

**Генеральная Ассамблея**Distr.: Limited
26 July 2004*Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы)
Шестая сессия
Вена, 27 сентября – 1 октября 2004 года

Обеспечительные интересы**Проект руководства для законодательных органов
по обеспеченным сделкам****Доклад Генерального секретаря****Добавление****Содержание**

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
VI. Приоритет	1–97	3
А. Общие замечания.	1–97	3
1. Понятие приоритета и его значение	1–6	3
2. Подходы к определению приоритета	7–17	5
а) Правило о приоритете на основании первой регистрации	8–12	5
б) Приоритет на основании владения или контроля.	13–15	7
с) Альтернативные правила о приоритете	16–17	8

* Настоящий документ представлен на две недели позднее, чем требуемый срок в десять недель до начала совещания, что вызвано необходимостью завершить консультации.



3.	Сфера действия правил о приоритете	18–36	9
a)	Затрагиваемые обеспеченные обязательства	19–22	9
b)	Имущество, приобретенное впоследствии	23–25	10
c)	Поступления	26–36	11
4.	Приоритет обеспечительных прав, не имеющих силы в отношении третьих сторон	37–44	13
a)	Необеспеченные кредиторы	38–41	14
b)	Обеспеченные кредиторы	42–44	15
5.	Приоритет обеспечительных прав, имеющих силу в отношении третьих сторон	45–93	15
a)	Необеспеченные кредиторы	45	15
b)	Обеспеченные кредиторы	46	15
c)	Держатели обеспечительных прав на покупные деньги	47–55	16
d)	Кредиторы по судебному решению	56–61	18
e)	Покупатели обремененных активов	62–72	20
f)	Обладатели требований по рекламации	73–76	24
g)	Арендаторы	77–79	25
h)	Держатели оборотных инструментов и оборотных документов	80	25
i)	Обладатели прав в денежных средствах	81	26
j)	Кредиторы по закону (преференциальные кредиторы)	82–85	26
k)	Обладатели прав в активах, улучшающие состояние обремененных активов или осуществляющие их хранение	86–89	28
l)	Обладатели обеспечительных прав в недвижимости, с которой соединена движимость	90	29
m)	Дарополучатели	91	29
n)	Управляющий в деле о несостоятельности	92–93	30
6.	Соглашения о субординации	94–95	30
7.	Значение приоритета до принудительного исполнения	96–97	31
B.	Рекомендации		32

VI. Приоритет

A. Общие замечания

1. Понятие приоритета и его значение

1. Термин "обеспечительное право", как он используется в настоящем Руководстве, означает право в имуществе, предоставленное кредитору для обеспечения платежа или иного исполнения обязательства (т.е. право *in rem*). С другой стороны, термин "приоритет" касается той степени, в которой кредитор способен извлечь экономические выгоды из этого права в преференциальном порядке по отношению к другим сторонам, заявляющим о наличии интереса в этом же имуществе (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 17(q), определение термина "приоритет"). Как это обсуждается ниже, в число таких конкурирующих заявителей требований могут, в частности, входить необеспеченные кредиторы лица, предоставляющего обеспечительное право; другие обеспеченные кредиторы; покупатели, продавцы или арендодатели имущества; обладатели неконсенсуальных обеспечительных прав в имуществе (например, обеспечительных прав, возникающих на основании судебных решений или созданных в силу закона); и управляющий в деле о несостоятельности лица, предоставившего обеспечение. Очередность обеспечительных прав и других прав в обремененных активах, а также экономические последствия такой очередности определяются правилами о приоритете. В некоторых случаях применение правил о приоритете приведет к тому, что соответствующее лицо вступит во владение активами свободно от конкурирующих требований. В настоящей главе рассматриваются обе категории ситуаций.

2. Концепция приоритета составляет сердцевину любого действенного правового режима, регулирующего обеспечительные права, и в силу этого широко признается, что эффективные правила о приоритете являются необходимыми для содействия доступности недорогогостоящего кредитования под обеспечение. Это объясняется двумя основными причинами. Во-первых, в той мере, в которой правила о приоритете являются ясными и приводят к предсказуемым результатам, потенциальные обеспеченные кредиторы смогут эффективным образом и с высокой степенью уверенности определить до предоставления кредита ту первоочередность, которую их обеспечительные права будут иметь по отношению к правам конкурирующих заявителей требования. Это в свою очередь сокращает риски, с которыми сталкиваются такие потенциальные кредиторы, и, следовательно, позитивно сказывается на доступности и стоимости кредитования под обеспечение. Во-вторых, за счет установления механизма для определения очередности требований правила о приоритете наделяют лиц, предоставляющих обеспечение, возможностью создавать несколько обеспечительных прав в своих активах и использовать, таким образом, полную стоимость своих активов для получения более крупного кредита (что является одной из ключевых целей любого эффективного и действенного режима обеспеченных сделок; см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 31).

3. Что касается первой причины, отмеченной в пункте 2 выше, то кредитор обычно предоставляет кредит на основе стоимости конкретного имущества

только в том случае, если он до предоставления им кредита в состоянии установить с высокой степенью определенности ту степень, в которой другие требования будут иметь более высокую очередь по сравнению с его обеспечительным правом в таком имуществе. При этом анализе наиболее важный вопрос для кредитора заключается в том, каковым будет его приоритет в случае принудительной реализации обеспечительного права или несостоятельности лица, предоставившего обеспечение, особенно если предполагается, что обремененные активы будут являться основным или единственным источником погашения кредита. В той мере, в которой кредитор сталкивается с неопределенностью относительно своего приоритета в момент, когда он оценивает вопрос о том, следует ли предоставить кредит, такой кредитор будет в меньшей степени полагаться на обремененные активы. Эта неопределенность может обусловить повышение кредитором платы за кредит для учета меньшей стоимости обремененных активов для такого кредитора и может даже привести к тому, что кредитор вообще откажет в предоставлении кредита.

4. Чтобы свести к минимуму такую неопределенность, важно, чтобы законодательство об обеспеченных сделках устанавливало четкие правила о приоритете, которые приводят к предсказуемым результатам. Существование таких правил о приоритете вместе с действенными механизмами определения и установления приоритета в момент предоставления кредита может иметь для кредиторов столь же важное значение, как и конкретное содержание таких правил. Для кредитора часто будет приемлемой такая ситуация, при которой некоторые конкурирующие заявители требований будут иметь более высокий приоритет, в той мере, в которой этот кредитор может установить, что в конечном итоге он сможет реализовать достаточную стоимость за счет обремененных активов с тем, чтобы погасить свое требование в случае неплатежа со стороны лица, предоставившего обеспечение. Например, кредитор, рассматривающий вопрос о выдаче ссуды лицу, предоставляющему обеспечение во всех активах, может проявить готовность предоставить такую ссуду, даже если инвентарные запасы обременены различными обеспечительными правами (например, обеспечительным правом в пользу владельца склада, который хранит запасы в интересах лица, предоставившего обеспечение), в той мере, в которой ссудодатель с разумной степенью определенности сможет установить природу и объем таких требований.

5. Что касается второй причины, отмеченной в пункте 2 выше, то многие банки и другие финансовые учреждения готовы предоставлять кредит на основе обеспечительных прав, являющихся не первоочередными, а субординированными по отношению к одному или нескольким ранее созданным обеспечительным правам, в той мере, в которой они сочтут, что активы лица, предоставившего обеспечение, будут обладать достаточной стоимостью для подкрепления их обеспечительных прав и смогут четко установить второй по приоритетности статус своих обеспечительных прав. Например, в тех правовых системах, в которых признается обеспечение во всех активах предприятия (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 25), ссудодатель В может согласиться предоставить в обмен на обеспечительное право кредит лицу, активы которого уже обременены обеспечением во всех активах в пользу ссудодателя А, в том случае, если ссудодатель В сочтет, что стоимость активов лица, предоставляющего обеспечение, в достаточной мере превышает сумму ссуды,

обеспеченной имеющимся обеспечением во всех активах предприятия, для того, чтобы поддержать дополнительное предоставление кредита ссудодателем В. Такой результат намного более вероятен в случае той правовой системы, в которой существуют четкие правила о приоритете, позволяющие кредиторам оценить свой приоритет с высокой степенью определенности. За счет содействия предоставлению нескольких обеспечительных прав в одних и тех же активах правила о приоритете дают лицу, предоставляющему обеспечение, возможность максимально повысить ту степень, в которой оно может использовать свои активы для получения кредита.

6. Важно отметить, что независимо от того, какое правило о приоритете действует в той или иной правовой системе, оно будет играть практическую роль только в том случае, если применимые коллизионные нормы будут предусматривать регулирование именно на основании этого правила о приоритете. Этот вопрос рассматривается в главе X (см. A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, пункты 10–18).

2. Подходы к определению приоритета

7. Существуют несколько возможных подходов к определению приоритета. Важно отметить, что в рамках одной и той же правовой системы на практике могут сосуществовать несколько таких подходов в той мере, в которой они могут применяться к различным видам коллизий приоритетов.

а) Правило о приоритете на основании первой регистрации

8. Как это обсуждалось выше (см. пункты 2–5), для эффективного содействия доступности недорогогостоящего кредита важную роль играет наличие таких правил о приоритете, которые позволяют кредиторам установить в момент предоставления кредита свой приоритет с высокой степенью определенности, а также наделяют лиц, предоставляющих обеспечение, возможностью использовать полную стоимость своих активов для получения кредита. Как это обсуждается в главе V (см. A/CN.9/WG.VI/WP.14, пункты 19–23), одним из наиболее эффективных способов обеспечения такой определенности, по крайней мере в случае непосессорных обеспечительных прав, является установление приоритета с помощью использования системы публичной регистрации.

9. Во многих правовых системах, в которых создана надежная система регистрации, приоритет определяется порядком регистрации на основании наиболее ранней (что часто называется "правилом о приоритете на основании первой регистрации"). В некоторых правовых системах это правило применяется даже в том случае, если одно или несколько требований для создания обеспечительного права не были выполнены на момент регистрации, что избавляет кредитора от необходимости еще раз вести поиск данных в регистрационной системе после выполнения всех оставшихся требований, касающихся создания его обеспечительных прав. Это правило обеспечивает для кредитора определенность, поскольку после регистрации им уведомления о своем обеспечительном праве никакая другая регистрация не будет предоставлять приоритета по отношению к его обеспечительному праву. Одновременно обеспечивается защита других существующих или потенциальных кредиторов, поскольку регистрация позволяет им узнать об уже созданных обеспечительных правах или потенциальных обеспечительных

правах, и они могут принять меры по своей собственной защите (например, потребовать личных гарантий или предоставления субординированных обеспечительных прав в том же имуществе или первоочередных обеспечительных прав в ином имуществе). Независимо от вышесказанного, могут быть уместны ограниченные исключения из действия правила о приоритете на основании первой регистрации, например в случае обеспечительных прав на покупные деньги (как это рассматривается в разделе 5(с) ниже) или в случае кредиторов по закону (например, преференциальных) (как это рассматривается в разделе 5(j) ниже).

10. В некоторых правовых системах предусматривается, что если регистрация осуществляется в течение определенного "льготного периода" после даты создания обеспечительного права, приоритет будет основываться не на дате регистрации, а на дате создания. Таким образом, обеспечительное право, которое было создано первым, однако зарегистрировано вторым, может все же иметь приоритет по отношению к обеспечительному праву, которое было создано вторым, но зарегистрировано первым, если только первое обеспечительное право зарегистрировано в течение применимого льготного периода. В результате этого до истечения льготного периода дата регистрации не является надежным критерием определения очередности приоритета кредитора и это порождает значительную неопределенность, которой не существует в правовых системах, не предусматривающих подобных льготных сроков. С тем чтобы не наносить ущерба определенности, достигаемой с помощью правила первой регистрации, в некоторых правовых системах использование льготных периодов ограничивается кругом редких обстоятельств, например, i) обеспечительными правами на покупные деньги в случае оборудования (см. пункт 53 ниже), ii) обстоятельствами, при которых по техническим причинам регистрацию невозможно произвести до создания обеспечительного права или одновременно с его созданием, или iii) случаями, когда срок, истекающий между созданием обеспечительного права и его регистрацией, не может быть сведен к минимуму с помощью использования электронных или других средств регистрации.

11. Во многих правовых системах определение очередности приоритетных прав на основе момента регистрации применяется даже в тех случаях, когда кредитор приобретает обеспечительное право, будучи фактически осведомленным о существовании незарегистрированного обеспечительного права. Это правило в целом исходит из той теоретической посылки, что ограничения, основывающиеся на фактической осведомленности, требуют проведения фактологического расследования субъективного состояния, что вызывает особые сложности в контексте корпораций и других нефизических лиц. Как результат, правила о приоритете, основывающиеся на фактической осведомленности, создают возможности для оспаривания произведенной регистрации и затрудняют разрешение споров, что сокращает определенность в вопросе о приоритетном статусе обеспеченных кредиторов и снижает таким образом эффективность и действенность системы. Как и в случае льготных периодов, такой подход не ставит обеспеченных кредиторов в сколь-либо несправедливое положение, поскольку они всегда могут защитить себя с помощью своевременной регистрации.

12. Во многих правовых системах приняты исключения из правила о приоритете на основании первой регистрации в тех случаях, когда

регистрационная система включает систему регистрации правового титула или систему сертифицирования правового титула. Обеспечительному праву, зарегистрированному в одной из этих систем, часто предоставляется приоритет по отношению к уведомлению, зарегистрированному ранее в общем реестре обеспечительных прав, с тем чтобы обеспечить такой порядок, при котором приобретатели активов, зарегистрированных в подобных системах, могли с абсолютным доверием относиться к записям системы при оценке качества приобретаемого ими правового титула.

b) Приоритет на основании владения или контроля

13. Как это обсуждается в главах III и V (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункты 5–14 и A/CN.9/WG.VI/WP.14, пункты 7–9), поссесорные обеспечительные права традиционно являются важным компонентом законодательства, регулирующего обеспеченные сделки в большинстве правовых систем. В признание этого даже в некоторых правовых системах, где действует правило о приоритете на основании первой регистрации, приоритет может также устанавливаться на основе той даты, когда кредитор вступил во владение обремененными активами или приобрел контроль над ними, без какого-либо требования о регистрации (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 17(bb), определение термина "контроль"). В этих системах приоритет часто предоставляется кредитору, который первым либо зарегистрировал уведомление о своем обеспечительном праве в системе регистрации, либо приобрел обеспечительное право в результате владения или контроля. Однако, поскольку владение или контроль часто не представляют собой публичного акта, держатель обеспечительных прав, приобретших силу в отношении третьих сторон в результате владения или контроля, будет, согласно многим правовым режимам, нести бремя доказывания точного момента, когда он вступил во владение или получил контроль.

14. В случае некоторых видов обремененных активов (например оборотных инструментов, таких как сертифицированные инвестиционные ценные бумаги, или оборотных товарораспорядительных документов, таких как коносаменты или складские расписки) кредиторы часто требуют передачи таких активов в их владение или под их контроль, с тем чтобы предотвратить их несанкционированное использование со стороны лица, предоставившего обеспечение. Применительно к таким видам активов законодательство многих правовых систем предусматривает, что приоритет обеспечительного права может определяться либо владением или контролем, либо регистрацией. В то же время за обеспечительным правом, приобретшим силу в отношении третьих сторон в результате владения или контроля, обычно признается приоритет по отношению к обеспечительному праву, приобретшему силу в отношении третьих сторон только в результате регистрации, даже если регистрация произошла раньше. Этот результат отвечает ожиданиям сторон в случае оборотных инструментов и оборотных документов, поскольку права в таких активах традиционно передаются путем передачи владения.

15. В правовых системах, в которых приоритет обеспечительного права может устанавливаться несколькими методами (например на основании регистрации, владения или контроля), возникает вопрос о том, позволяет ли обеспеченному кредитору, который первоначально установил свой приоритет с помощью одного

из этих способов, обратиться к другому методу, не утрачивая своего первоначального приоритетного статуса в отношении обремененных активов. В принципе, вряд ли можно возразить против предоставления кредитору возможности сохранить свой приоритет в подобных обстоятельствах при условии, что разрыва в непрерывности регистрации, владения и контроля не образуется и, таким образом, приоритет обеспечительного права в любой момент определяется тем или иным методом. Таким образом, если законодательство предусматривает, что обеспечительное право может приобрести силу в отношении третьих сторон в результате регистрации или владения и обеспечительное право в тех или иных активах сначала приобретает силу в результате регистрации, а впоследствии обеспеченный кредитор вступает во владение активами в течение срока действия регистрации, обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон и приоритет определяется со ссылкой на дату регистрации. Если, с другой стороны, обеспеченный кредитор вступает во владение активами после прекращения действия регистрации в результате истечения срока ее действия или по иным основаниям, приоритет обеспечительного права должен определяться со ссылкой на дату, на которую обеспеченный кредитор вступил во владение.

с) Альтернативные правила о приоритете

16. В тех правовых системах, в которых не создано надежной системы регистрации или вообще отсутствует регистрационная система, и сила обеспечительного права в отношении третьих сторон, и приоритет часто основываются на моменте создания обеспечительного права. В этих правовых системах, хотя существование непоссесорных обеспечительных прав и может допускаться (часто в форме удержания правового титула или передачи правового титула в целях обеспечения), кредиторы обычно получают сведения, подтверждающие существование или отсутствие конкурирующих требований, через заверения лица, предоставляющего обеспечение, или из информации, имеющейся на рынке. В подобных правовых системах в результате отсутствия системы для определения очередности кредиторов, обладающих обеспечительными правами в одних и тех же активах, лицу, предоставляющему обеспечение, часто трудно или невозможно предоставить более одного обеспечительного права в одних и тех же активах и, таким образом, полностью использовать стоимость активов для получения кредита под обеспечение (см. пункты 2 и 5 выше).

17. В некоторых правовых системах приняты специальные правила о приоритете в отношении определенных видов обремененных активов. Например, в некоторых правовых системах сила обеспечительного права в дебиторской задолженности в отношении третьих сторон и конкурирующих требований на дебиторскую задолженность основывается на моменте уведомления должников по дебиторской задолженности ("должники по счетам") о существовании обеспечительного права. Однако такая система по ряду причин не способствует расширению возможностей получения недорогостоящего кредита под обеспечение. Во-первых, она не позволяет кредитору с достаточной степенью определенности установить в момент предоставления кредита существование каких-либо конкурирующих обеспечительных прав в дебиторской задолженности. Во-вторых, эта система не предусматривает эффективных способов получения обеспечительных прав в будущей дебиторской

задолженности, поскольку уведомление должников по счетам будущей дебиторской задолженности в момент первоначального предоставления кредита является невозможным, и, таким образом, должники по счетам будущей дебиторской задолженности должны уведомляться в момент возникновения такой дебиторской задолженности. В-третьих, в случае существования многочисленных должников по счетам практика направления уведомлений может быть весьма дорогостоящей. В-четвертых, многие лица, предоставляющие обеспечение, могут и не желать непосредственного уведомления своих клиентов о существовании обеспечительного права в их дебиторской задолженности.

3. Сфера действия правил о приоритете

18. Учитывая важность правил о приоритете, режим обеспеченных сделок должен включать такой свод правил о приоритете, которые были бы комплексными по своей сфере действия и охватывали бы широкий диапазон существующих или будущих обеспеченных обязательств и обремененных активов, а также предусматривать способы разрешения коллизий приоритетов широкого круга разнообразных конкурирующих заявителей требований (как консенсуальных, так и неконсенсуальных). Как это отмечалось в пункте 1 выше, комплексный свод правил о приоритете служит не только определению очередности конкурирующих требований на одни и те же активы, но также позволяет определить случаи, когда лицо может вступить во владение активами свободно от требований со стороны всех других обладателей конкурирующих требований.

а) Затрагиваемые обеспеченные обязательства

19. Для определения суммы кредита, который предполагается предоставить, и соответствующих условий предоставления кредитор должен иметь способность установить в момент заключения обеспеченной сделки, какая часть его требования будет пользоваться приоритетом.

20. В некоторых правовых системах такой приоритет ограничивается суммой долга, существующего в момент создания обеспечительного права. Преимущество такого подхода состоит в том, что он позволяет (хотя и не во всех случаях) увязывать приоритет с ожиданиями сторон в момент создания обеспечительного права. Недостаток этого подхода заключается в том, что кредиторам требуется проявлять дополнительную должную осмотрительность (например, выявлять новые случаи регистрации), а также заключать дополнительные соглашения и производить дополнительную регистрацию на суммы, ссуженные впоследствии. Это вызывает особые сложности, поскольку один из наиболее эффективных способов предоставления кредита под обеспечение заключается в его предоставлении на возобновляемой основе, так как этот вид механизма кредитования в наибольшей степени отвечает индивидуальным заемным потребностям лица, предоставляющего обеспечение (см. пример 2 в документе A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункты 23–25, и документ Add.2, пункт 7). Эта проблема может быть разрешена за счет предоставления будущим ссудам того же приоритета, что и приоритет, предоставленный ссужаемым средствам в момент первоначального создания обеспечительного права. В случае кредита, предоставляемого в связи с

поставкой товаров или услуг отдельными партиями, решение заключается в подходе ко всему требованию как возникающему в момент подписания договора, а не в момент каждой поставки товаров или услуг.

21. Согласно другим правовым системам приоритет ограничивается максимальной суммой, указанной в уведомлении, которое регистрируется в публичном регистре применительно к соответствующему обеспечительному праву, с тем, чтобы избежать такого положения, при котором все активы лица, предоставляющего обеспечение, будут привязаны к одному и тому же кредитору, что снизит возможную готовность последующих кредиторов предоставить кредит этому лицу (см. A/CN.9/WG.VI/WP.14, пункт 38).

22. В то же время согласно другим правовым системам приоритет предоставляется в связи со всеми случаями предоставления кредита, даже ссудам средств после создания обеспечительного права, и в связи со всеми обусловленными обязательствами, которые могут возникнуть после создания обеспечительного права, без необходимости в конкретном указании максимальной суммы. В подобных системах обеспечительное право может распространяться на все обеспеченные денежные и неденежные обязательства, причитающиеся обеспеченному кредитору и обеспеченные обеспечительным правом, включая основную сумму, затраты, проценты и сборы и включая обязательства исполнения и другие обусловленные обязательства. Дата, на которую предоставлены ссудные средства или принято другое обязательство, обеспеченное обеспечительным правом, не оказывает влияния на приоритет (т.е. обеспечительное право может обеспечивать будущие выплаты по кредитному механизму при том же приоритете, что и в случае выплат, осуществленных согласно кредитному механизму одновременно с созданием обеспечительного права).

b) Имущество, приобретенное впоследствии

23. Как это более подробно обсуждается в главе VI (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, пункты 16–18), в некоторых правовых системах предусматривается возможность создания обеспечительного права в имуществе, которое лицо, предоставившее обеспечение, может приобрести в будущем. Такое обеспечительное право создается автоматически в момент приобретения имущества лицом, предоставившим обеспечение, без необходимости осуществления в этот момент каких-либо дополнительных шагов. В результате этого расходы, связанные с предоставлением обеспечительного права, сводятся к минимуму, что отвечает ожиданиям сторон. Это имеет особенно большое значение в случае инвентарных запасов, которые постоянно пополняются для последующей продажи, дебиторской задолженности, которая инкассируется и регенерируется на постоянной основе (см. пример 2 в документе A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункты 23–25), и оборудования, которое замещается в ходе обычных коммерческих операций лица, предоставившего обеспечение.

24. Возможность создания обеспечительных прав в имуществе, приобретаемом впоследствии, ставит вопрос о том, действует ли приоритет с момента первоначального создания обеспечительного права (т.е. с даты, на которую обеспечительное право впервые приобретает силу в отношении третьих сторон) или с момента, когда лицо, предоставившее обеспечение, приобретает имущество. Этот вопрос по-разному решается в различных правовых системах.

В некоторых правовых системах используемый подход зависит от статуса кредитора, претендующего на приоритет (приоритет может действовать с момента первоначального предоставления обеспечительного права по отношению к другим консенсуальным обеспеченным кредиторам и с момента приобретения имущества по отношению ко всем другим кредиторам). В целом признается, что установление приоритета с момента первоначального предоставления обеспечительного права, а не с момента, на который лицо, предоставившее обеспечение, получает права в приобретаемых впоследствии активах, представляет собой более эффективный и действенный подход с точки зрения содействия доступности недорогогостоящего кредита под обеспечение (см., например, статью 8(2) Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке).

25. В эффективных режимах обеспеченных сделок оговаривается, что обеспечительное право в впоследствии приобретенных активах лица, предоставившего обеспечение, имеет тот же приоритет, что и обеспечительное право в активах этого лица, которые ему принадлежали или существовали в момент первоначального приобретения обеспечительным правом силы в отношении третьих сторон.

с) Поступления

26. Если кредитор имеет обеспечительное право в поступлениях и естественных приращениях от первоначально обремененных активов, возникает вопрос о приоритете этого обеспечительного права в отношении других конкурирующих заявителей требований. В круг конкурирующих заявителей требований в отношении поступлений могут входить, в том числе, другие кредиторы предоставившего обеспечение лица, которые имеют обеспечительное право в поступлениях, и кредиторы предоставившего обеспечение лица, которые получили право в силу решения суда или исполнительного решения в отношении поступлений (содержание понятия "поступления" см. A/CN.9/WG.VI/ WP.11/Add.2, пункты 30–34).

27. Имущество, представляющее собой поступления для одного обеспеченного кредитора, может являться первоначально обремененными активами для другого обеспеченного кредитора. Например, кредитор А может обладать обеспечительным правом во всей дебиторской задолженности лица, предоставившего обеспечение, в силу своего обеспечительного права во всех нынешних и будущих инвентарных запасах этого лица и поступлениях, полученных от продажи этих запасов или иного распоряжения ими, а кредитор В может обладать обеспечительным правом во всей нынешней и будущей дебиторской задолженности лица, предоставившего обеспечение, как в первоначально обремененном имуществе. Если предоставившее обеспечение лицо впоследствии продает по кредиту инвентарные запасы, на которые распространяется обеспечительный интерес кредитора А, то оба кредитора будут обладать обеспечительным правом в дебиторской задолженности, полученной от 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 в первоначально обремененных активах.

28. Всеобъемлющий режим обеспеченных сделок должен содержать ответы на ряд вопросов, касающихся конкурирующих требований вышеупомянутых обеспеченных кредиторов. Один вопрос заключается в том, имеет ли право кредитора А в дебиторской задолженности как в поступлениях от инвентарных запасов силу не только в отношении лица, предоставившего обеспечение, но также и в отношении конкурирующих заявителей требований. В большинстве обстоятельств на этот вопрос должен быть дан утвердительный ответ. В противном случае стоимость первоначально обремененных активов (т.е. инвентарных запасов) будет в значительной степени иллюзорной. Обеспечительные права создают экономические гарантии для обеспеченного кредитора только в той степени, в которой обеспеченный кредитор имеет право зачесть экономическую стоимость обремененных активов против своего обеспеченного обязательства раньше других конкурирующих заявителей требований. После продажи инвентарных запасов, как об этом говорится в нашем примере, экономическая стоимость запасов воплощается с точки зрения кредитора в дебиторской задолженности или других поступлениях от продажи, и в силу этого право на нее должен иметь в первую очередь кредитор А.

29. Второй вопрос касается степени, в которой право на поступления распространяется на поступления от поступлений; например, возникает вопрос о том, будет ли кредитор, имеющий обеспечительное право в дебиторской задолженности как поступлениях от инвентарных запасов, также обладать обеспечительным правом в денежных средствах, полученных от инкассации дебиторской задолженности лицом, предоставившим обеспечение. На этот вопрос также в большинстве случаев должен быть дан утвердительный ответ, поскольку иное правило позволило бы лицу, предоставившему обеспечение, легко преодолеть право обеспеченного кредитора на поступления.

30. Третий вопрос состоит в том, распространяется ли право на поступления только на те поступления, которые могут быть идентифицированы (например, погашается ли обеспечительное право в поступлениях, представляющих собой денежные средства, после смешения этих денежных средств с другими средствами на банковском счете). Что касается этого вопроса, то во многих правовых системах приняты различные правила "отслеживания" для определения того, какие средства, помещенные на банковский счет, могут надлежащим образом рассматриваться в качестве идентифицируемых поступлений, охватываемых обеспечительным правом.

31. Те соображения, которые заставили некоторые правовые системы установить требования о регистрации или совершении иного акта для придания обеспечительному праву в конкретном имуществе силы в отношении третьих сторон, также привели некоторые из этих правовых систем к установлению требования о необходимости дополнительного акта для придания силы в отношении третьих сторон праву в поступлениях от такого имущества.

32. В некоторых случаях таким дополнительным актом будет являться регистрация в отношении поступлений, в то время как в других случаях потребуются иной акт (например, вступление во владение в случае оборотного инструмента). В тех случаях, когда требуется дополнительный акт, в правовом режиме следует предусмотреть определенный срок после свершения сделки, образовавшей поступления, в течение которого кредитор может осуществить такой акт, не утрачивая своего приоритета в поступлениях.

33. Хотя решение о том, необходим ли дополнительный акт для придания обеспечительному праву в поступлениях силы в отношении третьих сторон, является весьма важным, одного такого решения не достаточно для определения относительных прав обладателя такого обеспечительного права и других кредиторов, имеющих права в поступлениях. Для определения относительного приоритета права обеспеченного кредитора в поступлениях применительно к правам конкурирующих заявителей требований необходимы правила о приоритете.

34. Правила о приоритете могут различаться в зависимости от характера конкурирующего требования. Например, когда конкурирующий заявитель требования является другим обеспеченным кредитором, правила о приоритете применительно к правам в поступлениях от первоначально обремененных активов могут основываться на правилах о приоритете, применимых к первоначально обремененным активам, и принципиальных решениях, на которых они строятся. В правовой системе, в которой первое право в том или ином конкретном имуществе, подтвержденное регистрацией, имеет приоритет по отношению к другим конкурирующим правам, это же правило может быть использовано для определения приоритета в случае, когда осуществлена передача первоначально обремененных активов и обеспеченный кредитор заявляет право в поступлениях. Если регистрация была проведена в отношении права в первоначально обремененных активах до регистрации, осуществленной конкурирующим заявителем требования в отношении поступлений, приоритет может быть признан за первым обеспечительным правом.

35. В случаях, когда очередность конкурирующих прав в первоначально обремененных активах определяется не порядком регистрации (как, например, в случае обеспечительного права на покупные деньги, которое пользуется суперприоритетом), потребуется отдельно определить правило о приоритете, которое будет применяться к поступлениям от первоначально обремененных активов.

36. В случаях, когда конкурирующий заявитель требования является кредитором по судебному решению (см. пункты 56–61) или управляющим в деле о несостоятельности (см. пункты 92 и 93), приоритет может зависеть и от других факторов.

4. Приоритет обеспечительных прав, не имеющих силы в отношении третьих сторон

37. Как это обсуждалось выше (пункт 18), эффективный режим обеспеченных сделок должен включать правила для определения относительного приоритета между обеспеченным кредитором и широким кругом конкурирующих заявителей требований. Результаты могут отличаться в зависимости от того, имеет ли соответствующее обеспечительное право силу в отношении третьих сторон. Обеспечительные права, которые имеют силу в отношении третьих сторон, как правило, пользуются наиболее высоким уровнем защиты, однако в определенных обстоятельствах на некоторую степень защиты могут претендовать и обеспечительные права, не имеющие силы в отношении третьих сторон.

а) Необеспеченные кредиторы

38. Лицо, предоставляющее обеспечение, часто имеет долги, которые не обеспечены обеспечительными правами в его каких-либо активах. Так, эти общие необеспеченные требования часто составляют основную массу непогашенных обязательств такого лица.

39. В целом признается, что предоставление обеспеченным кредиторам приоритета по отношению к необеспеченным кредиторам является необходимым для содействия доступности кредита под обеспечение и что обеспеченный кредитор должен иметь, таким образом, право на извлечение экономической стоимости из своих обеспечительных прав в предпочтительном порядке по отношению к требованиям других кредиторов предоставившего обеспечение лица, которые не имеют обеспечительных прав в его активах. Необеспеченные кредиторы могут принять другие меры по защите своих интересов, например контролировать состояние погашения предоставляемых ими кредитов, взимать проценты на просроченные причитающиеся суммы или обращаться за вынесением судебного решения по своим требованиям (как это рассматривается в разделе 5(d) ниже) в случае неплатежа. Кроме того, привлечение кредитов под обеспечение может увеличить оборотный капитал лица, предоставляющего такое обеспечение, что во многих случаях отвечает интересам необеспеченных кредиторов, поскольку увеличивает вероятность погашения необеспеченной задолженности. Так, выплаты, осуществляемые в рамках механизма обеспеченного возобновляемого кредитования оборотного капитала (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункты 23–25), часто являются источником, из которого компания будет производить выплаты своим необеспеченным кредиторам в ходе обычных коммерческих операций.

40. Таким образом, один из важнейших элементов эффективного режима кредитования под обеспечение состоит в том, что обеспеченные требования, созданные должным образом, обладают приоритетом по отношению к обычным необеспеченным требованиям. В то же время в некоторых правовых системах, независимо от этого, принято исключение из этого теоретического положения для случая обеспечения во всех активах (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, пункты 23–25).

41. Другой возникающий вопрос связан с тем, следует ли предоставлять приоритет обеспечительному праву по отношению к необеспеченному кредиту, даже если обеспечительное право не имеет силы в отношении третьих сторон. Согласно некоторым правовым режимам ответ на этот вопрос будет зависеть от того, происходит ли принудительная реализация обеспечительного права в контексте производства по делу о несостоятельности, открытого самим лицом, предоставившим обеспечительное право, или в его отношении. В данном случае управляющий в деле о несостоятельности может быть уполномочен признавать недействительными обеспечительные права, не вступившие в силу в отношении третьих сторон, и в случае признания этих обеспечительных прав таковыми обязательства, которые они обеспечивают, будут считаться необеспеченными требованиями. С другой стороны обеспечительное право, не имеющее силы в отношении третьих сторон, может, тем не менее, иметь силу в отношении лица, предоставившего обеспечение, и может быть принудительно реализовано обеспеченным кредитором в отношении такого лица за пределами производства по делу о его несостоятельности.

b) Обеспеченные кредиторы

42. Как это обсуждалось выше (см. пункты 2 и 5), во многих правовых системах лицу, предоставляющему обеспечение, разрешается предоставлять несколько обеспечительных прав в одних и тех же активах, причем относительный приоритет таких обеспечительных прав подчиняется правилу о приоритете (на основании первой регистрации или иному правилу), действующему в рамках такой системы, или соглашению кредиторов (см. пункты 94 и 95). Разрешение создавать подобным образом многочисленные обеспечительные права в одних и тех же активах позволяет лицу, предоставляющему обеспечение, использовать стоимость, заложенную в активах, для привлечения кредита из нескольких источников и задействовать, таким образом, в максимальной степени потенциал заимствования в связи с такими активами.

43. В режимах обеспеченных сделок, в которых проводится различие между обеспечительным правом, имеющим силу в отношении третьих сторон, и подобным правом, не имеющим силы, также, как правило, предусматривается, что, хотя обе категории обеспечительных прав имеют силу в отношении лица, предоставившего обеспечение, обеспечительное право, которое имеет силу в отношении третьих сторон, обладает приоритетом над обеспечительным правом, в отношении третьих сторон силы не имеющим, независимо от порядка очередности, в котором создавались такие обеспечительные права. Иное решение лишало бы смысла концепцию силы в отношении третьих сторон.

44. Если, с другой стороны, оба обеспечительных права не имеют силы в отношении третьих сторон, однако имеют силу в отношении лица, предоставившего обеспечение, приоритет определяется на основании порядка очередности их создания.

5. Приоритет обеспечительных прав, имеющих силу в отношении третьих сторон**a) Необеспеченные кредиторы**

45. Как это обсуждалось выше (см. пункты 38–41), основополагающий принцип законодательного регулирования обеспеченных сделок во многих правовых системах состоит в том, что обеспечительное право, имеющее силу в отношении третьих сторон, имеет силу и в отношении необеспеченных кредиторов лица, предоставившего обеспечение.

b) Обеспеченные кредиторы

46. Во многих правовых системах применительно к двум обеспечительным правам в одних и тех же обремененных активах, имеющим силу в отношении третьих сторон, при условии ограниченных исключений, рассматриваемых в разделе 5(с) ниже, приоритет определяется на основании порядка очередности, в котором предпринимались соответствующие шаги по приданию силы в отношении третьих сторон, даже если в этот момент не были удовлетворены одно или несколько требований, установленных применительно к созданию обеспечительного права.

с) Держатели обеспечительных прав на покупные деньги

47. Как правило, лицо, предоставляющее обеспечение, приобретает активы в результате их покупки. В некоторых обстоятельствах покупка осуществляется за счет кредита, предоставленного продавцом, или финансируется ссудодателем, причем в любом случае она обеспечивается обеспечительными правами в приобретаемых активах. Финансирование такого рода называется "финансированием покупных денег", а обеспечительные права, обеспечивающие такое финансирование, называются "обеспечительными правами на покупные деньги" (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункты 17(b) и 19–22 и A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункты 35–45). В подобных ситуациях необходимо рассмотреть вопрос о приоритете таких прав на покупные деньги относительно обеспечительных прав в этом же имуществе, принадлежащих другим сторонам.

48. Исходя из признания того, что финансирование покупных денег является эффективным механизмом предоставления в распоряжение коммерческих предприятий капитала, необходимого для приобретения конкретных товаров, многие правовые системы предусматривают, что обладатели обеспечительных прав на покупные деньги имеют приоритет по отношению к другим кредиторам (включая кредиторов, имеющих зарегистрированное ранее по времени обеспечительное право в имуществе) в отношении товаров, приобретенных на средства, полученные за счет финансирования покупных денег, в той мере, в которой уведомление об обеспечительном праве на покупные деньги зарегистрировано в надлежащий срок (который может предусматривать "льготный период" в случае некоторых видов активов).

49. В этих правовых системах такой повышенный приоритет (который иногда называется "суперприоритетом") представляет собой важное исключение из действия правила о приоритете на основании первой регистрации, которое рассматривалось в разделе 2(а) выше, и играет важную роль в содействии доступности финансирования покупных денег. Коммерческие предприятия в целях привлечения финансирования часто предоставляют обеспечительные права во всех или некоторых своих существующих или впоследствии приобретенных инвентарных запасах и оборудовании. В подобных ситуациях, если обеспечительным правам на покупные деньги не будет предоставлен повышенный приоритет, финансисты, предоставляющие такие деньги, не смогут с достаточной степенью определенности положиться на свои обеспечительные права в приобретенных товарах, поскольку очередность таких прав будет ниже уже существующих обеспечительных прав в этих же товарах. В примере 1 (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункты 19–22) продавец А, ссудодатель А и арендодатель А – все не проявят готовности предоставить финансирование покупных денег, если их обеспечительные права в товарах, приобретение которых финансируется, будут иметь очередь ниже существующих обеспечительных прав ссудодателя В в примере 2 (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 25).

50. Предоставление повышенного приоритета обеспечительным правам на покупные деньги в целом не считается наносящим ущерб другим кредиторам лица, предоставившего обеспечение, поскольку финансирование покупных денег не приводит к сокращению имущественной массы (т.е. чистых активов или чистой стоимости предприятия) такого лица, а, напротив, пополняет имущественную массу новыми приобретенными активами. Например,

обеспеченный статус ссудодателя В в примере 2 не понесет ущерба в результате финансирования покупных денег для приобретения инвентарных запасов, поскольку все обремененные активы сохраняются в распоряжении ссудодателя В, причем у него также возникнет обеспечительное право на новые активы, приобретение которых было финансировано в рамках сделки кредитования покупных денег, хотя оно и будет субординировано по отношению к обеспечительному праву на покупные деньги.

51. С тем чтобы содействовать доступности финансирования покупных денег без ущерба для обычного кредитования под обеспечение, важно, чтобы повышенный приоритет, предоставляемый обеспечительным правам на покупные деньги, применялся только в отношении товаров, приобретенных за счет таких покупных денег, а не к каким-либо иным активам лица, предоставившего обеспечение.

52. В некоторых правовых системах обеспечительные права на покупные деньги не подлежат регистрации (на том, в том числе, основании, что продавцы товаров могут оказаться недостаточно опытными сторонами, от которых нельзя ожидать направления уведомления в регистр или поиска зарегистрированной в нем информации). В то же время в других правовых системах обеспечительные права на покупные деньги подлежат регистрации с тем, чтобы избежать создания такой ситуации, при которой другие кредиторы будут ошибочно полагаться на активы, обремененные обеспечительными правами на покупные деньги (см. A/CN.9/WG.VI/WP.14, пункты 56 и 57).

53. С точки зрения конкурирующего кредитора требование регистрации уведомления о таких обеспечительных правах на покупные деньги в момент их приобретения было бы полезным. Это означало бы, что любой кредитор может произвести поиск в регистрационной системе и установить с определенностью, обременены ли в момент осуществления поиска какие-либо существующие активы лица, предоставляющего обеспечение, обеспечительными правами на покупные деньги. В то же время для содействия "немедленному" финансированию в секторах продажи и аренды оборудования в некоторых системах предусматривается льготный период для регистрации финансирования покупных денег, когда обремененные активы представляют собой оборудование. Для более эффективной сбалансированности конкурирующих интересов этот льготный период должен быть достаточно длительным с тем, чтобы требование регистрации не налагало ненадлежащего бремени на стороны, предоставляющие финансирование покупных денег, и в то же время достаточно коротким с тем, чтобы другим обеспеченным кредиторам не приходилось ждать длительное время до получения возможности осуществить поиск информации в регистре и определить, существуют ли какие-либо конкурирующие обеспечительные права.

54. Как правило, такой льготный период не применяется в отношении регистраций в том, что касается обеспечительных прав на покупные деньги в случае инвентарных запасов. Вместо этого для получения суперприоритета в инвентарных запасах в некоторых правовых системах любой обладатель такого обеспечительного права должен, помимо регистрации, уведомить о своем обеспечительном праве других существующих обладателей обеспечительных прав до передачи товаров во владение лица, предоставившего обеспечение. Такое уведомление обычно принимает форму единовременного уведомления, осуществляемого в момент начала функционирования механизма

финансирования покупных денег, а не уведомления, осуществляемого в момент каждой покупки товаров, финансируемой стороной, кредитующей покупные деньги. Аргумент в пользу требования о таком уведомлении состоит в том, что уже существующие поставщики финансирования приобретения инвентарных запасов должны быть уведомлены о правах на покупные деньги с тем, чтобы они не выдавали дополнительных ссуд против имеющихся инвентарных запасов должника, исходя из ошибочной убежденности в том, что они будут обладать первым приоритетом в отношении таких запасов. В противном случае для избежания этой опасности таким поставщикам финансирования потребуется ежедневно проверять реестр до предоставления каждой новой ссуды против инвентарных запасов с тем, чтобы убедиться в отсутствии заявленных прав на покупные деньги применительно к таким запасам (а это обстоятельство может обусловить существенное увеличение затрат на такое финансирование), причем даже ежедневных проверок будет недостаточно в случае установления льготного периода для обеспечительных прав на покупные деньги.

55. Важное принципиальное решение, которое необходимо принять при установлении правила о суперприоритете применительно к финансированию покупных денег, состоит в том, следует ли такой приоритет предоставлять только продавцам товаров или же он должен распространяться также на банки и других кредиторов, финансирующих приобретение товаров. Аргументы в пользу ограничения приоритета продавцами носят, как представляется, исторический характер и состоят в том, что предоставление финансирования поставщиком (например, в форме договоренностей об удержании правового титула) развивалось в качестве недорогостоящей и эффективной альтернативы банковскому финансированию. Главный аргумент в пользу распространения приоритета на банки и других кредиторов заключается в том, что такой равный режим содействует развитию конкуренции, что в свою очередь окажет позитивное воздействие как на доступность кредитования, так и на его стоимость.

d) Кредиторы по судебному решению

56. Во многих правовых системах предусматривается, что обычный необеспеченный кредитор, который получил судебное решение по своему требованию и осуществил приписываемые законом действия по приведению в исполнение этого решения (например наложение ареста на конкретное имущество или регистрация судебного решения), обладает эквивалентом обеспечительного права в таком имуществе. На практике такое право предоставляет кредитору по судебному решению приоритет применительно к такому имуществу в отношении обычных необеспеченных кредиторов лица, предоставившего обеспечение.

57. Такой приоритет в отношении других необеспеченных кредиторов предоставляется кредиторам по судебному решению в признание тех юридических действий, которые они совершили для обеспечения исполнения своих требований. Такой порядок не является несправедливым по отношению к другим обычным необеспеченным кредиторам, поскольку они обладают такими же правами на взыскание по своим требованиям в судебном порядке. В то же время, чтобы избежать наделения кредиторов по судебному решению чрезмерными полномочиями в тех правовых системах, где уже один кредитор

может обратиться за возбуждением производства по делу о несостоятельности, в законодательстве о несостоятельности предусматривается, что обеспечительные права, возникающие из судебных решений, вынесенных в течение оговоренного срока до открытия производства по делу о несостоятельности, могут быть признаны не имеющими силы управляющим в деле о несостоятельности.

58. В тех случаях, когда кредитору по судебному решению предоставляется эквивалент обеспечительного права, существующий кредитор, имеющий созданное ранее по времени консенсуальное обеспечительное право в определенных активах, будет заинтересован в обеспечении того, чтобы его право сохраняло приоритет над обеспечительным правом, созданным судебным решением, особенно в отношении активов, на основании которых он уже предоставил кредит. В то же время кредитор по судебному решению заинтересован в получении приоритета в отношении активов, обладающих достаточной стоимостью в качестве источника платежа по его требованию.

59. Во многих правовых системах, в которых действует система регистрации, очередность приоритетов в подобной ситуации определяется со ссылкой на момент регистрации обеспечительного права, т.е. зарегистрированное ранее по времени консенсуальное обеспечительное право в имуществе будет обладать приоритетом по отношению к последующему обеспечительному праву в том же имуществе, созданному судебным решением. И наоборот, предоставление консенсуального обеспечительного права в имуществе после получения кредитором того или иного обеспечительного права в силу судебного решения приведет к тому, что такое право будет являться субординированным по отношению к уже существующему обеспечительному праву на основании судебного решения. Такой подход является в целом приемлемым для кредиторов в той мере, в которой информация об обеспечительном праве на основании судебного решения является достаточно открытой с тем, чтобы кредиторы могли эффективно осведомиться о нем и учесть существование такого права в своих кредитных решениях до предоставления кредита.

60. В случае применения к будущим выплатам обычно устанавливается исключение из действия этого правила (более подробное обсуждение приводится в разделе 3(а) выше). Хотя в отношении кредита, предоставленного до даты вступления в силу обеспечительного права по судебному решению, ранее зарегистрированное обеспечительное право будет обычно пользоваться приоритетом над обеспечительным правом по судебному решению, в том что касается любого кредита, предоставленного после такой даты вступления в силу, за ним, как правило, приоритет над обеспечительным правом по судебному решению признаваться не будет (если только обязательства по такому кредиту не были приняты до даты вступления судебного решения в силу). Например, в примере 2 (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 25), ссудодатель В предоставляет ссуды компании ABC, которые обеспечиваются всеми существующими и будущими инвентарными запасами и дебиторской задолженностью ABC. Если необеспеченный кредитор получает судебное решение против ABC и, тем самым, обеспечительное право в инвентарных запасах ABC, обеспечительное право ссудодателя В в инвентарных запасах будет иметь приоритет над обеспечительным правом по судебному решению в отношении ссуд, которые ссудодатель В предоставил до даты вступления судебного решения в силу, а также тех ссуд, которые ссудодатель В предоставил

в течение оговоренного срока после даты вступления решения в силу. В то же время обеспечительное право по судебному решению будет иметь приоритет в отношении любых дополнительных ссуд, выплаченных ссудодателем В после оговоренного срока, если только ссудодатель В не обязался до вступления в силу судебного решения предоставить такие дополнительные ссуды.

61. Для защиты существующих обеспеченных кредиторов от осуществления дополнительных выплат на основе стоимости активов, обремененных обеспечительными правами по судебному решению, должен быть создан механизм уведомления кредиторов о таких обеспечительных правах по судебному решению. Во многих правовых системах, в которых действует система регистрации, такое уведомление обеспечивается за счет распространения на обеспечительные права по судебному решению правил системы регистрации. Если системы регистрации не имеется или если обеспечительные права по судебному решению не подлежат регистрации в системе, то от кредитора по судебному решению может требоваться уведомление существующих обеспеченных кредиторов о факте вынесения судебного решения. Кроме того, законодательство может предусматривать, что приоритет существующего обеспеченного кредитора сохраняется в течение определенного срока (возможно, 45–60 дней) после регистрации обеспечительного права на основе судебного решения (или получения кредитором уведомления), с тем чтобы кредитор мог принять меры по соответствующей защите своих интересов. Чем более короткий срок имеется в распоряжении обеспеченного кредитора для принятия соответствующих мер в связи с возникновением обеспечительных прав на основе судебного решения и чем менее широко раскрывается информация о таких обеспечительных правах, тем более негативное воздействие окажет возможность существования таких прав на доступность и стоимость кредитных механизмов, обеспечивающих выплаты будущих ссуд.

е) Покупатели обремененных активов

62. Когда лицо, предоставившее обеспечение, продает активы, обремененные существующими обеспечительными правами, покупатель заинтересован в получении активов свободно от любых обеспечительных прав, в то время как существующий обеспеченный кредитор заинтересован в сохранении своего обеспечительного права в продаваемых активах (если только обеспеченный кредитор не дает своего согласия на такую продажу). Важно, чтобы правила о приоритете регулировали интересы обеих этих сторон и обеспечивали их надлежащую сбалансированность. Если права обеспеченного кредитора в конкретных активах ставятся под угрозу всякий раз, когда лицо, предоставившее обеспечение, продает такие активы, их ценность в качестве обеспечения резко уменьшится и будет нанесен ущерб доступности недорогогостоящего кредита на основании стоимости таких активов.

63. Иногда приводится довод о том, что обеспеченный кредитор не несет ущерба в результате продажи активов свободно от его обеспечительного права, покуда он сохраняет обеспечительное право в поступлениях от продажи. Однако такой порядок может и не защищать обеспеченного кредитора, поскольку поступления не всегда имеют для кредитора такую же стоимость, что и первоначально обремененные активы. Во многих случаях поступления могут практически не иметь стоимости для кредитора в качестве обеспечения

(например, дебиторская задолженность не может быть инкассирована). В других случаях кредитору может быть трудно идентифицировать такие поступления, и его требование может приобрести, таким образом, иллюзорный характер. Кроме того, существует опасность, что поступления, даже если они представляют собой стоимость для обеспеченного кредитора, могут быть растрачены получившим их продавцом, что оставит кредитора ни с чем. В правовых системах используются различные подходы для обеспечения сбалансированности между интересами обеспеченных кредиторов и лиц, приобретающих обремененные активы у владеющего ими лица, предоставившего обеспечение.

i. Подход, основывающийся на обычных коммерческих операциях

64. Один из используемых во многих правовых системах подходов состоит в том, чтобы предусмотреть, что продажа обремененных активов в виде инвентарных запасов, осуществленная предоставившим обеспечение лицом в ходе обычных коммерческих операций, приведет к автоматическому прекращению любых обеспечительных прав, которыми обладал обеспеченный кредитор в таких активах, без каких-либо дальнейших действий со стороны покупателя, продавца или обеспеченного кредитора. Побочное следствие данного правила состоит в том, что продажи инвентарных запасов, совершенные вне рамок обычных коммерческих операций лица, предоставившего обеспечение, не будут прекращать любые обеспечительные права и обеспеченный кредитор сможет в случае неисполнения со стороны предоставившего обеспечение лица (см. A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2, пункт 5, определение термина "неисполнение") реализовать свое обеспечительное право в отношении инвентарных запасов, находящихся у покупателя, в принудительном порядке (если, конечно, обеспеченный кредитор не дал своего согласия на продажу). В тех случаях, когда это предусматривается соглашением об обеспечении, сама продажа может представлять собой случай неисполнения, предоставляющий обеспеченному кредитору право реализовать свои обеспечительные права в принудительном порядке; в противном случае обеспеченный кредитор не может действовать в таком порядке до наступления неисполнения.

65. Для того, чтобы соответствующая сторона могла быть квалифицирована в качестве "покупателя по обычным коммерческим операциям", продажа соответствующих активов должна представлять собой предпринимательскую деятельность для их продавца. Кроме того, покупатель не должен быть осведомлен о том, что продажа нарушает обеспечительные или иные права другого лица в этих активах (как это и будет иметь место в случае, например, если покупатель фактически осведомлен о том, что продажа запрещается условиями соглашения об обеспечении между продавцом и кредитором продавца, который обладает обеспечительными правами в активах (см. A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, пункт 17(aa), определение термина "покупатель по обычным коммерческим операциям")).

66. Предположительно, такой подход создает простую и прозрачную основу для определения того, были ли товары проданы свободно от обеспечительных прав. Например, продажа машины автомобильным дилером потребителю является, несомненно, продажей инвентарных запасов в ходе обычных

коммерческих предприятий дилера, и потребитель автоматически приобретает автомобиль свободно от любых обеспечительных прав в пользу кредиторов дилера. С другой стороны, оптовая продажа дилером большого числа автомобилей другому дилеру не будет, предположительно, входить в круг его обычных коммерческих операций. Такой подход отвечает коммерческим ожиданиям, состоящим в том, что лицо, предоставившее обеспечение, будет продавать свои запасы товаров (и, несомненно, должно продавать их для поддержания рентабельности) и что покупатели таких товаров будут приобретать их свободно от существующих обеспечительных прав. Без такого исключения из сферы действия норм об обеспечении способность лица, предоставившего обеспечение, продавать товары в рамках своих обычных коммерческих операций была бы серьезно подорвана, поскольку покупателям до приобретения товаров пришлось бы изучать вопрос о существовании на них каких-либо требований. Это приведет к значительным затратам на сделку и причинит серьезный ущерб обычным коммерческим операциям.

67. Для содействия таким обычным сделкам и снятия неопределенности, обусловленной подчинением приоритета осведомленности о ранее созданном обеспечительном праве (см. пункт 11), во многих правовых системах предусматривается, что покупатели по таким сделкам получают активы свободно от любого обеспечительного права, даже если покупатель был фактически осведомлен о его существовании. Это соображение имеет настолько большое значение, что в некоторых правовых системах даже покупателю товаров, осведомленному о том, что они обременены обеспечительным правом, разрешается получать эти товары свободно от такого обеспечительного права, если оно не имеет силы в отношении третьих сторон. Однако, как это отмечалось выше (см. пункт 65), в некоторых правовых системах покупателю не разрешается получать товар свободно от обеспечительного права, если он осведомлен о том, что продажа осуществляется в нарушение соглашения между продавцом и его кредитором, согласно которому активы не должны реализовываться без согласия кредитора.

68. Что касается продаж за рамками обычных коммерческих операций лица, предоставившего обеспечение, то в той мере, в которой обеспечительное право кредитора подлежит регистрации в надежной и легко доступной регистрационной системе, покупатель может защитить себя с помощью поиска информации в регистрационной системе для определения того, обременены ли приобретаемые активы обеспечительным правом, и, в случае положительного ответа на этот вопрос, с помощью обращения к обеспеченному кредитору с просьбой об освобождении от такого права. В некоторых системах из сферы действия этого правила исключены недорогостоящие предметы, поскольку их стоимость может не оправдывать затраты на поиск информации, налагаемые на потенциальных покупателей. С другой стороны, может быть приведен довод о том, что если предмет действительно является недорогостоящим, обеспеченный кредитор вряд ли будет добиваться принудительной реализации своего обеспечительного права в отношении активов, находящихся у покупателя. Кроме того, определение того, какие предметы имеют достаточно низкую стоимость для того, чтобы подпадать под действие такого исключения, приведет к установлению произвольных пределов, которые потребуются постоянно пересматривать для учета колебаний стоимости в результате инфляции и других факторов.

69. В некоторых странах, поиск в регистрационных системах которых может осуществляться только по имени лиц, предоставляющих обеспечение, а не по описанию обремененных активов, покупатель, приобретающий активы у продавца, который ранее купил их у лица, предоставившего обеспечение ("отдаленный приобретатель"), получает активы свободно от обеспечительных прав, предоставленных таким лицом. Такой подход используется по той причине, что отдаленному приобретателю будет трудно обнаружить существование обеспечительного права, предоставленного одним из предыдущих владельцев обремененных активов. Во многих случаях отдаленные приобретатели не осведомлены о том, что активы когда-либо принадлежали еще какому-нибудь владельцу, и соответственно у них нет оснований для поиска информации о таком предшествующем владельце.

70. Возможный недостаток подхода, основывающегося на обычных коммерческих операциях, состоит в том, что покупателю (особенно в международной торговле) может быть не всегда ясно, проводятся ли продажи в рамках обычных коммерческих операций продавца. Другой потенциальный недостаток может состоять в том, что, если это правило будет применяться только к продажам инвентарных запасов, но не других товаров, у покупателя могут возникнуть неясности в вопросе о том, являются ли приобретаемые им товары инвентарными запасами с точки зрения продавца. С другой стороны, следует отметить, что применительно к нормальным отношениям между покупателем и продавцом весьма высока вероятность того, что покупателям будет известно, какой коммерческой деятельностью занимается продавец, и в подобных ситуациях подход, основывающийся на обычных коммерческих операциях, будет отвечать ожиданиям сторон. Кроме того, этот подход способствует развитию торговли и позволяет обеспеченным кредиторам и покупателям защищать свои интересы эффективным и экономичным образом без создания каких-либо препятствий содействию расширению кредитования под обеспечение. Более того, эти возможные недостатки не имеют отношения к розничной торговле (при которой продаже считаются обычными коммерческими операциями продавца и от покупателя не требуется проведения проверки реестра), при том, что в других ситуациях покупатели могут защитить себя, оговорив с продавцами (и их обеспеченными кредиторами) получение активов свободно от любых обеспечительных прав.

ii. Другие подходы

71. Другой подход к этой проблеме, используемый в некоторых правовых системах, состоит в том, чтобы предусмотреть, что покупатель товаров принимает их свободно от любых обеспечительных прав в товарах, если покупатель приобретает их добросовестно (т.е. без фактической или конструктивной осведомленности о существовании обеспечительных прав). Один из аргументов в пользу такого подхода заключается в том, что добросовестность является концепцией, хорошо известной всем правовым системам, и что имеется обширный опыт ее применения как на национальном, так и на международном уровнях. Также приводятся доводы о том, что должна существовать презумпция добросовестности покупателя, если не доказано иное.

72. Возможен ряд других подходов, направленных на увязывание концепций "добросовестности" и "обычных коммерческих операций". Один из них состоит

в том, чтобы предусмотреть, что основной критерий должен основываться на "обычных коммерческих операциях", при том, что критерий "добросовестности" должен применяться в ситуации "отдаленного приобретателя", описанной выше (см. пункт 69). В подобном случае отдаленный приобретатель будет получать активы свободно от обеспечительных прав, созданных стороной, у которой приобрел товары его непосредственный продавец, если только отдаленный приобретатель не имеет фактической или конструктивной осведомленности об обеспечительных правах. Даже несмотря на то, что этот подход может непреднамеренно открыть возможность для злоупотреблений, поскольку лицо, предоставившее обеспечение, может нарушить права обеспеченного кредитора в результате продажи товаров вне рамок своих коммерческих операций стороне, которая затем перепродает их в рамках обычных коммерческих операций, могут быть приведены веские принципиальные доводы в пользу защиты отдаленных приобретателей. Один из возможных подходов к защите обеспеченных кредиторов в подобных обстоятельствах заключается в установлении ответственности уклоняющегося от своих обязательств лица, предоставившего обеспечение, за уплату убытков обеспеченному кредитору.

f) Обладатели требований по рекламации

73. Во многих правовых системах поставщик, продающий товары по необеспеченному кредиту, может потребовать от покупателя возвращения товаров в течение определенного срока (известного как "срок рекламации"). Рекламация возможна после обнаружения поставщиком несостоятельности покупателя. После возвращения товаров продавцу соглашение о купле-продаже, по которому товары были первоначально проданы покупателю, обычно считается прекращенным.

74. Хотя поставщик будет заинтересован в максимально длительном сроке рекламации для защиты своих интересов, другие кредиторы не проявят готовности предоставить кредит на основе активов, обремененных потенциальными требованиями по рекламации. Кроме того, если поставщик действительно обеспокоен кредитным риском, он может настаивать на предоставлении ему обеспечительного права на покупные деньги в товарах, которые он поставяет по кредиту. Соответственно, хотя требование по рекламации имеет важное значение с той точки зрения, что поставщики могут обладать определенными правами в товарах, поставленными ими под необеспеченный кредит, срок рекламации должен быть коротким (максимум 30–45 дней) с тем, чтобы не препятствовать кредитованию в целом.

75. Важное принципиальное соображение состоит в том, должны ли требования по рекламации конкретных товаров иметь приоритет по отношению к ранее существовавшим обеспечительным правам в тех же товарах. Другими словами, вопрос состоит в том, должны ли затребованные по рекламации товары возвращаться продавцу свободно от обеспечительных прав, если инвентарные запасы покупателя (включая товары, являющиеся предметом рекламации) обременены действительными обеспечительными правами в пользу третьей стороны, предоставившей финансирование. В некоторых правовых системах рекламация создает ретроактивные последствия, и продавец возвращается в то же положение, что и до продажи (т.е. в положение держателя товаров, не обремененных какими-либо обеспечительными правами в пользу кредиторов

покупателя). Однако в других правовых системах товары остаются обремененными ранее существовавшими обеспечительными правами на том основании, что любой другой результат будет несправедливым для ранее существовавшего кредитора покупателя, который полагался на наличие таких товаров при предоставлении кредита, а также будет способствовать неопределенности и тем самым препятствовать финансированию под инвентарные запасы.

76. Во многих правовых системах рекламационные требования в отношении конкретных товаров прекращаются в момент, когда эти товары включаются в другие товары в процессе переработки, или иным образом утрачивают свою идентичность, или продаются третьей стороне.

g) Арендаторы

77. Иногда возникают споры о приоритете между обладателями обеспечительного права в активах, которое было предоставлено владельцем/арендодателем таких активов и которое имеет силу в отношении третьих сторон, и арендатором таких активов. В подобной ситуации основной вопрос заключается в том, может ли арендатор в случае, если обладатель такого обеспечительного права реализует его в принудительном порядке, продолжить, тем не менее, использование активов, покуда он продолжает выплачивать арендную плату и соблюдать иные условия соглашения об аренде.

78. Для урегулирования этой ситуации в некоторых правовых системах используется подход, состоящий в том, что арендатор товаров имеет приоритет по отношению к обеспечительному праву в товарах, созданному арендодателем, если договор аренды заключен в ходе обычных коммерческих операций арендодателя, даже если арендатор фактически осведомлен о существовании обеспечительного права. Таким образом, даже если в подобной ситуации обеспеченный кредитор реализует свое обеспечительное право и в результате нарушения условий предоставления кредита продает интерес арендодателя третьей стороне в силу своих прав на обеспечение, третья сторона приобретает правовой титул на активы, обремененные арендным соглашением, и арендатор будет иметь право продолжить использование активов в соответствии с условиями этого соглашения.

79. Иногда предусматривается исключение для тех случаев, когда в момент заключения арендатором договора аренды он был фактически осведомлен о том, что аренда нарушает права обеспеченного кредитора, как это имеет место, например, в случае, когда арендатору известно о том, что соглашение об обеспечении, в силу которого было создано такое обеспечительное право, прямо запрещает лицу, предоставившему обеспечение, отдавать имущество в аренду. Однако простой осведомленности о существовании обеспечительного права, подтвержденного уведомлением, зарегистрированным в системе регистрации обеспечительных прав, будет недостаточно для преодоления приоритета арендатора.

h) Держатели оборотных инструментов и оборотных документов

80. Многие режимы обеспеченных сделок содержат специальное правило о приоритете для оборотных инструментов (таких, как простые векселя) и

оборотных документов (таких, как оборотные складские расписки и коносаменты), по условиям которых держатели такого имущества могут вступать во владение им свободно от требований других лиц, включая обладателей действительных обеспечительных прав. Такой особый статус, предоставляемый держателям оборотных инструментов и документов, отражает важность концепции оборотного характера в таких правовых системах и стремление сохранить эту концепцию. Обычно законодательство (будь то режим обеспеченных сделок или другие применимые нормы) предоставляет такой специальный статус только тем держателям, которые удовлетворяют оговоренным стандартам добросовестности (например, для обеспечения уверенности в том, что они не действуют в сговоре с лицом, от которого они получили имущество).

i) Обладатели прав в денежных средствах

81. Согласно многим режимам обеспеченных сделок аналогичный статус признается за лицом, предоставляющим какую-либо стоимость в обмен на денежные средства и сохраняющим эти денежные средства в своем владении, что позволяет такому лицу обращать эти денежные средства в свою собственность свободно от требований других лиц, включая обладателей действительных обеспечительных прав в денежных средствах. Это специальное правило о приоритете направлено на защиту свободного потока денежных средств как необремененного средства обмена. Иные правила часто применяются для случаев, когда денежные средства депонированы на банковском счете или когда может быть установлено, что держатель денежных средств вступил в сговор с лицом, предоставившим обеспечение, с тем, чтобы преодолеть требование обладателя обеспечительных прав в этих денежных средствах или другие требования на них.

j) Кредиторы по закону (преференциальные кредиторы)

82. Во многих правовых системах в качестве средства достижения общесоциальных целей (например, защиты налоговых поступлений и заработной платы работников) некоторым необеспеченным требованиям предоставляется приоритет в рамках производства по делам о несостоятельности и даже за пределами такого производства по отношению к другим необеспеченным требованиям и в ряде случаев по отношению к обеспеченным требованиям (включая ранее зарегистрированные обеспеченные требования). Например, для защиты требований работников и правительства в ряде правовых систем требованиям из невыплаченной заработной платы и невыплаченных налогов предоставляется приоритет по отношению к ранее созданным обеспечительным правам. Поскольку в каждой правовой системе преследуются свои общественные цели, различаются и конкретная природа таких требований (например, идет ли речь о требованиях, связанных с налогами, с вопросами занятости, или о других видах требований), и та степень, в которой они считаются приоритетными.

83. Преимущество признания таких преференциальных требований состоит в содействии достижению общественных целей. Потенциальный недостаток связан с возможным увеличением числа подобных приоритетов настолько, что это сократит определенность для существующих и потенциальных кредиторов,

что нанесет ущерб доступности недорогогостоящего кредита под обеспечение. Кроме того, даже несмотря на то, что существующие или потенциальные кредиторы с полной определенностью могут установить существование преференциальных требований, такие требования (будь-то возникающие в рамках производства по делу о несостоятельности или за его пределами) будут оказывать негативное воздействие на доступность и стоимость кредита под обеспечение: в силу того, что такие требования сокращают экономическую стоимость активов для обеспеченного кредитора, кредиторы часто будут переносить экономическое бремя таких требований на лицо, предоставляющее обеспечение, за счет повышения процентной ставки или удержания расчетной стоимости таких требований из предлагаемого кредита.

84. Во избежание отрицательного воздействия на кредитование под обеспечение, доступность которого также является одной из общественных целей, при принятии решения о признании каких-либо требований преференциальными необходимо тщательно проанализировать различные общественные цели. Круг преференциальных требований должен быть максимально ограничен, и они должны допускаться только в той степени, в которой отсутствуют иные эффективные средства достижения основополагающей общественной цели, и в тех случаях, в которых, по мнению соответствующей правовой системы, воздействие таких требований на доступность недорогогостоящего кредита будет являться приемлемым. Например, в некоторых правовых системах налоговые поступления защищаются с помощью стимулирования директоров компаний к оперативному урегулированию финансовых проблем, причем в противном случае на них налагается личная ответственность, а защита требований из заработной платы осуществляется посредством создания публичного фонда.

85. В случае существования преференциальных требований законодательство, предусматривающее их, должно быть достаточно четким и прозрачным с тем, чтобы кредитор смог рассчитать потенциальную сумму преференциальных требований и защитить свои интересы. В некоторых правовых системах такая ясность и прозрачность достигаются за счет перечисления всех преференциальных требований в одном законодательном акте или в приложении к нему. В других правовых системах это достигается за счет установления требования о том, чтобы все преференциальные требования регистрировались в публичном регистре, и предоставления приоритета таким требованиям только в отношении обеспечительных прав, зарегистрированных позднее. В этих правовых системах приоритет признается за обеспечительными правами, которые были либо зарегистрированы до регистрации преференциальных требований, либо созданы в течение оговоренного срока (например, 45–60 дней после регистрации преференциальных требований), если ранее созданные обеспечительные права обеспечивают обязательства предоставления будущих ссуд. В то же время в связи с применением норм регистрации в отношении некоторых преференциальных требований, возникающих непосредственно до открытия производства по делу о несостоятельности, возникает трудность, состоящая в том, что расчет суммы таких требований или их своевременная регистрация могут вызвать трудности.

к) Обладатели прав в активах, улучшающие состояние обремененных активов или осуществляющие их хранение

86. В некоторых правовых системах предусматривается, что кредиторы, которые тем или иным образом увеличивают стоимость товаров, например путем их ремонта, обладают обеспечительными правами в товарах и что такие обеспечительные права в целом имеют более высокую очередь, чем другие обеспечительные права в этих же товарах. Это правило о приоритете имеет то преимущество, что оно побуждает стороны, создающие такую дополнительную стоимость, продолжать свои усилия и, кроме того, способствует поддержанию состояния и хранению обремененных активов. В той мере, в которой стоимостной объем, который обеспечивают такие обеспечительные права, ограничивается суммой, отражающей стоимость, на которую было улучшено состояние обремененных активов, существующие обеспеченные кредиторы вряд ли могут выдвинуть возражения против наличия таких обеспечительных прав и их повышенного приоритета.

87. В некоторых системах также предусматривается, что такие кредиторы, как владельцы недвижимости и складских помещений, которые хранят обремененные активы или сдают лицу, предоставившему обеспечение, в аренду помещения, в которых хранятся обремененные активы, обладают обеспечительными правами в обремененных активах для обеспечения обязательств по аренде и хранению, причем такие обеспечительные права часто имеют более высокую очередь, чем другие обеспеченные требования в этих обремененных активах.

88. Во многих правовых системах на права, описанные в двух предыдущих пунктах, не распространяется никаких требований о регистрации, и факт их существования может быть установлен будущим кредитором, только если он проявит должную осмотрительность. В результате этого подобные обеспечительные права часто характеризуются как "скрытые". Хотя скрытые обеспечительные права имеют то преимущество, что они защищают права сторон, которым они предоставлены, без какой-либо необходимости в несении этими сторонами расходов, связанных с регистрацией, они также создают существенное препятствие для кредитования под обеспечение, поскольку ограничивают возможность кредиторов установить наличие конкурирующих обеспечительных прав. Как это обсуждается в главе V (см. A/CN.9/WG.VI/WP.14, пункты 56–59), следует рассмотреть вопрос об установлении требований регистрации уведомления о таких обеспечительных правах в системе регистрации обеспечительных прав.

89. Если законодатели признают приоритет за правами таких поставщиков услуг, то возникает вопрос о том, следует ли ограничить стоимостной объем таких прав и признавать их в качестве приоритетных требований только в ряде обстоятельств. Один из подходов может состоять в том, чтобы ограничить стоимостной объем таких прав в пользу поставщиков услуг (например, месячной арендной платой в случае владельцев недвижимости) и признать их приоритет по отношению к ранее созданным обеспечительным правам только в тех случаях, когда добавленная стоимость непосредственно отвечает интересам обладателей ранее созданных обеспечительных прав. Другой подход может быть связан с отказом о введении таких ограничений, поскольку при этом несправедливо ограничивается доступность кредита для таких поставщиков

услуг. Кроме того, введение подобных ограничений может оказаться излишним, поскольку обеспеченные кредиторы могут различными способами обеспечить свою защиту от подобных требований из оказания услуг, например ограничив в договорном порядке тот объем, в котором лица, предоставляющие обеспечение, могут заключать договоры об обслуживании, или зарезервировав достаточную долю предлагаемого кредита, позволяющую кредитору осуществить платежи поставщикам услуг в случае, если этого не делает лицо, предоставившее обеспечение.

l) Обладатели обеспечительных прав в недвижимости, с которой соединена движимость

90. В той мере, в которой режим обеспеченных сделок допускает создание обеспечительных прав в движимом имуществе, присоединенном к недвижимости (подход, рекомендуемый в настоящем Руководстве), этот режим также должен устанавливать правила, регулирующие относительные права обладателя обеспечительных прав в такой движимости в отношении лиц, которые обладают правами в отношении соответствующего недвижимого имущества (например лица, иного чем лицо, предоставившее обеспечение, которое имеет право собственности на недвижимость, приобретателя недвижимого имущества или кредитора, обеспечительные права которого распространяются на недвижимость в целом). С помощью таких правил о приоритете можно с пользой урегулировать ситуации, когда, например, обеспечительные права в соединенном с недвижимостью движимом имуществе созданы до создания прав в недвижимости и, наоборот, когда обеспечительные права в товарах созданы до того момента, на который товары превратились в соединенное с недвижимостью движимое имущество, и когда обеспечительные права в товарах были созданы после такого превращения. При разработке правил о приоритете в отношении соединенного с недвижимостью движимого имущества следует проявлять осторожность, с тем чтобы избежать излишнего вмешательства в действие установившихся принципов законодательного регулирования вопросов недвижимости.

m) Дарополучатели

91. Положение получателя обремененных активов в дар ("дарополучатель") несколько отличается от положения покупателя или иного приобретателя в обмен на стоимость. Поскольку дарополучатель не расстаётся с какой-либо стоимостью, никаких объективных доказательств того, что он в ущерб для себя полагался на кажущуюся необремененной собственностью лица, предоставившего обеспечение, не имеется. В результате этого в случае спора о приоритете между дарополучателем активов и обладателем обеспечительного права в активах, предоставленного дарителем, могут быть приведены веские аргументы в пользу предоставления приоритета обеспеченному кредитору, даже в обстоятельствах, когда обеспечительное право в иных отношениях не имеет силы применительно к третьим сторонам. С другой стороны, могут существовать веские основания для отхода от этого принципа в определенных ситуациях, например, когда дарополучатель изменил свое положение на основе полученного дара, при условии сохранения права обеспеченного кредитора и управляющего в деле о несостоятельности дарителя оспаривать дарение на основании применимых законодательных положений о мошеннических передачах, когда может быть

доказано, что дарополучатель действовал в сговоре с дарителем для воспрепятствования правам обеспеченного кредитора.

п) Управляющий в деле о несостоятельности

92. Особенно важно, чтобы обеспеченный кредитор имел возможность определить, каким будет его приоритет в случае открытия производства по делу о несостоятельности по ходатайству лица, предоставившего обеспечение, или против этого лица, поскольку в подобных обстоятельствах имеющихся активов будет, по всей вероятности, недостаточно для уплаты всем кредиторам и обремененные активы могут являться основным или единственным источником возвращения средств для этого кредитора. Поэтому при принятии решения о предоставлении кредита и при оценке вопросов приоритета обеспеченные кредиторы обычно наиболее тщательно изучают вопрос о том, каким будет их приоритет в случае производства по делу о несостоятельности лица, предоставившего обеспечение. В силу этого важно, чтобы приоритету должным образом полученного обеспечительного права не наносилось ущерба и чтобы он не снижался в случае производства по делу о несостоятельности, при условии соблюдения применимых норм законодательства о несостоятельности, касающихся преференциальных требований и действий по расторжению сделок. Роль этого аспекта при разработке эффективного законодательства об обеспеченных сделках переоценить невозможно. В той мере, в которой законодательное регулирование кредитования под обеспечение и вопросов несостоятельности не содержит ясных положений по этому вопросу, готовность кредиторов к предоставлению кредита под обеспечение будет значительно ослаблена.

93. В целях предоставления управляющим в делах о несостоятельности достаточной компенсации за их труд в ходе производства им часто предоставляется суперприоритетное преференциальное требование в активах имущественной массы. Вопросы об этом требовании и той мере, в которой управляющий в деле о несостоятельности может быть уполномочен оспаривать обеспечительные права в различных обстоятельствах, подробно рассматриваются в главе IX.

6. Соглашения о субординации

94. Во многих правовых системах приоритет может изменяться – что на практике часто и происходит – обеспеченным кредитором в одностороннем порядке или на основании частного договора с другими обеспеченными кредиторами. Например, ссудодатель А, обладающий обеспечительным правом во всех существующих и приобретенных впоследствии активах, предоставленным каким-либо лицом на условиях обеспечения во всех активах, может дать свое согласие на то, чтобы это лицо предоставило пользующееся первым приоритетом обеспечительное право в каких-либо конкретных активах ссудодателю В, с тем чтобы оно могло получить дополнительное финансирование у этого второго ссудодателя на основе стоимости таких активов. Следует проводить различие между подобными соглашениями и соглашениями о субординации между необеспеченными кредиторами, отказывающимися от принципа равного режима для своих необеспеченных требований. Признание действительности субординации обеспечительных прав в одностороннем

порядке или на основе частного договора соответствует установившемуся принципу (см., например, статью 25 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке).

95. Такие соглашения об изменении приоритетов являются вполне приемлемыми в той мере, в которой они затрагивают только стороны, которые дают свое фактическое согласие на подобное изменение. Соглашения о субординации не должны затрагивать прав кредиторов, не являющихся их сторонами. Кроме того, чрезвычайно важно, чтобы приоритет, предоставляемый соглашением о субординации, сохранял свою силу при производстве по делу о несостоятельности лица, предоставившего обеспечение, и такой порядок должен предусматриваться законодательством о несостоятельности. Так, в некоторых правовых системах подобное положение в законодательстве о несостоятельности может быть необходимым для наделения судов полномочиями по принудительному исполнению соглашений о субординации и наделения управляющих в делах о несостоятельности правом разрешать связанные с приоритетом споры между сторонами соглашений о субординации без какого-либо риска ответственности (см. главу IX).

7. Значение приоритета до принудительного исполнения

96. Другой важный связанный с приоритетом вопрос заключается в том, имеет ли приоритет значение только после наступления неисполнения лицом, предоставившим обеспечение, своего основополагающего обязательства или же приоритет также играет определенную роль и до неисполнения. Во многих правовых системах используется первый подход, в результате чего обладателю субординированного обеспечительного права (в отсутствие соглашения о противном между обладателями требований первой очереди и субординированных требований) разрешается получать регулярные платежи по своему обязательству, даже несмотря на то, что обеспеченное обязательство, обладающее приоритетом, полностью не оплачено. Довод в пользу этого подхода состоит в том, что в отсутствие соглашения о противном и до события неисполнения лицо, предоставившее обеспечение, должно иметь возможность свободно распоряжаться своими активами и использовать поступления для оплаты своих обязательств по мере наступления сроков их погашения, независимо от относительного приоритета обеспечительных прав в таких активах. Требование о том, чтобы обладатель субординированного требования передавал платеж обладателю первоочередного требования в отсутствие прямого соглашения об этом, являлось бы серьезным препятствием для предоставления финансирования обладателем субординированного требования.

97. Результат может быть иным в том случае, если обладатель субординированного требования получает поступления от инкассирования, продажи или иного распоряжения обремененными активами. В этих обстоятельствах некоторые правовые системы требуют, чтобы обладатель субординированного требования передал поступления обладателю первоочередного требования, если обладатель субординированного требования получает поступления, будучи осведомленным о том, что от лица, предоставившего обеспечение, требовалась их передача обладателю первоочередного требования. Обоснование этого правила аналогично доводам,

обсужденным в разделе 5(е) выше применительно к покупателям обремененных активов.

В. Рекомендации

[Примечание для Рабочей группы: поскольку единый свод рекомендаций проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам включен в документы A/CN.9/WG.VI/WP.13 и Add.1, в настоящей записке рекомендации по вопросу о приоритете не приводятся. После окончательной доработки рекомендаций Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли воспроизвести их в конце каждой главы, или же в добавлении в конце руководства, или же и там, и там одновременно.]
