то, что обеспеченный кредитор может вступить во владение, не обращаясь в суд или иной орган;

b) обеспеченный кредитор направил лицу, предоставляющему право, или любому лицу, во владении которого находятся обремененные активы, уведомление о неисполнении обязательств и о намерении обеспеченного кредитора вступить во владение, не обращаясь в суд или иной орган; и

c) в момент изъявления обеспеченным кредитором желания вступить во владение обремененными активами лицо, предоставляющее право, и лицо, во владении которого находятся обремененные активы, не возражают против этого.

Отчуждение обремененных активов во внесудебном порядке

148. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательств обеспеченный кредитор имеет право без обращения в суд или иной орган продать обремененные активы или иным образом распорядиться ими, сдать их в аренду или под лицензию в пределах прав лица, предоставляющего право, в обремененных активах. С учетом стандарта поведения, предусмотренного в рекомендации 131, обеспеченный кредитор, который решает воспользоваться этим правом, может выбрать метод, порядок, время, место и другие аспекты распоряжения этими активами, сдачи их в аренду или под лицензию.

Предварительное уведомление о распоряжении обремененными активами во внесудебном порядке

149. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательств обеспеченный кредитор должен уведомить о своем намерении продать обремененные активы или распорядиться ими иным образом, сдать их в аренду или под лицензию, не обращаясь в суд или иной орган. Уведомление не требуется, если обремененные активы являются скоропортящимися, их стоимость может быстро уменьшиться или они относятся к той категории активов, которые продаются на признанном рынке.

150. В законодательстве следует предусмотреть правила, обеспечивающие направление уведомления, о котором идет речь в рекомендации 149, эффективным, своевременным и надежным способом, с тем чтобы защитить лицо, предоставляющее право, или другие заинтересованные стороны и в то же время избежать отрицательных последствий для имеющихся в распоряжении обеспеченного кредитора средств правовой защиты и потенциальной чистой стоимости реализации обремененных активов.

151. В отношении уведомления, упомянутого в рекомендации 149, в законодательстве следует:

a) предусмотреть, что такое уведомление должно быть направлено:

i) лицу, предоставляющему право, должнику и любому иному лицу, которое обязано исполнить обеспеченное обязательство;

ii) любому лицу, которое обладает правами в обремененных активах и которое не менее чем за [будет указано] дней до направления обеспеченным кредитором уведомления лицу, предоставляющему право, уведомило в письменной форме обеспеченного кредитора о таких правах;

iii) любому другому обеспеченному кредитору, который не менее чем за [будет указан короткий срок] дней до направления обеспеченным кредитором уведомления лицу, предоставляющему право, зарегистрировал уведомление об обеспечительном праве в обремененных активах, которому присвоен индекс по идентификатору лица, предоставляющего право; и

iv) любому другому обеспеченному кредитору, во владении которого находились обремененные активы в момент, когда осуществляющий реализацию обеспеченный кредитор вступил во владение этими активами;

b) указать порядок и сроки направления такого уведомления, его минимальное содержание и уточнить при этом, должно ли уведомление содержать расчет причитающейся на тот момент суммы и ссылку на право должника или лица, предоставляющего право, получить освобождение обремененных активов от обеспечительного права, как это предусмотрено в рекомендации 140; и

c) предусмотреть, что уведомление должно быть составлено на языке, который, как это можно разумно ожидать, позволяет его получателям ознакомиться с его содержанием. Считается достаточным, если уведомление составлено на языке соглашения об обеспечении, которое приводится в исполнение.

Распределение поступлений от отчуждения обремененных активов во внесудебном порядке

152. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае отчуждения обремененных активов во внесудебном порядке осуществляющий реализацию прав обеспеченный кредитор должен использовать чистые поступления от такой реализации (после вычета расходов, связанных с процессом реализации) для погашения обеспеченного обязательства. За исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 153, обеспеченный кредитор, осуществляющий реализацию прав, должен выплатить любые остающиеся излишки любому конкурирующему заявителю менее приоритетного требования, который до распределения таких излишков уведомил обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию прав, о своем менее приоритетном требовании, в пределах суммы этого требования. Любая оставшаяся сумма должна быть возвращена лицу, предоставляющему право.

153. В законодательстве следует также предусмотреть, что в случае отчуждения обремененных активов во внесудебном порядке, независимо от существования какого-либо спора относительно права любого конкурирующего заявителя требования или очередности платежей, обеспеченный кредитор, осуществляющий реализацию прав, может в соответствии с общими применимыми процессуальными нормами выплатить излишки компетентному судебному или иному органу или публичному депозитному фонду для распределения. Излишки должны распределяться в соответствии с положениями этого законодательства, касающимися приоритета.

154. В законодательстве следует предусмотреть, что распределение поступлений, реализуемых в результате отчуждения в судебном порядке или другой процедуры, осуществляемой под надзором официальных органов, должно проводиться в соответствии с общими правилами, регулирующими исполнительное производство в соответствующем государстве, однако с учетом положений этого законодательства, касающихся приоритета.

155. В законодательстве следует предусмотреть, что должник и любое иное лицо, с которого причитается платеж по обеспеченному обязательству, продолжает нести ответственность за возмещение любых недостающих сумм, которые причитаются

после зачета чистых поступлений от реализации в счет погашения обеспеченного обязательства.

Принятие обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства

156. В законодательстве следует предусмотреть, что после факта неисполнения обязательств обеспеченный кредитор может предложить в письменной форме принять один или несколько обремененных активов в полное или частичное погашение обеспеченного обязательства.

157. В отношении предложения, упомянутого в рекомендации 156, в законодательстве следует:

a) предусмотреть, что такое предложение должно быть направлено:

i) лицу, предоставляющему право, должнику и любому иному лицу, которое обязано произвести платеж или иным образом исполнить обеспеченное обязательство (например, гаранту);

ii) любому лицу, которое обладает правами в обремененных активах и которое не менее чем за [будет указано] дней до направления обеспеченным кредитором предложения лицу, предоставляющему право, уведомило в письменной форме обеспеченного кредитора о таких правах;

iii) любому другому обеспеченному кредитору, который не менее чем за [будет указан короткий срок] дней до направления предложения лицу, предоставляющему право, зарегистрировал уведомление об обеспечительном праве в обремененных активах, которому присвоен индекс по идентификатору лица, предоставляющего право; и

iv) любому другому обеспеченному кредитору, во владении которого находились обремененные активы в момент вступления во владение ими обеспеченного кредитора; и

b) предусмотреть, чтобы в этом предложении обязательно указывалась сумма, причитающаяся на момент направления предложения, и сумма обязательства, которое предлагается погасить посредством принятия обремененных активов.

158. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор может принять обремененные активы, как это предусмотрено в рекомендации 156, если только обеспеченный кредитор не получит от любого лица, имеющего право на получение предложения согласно рекомендации 157, возражение в письменной форме в течение [короткого срока, который будет указан] дней, после направления этого предложения. В случае предложения о принятии обремененных активов в частичное погашение обеспеченного обязательства твердое согласие любого лица, которому направлено это предложение, является обязательным.

159. В законодательстве следует предусмотреть, что лицо, предоставляющее право, может делать предложение, о котором идет речь в рекомендации 156, и если обеспеченный кредитор принимает его, то он должен действовать так, как это предусмотрено в рекомендациях 157 и 158.

Права, приобретенные в процессе отчуждения на основании судебного решения

160. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспеченный кредитор отчуждает обремененные активы в ходе судебного или иного процесса, проходящего

под надзором официальных органов, то права, приобретенные лицом, к которому они перешли, определяются общими правилами, регулирующими исполнительное производство соответствующего государства.

Права, приобретенные в процессе отчуждения во внесудебном порядке

161. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспеченный кредитор продает или иным образом отчуждает обремененные активы, не обращаясь в суд или другой орган, в соответствии с этим законодательством, то любое лицо, которое приобретает право лица, предоставляющего право, в этих активах, принимает эти активы с учетом прав, имеющих приоритет по отношению к обеспечительному праву обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, однако без прав обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, и любого конкурирующего заявителя требования, право которого имеет более низкий приоритет по сравнению с правом обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию. Это же правило применяется к правам в обремененных активах, приобретенным обеспеченным кредитором, который принял эти активы в полное или частичное погашение обеспеченного обязательства.

162. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспеченный кредитор сдает обремененный актив в аренду или под лицензию, не обращаясь в суд или иной орган, в соответствии с этим законодательством, то арендатор или лицензиат могут пользоваться данной арендой или лицензией в течение срока их действия, но не вопреки правам, которые имеют приоритет перед обеспечительным правом обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию.

163. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспеченный кредитор продает или иным образом отчуждает, сдает в аренду или под лицензию обремененные активы не в соответствии с рекомендациями в настоящей главе, то добросовестный приобретатель, арендатор или лицензиат обремененных активов приобретает права или возможности, изложенные в рекомендациях 161 и 162.

Одновременное применение режимов реализации прав в движимом и недвижимом имуществе

164. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) обеспеченный кредитор может решить реализовать обеспечительное право в принадлежностях недвижимого имущества в соответствии с рекомендациями в настоящей главе или законодательством, регулирующим реализацию обременений в недвижимом имуществе; и

b) если в качестве обеспечения обязательства используются как движимые активы, так и недвижимое имущество лица, предоставляющего право, то обеспеченный кредитор может по своему выбору решить реализовать:

i) обеспечительное право в движимых активах в соответствии с положениями о реализации обеспечительного права в движимых активах, а обременение недвижимого имущества в соответствии с законодательством, регулирующим реализацию обременений в недвижимом имуществе; или

ii) оба права в соответствии с законодательством, регулирующим реализацию обременений в недвижимом имуществе.

Реализация обеспечительного права в принадлежностях

165. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор, имеющий обеспечительное право в принадлежностях недвижимого имущества, может реализовать свое обеспечительное право только в том случае, если оно имеет приоритет перед конкурирующими правами в этом недвижимом имуществе. Любой кредитор, имеющий конкурирующее право в недвижимости с более низким приоритетом, имеет право на погашение обязательства, обеспеченного обеспечительным правом осуществляющего реализацию обеспеченного кредитора в принадлежностях. Осуществляющий реализацию обеспеченный кредитор несет ответственность за любой ущерб, причиненный недвижимому имуществу в результате изъятия принадлежностей, кроме любого снижения стоимости этого имущества, которое объясняется исключительно отсутствием принадлежностей.

166. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор, имеющий обеспечительное право в принадлежностях движимых активов, может реализовать свое обеспечительное право только в этих принадлежностях. Любой кредитор, обладающий более высоким приоритетом, может взять под контроль процесс реализации, как это предусмотрено в рекомендации 145. Любой кредитор, обладающий более низким приоритетом, имеет право на погашение обязательства, обеспеченного обеспечительным правом осуществляющего реализацию обеспеченного кредитора в принадлежностях. Осуществляющий реализацию обеспеченный кредитор несет ответственность за любой ущерб, причиненный движимым активам в результате изъятия принадлежностей, кроме любого снижения стоимости этих активов, которое объясняется исключительно отсутствием принадлежностей.

B. Рекомендации, касающиеся конкретных активов

Применение положений главы о реализации к прямой передаче дебиторской задолженности

167. В законодательстве следует предусмотреть, что рекомендации в настоящей главе не применяются к инкассации или иной реализации дебиторской задолженности, уступленной посредством прямой передачи, за исключением:

a) рекомендаций 131 и 132, в случае прямой передачи с правом регресса; и

b) рекомендаций 168 и 169.

Реализация обеспечительного права в дебиторской задолженности

168. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае уступки дебиторской задолженности посредством прямой передачи с учетом рекомендаций 117–123 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства) цессионарий имеет право инкассировать или иным образом реализовать дебиторскую задолженность. В случае уступки дебиторской задолженности иным способом, нежели путем прямой передачи, цессионарий, с учетом рекомендаций 117–123, имеет право инкассировать или иным образом реализовать дебиторскую задолженность после неисполнения обязательств или до неисполнения обязательств с согласия цедента.

169. В законодательстве следует предусмотреть, что право цессионария инкассировать или иным образом реализовать дебиторскую задолженность включает в себя право

инкассировать или иным образом реализовать любое личное или имущественное право, обеспечивающее выплату дебиторской задолженности.

Реализация обеспечительного права в оборотном инструменте

170. В законодательстве следует предусмотреть, что после неисполнения обязательства или до его неисполнения с согласия лица, предоставляющего право, обеспеченный кредитор имеет право, с учетом рекомендации 124 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства), инкассировать или иным образом реализовать оборотный инструмент, представляющий собой обремененный актив, в отношении лица, имеющего обязательство по этому инструменту.

171. В законодательстве следует предусмотреть, что право обеспеченного кредитора инкассировать или иным образом реализовать оборотный инструмент включает в себя право инкассировать или иным образом реализовать любое личное или имущественное право, обеспечивающее платеж по оборотному инструменту.

Распределение поступлений при отчуждении обремененных активов, представляющих собой дебиторскую задолженность, оборотный инструмент или иное требование

172. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае инкассирования средств по дебиторской задолженности или оборотному инструменту или иной их реализации или в случае реализации требования осуществляющий реализацию обеспеченный кредитор должен использовать чистые поступления от такой реализации (после вычета расходов, связанных с процессом реализации) для погашения обеспеченного обязательства. Осуществляющий реализацию обеспеченный кредитор должен выплатить любые остающиеся излишки любому конкурирующему заявителю менее приоритетного требования, который до распределения таких излишков уведомил осуществляющего реализацию обеспеченного кредитора о своем менее приоритетном требовании, в пределах суммы этого требования. Любая оставшаяся сумма должна быть возвращена лицу, предоставляющему право.

Реализация обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

173. В законодательстве следует предусмотреть, что после неисполнения обязательств или до их неисполнения с согласия лица, предоставляющего право, обеспеченный кредитор, обладающий обеспечительным правом в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, имеет право, с учетом рекомендаций 125 и 126 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства), инкассировать эти средства или иным образом реализовать свое право на их выплату.

174. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор, обладающий контролем, имеет право, с учетом рекомендаций 125 и 126 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства), реализовать свое обеспечительное право, не обращаясь в суд или иной орган.

175. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспеченный кредитор, который не обладает контролем, имеет право, с учетом рекомендаций 125 и 126 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства), инкассировать или иным образом реализовать обеспечительное право в праве на выплату средств,

зачисленных на банковский счет, в отношении депозитарного банка только на основании судебного решения, если только с депозитарным банком не согласовано иное.

Реализация обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

176. В законодательстве следует предусмотреть, что после неисполнения обязательств или до их неисполнения с согласия лица, предоставляющего право, обеспеченный кредитор, обладающий обеспечительным правом в праве на получение поступлений по независимому обязательству, имеет право, с учетом рекомендаций 127–129 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства), инкассировать эти поступления или иным образом реализовать свое право в праве на получение поступлений по независимому обязательству.

Реализация обеспечительного права в оборотном документе или материальных активах, представленных оборотным документом

177. В законодательстве следует предусмотреть, что после неисполнения обязательств или до их неисполнения с согласия лица, предоставляющего право, обеспеченный кредитор имеет право, с учетом рекомендации 130 (глава VII о правах и обязанностях третьих сторон, имеющих обязательства), реализовать обеспечительное право в оборотном документе или материальных активах, представленных оборотным документом.

IX. Финансирование приобретения

Вариант A: Унитарный подход*

Цель

Цель положений, касающихся приобретательских обеспечительных прав, заключается в:

a) признании важности использования финансирования приобретения в качестве источника доступных кредитов, особенно для малых и средних предприятий, и содействии их использованию;

b) предоставлении одинакового режима всем лицам, финансирующим приобретение; и

c) содействии заключению обеспеченных сделок в целом путем обеспечения прозрачности в отношении финансирования приобретения.

Приобретательское обеспечительное право как обеспечительное право

178. В законодательстве следует предусмотреть, что приобретательское обеспечительное право является обеспечительным правом. Таким образом, все рекомендации,

* Государство может принять вариант A (унитарный подход), т. е. рекомендации 178–186, или вариант B (неунитарный подход), т. е. рекомендации 187–202. Рекомендации за рамками этой главы, как правило, являются применимыми в отношении финансирования приобретения, за исключением изменений, произведенных в рекомендациях в настоящей главе.

регулирующие обеспечительные права, включая рекомендации о создании, силе в отношении третьих сторон (за исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 179), регистрации, принудительном исполнении и законодательстве, применимом к обеспечительному праву, применяются к приобретательским обеспечительным правам. Рекомендации о приоритете также применяются (за исключениями, предусмотренными в рекомендациях 180–185).

Сила в отношении третьих сторон и приоритет приобретательского обеспечительного права в потребительских товарах

179. В законодательстве следует предусмотреть, что приобретательское обеспечительное право в потребительских товарах приобретает силу в отношении третьих сторон с момента его создания и, за исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 181, имеет приоритет перед конкурирующим неприобретательским обеспечительным правом, созданным лицом, предоставляющим право.

Приоритет приобретательского обеспечительного права в материальных активах

180. В законодательстве следует предусмотреть, что, за исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 181:

Вариант А*

a) приобретательское обеспечительное право в иных материальных активах, нежели инвентарные запасы или потребительские товары, имеет приоритет перед конкурирующим неприобретательским обеспечительным правом, созданным лицом, предоставляющим право (даже если уведомление об этом обеспечительном праве было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав до регистрации уведомления о приобретательском обеспечительном праве), при условии, что:

i) обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, сохраняет владение данным активом; или

ii) уведомление о приобретательском обеспечительном праве регистрируется в общем реестре обеспечительных прав не позднее чем в течение [непродолжительного периода времени, например 20 или 30 дней] с момента вступления лица, предоставляющего право, во владение активом;

b) приобретательское обеспечительное право в инвентарных запасах имеет приоритет перед конкурирующим неприобретательским обеспечительным правом, созданным лицом, предоставляющим право (даже если это обеспечительное право приобрело силу в отношении третьих сторон до того момента, когда силу в отношении третьих сторон приобрело приобретательское обеспечительное право), при условии, что:

i) обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, сохраняет владение инвентарными запасами; или

ii) до поставки инвентарных запасов лицу, предоставляющему право:

* Государство может принять вариант А или вариант В рекомендации 180.

a. уведомление об этом приобретательском обеспечительном праве было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав; и

b. обеспеченный кредитор с ранее зарегистрированным неприобретательским обеспечительным правом, созданным лицом, предоставляющим право, в инвентарных запасах того же вида, уведомляется обеспеченным кредитором, финансирующим приобретение, о том, что он приобрел или намеревается приобрести приобретательское обеспечительное право. В уведомлении должно содержаться достаточно ясное описание инвентарных запасов, чтобы позволить обеспеченному кредитору, не финансирующему приобретение, идентифицировать инвентарные запасы, которые являются объектом приобретательского обеспечительного права;

c) уведомление, направляемое в соответствии с подпунктом *b)* ii) b. настоящей рекомендации, может охватывать приобретательские обеспечительные права по нескольким сделкам между одними и теми же сторонами без необходимости идентификации каждой сделки. Уведомление достаточно лишь для обеспечительных прав в материальных активах, во владение которыми лицо, предоставляющее право, вступает в течение [следует указать срок, например пять лет] лет после направления уведомления.

Вариант B

Приобретательское обеспечительное право в иных материальных активах, нежели потребительские товары, имеет приоритет перед конкурирующим неприобретательским обеспечительным правом, созданным лицом, предоставляющим право (даже если уведомление об этом обеспечительном праве было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав до регистрации уведомления о приобретательском обеспечительном праве), при условии, что:

a) обеспеченный кредитор, финансирующий приобретение, сохраняет владение активом; или

b) уведомление об этом приобретательском обеспечительном праве было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав не позднее чем [указать непродолжительный срок, например 20 или 30 дней] после вступления лица, предоставляющего право, во владение активом.

Приоритет обеспечительного права, зарегистрированного в особом реестре или отмеченного в сертификате правового титула

181. В законодательстве следует предусмотреть, что приоритет приобретательского обеспечительного права в соответствии с рекомендацией 179 или 180 не наносит ущерба приоритету обеспечительного права или иного права, зарегистрированного в специальном реестре или внесенного в сертификат правового титула, как это предусмотрено в рекомендациях 77 и 78 (глава V о приоритете обеспечительного права).

Приоритет среди конкурирующих приобретательских обеспечительных прав

182. В законодательстве следует предусмотреть, что приоритет среди конкурирующих приобретательских обеспечительных прав определяется в соответствии с общими

нормами о приоритете, применимыми к неприобретательским обеспечительным правам, если только одно из приобретательских обеспечительных прав не является приобретательским обеспечительным правом поставщика, которому была придана сила в отношении третьих сторон в течение периода времени, указанного в рекомендации 180, и в этом случае приобретательское обеспечительное право поставщика имеет приоритет перед всеми конкурирующими приобретательскими обеспечительными правами.

Приоритет приобретательского обеспечительного права перед правом кредитора, действующего на основании судебного решения

183. В законодательстве следует предусмотреть, что приобретательское обеспечительное право, которому придается сила в отношении третьих сторон в течение периода времени, указанного в рекомендации 180, имеет приоритет перед правами необеспеченного кредитора, который в ином случае имеет приоритет, как это предусмотрено в рекомендации 84 (глава V о приоритете обеспечительного права).

Приоритет приобретательского обеспечительного права в принадлежностях недвижимого имущества перед ранее зарегистрированным обременением этого недвижимого имущества

184. В законодательстве следует предусмотреть, что приобретательское обеспечительное право в материальных активах, которые становятся принадлежностями недвижимого имущества, имеет приоритет перед третьими сторонами с существующими правами в недвижимом имуществе (ином, нежели обременение, обеспечивающее заем, финансирующий строительство недвижимого имущества), при условии, что уведомление об этом приобретательском обеспечительном праве было зарегистрировано в реестре недвижимого имущества не позднее чем [указать непродолжительный срок, например 20 30 дней] после того момента, когда эти активы стали принадлежностями.

Приоритет приобретательского обеспечительного права в поступлениях от материальных активов

185. В законодательстве следует предусмотреть, что:

Вариант A*

a) приобретательское обеспечительное право в поступлениях от иных материальных активов, нежели инвентарные запасы или потребительские товары, имеет такой же приоритет, что и приобретательское обеспечительное право в этих активах; и

b) обеспечительное право в поступлениях от инвентарных запасов имеет такой же приоритет, что и приобретательское обеспечительное право в этих инвентарных запасах, за исключением тех случаев, когда поступления принимают форму дебиторской задолженности, оборотных инструментов, прав на выплату средств, зачисленных на банковский счет, или прав на получение поступлений по независимому обязательству. Однако такой приоритет зависит от уведомления обеспеченным

* Государство может принять вариант A рекомендации 185, если оно принимает вариант A рекомендации 180, или вариант B рекомендации 185, если оно принимает вариант B рекомендации 180.

кредитором, финансирующим приобретение, обеспеченных кредиторов о том, что еще до возникновения поступлений он зарегистрировал уведомление об обеспечительном праве в активах того же вида, что и эти поступления.

Вариант B

Если приобретательское обеспечительное право в материальных активах приобретает силу в отношении третьих сторон, обеспечительное право в поступлениях имеет приоритет неприобретательского обеспечительного права.

Приобретательское обеспечительное право как обеспечительное право в производстве по делу о несостоятельности

186. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае производства по делу о несостоятельности в отношении должника положения, применяемые к обеспечительным правам, применяются также и к приобретательским обеспечительным правам.

Вариант B: Неунитарный подход*

Цель

Цель положений, касающихся финансирования приобретения, включая приобретательские обеспечительные права, права на удержание правового титула и права по финансовой аренде, заключается в:

a) признании важности использования финансирования приобретения в качестве источника доступных кредитов, особенно для малых и средних предприятий, и содействии их использованию;

b) предоставлении одинакового режима всем лицам, финансирующим приобретение; и

c) содействии заключению обеспеченных сделок в целом путем обеспечения прозрачности в отношении финансирования приобретения.

Методы финансирования приобретения

187. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) режим приобретательских обеспечительных прав в контексте неунитарного подхода идентичен режиму, принятому в контексте унитарного подхода;

b) все кредиторы, как поставщики, так и ссудодатели, могут приобретать приобретательское обеспечительное право в соответствии с режимом, регулирующим приобретательские обеспечительные права;

c) финансирование приобретения на основе прав на удержание правового титула и прав по финансовой аренде может предоставляться в соответствии с рекомендацией 188; и

d) ссудодатель может пользоваться правом на удержание правового титула и правом по финансовой аренде посредством уступки или суброгации.

* Государство может принять вариант A (унитарный подход), т. е. рекомендации 178–186, или вариант B (неунитарный подход), т. е. рекомендации 187–202.

Эквивалентность права на удержание правового титула и права по финансовой аренде приобретательскому обеспечительному праву

188. В законодательстве следует предусмотреть, что правила, регулирующие финансирование приобретения, обеспечивают функционально эквивалентные экономические результаты независимо от того, является ли право кредитора правом на удержание правового титула, правом по финансовой аренде или приобретательским обеспечительным правом.

Сила права на удержание правового титула и права по финансовой аренде

189. В законодательстве следует предусмотреть, что право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в материальных активах не имеет силы, если только стороны не заключили или не подтвердили в письменной форме соглашение о купле-продаже или аренде, которое, в сочетании с поведением сторон, свидетельствует о намерении продавца или арендодателя сохранить право собственности. Документ в письменной форме должен быть составлен не позднее того момента, когда покупатель или арендатор вступает во владение активами.

Право покупателя или арендатора на создание обеспечительного права

190. В законодательстве следует предусмотреть, что покупатель или арендатор может создавать обеспечительное право в материальных активах, являющихся объектом права на удержание правового титула или права по финансовой аренде. Это обеспечительное право обременяет активы только в пределах стоимости активов, превышающей сумму, причитающуюся продавцу или арендодателю по финансовой аренде.

Сила права на удержание правового титула или права по финансовой аренде в потребительских товарах в отношении третьих сторон

191. В законодательстве следует предусмотреть, что право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в потребительских товарах имеет силу в отношении третьих сторон после заключения договора о продаже или аренде при условии, что это право засвидетельствовано в соответствии с рекомендацией 189.

Сила права на удержание правового титула или право в финансовой аренде в материальных активах в отношении третьих сторон

192. В законодательстве следует предусмотреть, что:

Вариант А*

a) право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в материальных активах, кроме инвентарных запасов или потребительских товаров, имеет силу в отношении третьих сторон только в том случае, если:

i) продавец или арендодатель сохраняет владение данными активами; или

* Государство может принять вариант А или вариант В рекомендации 192.

ii) уведомление об этом праве зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав не позднее [указать непродолжительный срок, например 20 или 30 дней] дней после вступления покупателя или арендатора во владение данными активами;

b) право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в инвентарных запасах имеет силу в отношении третьих сторон только в том случае, если:

i) продавец или арендодатель сохраняет владение данными инвентарными запасами; или

ii) до поставки инвентарных запасов покупателю или арендатору:

a. уведомление об этом праве было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав; и

b. продавец или арендодатель уведомили обеспеченного кредитора, ранее зарегистрировавшего неприобретательское обеспечительное право, созданное покупателем или арендатором в инвентарных запасах того же вида, о своем намерении заявить о праве на удержание правового титула или праве по финансовой аренде. Это уведомление должно содержать достаточное описание инвентарных запасов, позволяющее обеспеченному кредитору идентифицировать инвентарные запасы, которые являются объектом права на удержание правового титула или права по финансовой аренде;

c) уведомление, направляемое в соответствии с подпунктом *b)* ii) b. настоящей рекомендации, может охватывать права на удержание правового титула и права по финансовой аренде по нескольким сделкам между одними и теми же сторонами без необходимости идентификации каждой отдельной сделки. Уведомление имеет силу только в отношении прав в материальных активах, во владение которыми покупатель или арендатор вступает в течение [указать срок, например пять лет] лет после направления уведомления.

Вариант B

Право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в материальных активах, кроме потребительских товаров, имеет силу в отношении третьих сторон только в случае, если:

a) продавец или арендодатель сохраняет владение данными активами; или

b) уведомление об этом праве было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав не позднее [указать непродолжительный срок, например 20 или 30 дней] дней после вступления покупателя или арендатора во владение данными активами.

Это правило настоящей рекомендации применяется также к приобретательскому обеспечительному праву в материальных активах, кроме потребительских товаров.

Достаточность одной регистрации

193. В законодательстве следует предусмотреть, что регистрация одного уведомления в общем реестре обеспечительных прав является достаточной для придания праву

на удержание правового титула или праву по финансовой аренде силы в отношении третьих сторон по нескольким сделкам между одними и теми же сторонами, заключенными до или после регистрации и связанными с материальными активами, соответствующими описанию в уведомлении. Положения, касающиеся системы регистрации, применяются с соответствующими изменениями терминологии к регистрации права на удержание правового титула и права по финансовой аренде.

Последствия непридания силы праву на удержание правового титула или праву по финансовой аренде в отношении третьих сторон

194. В законодательстве следует предусмотреть, что если право на удержание правового титула или право по финансовой аренде не имеет силы в отношении третьих сторон, то право собственности на активы в отношении третьих сторон переходит к покупателю или арендатору, а продавец или арендодатель имеет обеспечительное право в данных активах с учетом рекомендаций, применимых к обеспечительным правам.

Сила права на удержание правового титула или права по финансовой аренде в принадлежностях недвижимого имущества в отношении третьих сторон

195. В законодательстве следует предусмотреть, что право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в материальных активах, которые становятся принадлежностями недвижимого имущества, имеет силу в отношении третьих сторон, которые обладают правами в этом недвижимом имуществе, зарегистрированными в реестре недвижимого имущества, только если они были зарегистрированы в этом реестре не позднее [указать непродолжительный срок, например, 20–30 дней] дней после того, как эти активы стали принадлежностями.

196. В законодательстве следует предусмотреть, что, если продавец или арендодатель не регистрирует уведомление о своем праве на удержание правового титула или право по финансовой аренде в материальных активах, которые становятся принадлежностями недвижимого имущества в течение периода времени, предусмотренного в рекомендации 195, право продавца на удержание правового титула или право арендодателя по финансовой аренде считается обеспечительным правом.

Существование обеспечительного права в поступлениях от материальных активов, обремененных правом на удержание правового титула или правом по финансовой аренде

197. В законодательстве следует предусмотреть, что продавец или арендодатель, обладающий правом на удержание правового титула или правом по финансовой аренде в материальных активах, имеет обеспечительное право в поступлениях от этих активов.

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон в поступлениях от материальных активов, обремененных правом на удержание правового титула или правом по финансовой аренде

198. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) обеспечительное право в поступлениях, о которых говорится в рекомендации 197, имеет силу в отношении третьих сторон только в том случае, если эти поступления описаны в общем виде в зарегистрированном уведомлении, посредством которого праву на удержание правового титула или праву по финансовой аренде

придается сила в отношении третьих сторон, или если эти поступления состоят из денежных средств, дебиторской задолженности, оборотных инструментов или прав на выплату средств, зачисленных на банковский счет;

b) если поступления не описаны в общем виде в зарегистрированном уведомлении или не состоят из тех видов активов, о которых говорится в подпункте *a)* настоящей рекомендации, то обеспечительное право в поступлениях приобретает силу в отношении третьих сторон в течение [указать непродолжительный срок] дней после возникновения поступлений и сохраняет ее постоянно в последующий период, если ему придается сила в отношении третьих сторон посредством одного из методов, упомянутых в рекомендациях 32 или 34 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), до истечения этого срока.

Приоритет обеспечительного права в поступлениях от материальных активов

199. В законодательстве следует предусмотреть, что:

Вариант A*

a) если право на удержание правового титула или право по финансовой аренде имеет силу в отношении третьих сторон, обеспечительное право в поступлениях, о которых говорится в рекомендации 197, имеет приоритет перед другим обеспечительным правом в этих же активах; и

b) если право на удержание правового титула или право по финансовой аренде имеет силу в отношении третьих сторон, обеспечительное право в поступлениях от инвентарных запасов, о которых говорится в рекомендации 197, имеет такой же приоритет, как и право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в этих инвентарных запасах, за исключением случаев, когда поступления принимают форму дебиторской задолженности, оборотных инструментов, прав на выплату средств, зачисленных на банковский счет, и прав на получение поступлений по независимому обязательству. Вместе с тем этот приоритет зависит от уведомления продавцом или арендодателем обеспеченных кредиторов, которые еще до возникновения поступлений зарегистрировали уведомление об обеспечительном праве в активах того же вида, что и поступления.

Вариант B

Если право на удержание правового титула или право по финансовой аренде в материальных активах имеет силу в отношении третьих сторон, обеспечительное право в поступлениях, о которых говорится в рекомендации 197, имеет приоритет неприобретательского обеспечительного права, если обеспечительное право в поступлениях имеет силу в отношении третьих сторон, как это предусмотрено в рекомендации 198. Это правило применяется также к поступлениям от материальных активов, обремененных приобретательским обеспечительным правом.

Реализация права на удержание правового титула и права по финансовой аренде

200. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) правила реализации права на удержание правового титула или права по финансовой аренде в материальных активах при неисполнении обязательств должны касаться:

* Государство может принять вариант A рекомендации 199, если оно принимает вариант A рекомендации 192, или вариант B рекомендации 199, если оно принимает вариант B рекомендации 192.

i) возможного порядка вступления продавца или арендодателя во владение активами;

ii) вопроса о том, должен ли продавец или арендодатель отчуждать активы и если должен, то каким образом;

iii) вопроса о том, может ли продавец или арендодатель удерживать любые излишки; и

iv) вопроса о том, может ли продавец или арендодатель возбуждать в отношении покупателя или арендатора производство в связи с любым неисполнением;

b) режим, применяющийся к реализации обеспечительного права при неисполнении обязательств, применяется к реализации права на удержание правового титула или права по финансовой аренде при неисполнении обязательств с учетом исключений, необходимых для сохранения последовательности режима, применимого к купле-продаже и аренде.

Законодательство, применимое к праву на удержание правового титула или к праву по финансовой аренде

201. В законодательстве следует предусмотреть, что положения коллизионного права, применимые к обеспечительным правам, применяются также к правам на удержание правового титула и правам по финансовой аренде.

Право на удержание правового титула или право по финансовой аренде при производстве по делу о несостоятельности

202. В законодательстве следует предусмотреть, что в случае производства по делу о несостоятельности должника,

Вариант A*

положения, применимые к обеспечительным правам, применяются также к правам на удержание правового титула и правам по финансовой аренде;

Вариант B

положения законодательства принимающего его государства, применимые к правам собственности третьих сторон, применяются также к правам на удержание правового титула и правам по финансовой аренде.

X. Коллизионное право**

Цель

Цель положений, касающихся коллизионного права, состоит в том, чтобы определить право, применимое к созданию обеспечительного права; приданию ему силы в отношении третьих сторон и определению его приоритета и к правам и обязанностям

* Государство может принять вариант A или вариант B рекомендации 202.

** Рекомендации, касающиеся коллизионного права, подготовлены в тесном сотрудничестве с Постоянным бюро Гаагской конференции по международному частному праву.

лица, предоставляющего обеспечительное право, обеспеченного кредитора и третьих сторон до и после неисполнения обязательств[36].

A. Общие рекомендации

Право, применимое к обеспечительным правам в материальных активах

203. В законодательстве[37] следует предусмотреть, что, кроме случаев, указанных в рекомендациях 204–207 и 211, правом, применимым к созданию обеспечительного права в материальных активах, его силе в отношении третьих сторон и его приоритету, является право государства, в котором находятся эти активы.

204. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применимым к вопросам, упомянутым в рекомендации 203 и касающимся обеспечительного права в материальных активах такого вида, который обычно используется более чем в одном государстве, является право государства, в котором находится лицо, предоставляющее обеспечительное право.

205. В законодательстве следует предусмотреть, что если обеспечительное право в материальных активах подлежит регистрации в специальном реестре или записи в сертификате правового титула, то правом, применимым к вопросам, упомянутым в рекомендации 203, является право государства, под надзором которого ведется реестр или выдается сертификат правового титула.

206. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применимым к приоритету обеспечительного права в материальных активах, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством вступления во владение оборотным документом, перед конкурирующим обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством иного метода, является право государства, в котором находится этот документ.

Право, применимое к обеспечительным правам в транзитных и экспортируемых материальных активах

207. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право в материальных активах (помимо оборотных инструментов или оборотных документов), находящихся в транзите или экспортируемых из государства, в котором они находились в момент создания обеспечительного права, может создаваться и приобретать силу в отношении третьих сторон согласно праву государства, в котором имущество находилось на момент создания права в соответствии с рекомендацией 203, или согласно праву государства его конечного назначения, при условии, что такие активы достигают это государство в течение [короткого срока, который будет указан] дней с момента создания обеспечительного права.

Право, применимое к обеспечительному праву в нематериальных активах

208. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применяемым к вопросам создания обеспечительного права в нематериальных активах, придании ему силы в

---

[36] Вопросы коллизионного права, касающиеся финансирования приобретения, рассматриваются в главе IX. Вопросы коллизионного права, касающиеся несостоятельности, рассматриваются в настоящей главе и главе XII.

[37] “Законодательство”в настоящей главе означает законодательство в области обеспеченных сделок или иное законодательство, в которое государство может включить положения коллизионного права.

отношении третьих сторон и его приоритета, является право государства, в котором находится лицо, предоставляющее право.

Право, применимое к обеспечительному праву в дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или сдачей в аренду недвижимого имущества или сделкой, обеспеченной соглашением об обеспечении, касающимся недвижимого имущества

209. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применимым к созданию, обеспечению силы в отношении третьих сторон и приоритета обеспечительного права в дебиторской задолженности, возникающей в связи с продажей или сдачей в аренду недвижимого имущества или сделкой, обеспеченной соглашением об обеспечении, касающимся недвижимого имущества, является право государства, в котором находится цедент. Вместе с тем правом, применимым к коллизии приоритетов в связи с правом конкурирующего заявителя требования, зарегистрированного в реестре недвижимого имущества, является право государства, под надзором которого ведется реестр. Изложенное в предыдущем предложении правило применяется только в том случае, если согласно указанному праву регистрация необходима для определения приоритета обеспечительного права в дебиторской задолженности.

Право, применимое в отношении обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

210. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применимым к созданию обеспечительного права, в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, приданию ему силы в отношении третьих сторон, его приоритету и реализации, а также к правам и обязанностям депозитарного банка в отношении обеспечительного права, является:

Вариант A*

право государства, в котором находится коммерческое предприятие банка, обслуживающего данный банковский счет. Если коммерческие предприятия банка расположены более чем в одном государстве, следует сделать ссылку на местонахождение того отделения, которое обслуживает счет.

Вариант B

право государства, которое ясно указано в соглашении о счете как государство, право которого регулирует соглашение о счете, или другое право, если в соглашении о счете ясно указано, что такое другое право применимо ко всем подобным вопросам. Вместе с тем право государства, определяемое в соответствии с предыдущим предложением, применяется только в том случае, если в момент заключения соглашения о счете депозитарный банк имел в этом государстве отделение, которое на регулярной основе осуществляло деятельность по обслуживанию банковских счетов. Если применимое право не будет определено в соответствии с двумя предыдущими предложениями, то применимое право будет определяться в соответствии с субсидиарными нормами, основанными на статье 5 Гаагской конвенции о праве, применимом к определенным правам в отношении опосредованно удерживаемых ценных бумаг[38].

Настоящая рекомендация применяется с учетом исключения, предусмотренного в рекомендации 211.

---

* Государство может принять вариант A или вариант B рекомендации 210.

[38] Государству, принимающему вариант B рекомендации 210, следует принять также рекомендации 226 и 227.

Право, применимое к приданию обеспечительному праву в конкретных видах активов силы в отношении третьих сторон посредством регистрации

211. В законодательстве следует предусмотреть, что если государство, в котором находится лицо, предоставляющее обеспечительное право, признает регистрацию в качестве метода придания силы в отношении третьих сторон обеспечительному праву в оборотном инструменте или в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, то право государства, в котором находится лицо, предоставляющее обеспечительное право, является правом, применимым для определения того, была ли придана обеспечительному праву сила в отношении третьих сторон в результате регистрации по законодательству этого государства.

Право, применимое к обеспечительному праву в праве на получение поступлений по независимому обязательству

212. В законодательстве следует предусмотреть, что право государства, указанного в независимом обязательстве гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица, является правом, которое регулирует:

a) права и обязанности гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица, которое получило просьбу о признании или которое произвело или могло произвести платеж или иным образом предоставить стоимость по независимому обязательству;

b) право реализовать обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству по отношению к гаранту/эмитенту, подтверждающему или назначенному лицу; и

c) если иное не предусмотрено в рекомендации 213, силу в отношении третьих сторон и приоритет обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству.

213. В законодательстве следует предусмотреть, что если применимое право не указано в независимом обязательстве гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица, то правом, применимым к вопросам, о которых идет речь в рекомендации 212, является право государства, в котором находится отделение или контора гаранта/эмитента, подтверждающего или назначенного лица, указанного в независимом обязательстве. Вместе с тем в случае назначенного лица применимым правом является право государства, в котором находится отделение или контора назначенного лица, которые производят платеж или иным образом предоставляют стоимость по независимому обязательству.

214. В законодательстве следует предусмотреть, что право, применимое к созданию и силе в отношении третьих сторон обеспечительного права в дебиторской задолженности, оборотном инструменте или ином обязательстве, платеж по которому или иное исполнение которого обеспечено независимым обязательством, является также правом, применимым для определения того, было ли создано и вступило ли автоматически в силу в отношении третьих сторон обеспечительное право в праве на получение поступлений по независимому обязательству, как это предусмотрено в рекомендациях 25 (глава II о создании обеспечительного права) и 48 (глава III о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон).

Право, применимое к обеспечительному праву в поступлениях

215. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) правом, применимым к созданию обеспечительного права в поступлениях является право, применимое к созданию обеспечительного права в первоначально обремененных активах, из которых возникли поступления; и

b) правом, применимым к силе обеспечительного права в поступлениях в отношении третьих сторон и его приоритету, является право, применимое к силе обеспечительного права в активах такого же вида, что и поступления, в отношении третьих сторон и его приоритету.

Право, применимое к правам и обязанностям лица, предоставляющего обеспечительное право, и обеспеченного кредитора

216. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применимым к взаимным правам и обязанностям лица, предоставляющего обеспечительное право, и обеспеченного кредитора, вытекающим из соглашения об обеспечении, является право, определенное по их выбору, а в отсутствие такого выбора – право, регулирующее соглашение об обеспечении.

Право, применимое к правам и обязанностям третьих сторон, принявших на себя обязательства, и обеспеченных кредиторов

217. В законодательстве следует предусмотреть, что правом, применимым к дебиторской задолженности, оборотному инструменту или оборотному документу, является право, применимое к:

a) отношениям между должником по дебиторской задолженности и цессионарием дебиторской задолженности и отношениям между лицом, принявшим на себя обязательства по оборотному инструменту, и лицом, обладающим обеспечительным правом в этом инструменте;

b) условиям, по которым уступка дебиторской задолженности, обеспечительного права в оборотном инструменте или обеспечительное право в оборотном документе может быть обращена против должника по дебиторской задолженности, лица, принявшего на себя обязательства по оборотному инструменту, или эмитента оборотного документа (в том числе к определению того, может ли должник по дебиторской задолженности, лицо, принявшее на себя обязательства, или эмитент заявлять о наличии соглашения, запрещающего уступку); и

c) определению того, были ли выполнены обязательства должника по дебиторской задолженности, лица, принявшего на себя обязательства по оборотному инструменту, или эмитента оборотного документа.

Право, применимое к реализации обеспечительного права

218. В законодательстве следует предусмотреть, что с учетом рекомендации 223 правом, регулирующим вопросы, связанные с реализацией обеспечительного права:

a) в материальных активах, является право государства, в котором осуществляется реализация; и

b) в нематериальных активах, является право, применимое к приоритету обеспечительных прав.

Значение понятия "местонахождение" лица, предоставляющего обеспечительное право

219. В законодательстве следует предусмотреть, что для целей положений коллизионного права лицо, предоставляющее обеспечительное право, находится в том государстве, в котором расположено его коммерческое предприятие. Если коммерческие предприятия лица, предоставляющего обеспечительное право, находятся более чем в одном государстве, то местом расположения его коммерческого предприятия является то место, в котором осуществляется его центральное управление. Если лицо, предоставляющее обеспечительное право, не имеет коммерческого предприятия, то следует указывать его обычное местожительство.

Соответствующий момент для определения местонахождения

220. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) кроме случаев, предусмотренных в подпункте *b)* настоящей рекомендации, содержащиеся в положениях, касающихся коллизионного права, ссылки на местонахождение активов или лица, предоставляющего обеспечительное право, означают – применительно к вопросам создания обеспечительного права – ссылки на их местонахождение в момент предполагаемого создания обеспечительного права, а применительно к вопросам силы этого права в отношении третьих сторон и его приоритета – ссылки на их местонахождение в момент возникновения соответствующего вопроса;

b) если все права конкурирующих заявителей требования в обремененных активах были созданы или приобрели силу в отношении третьих сторон до изменения местонахождения активов или лица, предоставляющего обеспечительное право, то содержащиеся в положениях, касающихся коллизионного права, ссылки на местонахождение активов или лица, предоставляющего обеспечительное право, означают – применительно к вопросам силы обеспечительного права в отношении третьих сторон и его приоритетов – ссылки на их местонахождение до его изменения.

Исключение обратной ссылки

221. В законодательстве следует предусмотреть, что ссылка в положениях, касающихся коллизионного права, на "право" другого государства как на право, применимое к тому или иному вопросу, означает ссылку на действующее в этом государстве законодательство, иное, чем положения его коллизионного права.

Публичный порядок и международные императивные нормы

222. В законодательстве следует предусмотреть, что:

a) в применении права, определяемого в соответствии с положениями, касающимися коллизионного права, может быть отказано только в том случае, если последствия его применения будут явно противоречить публичному порядку государства суда;

b) положения, касающиеся коллизионного права, не препятствуют применению тех положений права государства суда, которые, независимо от положений коллизионного права, должны применяться даже к международным делам; и

c) положения в подпунктах *a)* и *b)* настоящей рекомендации не допускают применения положений права государства суда к вопросам силы в отношении третьих сторон или приоритета обеспечительного права.

Последствия открытия производства по делу о несостоятельности для права, применимого к обеспечительному праву

223. В законодательстве следует предусмотреть, что открытие производства по делу о несостоятельности не отменяет положения коллизионного права, которые определяют право, применимое к созданию, силе в отношении третьих сторон, приоритету и реализации обеспечительного права (и в контексте неунитарного подхода права на удержание правового титула и права по финансовой аренде). Вместе с тем это положение следует применять с учетом последствий для таких вопросов применения законодательства в области несостоятельности государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (lex fori concursus), касающееся таких вопросов, как признание недействительности, режим обеспеченных кредиторов, ранжирование требований или распределение поступлений[39].

B. Специальные рекомендации для случаев, когда применимым правом является право неунитарного государства

224. В законодательстве следует предусмотреть, что в тех случаях, когда правом, применимым к какому-либо вопросу, является с учетом рекомендации 225 право неунитарного государства, ссылки на право неунитарного государства являются ссылками на право соответствующей территориальной единицы (определяемой на основе местонахождения лица, предоставляющего обеспечительное право, или обремененных активов или на иных основаниях согласно положениям коллизионного права) и в той мере, в какой это применимо в такой единице, на право самого неунитарного государства.

225. В законодательстве следует предусмотреть, что если согласно положениям коллизионного права применимым правом является право неунитарного государства или одной из его территориальных единиц, то действующие в этом неунитарном государстве или территориальной единице внутренние положения коллизионного права определяют вопрос о том, применяются ли материально-правовые нормы этого неунитарного государства или какой-либо конкретной территориальной единицы этого неунитарного государства.

226. В законодательстве следует предусмотреть, что, если владелец счета и депозитарный банк выбрали право какой-либо конкретной территориальной единицы неунитарного государства в качестве права, применимого к соглашению о счете:

a) ссылки на “государство” в первом предложении рекомендации 210 (вариант B) являются ссылками на эту территориальную единицу;

b) ссылки на “это государство” во втором предложении рекомендации 210 (вариант B) являются ссылками на само неунитарное государство.

227. В законодательстве следует предусмотреть, что право территориальной единицы является применимым правом, если:

a) согласно рекомендациям 210 (вариант B) и 226, указанным правом является право территориальной единицы неунитарного государства;

[39] См. рекомендацию 31 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности.

b) согласно праву этого государства, право территориальной единицы является применимым правом только в том случае, если депозитарный банк имеет отделение в пределах этой территориальной единицы, что отвечает условию, оговоренному во втором предложении рекомендации 210 (вариант B); и

c) положение, изложенное в подпункте *b)* настоящей рекомендации, действует на момент создания обеспечительного права в банковском счете[40].

XI. Переходный период

Цель

Цель положений, касающихся переходного периода, заключается в обеспечении справедливого и эффективного перехода от режима, действовавшего до даты вступления законодательства в силу, к новому законодательству.

Дата вступления в силу

228. В законодательстве следует указать либо дату после его принятия, с которой оно вступает в силу (“дату вступления в силу”), либо механизм, с помощью которого можно определить дату его вступления в силу. С даты вступления законодательства в силу оно применяется в установленных в нем рамках ко всем сделкам, заключенным до или после этой даты, за исключением случаев, указанных в рекомендациях 229–234.

Неприменимость законодательства к искам, возбужденным до даты вступления в силу

229. В законодательстве следует предусмотреть, что оно не применяется к вопросам, являющимся предметом судебной тяжбы или альтернативного обязательного урегулирования споров, производство по которым было начато до даты его вступления в силу. Если реализация обеспечительного права началась до даты вступления в силу, она может продолжаться по законодательству, действовавшему до этой даты (“предыдущее законодательство”).

Создание обеспечительного права

230. В законодательстве следует предусмотреть, что факт создания обеспечительного права до даты его вступления в силу определяется предшествующим законодательством.

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон

231. В законодательстве следует предусмотреть, что обеспечительное право, которое действовало в отношении третьих сторон согласно предшествующему законодательству, сохраняет силу в отношении третьих сторон до момента (в зависимости от того, что наступит раньше):

---

[40] Только государству, принимающему вариант B рекомендации 210, потребуется принять также рекомендации 226 и 227.

a) прекращения силы в отношении третьих сторон по предшествующему законодательству; и

b) истечения [указать срок] месяцев после даты вступления в силу нового законодательства (“переходный период”).

Если требования, предусмотренные в этом законодательстве для сохранения силы обеспечительного права в отношении третьих сторон, будут соблюдаться до того, как оно утратит силу в отношении третьих сторон на основании предшествующего предложения, то оно будет продолжать действовать в отношении третьих сторон.

Приоритет обеспечительного права

232. С учетом рекомендаций 233 и 234 в законодательстве следует предусмотреть, что приоритет обеспечительного права регулируется этим законодательством. При определении приоритета обеспечительного права следует использовать момент, когда это право, о котором говорится в рекомендации 231, приобрело силу в отношении третьих сторон или стало предметом зарегистрированного уведомления согласно предшествующему законодательству.

233. В законодательстве следует предусмотреть, что приоритет обеспечительного права определяется предшествующим законодательством, если:

a) данное обеспечительное право и права всех конкурирующих заявителей требования созданы до даты вступления нового закона в силу; и

b) предшествующий статус ни одного из этих прав не изменился после даты вступления в силу.

234. В законодательстве следует предусмотреть, что приоритетный статус обеспечительного права изменился, если:

a) оно действовало в отношении третьих сторон на дату вступления в силу согласно рекомендации 231, а затем утратило силу в отношении третьих сторон; или

b) оно не имело силы в отношении третьих сторон на дату вступления этого законодательства в силу, а затем приобрело силу в отношении третьих сторон.

XII. Последствия несостоятельности для обеспечительного права

Цель

Рекомендации, содержащиеся в настоящей главе, призваны обеспечить всестороннее решение вопроса о последствиях несостоятельности для обеспечительного права с учетом положений Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности. Для этого в настоящую главу включены основные рекомендации из Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, конкретно касающиеся обеспечительных прав. Однако в интересах более подробного рассмотрения потенциальных последствий открытия производства по делу о несостоятельности для обеспечительных прав настоящую главу следует читать вместе с комментариями и рекомендациями Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности. В настоящей главе рассматривается также ряд дополнительных рекомендаций в отношении вопросов, охватываемых Руководством ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, но не являющихся предметом сформулированных в нем рекомендаций.

A. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности[41]: терминология и рекомендации

1. Терминология

12. *b)* “Активы должника”: имущество, права и интересы должника, включая права и интересы в имуществе, будь то находящемся или не находящемся во владении должника, материальном или нематериальном, движимом или недвижимом, включая интересы должника в обремененных активах или в активах, принадлежащих третьим сторонам;

12. *r)* “финансовый договор/контракт”: любая сделка спот, сделка на срок, фьючерсная сделка, опционная сделка или сделка своп в отношении процентных ставок, товаров, денежных инструментов, акций, облигаций, индексов или любых других финансовых инструментов, любая сделка по обратной покупке или кредитованию ценными бумагами и любая иная сделка, аналогичная любой вышеупомянутой сделке, заключенная на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок;

12. *x)* “lex fori concursus”: право государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности;

12. *y)* “lex situs”: право государства, в котором находятся активы;

12. *z)* “взаимозачет”: погашение денежных или неденежных обязательств по финансовым договорам/контрактам;

12. *aa)* “соглашение о взаимозачете”: форма финансового договора/контракта между двумя или более сторонами, который предусматривает одно или более из следующих действий:

i) чистый расчет по платежам, причитающимся в одной и той же валюте на одну и ту же дату, будь то путем новации или каким-либо иным способом;

ii) в случае несостоятельности или иного неисполнения своих обязательств одной из сторон – прекращение всех незавершенных сделок с расчетом по восстановительной стоимости или цене свободного рынка, пересчет таких денежных сумм в единую валюту и выплата после взаимозачета единой суммой одной стороной другой стороне; или

iii) зачет сумм, рассчитанных в порядке, предусмотренном в подпункте ii) настоящего определения, по двум или более соглашениям о взаимозачете[42].

12. *dd)* “заинтересованная сторона”: любая сторона, права, обязательства или интересы которой затрагиваются производством по делу о несостоятельности или конкретными вопросами в рамках производства по делу о несостоятельности, включая должника, управляющего в деле о несостоятельности, кредитора, держателя обыкновенных акций, комитет кредиторов, правительственный орган или любое другое лицо, затронутое таким образом. Не предполагается, что лица, имеющие отдаленные или неопределенные интересы, затрагиваемые производством по делу о несостоятельности, будут считаться заинтересованной стороной;

12. *ff)* “преференция”: сделка, вследствие которой кредитор получает преимущество или ненадлежащий платеж;

---

[41] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10.

[42] Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке, подпункт l статьи 5.

12. *gg)* “приоритет”: право требования на первоочередность по отношению к другому требованию, когда такое право возникает в силу закона;

12. *hh)* “приоритетное требование”: требование, которое будет оплачено до платежа обычным необеспеченным кредиторам;

12. *ii)* “защита стоимости”: меры, направленные на сохранение экономической стоимости обремененных активов и активов, принадлежащих третьим сторонам, в ходе производства по делу о несостоятельности (в некоторых правовых системах называемые “надлежащей защитой”). Защита может быть обеспечена путем выплат наличных средств, предоставления обеспечительного интереса в альтернативных или дополнительных активах или с помощью других средств, которые по определению суда обеспечат необходимую защиту;

12. *pp)* “обеспечительный интерес”: право в обремененных активах, обеспечивающее платеж или иное исполнение одного или нескольких обязательств.

2. Рекомендации

Основные цели эффективного и действенного законодательства о несостоятельности

1. Для установления и совершенствования эффективного законодательства о несостоятельности следует принимать во внимание следующие основные цели:

a) обеспечение определенности на рынке для содействия экономической стабильности и росту;

b) максимальное увеличение стоимости активов;

c) обеспечение сбалансированности между ликвидацией и реорганизацией;

d) обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении;

e) установление порядка своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности;

f) сохранение имущественной массы в деле о несостоятельности для обеспечения справедливого распределения среди кредиторов;

g) обеспечение прозрачного и предсказуемого законодательства о несостоятельности, стимулирующего сбор и распространение информации; и

h) признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил очередности приоритетных требований.

4. Законодательство о несостоятельности должно оговаривать, что в случаях когда обеспечительный интерес имеет силу и может быть реализован согласно иным законам, нежели законодательство о несостоятельности, то он будет признаваться в рамках производства по делу о несостоятельности как имеющий силу и поддающийся реализации.

7. Для разработки эффективного и действенного законодательства о несостоятельности следует принимать во внимание следующие общие черты:

a)–d) ...

e) обеспечение защиты имущественной массы от действий кредиторов, самого должника и управляющего в деле о несостоятельности, а также – в случае применения мер защиты к обеспеченным кредиторам – способ защиты экономической стоимости обеспечительного интереса в ходе производства по делу о несостоятельности;

f)–r) ...

Право, применимое к вопросам действительности и юридической силы прав и требований

30. Право, применимое к вопросам действительности и юридической силы прав и требований, существующих на момент открытия производства по делу о несостоятельности, должно определяться нормами частного международного права государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности.

Право, применимое в рамках производства по делу о несостоятельности: lex fori concursus

31. Законодательство о несостоятельности государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (lex fori concursus), должно применяться ко всем аспектам открытия, ведения и завершения этого производства, а также управления им и его последствий. Сюда может включаться, например, следующее:

a)–i) ...

j) режим обеспеченных кредиторов;

k)–n)...

o) очередность требований;

p)–s)...

Исключения из применения права, регулирующего производство по делу о несостоятельности

...

34. Число любых исключений, помимо тех, о которых говорится в рекомендациях 32 и 33, должно быть ограниченно, и они должны быть ясно изложены или указаны в законодательстве о несостоятельности.

Активы, образующие имущественную массу

35. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что имущественная масса должна включать следующее:

a) активы должника[43], в том числе его интересы в обремененных активах и в активах третьих сторон;

[43] Право собственности на активы устанавливается путем ссылки на соответствующее применимое право, в котором содержится широкое определение термина “активы”, охватывающее имущество, права и интересы должника, включая права и интересы должника в активах, принадлежащих третьим сторонам.

b) активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности; и

c) ...

Временные меры[44]

39. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что суд может вынести решение о защитных мерах временного характера по ходатайству должника, кредиторов или третьих сторон, когда такие меры срочно необходимы для защиты и сохранения стоимости активов должника[45] или интересов кредиторов в период между подачей заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и его открытием[46], включая следующее:

a) приостановление исполнительных действий в отношении активов должника, включая действия по приданию обеспечительным интересам силы в отношении третьих сторон и реализацию обеспечительных интересов;

b)–d) ...

Возмещение в связи с принятием временных мер

40. Законодательство о несостоятельности может наделять суд полномочиями:

a) требовать от подателя ходатайства о временных мерах предоставления соответствующего возмещения и, когда это необходимо, оплаты издержек или сборов; или

b) налагать санкции в связи с ходатайством о временных мерах.

Соотношение прав должника и управляющего в деле о несостоятельности

41. В законодательстве о несостоятельности следует четко оговорить соотношение прав и обязанностей должника и любого управляющего в деле о несостоятельности, назначенного судом в качестве временной меры. В период между подачей заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и открытием такого производства должник имеет право продолжать ведение хозяйственной деятельности, а также использовать активы и распоряжаться ими в ходе обычной деятельности предприятия, если эта деятельность не ограничена по решению суда.

Уведомление

42. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что, если только суд не ограничит требования в отношении направления уведомлений или не отменит их, соответствующее уведомление должно направляться заинтересованным сторонам, затронутым:

a) ходатайством или определением суда о временных мерах (включая ходатайство о пересмотре временных мер, их изменении или прекращении); и

---

[44] Настоящие статьи составлены согласно соответствующим статьям Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности; см. статью 19 (см. приложение III Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности).

[45] Упоминания об активах, содержащиеся в пунктах *a)–c)*, касаются лишь тех активов, которые войдут в состав имущественной массы после открытия производства.

[46] В законодательстве о несостоятельности следует указать момент вступления в силу определения о временных мерах, например момент вынесения определения; ретроспективно с начала дня вынесения определения; или какой-либо другой оговоренный момент (см. пункт 44 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности).

b) определением суда о дополнительных мерах, применимых при открытии производства, если только суд не ограничит требования в отношении направления уведомлений или не отменит их.

Временные меры ex parte

43. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в тех случаях, когда должник или иная заинтересованная сторона, затронутые временной мерой, не получают уведомления о ходатайстве о такой временной мере, они имеют право после направления срочного ходатайства быть незамедлительно[47] заслушанными по вопросу о продолжении действия мер защиты.

Изменение или прекращение временных мер

44. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что суд по своей собственной инициативе или по ходатайству управляющего в деле о несостоятельности, должника, кредитора или любого иного лица, затронутого временными мерами, может пересмотреть, изменить или прекратить эти меры.

Прекращение временных мер

45. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что временные меры прекращаются в момент:

a) отклонения заявления об открытии производства;

b) успешного оспаривания определения о временных мерах согласно рекомендации 43; и

c) вступления в силу мер, применимых при открытии производства, если только суд не продолжит действие временных мер.

Меры, применимые при открытии производства

46. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что при открытии производства по делу о несостоятельности[48]:

a) возбуждение или продолжение индивидуальных исков или процессуальных действий[49], касающихся активов, прав, обязательств или ответственности должника, приостанавливаются;

b) действия по приданию обеспечительным интересам силы в отношении третьих сторон и по реализации обеспечительных интересов приостанавливаются[50];

---

[47] Любой предусмотренный законодательством о несостоятельности срок должен быть непродолжительным, чтобы не допустить сокращения стоимости предприятия должника.

[48] Эти меры, как правило, вступают в силу в момент вынесения постановления об открытии производства.

[49] См. статью 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (приложение III Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности). Имеется в виду, что индивидуальные иски, о которых говорится в пункте *a)* рекомендации 46, охватывают также исковые требования, рассматриваемые арбитражем. В то же время автоматическое приостановление арбитражного разбирательства не всегда возможно, например в тех случаях, когда арбитраж проводится за пределами государства.

[50] Если иной закон, помимо законодательства о несостоятельности, допускает придание силы обеспечительным интересам в течение конкретных оговоренных сроков, желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности эти сроки признавались и при открытии производства по делу о несостоятельности допускалось придание этим интересам силы до истечения установленного срока. Если иной закон, помимо законодательства о несостоятельности, таких сроков не предусматривает, то мораторий, вводимый при открытии производства, будет препятствовать приданию силы обеспечительному интересу. (Дальнейшее рассмотрение этого вопроса см.: пункт 32 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности и Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам.)

c) исполнительные действия или иные меры взыскания в отношении активов, входящих в состав имущественной массы, приостанавливаются;

d) действие права контрагента на прекращение любого контракта с должником приостанавливается[51]; и

e) действие права на передачу, обременение или иную реализацию любых активов, входящих в состав имущественной массы, приостанавливается[52].

Срок действия мер, автоматически применимых при открытии производства

49. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что меры, применимые при открытии производства по делам о несостоятельности, продолжают действовать в течение всего хода производства вплоть до:

a) момента, когда суд отменит эти меры[53];

b) начала осуществления плана реорганизации – при реорганизационном производстве[54]; или

c) истечения – в случае обеспеченных кредиторов при ликвидационном производстве – установленного законом фиксированного срока[55], если он не продлен судом, когда очевидно, что:

i) продление необходимо для максимального повышения стоимости активов в интересах кредиторов; и

ii) обеспеченный кредитор будет защищен от уменьшения стоимости обремененных активов, в которых он имеет обеспечительный интерес.

Защита от сокращения стоимости обремененных активов

50. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что по обращении с ходатайством в суд обеспеченный кредитор должен иметь право на защиту стоимости активов, в которых он имеет обеспечительный интерес. Суд может предписать надлежащие меры защиты, которые могут включать:

a) выплаты наличными из средств имущественной массы;

b) предоставление дополнительных обеспечительных интересов; или

c) такие другие меры, которые определит суд.

---

[51] См. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, пункты 114–119. Данная рекомендация не имеет своей целью запретить прекращение контрактов, в которых установлена дата прекращения, выпадающая на время после открытия производства по делу о несостоятельности.

[52] Ограничение права на передачу, обременение или иную реализацию активов имущественной массы может быть обусловлено исключениями в тех случаях, когда разрешается дальнейшее функционирование предприятия должника и должник может передавать, обременять или каким-либо иным образом реализовывать активы в ходе обычных коммерческих операций.

[53] Защиту следует предоставлять на основаниях, указанных в рекомендации 51 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности.

[54] Такой план может вступить в силу, в зависимости от требований законодательства о несостоятельности, либо после его принятия кредиторами, либо в результате его утверждения судом (см. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, глава IV, пункт 54 и последующие).

[55] Имеется в виду, что применительно к обеспеченным кредиторам мораторий действует лишь в течение непродолжительного времени, например 30–60 дней, и что срок его применения должен быть четко оговорен в законодательстве о несостоятельности.

Защита от мер, применимых при открытии производства

51. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что обеспеченный кредитор может обратиться в суд с ходатайством о предоставлении защиты от мер, применимых при открытии производства, в том числе на следующих основаниях:

a) обремененные активы не являются необходимыми для предполагаемой реорганизации или продажи предприятия должника;

b) стоимость обремененных активов уменьшается в результате открытия производства по делу о несостоятельности и обеспеченный кредитор не защищен от такого уменьшения стоимости; и

c) в случае реорганизации – план реорганизации не утвержден в предусмотренные сроки.

Полномочия по использованию и реализации активов имущественной массы

52. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить:

a) использование и реализацию активов имущественной массы (включая обремененные активы) в рамках обычной деятельности предприятия, за исключением поступлений в виде наличных средств; и

b) использование и реализацию активов имущественной массы (включая обремененные активы) вне рамок обычной деятельности предприятия при условии соблюдения требований, содержащихся в рекомендациях 55 и 58.

Дополнительное обременение обремененных активов

53. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что обремененные активы могут быть дополнительно обременены при условии соблюдения требований, содержащихся в рекомендациях 65–67.

Использование активов, принадлежащих третьим сторонам

54. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что управляющий в деле о несостоятельности может использовать активы, принадлежащие третьим сторонам и находящиеся во владении должника, при условии соблюдения конкретных условий, в том числе:

a) интересы третьей стороны будут защищены от сокращения стоимости активов; и

b) расходы по договору/контракту о продолжении его исполнения и об использовании активов будут оплачиваться в качестве административных расходов.

Возможность продажи активов имущественной массы без каких-либо обременений и иных интересов

58. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить управляющему в деле о несостоятельности продавать активы, обремененные обеспечительными и иными интересами, без каких-либо обременений и иных интересов вне рамок обычной деятельности предприятия, при условии, что:

a) управляющий в деле о несостоятельности уведомляет о предлагаемой продаже обладателей обеспечительных или иных интересов;

b) обладателю таких интересов предоставляется возможность быть заслушанным судом, если он возражает против предлагаемой продажи;

c) действие моратория не было приостановлено; и

d) сохраняется приоритетность интересов в поступлениях от продажи активов.

Использование поступлений в виде наличных средств

59. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить управляющему в деле о несостоятельности использовать поступления в виде наличных средств и распоряжаться ими, если:

a) обеспеченный кредитор, обладающий обеспечительным интересом в этих поступлениях в виде наличных средств, соглашается на такое использование или распоряжение; или

b) обеспеченному кредитору было направлено уведомление о предлагаемом использовании или распоряжении и была предоставлена возможность быть заслушанным судом; и

c) интересы обеспеченного кредитора будут защищены от сокращения стоимости поступлений в виде наличных средств.

Обременительные активы

62. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить управляющему в деле о несостоятельности определять режим любых активов, являющихся обременительными для имущественной массы. В частности, в законодательстве управляющему в деле о несостоятельности может быть разрешено отказываться от обременительных активов после уведомления кредиторов, а также предоставления им возможности высказать свои возражения против предлагаемых действий, а в случаях же когда сумма обеспеченного требования превышает стоимость обремененных активов и когда активы не требуются для целей реорганизации или продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, в законодательстве управляющему в деле о несостоятельности может быть разрешено отказаться от активов в пользу обеспеченного кредитора без уведомления других кредиторов.

Привлечение и разрешение финансирования после открытия производства

63. Законодательство о несостоятельности должно поощрять и стимулировать привлечение управляющим в деле о несостоятельности финансовых средств после открытия производства, если он сочтет это необходимым для дальнейшего функционирования или выживания предприятия должника или сохранения или увеличения стоимости активов имущественной массы. Законодательство о несостоятельности может содержать требование в отношении получения разрешения суда или кредиторов на привлечение финансирования после открытия производства.

Обеспечение для финансирования после открытия производства

65. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть возможность предоставления обеспечительного интереса в связи с возвращением финансовых

средств, привлеченных после открытия производства, в том числе обеспечительного интереса в необремененных активах, включая активы, приобретенные после открытия производства, либо субординированного или менее приоритетного обеспечительного интереса в уже обремененных активах имущественной массы.

66. В законодательстве[56] следует указать, что обеспечительный интерес в активах имущественной массы, выступающий в роли обеспечения финансирования после открытия производства, не имеет приоритета перед любым существующим обеспечительным интересом в тех же активах, если только управляющий в деле о несостоятельности не получит согласия существующего обеспеченного кредитора (кредиторов) или не выполнит процедуру, предусмотренную в рекомендации 67.

67. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в случае если существующий обеспеченный кредитор не дает своего согласия, суд может разрешить создание обеспечительного интереса, имеющего приоритет перед созданными ранее обеспечительными интересами, если соблюдены конкретные условия, в том числе:

a) существующему обеспеченному кредитору предоставлена возможность быть заслушанным судом;

b) должник может представить доказательства невозможности получения финансовых средств каким-либо иным образом; и

c) интересы существующего обеспеченного кредитора будут защищены[57].

Последствия преобразования производства для финансирования, полученного после открытия производства

68. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в случае преобразования реорганизационного производства в ликвидационное любой приоритет, предоставленный финансированию после открытия производства в ходе реорганизации, должен признаваться и при ликвидации[58].

Оговорки об автоматическом прекращении контракта/договора и ускорении исполнения

70. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что любое положение контракта/договора, автоматически прекращающее его действие или ускоряющее его исполнение при наступлении какого-либо из следующих событий, не применяется в отношении управляющего в деле о несостоятельности и должника:

a) подача заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или открытие такого производства;

b) назначение управляющего в деле о несостоятельности[59].

---

[56] Это правило может содержаться не в законодательстве о несостоятельности, а в другом законе; в этом случае в законодательстве о несостоятельности должно быть указано на существование этого положения.

[57] См. Руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, пункты 63–69.

[58] При этом признание того же порядка очередности не обязательно. Например, финансирование, полученное после открытия производства, может иметь более низкую очередность по отношению к административным требованиям, связанным с расходами на ликвидацию.

[59] Предполагается, что эта рекомендация применяется только к тем контрактам/договорам, в которых такие оговорки могут быть лишены исковой силы (см. комментарий Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, пункты 143–145, касающийся исключений), и не носит исключительного характера, а лишь устанавливает минимальное условие: суд должен иметь возможность рассмотреть другие договорные положения, способные привести к прекращению контракта при наступлении событий подобного рода.

71. В законодательстве о несостоятельности следует указать контракты/договоры, которые исключаются из сферы применения рекомендации 70, например финансовые контракты или контракты, регулируемые особыми правилами, например трудовые договоры.

Продолжение исполнения или отказ от исполнения

72. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что управляющий в деле о несостоятельности может принять решение продолжить исполнение контракта/договора, о существовании которого он осведомлен, если продолжение исполнения будет выгодным для имущественной массы[60]. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что:

a) право продолжения исполнения применяется к контракту/договору в целом; и

b) последствия продолжения исполнения состоят в том, что все положения контракта/договора сохраняют исковую силу.

73. Законодательство о несостоятельности может предоставлять управляющему в деле о несостоятельности право принять решение об отказе от исполнения контракта[61]. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что право отказа от исполнения применяется к контракту в целом.

Продолжение исполнения контрактов в случае нарушения обязательств со стороны должника

79. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что в случаях нарушения контракта со стороны должника управляющий в деле о несостоятельности может продолжить исполнение этого контракта, если нарушение контракта исправлено, экономическое положение контрагента, не нарушившего контракт, по существу приведено в состояние, существовавшее до нарушения, и обязательства по продолженному контракту могут быть исполнены за счет имущественной массы.

Исполнение до принятия решения о продолжении исполнения или отказе от исполнения

80. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что управляющий в деле о несостоятельности может принять исполнение или потребовать исполнения от контрагента до принятия решения о продолжении исполнения контракта или об отказе от его исполнения. Требования контрагента в связи с исполнением, принятым или потребованным управляющим в деле о несостоятельности до принятия решения о продолжении исполнения контракта или об отказе от его исполнения, должны оплачиваться в качестве административных расходов, при том что:

a) если контрагент исполнил контракт – сумма административных расходов должна соответствовать цене исполнения по условиям контракта; или

b) если управляющий в деле о несостоятельности использует активы, принадлежащие третьей стороне и находящиеся во владении должника согласно условиям

[60] При условии применения автоматического моратория при открытии производства по делу о несостоятельности для недопущения прекращения контрактов должника (во исполнение оговорки об автоматическом прекращении) все контракты, срок действия которых не истекает после открытия производства по делу о несостоятельности, должны оставаться в силе, чтобы управляющий в деле о несостоятельности мог рассмотреть возможность продолжения их исполнения.

[61] Альтернативой предоставлению права отказываться от исполнения контрактов является используемый в ряде правовых систем подход, в соответствии с которым исполнение контракта просто прекращается, если управляющий в деле о несостоятельности не примет решения о продолжении его исполнения.

контракта, – такой стороне должна быть предоставлена защита от сокращения стоимости этих активов и право административного требования в соответствии с подпунктом *a)*.

Убытки в результате последующего нарушения контракта, исполнение которого было продолжено

81. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в случае принятия решения о продолжении исполнения контракта убытки в результате последующего нарушения такого контракта должны оплачиваться в качестве административных расходов.

Убытки, возникающие вследствие отказа от исполнения

82. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что любые убытки, возникающие вследствие отказа от исполнения контракта, заключенного до открытия производства, будут определяться в соответствии с применимым правом и должны рассматриваться как обычные необеспеченные требования. Законодательство о несостоятельности может устанавливать ограничение на сумму требований, связанных с отказом от исполнения долгосрочного контракта.

Уступка контрактов

83. В законодательстве о несостоятельности может быть указано, что управляющий в деле о несостоятельности может принять решение об уступке контракта, несмотря на содержащиеся в нем ограничения, при условии, что уступка будет выгодной для имущественной массы.

84. Если контрагент возражает против уступки контракта, законодательство о несостоятельности тем не менее может предоставить суду право утвердить уступку, при условии, что:

a) управляющий в деле о несостоятельности продолжает исполнение контракта;

b) цессионарий способен исполнить обязательства по уступленному контракту;

c) уступка существенно не ухудшает положения контрагента; и

d) нарушение должником обязательств по контракту исправлено до уступки.

85. В законодательстве о несостоятельности может быть указано, что в случае уступки контракта цессионарий заменяет должника в качестве стороны контракта начиная с даты уступки и что имущественная масса не будет в дальнейшем нести каких-либо обязательств по этому контракту.

Сделки, которые можно расторгать[62]

87. В законодательство о несостоятельности следует включать положения, действующие ретроактивно и предназначенные для расторжения сделок с должником или с активами имущественной массы, приводящих к снижению стоимости имущественной

[62] В настоящем разделе под термином “сделка” понимается, как правило, широкий спектр юридических действий, посредством которых может осуществляться отчуждение активов или возникновение обязательств, включая передачу, платеж, предоставление обеспечительного интереса, гарантию, ссуду, возврат или действия по приданию силы обеспечительному интересу в отношении третьих сторон либо совокупность различных видов сделок.

массы или нарушению принципа равного режима в отношении кредиторов. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что можно расторгать следующие виды сделок:

a) сделки, направленные на то, чтобы не допустить, задержать или затруднить взыскание кредиторами своих требований, когда в результате такой сделки активы выводятся за пределы досягаемости кредиторов или потенциальных кредиторов или наносится иной ущерб интересам кредиторов;

b) сделки, при которых передача интереса в имуществе или принятие должником обязательства осуществляются на безвозмездной основе или в обмен на номинальную или менее чем эквивалентную или неадекватную стоимость и которые совершаются в тот момент, когда должник уже является несостоятельным, или приводят к несостоятельности должника (сделки по заниженной стоимости); и

c) сделки с участием кредиторов, когда кредитор приобретает или получает выгоду, превышающую его пропорциональную долю в активах должника, в то время когда должник уже является несостоятельным (преференциальные сделки).

Применение положений о расторжении сделок к обеспечительным интересам

88. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что, несмотря на то что обеспечительный интерес может действовать и обладать исковой силой на основании какого-либо закона, не являющегося законодательством о несостоятельности, на него может распространяться действие положений законодательства о несостоятельности, касающихся расторжения сделок, на тех же основаниях, что и на другие сделки.

Сделки, на которые не распространяется действие положений о расторжении сделок

92. В законодательстве о несостоятельности следует указать те сделки, на которые не распространяется действие положений о расторжении, в том числе финансовые контракты.

Финансовые контракты и взаимозачет

103. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что контрагенты, после прекращения финансовых контрактов с должником, имеют право взыскать и реализовать свои обеспечительные интересы по обязательствам, вытекающим из финансовых контрактов. Финансовые контракты следует изъять из сферы действия любого моратория, вводимого на основании законодательства о несостоятельности в отношении реализации обеспечительных интересов.

Участие кредиторов

126. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что кредиторы, как обеспеченные, так и необеспеченные, имеют право участвовать в производстве по делу о несостоятельности, и указать, что предполагает такое участие с точки зрения выполняемых функций.

Право быть заслушанным и добиваться пересмотра

137. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что заинтересованная сторона имеет право быть заслушанной по любому вопросу в ходе производства по

делу о несостоятельности, который затрагивает ее права, обязательства или интересы. Например, заинтересованная сторона вправе:

a) возражать против любого действия, требующего утверждения суда;

b) просить пересмотреть в судебном порядке любое действие, по которому утверждения суда не требовалось или не запрашивалось; и

c) просить о любой защите, которая может быть предоставлена в рамках производства по делу о несостоятельности.

Право на апелляционную/кассационную жалобу[63]

138. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что заинтересованная сторона может обжаловать в апелляционном/кассационном порядке любое постановление суда в ходе производства по делу о несостоятельности, которое затрагивает ее права, обязательства или интересы.

План реорганизации

Системы голосования

145. В законодательстве о несостоятельности необходимо определить систему голосования по одобрению плана. Система должна предусматривать регулирование таких вопросов, как круг кредиторов и держателей обыкновенных акций, имеющих право принимать участие в голосовании по плану; порядок проведения голосования: будет ли оно проходить на собрании кредиторов, созванном для этой цели, или осуществляться по почте или с помощью других средств, включая электронные и использование доверенностей; должны ли кредиторы и держатели обыкновенных акций голосовать по категориям согласно их соответствующим правам.

146. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что кредитор или держатель обыкновенных акций, права которого изменяются или затрагиваются планом, не обязан выполнять условий плана, если такому кредитору или держателю обыкновенных акций не была предоставлена возможность принять участие в голосовании по одобрению плана.

147. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что, если в плане предусматривается, что он не изменяет или не затрагивает прав какого-либо кредитора или держателя обыкновенных акций или категории кредиторов или держателей обыкновенных акций, такой кредитор или держатель обыкновенных акций, или категория кредиторов или держателей обыкновенных акций не имеют права участвовать в голосовании по одобрению плана.

148. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что кредиторы, имеющие право участвовать в голосовании по одобрению плана, должны быть отнесены к отдельным категориям согласно их соответствующим правам и что каждая категория голосует отдельно.

---

[63] В соответствии с основными целями в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что обжалование в апелляционном/кассационном порядке в ходе производства по делу о несостоятельности не должно приостанавливать производства, если иначе не определит суд, чтобы обеспечить упорядоченное, оперативное и эффективное рассмотрение и урегулирование проблем несостоятельности без ненужных перерывов. Сроки, предусмотренные для подачи апелляционных/кассационных жалоб, должны устанавливаться в соответствии с применимым правом, но в делах о несостоятельности они должны быть короче, чем в иных случаях, чтобы избежать перерывов в производстве по делу о несостоятельности.

149. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что в отношении всех кредиторов и держателей обыкновенных акций, отнесенных к одной и той же категории, должен действовать один и тот же режим.

Одобрение плана категориями кредиторов

150. В тех случаях, когда голосование по одобрению плана проводится по категориям, в законодательстве о несостоятельности следует указать порядок учета итогов голосования по каждой категории для целей одобрения плана. Могут применяться различные подходы, включая требование об одобрении плана всеми категориями или его одобрении оговоренным большинством категорий, но за одобрение плана должна проголосовать по меньшей мере одна из категорий кредиторов, права которых изменяются или затрагиваются планом.

151. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности не требует одобрения плана всеми категориями, в нем следует определить, как быть с категориями, не голосовавшими в поддержку плана, который тем не менее был одобрен требуемыми категориями. Это должно соответствовать условиям, изложенным в рекомендации 152.

Утверждение одобренного плана

152. Если законодательство о несостоятельности предполагает утверждение одобренного плана судом, то в этом законодательстве должно содержаться требование в отношении того, чтобы суд утвердил план при выполнении следующих условий:

a) получено необходимое одобрение плана и процедура одобрения проведена надлежащим образом;

b) кредиторы получат по плану по меньшей мере столько же, сколько они получили бы при ликвидации, если они не дали прямого согласия на ухудшение режима;

c) план не содержит положений, противоречащих законодательству;

d) административные требования и расходы будут оплачены в полном объеме, если только держатель такого требования или лицо, которому причитается возмещение таких расходов, не соглашается на иное; и

e) если затронутые категории кредиторов не договорились иначе, очередность категории кредиторов, которая проголосовала против плана, предусматриваемая законодательством о несостоятельности, должна в полной мере признаваться планом и распределение средств для этой категории согласно плану должно соответствовать этой очередности.

Оспаривание одобрения плана (когда утверждения не требуется)

153. Когда план приобретает обязательную силу после его одобрения кредиторами, а утверждения судом не требуется, в законодательстве о несостоятельности следует разрешить заинтересованным сторонам, в том числе должнику, оспаривать одобрение плана. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить критерии оценки ходатайства об оспаривании, которые должны включать следующее:

a) соблюдены ли условия, изложенные в рекомендации 152; и

b) имело ли место мошенничество – в этом случае применяются требования, предусмотренные в рекомендации 154.

Обеспеченные требования

172. В законодательстве о несостоятельности следует указать, должны ли обеспеченные кредиторы представлять требования.

Неликвидные требования

178. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить принимать в предварительном порядке неликвидные требования до установления суммы требования управляющим в деле о несостоятельности.

Оценка обеспеченных требований

179. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что управляющий в деле о несостоятельности может путем оценки обремененных активов определить долю требования обеспеченного кредитора, которая обеспечена, и долю, которая не обеспечена.

Обеспеченные требования

188. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что обеспеченные требования должны удовлетворяться за счет обремененных активов при ликвидации или согласно плану реорганизации с учетом требований, пользующихся более высоким приоритетом, если таковые имеются, по отношению к обеспеченным требованиям. Число требований с более высоким по отношению к обеспеченным требованиям приоритетом следует свести к минимуму, и их следует четко оговорить в законодательстве о несостоятельности. Если стоимость обремененных активов не достаточна для удовлетворения требования обеспеченного кредитора, обеспеченный кредитор может участвовать в качестве обычного необеспеченного кредитора.

B. Дополнительные рекомендации, касающиеся несостоятельности

Активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности

235. За исключением случаев, предусмотренных в рекомендации 236, в законодательстве о несостоятельности следует указать, что на активы, входящие в имущественную массу, которые были приобретены после открытия производства по делу о несостоятельности, не распространяется действие обеспечительного права, созданного должником до открытия производства по делу о несостоятельности.

236. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что на активы, входящие в имущественную массу, которые были приобретены после открытия производства по делу о несостоятельности должника, распространяется действие обеспечительного права, созданного должником до открытия производства по делу о несостоя-

тельности, в той мере, в какой эти активы представляют собой поступления (в виде наличных или безналичных денежных средств) от обремененных активов, которые являлись активами должника до открытия производства.

Положения об автоматическом прекращении обязательств при производстве по делу о несостоятельности

237. Если законодательство о несостоятельности предусматривает, что оговорка в контракте, которая после открытия производства по делу о несостоятельности или наступления другого связанного с несостоятельностью события автоматически прекращает действие любого обязательства по контракту или ускоряет наступление срока погашения любого обязательства по контракту, не применяется в отношении управляющего в деле о несостоятельности или должника, то в законодательстве о несостоятельности следует также предусмотреть, что такое положение не лишает исковой силы или действительности ту оговорку в контракте, которая освобождает кредитора от обязательства предоставить ссуду или иную форму кредита или финансирования в пользу должника.

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон при производстве по делу о несостоятельности

238. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что если обеспечительное право имеет силу в отношении третьих сторон на момент открытия производства по делу о несостоятельности, то после открытия такого производства могут быть приняты меры для продолжения, сохранения или поддержания действия этого обеспечительного права в отношении третьих сторон в той мере и в том порядке, в каком это допускается законодательством об обеспеченных сделках.

Приоритет обеспечительного права при производстве по делу о несостоятельности

239. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что если обеспечительное право обладает приоритетом согласно иному закону, нежели законодательство о несостоятельности, то такой приоритет сохраняется неизменным в ходе производства по делу о несостоятельности, за исключением случаев когда, согласно законодательству о несостоятельности, приоритет отдается другому требованию. Такие исключения должны быть минимальными и должны быть четко изложены в законодательстве о несостоятельности. При выполнении настоящей рекомендации следует руководствоваться рекомендацией 188, содержащейся в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности.

Действие соглашения о субординации при производстве по делу о несостоятельности

240. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что если какой-либо обладатель обеспечительного права в активах имущественной массы заявляет о субординации его приоритета в одностороннем порядке или по соглашению в пользу любых существующих или будущих конкурирующих заявителей требования, то такая субординация носит обязательный характер при производстве по делу о несостоятельности должника в той же мере, в какой такая субординация имеет силу согласно законодательству, не связанному с несостоятельностью.

Издержки и расходы, связанные с сохранением стоимости обремененных активов при производстве по делу о несостоятельности

241. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что управляющий в деле о несостоятельности имеет право на первоочередной основе возмещать за счет стоимости обремененных активов разумные издержки и расходы, понесенные им в связи с поддержанием, сохранением или увеличением стоимости обремененных активов в интересах обеспеченного кредитора.

Оценка стоимости обремененных активов при реорганизационном производстве

242. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что при определении ликвидационной стоимости обремененных активов в рамках реорганизационного производства следует учитывать порядок использования этих активов и цель проводимой оценки. В основу оценки ликвидационной стоимости этих активов может быть положена их стоимость, как если бы они являлись частью функционирующего предприятия.

Приложение II

Резолюция Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли и резолюция 63/121 Генеральной Ассамблеи

A. Резолюция Комиссии

1. На своем 864-м заседании 14 декабря 2007 года Комиссия приняла следующую резолюцию:

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли,

признавая важность для всех стран эффективных режимов обеспеченных сделок, содействующих доступу к кредиту под обеспечение,

признавая также, что доступ к кредиту под обеспечение может оказать помощь всем странам, и в частности развивающимся странам и странам с переходной экономикой, в их экономическом развитии и борьбе с бедностью,

отмечая, что расширение доступа к кредиту под обеспечение на основе современных и согласованных режимов обеспеченных сделок будет наглядно содействовать перемещению товаров и услуг через национальные границы,

отмечая также, что развитие международной торговли на основе равенства и взаимной выгоды является важным элементом содействия дружественным отношениям между государствами,

отмечая далее важность обеспечения баланса интересов всех заинтересованных сторон, включая лиц, предоставляющих обеспечительные права, обеспеченных и необеспеченных кредиторов, продавцов на условиях удержания правового титула и арендаторов по финансовой аренде, привилегированных кредиторов и управляющих в делах о несостоятельности в случае несостоятельности лица, предоставившего право,

учитывая необходимость реформы в области регулирующего обеспеченные сделки законодательства как на национальном, так и на международном уровне, о которой свидетельствует ряд предпринимаемых в настоящее время национальных усилий по реформе законодательства и работа международных организаций, таких как Гаагская конференция по международному частному праву, Международный институт по унификации частного права (УНИДРУА) и Организация американских государств, а также международных финансовых учреждений, таких как Азиатский банк развития, Всемирный банк, Европейский банк реконструкции и развития, Межамериканский банк развития и Международный валютный фонд,

выражая свою признательность международным межправительственным и неправительственным организациям, ведущим активную деятельность в области

реформы законодательства, регулирующего обеспеченные сделки, за их участие в разработке проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам и оказанную ими поддержку,

выражая также свою признательность Катрин Сабо, Председателю Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) и Исполняющему обязанности Председателя на возобновленной сороковой сессии Комиссии, а также Секретариату за их особый вклад в разработку проекта руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам,

отмечая с удовлетворением, что проект руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам согласуется с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по законодательству о несостоятельности в том, что касается режима обеспечительных прав в рамках производства по делам о несостоятельности,

1. *принимает* Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам, состоящее из текста, содержащегося в документах A/CN.9/631/Add.1-3 и A/CN.9/637 и Add.1-8, с поправками, принятыми Комиссией на ее сороковой сессии, и уполномочивает Секретариат отредактировать и окончательно доработать текст Руководства для законодательных органов с учетом обсуждений Комиссии, состоявшихся на этой сессии;

2. *просит* Генерального секретаря широко распространить текст Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам, препроводив его правительствам и другим заинтересованным органам, таким как национальные и международные финансовые учреждения и торговые палаты;

3. *рекомендует* всем государствам использовать Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам для оценки экономической эффективности своих режимов обеспеченных сделок и благоприятно рассматривать Руководство при пересмотре или принятии законодательства, касающегося обеспеченных сделок, а также предлагает государствам, использовавшим Руководство, информировать об этом Комиссию соответствующим образом.

B. Резолюция 63/121 Генеральной Ассамблеи

2. На своем 67-м пленарном заседании 11 декабря 2008 года Генеральная Ассамблея приняла на основе доклада Шестого комитета (A/63/438) следующую резолюцию:

Руководство Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли для законодательных органов по обеспеченным сделкам

Генеральная Ассамблея,

признавая важность для всех стран эффективных режимов обеспеченных сделок, содействующих доступу к кредиту под обеспечение,

признавая также, что доступ к кредиту под обеспечение может помочь всем странам, в частности развивающимся странам и странам с переходной экономикой, в их экономическом развитии и борьбе с нищетой,

особо отмечая, что современный и согласованный режим обеспеченных сделок, которым поддерживается баланс интересов всех заинтересованных сторон (включая лиц, предоставляющих обеспечительные права, обеспеченных и необеспеченных кредиторов, продавцов на условиях удержания правового титула и арендаторов по финансовой аренде, привилегированных кредиторов и управляющих в делах о несостоятельности в случае несостоятельности лица, предоставившего право), как ожидается, явно облегчит доступ к кредиту под обеспечение и будет тем самым содействовать движению товаров и услуг через национальные границы,

отмечая, что развитие международной торговли на основе равенства и взаимной выгоды является важным элементом содействия дружественным отношениям между государствами,

учитывая необходимость реформы в области регулирующего обеспеченные сделки законодательства как на национальном, так и на международном уровне, о чем свидетельствует целый ряд предпринимаемых в настоящее время национальных усилий по реформе законодательства и работа международных организаций, таких как Гаагская конференция по международному частному праву, Международный институт по унификации частного права и Организация американских государств, а также международных финансовых учреждений, таких как Азиатский банк развития, Европейский банк реконструкции и развития, Межамериканский банк развития, Международный валютный фонд и Всемирный банк,

выражая свою признательность межправительственным и международным неправительственным организациям, ведущим активную деятельность в области реформы законодательства, регулирующего обеспеченные сделки, за их участие в разработке Руководства Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли для законодательных органов по обеспеченным сделкам и оказанную ими поддержку,

1. *выражает* свою признательность Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли за завершение и принятие Руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам[1];

2. *просит* Генерального секретаря широко распространить текст Руководства, препроводив его правительствам и другим заинтересованным органам, таким как национальные и международные финансовые учреждения и торговые палаты;

3. *рекомендует* всем государствам положительно рассматривать Руководство при пересмотре или принятии законодательства, касающегося обеспеченных сделок, и просит государства, использующие Руководство, информировать об этом Комиссию соответствующим образом;

4. *рекомендует* также всем государствам продолжать рассматривать вопрос о том, чтобы стать участниками Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле[2], принципы которой также отражены в Руководстве.

---

[1] См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 17* (A/62/17), часть вторая, пункт 100.

[2] Резолюция 56/81, приложение.

Алфавитный указатель

Автономия сторон

См. *Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении*

См. *Реализация обеспечительного права*

См. *Сфера применения*

Банковский счет (право на выплату средств, зачисленных на банковский счет)

Коллизионное право X 48–51

Права и обязанности банка VII 32–37

Приоритет обеспечительного права V 157–163

Реализация обеспечительного права VIII 104–107

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон III 138–148

Создание обеспечительного права II 123–125

Дебиторская задолженность

Несостоятельность (в случае простой передачи) XII 67

Оговорка о запрещении уступки II 106–110

Реализация обеспечительного права (простая передача) VIII 99–101

Реализация обеспечительного права VIII 94–98

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон III 128–131

Создание обеспечительного права II 111–122

Сфера применения (простая передача) I 25–31

Денежные средства

Приоритет обеспечительного права V 164

Добросовестность

Реализация обеспечительного права VIII 15

Должник

Возражения и права на зачет VII 21–22

Защита VII 12–16

Обязанности VII 9–11

Освобождение от ответственности посредством платежа VII 17–20

Создание обеспечительного права II 34–37

Сфера применения I 10–11

Залог

См. *Сфера применения*

Залог предприятия

Создание обеспечительного права (фиксированный и плавающий залог) II 61–78

Интеллектуальная собственность

Коллизионное право X 23

Последствия для несостоятельности (см. *Несостоятельность*)

Права сторон VI 30

Приоритет обеспечительного права IV 83

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон III 68, 76–77

Создание обеспечительного права II 79

Сфера применения I 33–36

Инфляция

Воздействие на приоритет V 124

Коллизионное право

Государственная политика X 79

Дебиторская задолженность, связанная с недвижимым имуществом X 54

Исключения из правила lex situs X 35–38

Исключения из правила о применении права государства местонахождения лица, предоставляющего право X 48–54

Материальные активы X 28–38

Международные императивные нормы X 79

Местонахождение лица, предоставляющего право X 39–47

Местонахождение X 73–78

Нематериальные активы X 39–54

Неунитарные государства X 83–87

Оборотные документы X 28–33

Оборотные инструменты X 34

Поступления X 55–60

Права и обязанности сторон X 61

Права и обязанности третьих сторон, принявших на себя обязательства X 62–63

Правило lex fori concursus X 80–82

Правило lex rei sitae X 29–30

Правило lex situs X 29–30

Приоритет X 15–27

Производство по делу о несостоятельности X 80–82

Реализация обеспечительного права X 64–72

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон X 15–27
Создание обеспечительного права X 15–27
Сфера применения X 9–13
Транзитные товары X 31–33
Третьи стороны, принявшие на себя обязательства X 62–63
Цель норм коллизионного права X 1–8
Экспортные товары X 31–33

Коммерческая разумность
Реализация обеспечительного права VIII 15

Кредиторы
См. *Приоритет обеспечительного права (обеспеченные и необеспеченные кредиторы)*

Lex fori concursus
См. *Коллизионное право*
См. *Несостоятельность*

Lex rei sitae или lex situs
См. *Коллизионное право* X 29–30

Лицо, предоставляющее право
Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении (диспозитивные нормы) VI 59–65
Сфера применения I 10–11
См. *Система регистрации*
Создание обеспечительного права II 34–37

Масса
Создание обеспечительного права II 100–102
Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон III 108–116
Реализация обеспечительного права VIII 90–92
Приоритет обеспечительного права V 117–124

Материальная ответственность
Нарушение стандарта поведения в контексте реализации прав VIII 15
Утрата обремененных активов или причиненный им ущерб II 71

Материальные активы
Коллизионное право X 28–38
Создание обеспечительного права II 86–95, 128

Сфера применения I 50–77

Финансирование приобретения IX 129–132
IX 161–165
IX 44–59

Недвижимое имущество

Дебиторская задолженность, обеспеченная обременением недвижимого имущества II 111–122
III 135–137

Дебиторская задолженность, связанная с недвижимым имуществом X 54

Придание обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон путем регистрации в специальном реестре III 67–82

Принадлежности недвижимого имущества II 96–99
III 102–104
V 111–114
IX 154–157

Приоритет обеспечительного права, зарегистрированного в специальном реестре V 56–57

Реализация VIII 85–89

Сфера применения I 40–42

Независимое обязательство

Гарант/эмитент Введение 20

Дебиторская задолженность Введение 20

Коллизионное право IX 52–53, 62–63

Охватываемые активы I 6

Подтверждающее лицо Введение 20

Права на получение поступлений по независимому обязательству Введение 20

Права сторон соглашения об обеспечении VI 30, 70–71

Право контроля Введение 20

Признание Введение 20

Приоритет обеспечительного права в независимом обязательстве 165–166

Простая передача I 26–27

Реализация обеспечительного права в независимом обязательстве VIII 109–110

Сила обеспечительного права в независимом обязательстве в отношении третьих сторон III 132–134

Создание обеспечительного права II 126–127

Третьи стороны, имеющие обязательства VII 2, 4, 7–8, 38–42

Нематериальные активы

Коллизионное право X 39–54

Права и обязанности сторон VI 73–80

Приоритет обеспечительного права V 154–163
V 165–166

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон III 138–148

Создание обеспечительного права II 103–127

Сфера применения I 78–84

Третьи стороны, имеющие обязательства (см. Права и обязанности третьих сторон, имеющих обязательства)

Несостоятельность

Активы XII 18–25

Дебиторская задолженность, подлежащая простой передаче до открытия производства по делу о несостоятельности XII 67

Использование и отчуждение обремененных активов XII 35–36

Коллизионное право X 80–82

Контракты XII 39–42

Мораторий XII 26–34

Обеспеченные кредиторы XII 45–46

Обеспеченные требования XII 56–58

Обремененные активы XII 18–36

Общие принципы, касающиеся обеспечительных прав XII 13

Правило lex fori concursus XII 15–17

Применимое право в рамках производства по делу о несостоятельности XII 14–17

Процедуры расторжения сделок XII 43–44

Реорганизационное производство XII 47–53

Терминология XII 7–12

Ускоренное реорганизационное производство XII 54–55

Установление очередности обеспеченных требований XII 59–63

Финансирование после открытия производства XII 37–38

Финансирование приобретения XII 64–66

Обеспеченный кредитор

Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении (диспозитивные нормы) VI 50–58

Система регистрации (идентификация) IV 81

Система регистрации (поиск по ссылке) IV 29–30

Система регистрации (право на получение копии уведомления) IV 52

Создание обеспечительного права II 34–37

Сфера применения I 10–11

Оборотный документ

Залог I 51

Коллизионное право X 28–33

Охватываемые активы I 6

Приоритет обеспечительного права V 167–169

Реализация обеспечительного права VIII 111–112

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон III 154–158

Создание обеспечительного права II 128

Электронные оборотные документы I 119–122

Оборотный инструмент

Коллизионное право X 34

Охватываемые активы I 5

Реализация обеспечительного права VIII 102–164

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон III 128–131
II 154–158

Создание обеспечительного права II 111–122

Обремененные активы

Несостоятельность XII 18–36

Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении (обязанность обеспечивать сохранение стоимости, обязанность обеспечивать сохранность, обязанность возвратить) IV 24–39

Приоритет обеспечительных прав (лица, предоставляющие услуги в отношении обремененных активов) V 103–106

Приоритет обеспечительных прав (получатели, арендаторы и лицензиаты) V 60–83

Реализация обеспечительного права (выведение из-под контроля лица, предоставляющего право) VIII 51–56

Реализация обеспечительного права (принятие) VIII 65–70

Реализация обеспечительного права (продажа и другие формы отчуждения) VIII 57–59

Система регистрации (последствия передачи) IV 78–80

Создание обеспечительного права (материальная ответственность обеспеченного кредитора) II 71

Обязательство

См. *Независимое обязательство*

Переходный период

Дата вступления нового закона в силу XI 4–6

Общий подход XI 7–12

Реализация прав XI 27–33

Сила прав, созданных до даты вступления нового законодательства в силу, в отношениях между сторонами XI 17–19

Сила прав, созданных до даты вступления нового законодательства в силу, в отношении третьих сторон XI 20–22

Споры в отношении приоритета XI 23–26

Споры, рассматриваемые судом или третейским судом XI 15–16

Плоды (естественные и гражданские плоды, или доходы)

См. *Поступления*

Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении

Автономия сторон VI 8–15

Диспозитивные нормы, применяемые до момента неисполнения обязательства VI 40–68

Заверения цедента VI 73

Императивные нормы, применяемые до момента неисполнения обязательства VI 16–39

Источник прав и обязанностей сторон VI 14–15

Лицо, предоставляющее право (диспозитивные нормы) VI 59–65

Обеспеченный кредитор (диспозитивные нормы) VI 50–58

Обремененные активы (обязанность возвратить) VI 35–39

Обремененные активы (обязанность обеспечивать сохранение стоимости) VI 32–34

Обремененные активы (обязанность обеспечивать сохранность) VI 24–31

Право на получение платежа по дебиторской задолженности VI 76–80

См. *Права и обязанности третьих сторон, имеющих обязательства*

Права и обязанности третьих сторон, имеющих обязательства

Возврат уплаченных сумм VII 25–26

Гарант/эмитент VII 38–42

Депозитарный банк VII 32–37

Должник по дебиторской задолженности (возражения и права на зачет) VII 21–22

Должник по дебиторской задолженности (освобождение от ответственности посредством платежа) VII 17–20

Должник по дебиторской задолженности (защита) VII 12–16

Должник по дебиторской задолженности (обязательства) VII 9–11

Изменение первоначального договора VII 23–24

Лицо, имеющее обязательство по оборотному инструменту VII 27–31

Последствия обеспечительного права VII 7–44

Право обеспеченного кредитора уведомлять третью сторону, имеющую обязательство VII 16

Эмитент или иное лицо, имеющее обязательство по оборотному документу VII 43–44

Принадлежности

Коллизионное право X 28–38

Недвижимое имущество I 40–42

Приоритет V 110–116

Реализация VIII 90–92

Сила обеспечительного права III 97–107

Создание обеспечительного права II 96–99

Финансирование приобретения (приоритет) IX 149–157

Приоритет обеспечительного права

Арендаторы V 77–79

Банковский счет V 157–163

Будущие активы V 141–143

Виды коллизий приоритета V 11–15

Дарополучатели V 89

Денежные средства V 164

Замечания, касающиеся конкретных видов активов V 151–169

Конкурирующие заявители требований (правила определения приоритета) V 42–124

Кредиторы (обеспеченные и необеспеченные) V 43–44

Кредиторы по решению суда V 94–102

Лица, предоставляющие услуги в отношении обремененных активов V 103–106

Лицензиаты V 80–83

Масса V 117–124

Методы придания силы в отношении третьих сторон V 33–41

Независимое обязательство V 165–166

Обеспечительное право в поступлениях V 144–150

Оборотный документ V 167–169

Оборотный инструмент V 154–156

Обремененные активы V 45–59

Объединенные активы V 117–124

Осведомленность (иррелевантность) V 125–127

Основы для определения приоритета V 27–41

Отдаленные получатели, арендаторы и лицензиаты V 84–88

Подход, основывающийся на добросовестности V 74–75

Подход, основывающийся на обычной коммерческой деятельности V 67–73

Подход, основывающийся на ограничении по времени V 76–89

Подходы к разработке правил приоритета V 20–26

Политика V 29–32

Получатели V 60–76

Понятие V 1–9

Правило “первый по времени” (исключения) V 55–59

Правило “первый по времени” V 45–54

Право поставщика на возвращение V 107–109

Преференциальные требования V 90–93

Принадлежности V 110–116

Продукт V 117–124

Сертификат правового титула V 56–57

Соглашения о контроле V 58

Сохранение силы в отношении третьих сторон V 132–134

Специальный реестр V 56–57

Субординация V 128–131

Сфера действия и толкование правил V 125–150

Условные и будущие обязательства V 135–140

Продукт

См. *Масса*

Реализация обеспечительного права

Автономия сторон VIII 16–17

Аннулирование обеспечительного права после платежа в погашение обеспеченного обязательства в полном объеме VIII 22–26

Банковский счет VIII 105–108

Движимые активы VIII 90–92

Дебиторская задолженность (простая передача) VIII 99–101

Дебиторская задолженность VIII 94–98

Добросовестность и коммерческая разумность VIII 15

Использование всех прав после неисполнения обязательства	VIII 34–35
Коммерческая разумность	VIII 15
Коммерческое предприятие (руководство и продажа)	VIII 71–73
Лицо, предоставляющее право (права)	VIII 37–48
Лицо, предоставляющее право (разрешенное отчуждение активов)	VIII 48
Масса или продукт	VIII 90–92
Независимое обязательство	VIII 109–110
Неисполнение обязательства	VIII 11–14
Оборотный документ	VIII 111–112
Оборотный инструмент	VIII 102–104
Обремененные активы (выведение из-под контроля лица, предоставляющего право)	VIII 51–56
Обремененные активы (принятие)	VIII 65–70
Обремененные активы (продажа или другие формы отчуждения)	VIII 57–59
Общие принципы	VIII 10–36
Одновременное применение режимов реализации прав в движимом и недвижимом имуществе	VIII 85–89
Окончательный характер	VIII 81
Последствия	VIII 74–81
Поступления (обеспечительное право)	VIII 82–84
Принадлежности	VIII 90–92
Приобретательское обеспечительное право	IX 188–196
Продажа и другие формы отчуждения обремененных активов	VIII 57–59
Продукт	VIII 90–92
Процессуальные действия, предшествующие реализации	VIII 37–48
Распределение поступлений от отчуждения активов	VIII 60–64
Распределение поступлений от продажи или иного способа отчуждения активов	VIII 60–64
Реализация обеспечительного права в поступлениях	VIII 82–84
Реализация прав в судебном порядке	VIII 18–20, 29–33, 74–76
Реализация прав во внесудебном порядке	VIII 29–33, 74–80
Руководство коммерческим предприятием и его продажа	VIII 71–73
Свобода сторон согласовывать процедуру реализации	VIII 16–17
Судебный надзор за реализацией	VIII 18–20
Уведомление о намерении осуществить реализацию во внесудебном порядке	VIII 38–43
Уведомление об отчуждении (форма и содержание)	VIII 44–47

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон

"Третьи стороны" (значение термина) III 9–15

Банковский счет III 138–148

Владение III 47–66

Дебиторская задолженность III 128–131

Личное или имущественное право, которое служит обеспечением платежа по дебиторской задолженности III 128–137

Масса или продукт III 108–116

Местонахождение актива или лица, предоставляющего право, изменение III 117–119

Методы придания силы в отношении третьих сторон III 19–28

Независимое обязательство III 132–134, 149–153

Нематериальные активы III 128–131

Оборотный документ III 154–158

Оборотный инструмент III 128–131, 154–158

Обременение недвижимого имущества III 135–137

Основные принципиальные вопросы III 5

Поступления III 87–96

Принадлежности III 97–107

Регистрация в общем реестре обеспечительных прав III 29–46

Регистрация в специальном реестре

См. *Система регистрации* III 67–86

Связь между силой обеспечительного права в отношении третьих сторон и приоритетом III 15–18

Сертификат правового титула III 83–86

Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон и приоритет III 15–18

Создание и сила в отношении третьих сторон III 6–8

Сохранение силы III 117–127

Система регистрации

Аннулирование IV 107–116

Безопасность IV 47–54

Время работы IV 42

Доступ к обеспечительной документации, не подлежащей государственной регистрации IV 18–19

Заблаговременная регистрация IV 98–101

Идентификатор (для физических лиц) IV 68–71

Идентификатор (для юридических лиц) IV 72

Идентификатор (обеспеченного кредитора) IV 81

Изменение IV 107–116

Лицо, предоставляющее право (в сравнении с индексацией активов) IV 31–36

Лицо, предоставляющее право (получение копии зарегистрированного уведомления) IV 49–51

Лицо, предоставляющее право (защита) IV 20

Лицо, предоставляющее право (информация) IV 66–80

Лицо, предоставляющее право (поиск по ссылке) IV 29–30

Максимальная сумма обеспеченных обязательств IV 92–97

Несколько обеспечительных прав (одна регистрация) IV 98–101

Обеспеченный кредитор (поиск по ссылке) IV 29–30

Обеспеченный кредитор (право на получение копии об изменениях в регистрационной записи) IV 52

Обремененные активы (последствия передачи) IV 78–80

Описание обремененных активов IV 82–86

Ответственность (за утрату или ущерб) IV 55–64

Ответственность государства

См. *Сила обеспечительного права в отношении третьих сторон* IV 47

Ошибка IV 66–67

Подтверждение IV 53

Последствия изменения идентификатора лица, предоставляющего право IV 75–77

Право на поиск информации IV 27–28

Предварительные условия регистрации IV 15–17

Продление IV 87–91

Публичный доступ IV 25–26

Различие между физическими и юридическими лицами IV 73–74

Разрешение на регистрацию IV 106

Регистрация идентификационных данных IV 48

Регистрация уведомления (концепция) IV 10–14

Сборы IV 37

Специализированные реестры IV 117

Способы доступа к реестру IV 38–41

Срок действия регистрации IV 102–105

Срок действия регистрации IV 87–91

Сфера применения IV 1–2

Требуемое содержание IV 65

Целостность данных IV 54

Целостность системы регистрации IV 47–54

Централизованная система регистрации IV 21–24

Электронные технологии IV 43

Язык реестра IV 44–46

Соглашение

См. *Соглашение об обеспечении*

Соглашение об обеспечении

Активы, на которые распространяется действие соглашения об обеспечении II 49–71

Банковский счет II 123–125

Масса или продукт II 100–101

Материальные активы, объединенные в общую массу или продукт II 90–95

Момент времени, с которого начинает действовать обеспечительное право II 24–25

Независимое обязательство II 126–127

Обеспечиваемые обязательства II 38–48

Обеспечительные права в личном или имущественном праве, обеспечивающем погашение дебиторской задолженности II 111–122

Оборотные документы II 128

См. *Обязательства сторон*

Объединенные поступления II 86–89

Обязательные элементы II 26–29

Оговорки о запрещении уступки II 106–110

Оптовые уступки II 103–105

Поступления II 72–85

Применимое право X 61

Принадлежности II 96–99

Стороны II 34–37

Форма II 30–34

Создание обеспечительного права

Активы II 49–50

Активы (лица, предоставляющего право) II 61–70

Банковский счет II 123–125

Дебиторская задолженность II 103–105
II 111–122

Залог предприятия II 64–66
Избыточное обеспечение II 68–69
Материальная ответственность обеспеченного кредитора II 71
Материальные активы II 86–95, 128
Независимое обязательство II 126–127
Нематериальные активы II 111–122
Оборотный документ II 128
Оборотный инструмент II 111–122
Обремененные активы (материальная ответственность обеспеченного кредитора) II 71
Общая масса, обеспечительное право в II 100–102
Объединенные активы II 86–95
Обязательные элементы соглашения об обеспечении II 26–29
Оговорка о запрещении уступки II 106–110
Поступления, обеспечительное право в II 72–85
Принадлежности II 96–98
Продукты II 100–102
См. *Соглашение об обеспечении*
См. *Сфера применения*
Утрата (материальная ответственность) II 71
Ущерб (материальная ответственность) II 71
Фиксированный и плавающий залог II 67

Сфера применения
Автономия сторон I 115–119
Активы I 5–9
Будущие активы I 5–8
Валютные сделки I 39
Воздушные суда I 32
Другие исключения из сферы применения I 44
Железнодорожный подвижной состав I 32
Залог I 51–59
Интеллектуальная собственность I 33–36
Космические объекты I 32
Материальные активы I 50–77
Морские суда I 32
Недвижимое имущество I 40–42
Нематериальные активы I 78–84

Обеспеченные сделки (основные подходы) I 45–112

Обеспеченные сделки (функциональный подход) I 101–109

Обеспечительные права I 13–15

Обязательства I 12

Передача правового титула I 86–91

Поступления от исключенных видов активов I 43

Поступления I 16–24

Прямая передача дебиторской задолженности I 25–31

Стороны I 10–11

Удержание правового титула I 92–100

Финансовые договоры I 39

Ценные бумаги I 37–38

Электронные технологии (использование современных) I 119–122

Удержание правового титула

См. *Финансирование приобретения*

Фиксированный и плавающий залог

Создание обеспечительного права II 61–78

Финансирование приобретения

Движимое имущество (приоритет) IX 149–153

Инвентарные запасы (приоритет) IX 133–139
IX 166–172

Ключевые принципиальные варианты IX 60–95

Коллизионное право IX 197–200

Коммерческая основа IX 13–43

Конкурирующие лица, финансирующие приобретение IX 173–178

Кредиторы по решению суда (приоритет) IX 145–148

Лица, финансирующие приобретение (приоритетный статус) IX 117–124

Льготный период IX 108–111

Материальные активы IX 44–59

Материальные активы, помимо инвентарных запасов или потребительских товаров IX 129–132
IX 161–165

Множественные сделки по финансированию приобретения IX 140–144

Недвижимое имущество (приоритет) IX 154–157

Необеспеченное и обеспеченное финансирование приобретения IX 14–19

Несостоятельность IX 206–213

Обеспечительное право, связанное с кредитованием покупной цены IX 56–59

Обязательства сторон IX 183–187

Переходный период IX 201–205

Поступления (приоритет) IX 158–172

Потребительские товары (приоритет) IX 125–128

Принадлежности движимого имущества (приоритет) IX 149–153

Принадлежности недвижимого имущества (приоритет) IX 154–157

Принудительная реализация IX 188–196

Приоритет IX 116–182

Продавцы (обеспечительные права) IX 36–39

Продукты (приоритет) IX 149–153

Регистрация IX 108–115

Сделки по аренде IX 30–35

Сделки, связанные с потребительскими товарами (исключения, касающиеся регистрации) IX 112–115

Сила в отношении третьих сторон IX 96–107

Сила в отношении третьих сторон IX 96–115

Создание обеспечительного права IX 85–95

Терминология IX 6–12

Удержание правового титула IX 20–29

Финансирование приобретения кредитодателем IX 40–43

Финансирование приобретения со стороны продавца IX 46–51
(способствующие подходы) IX 52–55

Функциональный эквивалент IX 67–73

Функциональный эквивалент (унитарный и неунитарный подходы) IX 74–84

Финансовые договоры

Сфера применения I 39

Ценные бумаги

Сфера применения I 37–38

Электронные технологии

Система регистрации IV 43

Сфера применения I 119–122

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Издание Организации Объединенных Наций
Отпечатано в Австрии

В продаже под № R.09.V.12

V.09-82672—October 2010—220

USD 85
ISBN 978-92-1-433063-9