

**Генеральная Ассамблея**Distr.: General
31 October 2007Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Возобновленная сороковая сессия
Вена, 10–14 декабря 2007 года**

Обеспечительные интересы**Проект руководства для законодательных органов
по обеспеченным сделкам****Записка Секретариата*****Добавление****Содержание**

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
X. Реализация обеспечительного права	1-102	4
A. Общие замечания	1-82	4
1. Введение	1-9	4
2. Общие принципы реализации.	10-35	7
a) Общие замечания	10	7
b) Неисполнение обязательства как предварительное условие реализации.	11-14	7
c) Добросовестность и коммерческая разумность.	15	8
d) Свобода сторон согласовывать процедуру реализации	16-17	9
e) Судебный надзор за реализацией	18-20	10

* Настоящая записка была представлена на 4 недели позднее, чем это требовалось в соответствии с правилом представления документации за 10 недель до начала совещания, поскольку необходимо было завершить консультации и окончательно согласовать соответствующие поправки.



f)	Сфера применения прав лица, предоставляющего право, после неисполнения обязательства	21-26	11
g)	Сфера применения прав обеспеченного кредитора, после неисполнения обязательства	24-25	13
h)	Реализация прав в судебном и внесудебном порядке	29-32	14
i)	Использование всех прав после неисполнения обязательства	33-34	16
j)	Право обеспеченного кредитора первой очереди контролировать процесс реализации	35	17
3.	Процессуальные действия, предшествующие реализации, и права лица, предоставляющего право	36-45	17
a)	Общие замечания	36	17
b)	Уведомление о намерении осуществить реализацию во внесудебном порядке	37-41	18
c)	Форма и содержание уведомления	42-44	20
d)	Разрешенная реализация активов лицом, предоставляющим право	45	22
4.	Реализация прав обеспеченного кредитора во внесудебном порядке	46-47	22
a)	Общие замечания	46-47	22
b)	Выведение обремененных активов из-под контроля лица, предоставляющего право	48-53	23
c)	Продажа и другие формы отчуждения обремененных активов	54-56	26
d)	Распределение поступлений от реализации активов	57-59	27
e)	Принятие обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства	60-64	28
f)	Руководство коммерческим предприятием и его продажа	65-67	31
5.	Последствия реализации	68-72	32
a)	Лицо, предоставляющее право, обеспеченный кредитор и третьи стороны	68-69	32
b)	Другие стороны	70-71	33
c)	Окончательный характер	72	34
6.	Реализация обеспечительного права в поступлениях	73-74	35
7.	Одновременное применение режимов реализации прав в движимом и недвижимом имуществе	75-79	35
8.	Реализация обеспечительного права в принадлежностях движимых активов, массы и продукта	80-82	37
B.	Замечания, касающиеся конкретных видов активов	83-102	38
1.	Общие замечания	83	38
2.	Реализация обеспечительного права в дебиторской задолженности	84-88	39

3.	Реализация в случае простой передачи дебиторской задолженности .	89-91	40
4.	Реализация обеспечительного права в оборотном инструменте	92-94	41
5.	Реализация обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет	95-98	42
6.	Реализация права в поступлениях по независимому обязательству . .	99-100	44
7.	Реализация обеспечительного права в оборотном документе	101-102	44
C.	Рекомендации		45

Х. Реализация обеспечительного права

А. Общие замечания

1. Введение

1. Стороны любого соглашения обычно ожидают друг от друга исполнения в добровольном порядке всех своих обязательств в отношении друг друга или третьих сторон, будь то обязательства, возникающие на основании договора или в силу закона. Стороны рассматривают вопрос о реализации посредством судебного разбирательства лишь в том случае, если исполнение обязательств не ожидается. Обычно государства тщательно разрабатывают режим реализации для обычных гражданских исков таким образом, чтобы он в равной степени учитывал права должников, кредиторов и третьих сторон. В большинстве государств в соответствии с такими режимами кредитору, который намеревается осуществить реализацию, требуется возбудить судебное разбирательство с целью признания его требования, наложения ареста на имущество должника и его продажи под надзором публичного должностного лица. Из средств, полученных в результате продажи такого имущества, кредитору по суду будет выплачена сумма в размере непогашенного требования.

2. Стороны соглашения об обеспечении имеют схожие ожидания в отношении друг друга. Обеспеченный кредитор обычно исходит из того, что лицо, предоставляющее право, будет исполнять свои обязательства в добровольном порядке. В свою очередь лицо, предоставляющее право, как правило, также ожидает, что обеспеченный кредитор будет исполнять принятые на себя обязательства. Они заключают сделку, в полной мере рассчитывая на исполнение обязательств в отношении себя и намереваясь выполнить свои обязательства. При этом обе стороны признают также, что иногда они будут не в состоянии выполнить свои обязательства. В некоторых случаях, при наступлении оговоренных условий, лицо, предоставляющее право, может не получить от обеспеченного кредитора обещанного платежа или активов. В таких случаях, с учетом характера заключенного соглашения, лицо, предоставляющее право, обычно обращается за защитой в суд. Хотя чаще именно лицо, предоставляющее право, оказывается не в состоянии выполнить взятые на себя обязательства (т.е. не возвращает кредит в соответствии с условиями соглашения). Иногда невыполнение обязательств обусловлено причинами, не зависящими от лица, предоставляющего право, например экономическим спадом в данной отрасли или же более общими экономическими условиями. Это может быть также следствием невыполнения обязательств должниками лица, предоставляющего право. Иногда лицо, предоставляющее право, не может выполнить свои обязательства вследствие принятия ошибочных решений в управлении предприятием или плохого управления.

3. Чем бы это не было вызвано, даже после одного или нескольких случаев нарушения сроков платежа, обе стороны соглашения об обеспечении, равно как и третьи стороны, обычно заинтересованы в том, чтобы лицо, предоставляющее право, попыталось компенсировать эти выплаты и на добровольной основе продолжало выполнять взятые на себя обязательства. Процедуры реализации всегда менее эффективны, чем добровольное исполнение своих обязательств, поскольку а) на них уходит много средств; б) на них уходит много времени; в) исход такого производства не всегда очевиден; г) они обычно приводят к полному разрыву отношений между сторонами; и е) в долгосрочном плане

последствия такого производства для лица, предоставляющего право, и третьих сторон зачастую оказываются разрушительными. Именно по этой причине многие государства настоятельно рекомендуют сторонам соглашения об обеспечении в течение срока действия такого соглашения принимать меры к тому, чтобы не допускать неисполнения обязательств, которое способно повлечь за собой реализацию. Кроме того, именно по этой причине обеспеченные кредиторы зачастую пристально следят за коммерческой деятельностью лиц, предоставляющих право, с которыми они связаны. Например, периодически они изучают бухгалтерские книги, проверяют состояние обремененных активов и связываются с лицами, предоставляющими право, у которых отмечаются признаки финансовых затруднений. Лица, предоставляющие право, у которых возникают трудности с выполнением своих обязательств, обычно пытаются вместе со своими обеспеченными кредиторами найти пути предупреждения или преодоления этих трудностей. В каких-то случаях лицо, предоставляющее право, может обратиться к обеспеченному кредитору за помощью в разработке нового бизнес-плана. В других случаях лицо, предоставляющее право, и конкретный кредитор или лицо, предоставляющее право, и вся группа кредиторов могут попытаться совместными усилиями скорректировать некоторые аспекты своих соглашений.

4. Существует множество разновидностей соглашений о реструктуризации долга. Иногда стороны заключают "компромиссные" или "погасительные" соглашения, которые предусматривают продление срока погашения, или иное изменение обязательства лица, предоставляющего право, либо увеличение или сокращение обремененных активов, служащих обеспечением для этих обязательств. Переговоры по компромиссному соглашению проводятся с учетом двух основных факторов: а) права обеспеченного кредитора на реализацию своих обеспечительных прав в обремененных активах в том случае, если лицо, предоставляющее право, не исполняет своего обеспеченного обязательства; и б) возможности возбуждения производства по делу о несостоятельности лицом, предоставляющим право, или против него.

5. Тем не менее, несмотря на все усилия лиц, предоставляющих право, и обеспеченных кредиторов, направленные на то, чтобы избежать процедур реализации, в некоторых случаях они неизбежны. Поэтому одна из основных задач государств, устанавливающих режим обеспеченных сделок, состоит в том, чтобы определить пределы прав кредиторов, возникающих после неисполнения обязательств. Точнее, вопрос заключается в том, каким образом государствам следует изменить обычные правила, применимые в случае взыскания требований, с целью получения правил, регулирующих порядок реализации обеспечительных прав в тех случаях, когда лицо, предоставляющее право, не выполняет свое обеспеченное обязательство.

6. Ключевым элементом режима обеспеченных сделок является право обеспеченного кредитора взыскать сумму, которая может быть получена в результате продажи обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства. Механизмы реализации, которые позволяют кредиторам точно оценивать время и расходы, требуемые для реализации обремененных активов, и поступления, которые могут быть получены в результате процедур реализации, будут в значительной степени определять наличие и стоимость кредита. Таким образом, режим обеспеченных сделок должен предусматривать эффективные, не требующие больших затрат и предсказуемые процессуальные и материально-правовые нормы для реализации обеспечительного права после

неисполнения своих обязательств лицом, предоставляющим право. В то же время, поскольку реализация самым непосредственным образом затрагивает права лица, предоставляющего право, других лиц, обладающих правами в обремененных активах, и других кредиторов лица, предоставляющего право, такие нормы должны предусматривать разумные меры защиты их интересов.

7. Все соответствующие стороны заинтересованы в получении максимально большой суммы от продажи обремененных активов. Обеспеченному кредитору выгодно возможное уменьшение до минимума любой недостающей суммы, которая может причитаться с должника в качестве необеспеченного обязательства после зачета поступлений от реализации в счет непогашенного обеспеченного обязательства ("недосток"). При этом лицу, предоставляющему право, и другим кредиторам такого лица выгодно уменьшение недостающей суммы и увеличение суммы, остающейся в излишке после погашения обеспеченного обязательства ("излишек").

8. В настоящей главе рассматривается вопрос о праве обеспеченного кредитора на реализацию своего обеспечительного права в том случае, если лицо, предоставляющее право, не в состоянии выполнить ("не исполняет") обеспеченное обязательство. Если лицо, предоставляющее право, признано несостоятельным, то исполнение таких прав может ограничиваться действием законодательства о несостоятельности (см. главу XIV "Последствия несостоятельности для обеспечительного права"). В разделе A.2 настоящей главы рассматриваются общие принципы, регулирующие вопросы неисполнения обязательства и реализации. В разделе A.3 предлагается обзор процессуальных мер, которые обеспеченному кредитору, возможно, потребуются принять перед тем, как использовать имеющиеся у него средства правовой защиты, и определяются права лица, предоставляющего право, которые возникают после неисполнения обязательства. В разделе A.4 рассматриваются различные средства, которыми обычно может воспользоваться обеспеченный кредитор. В разделе A.5 рассматриваются последствия реализации для лица, предоставляющего право, обеспеченного кредитора и третьих сторон. В разделе A.6 рассматриваются вопросы реализации обеспечительного права в поступлениях. В разделе A.7 рассматриваются вопросы одновременного применения режимов реализации прав в движимом и недвижимом имуществе. В разделе A.8 рассматриваются вопросы реализации обеспечительного права в принадлежностях движимых активов, массы или продукта.

9. Реализация обеспечительных прав в дебиторской задолженности, оборотных инструментах, средствах, зачисленных на банковский счет, и поступлениях по независимому обязательству, а также в оборотных документах не вполне согласуется с общими процедурами реализации материальных активов (определения этих терминов см. "Введение", раздел В. "Терминология"). Поэтому во многих государствах действуют специальные правила, касающиеся реализации нематериальных активов, дебиторской задолженности и различных других прав на выплату средств. Такие особые случаи рассматриваются в разделах В.1-В.7 настоящей главы. В конце главы в разделе С изложена серия рекомендаций.

2. Общие принципы реализации

а) Общие замечания

10. Как уже отмечалось в предыдущем разделе, добровольное выполнение лицом, предоставляющим право, взятых на себя обязательств отвечает интересам всех сторон. Поэтому, если выполнение обязательства не предвидится, обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, обычно пытаются заключить соглашение, исключающее необходимость начинать процедуры реализации. Представляется маловероятным, чтобы лицо, предоставляющее право, не знало о том, что оно не выполняет своих обязательств, но еще менее вероятно (если такое вообще возможно), чтобы лицо, предоставляющее право, впервые узнало об их неисполнении из официального уведомления об этом, полученного от обеспеченного кредитора. Как показывает практика, в последнем случае процедуры реализации обычно не применяются, поскольку неисполнение обязательства почти всегда объясняется скорее допущенной оплошностью, чем неспособностью или нежеланием производить платеж. Тем не менее, в некоторых случаях процедуры реализации становятся необходимыми. Для таких случаев государства, руководствуясь некоторыми основополагающими принципами, определяют права и обязательства обеспеченных кредиторов и лиц, предоставляющих право, которые возникают после неисполнения.

б) Неисполнение обязательства как предварительное условие реализации

11. Обеспечительное право служит обеспеченному кредитору гарантией исполнения лицом, предоставляющим право (или должником, если лицо, предоставляющее право, является третьей стороной), своего обязательства. Таким образом, обычно возможность реализации обеспечительного права возникает после того, как лицо, предоставляющее право, не производит платеж по обеспеченному обязательству. В то же время имеется ряд других "событий неисполнения", которые обычно перечисляются в соглашении об обеспечении. Любого из этих событий, если только они не исключены обеспеченным кредитором, достаточно для признания факта неисполнения, что позволяет осуществлять реализацию обеспечительного права. Другими словами, вопрос о том, имело ли место неисполнение со стороны лица, предоставляющего право, и могут ли быть начаты процедуры реализации, решается на основании соглашения сторон и общих норм обязательственного права. В таких общих нормах обязательственного права обычно определяется также, должно ли направляться должнику официальное уведомление о неисполнении и что указывается в таком уведомлении, если да, то каким должно быть содержание такого уведомления.

12. Иногда неисполнение обязательства происходит не в результате просрочки платежа, а потому, что другой кредитор налагает арест на обремененные активы на основании полученного судебного решения или принимает меры по реализации собственного обеспечительного права. В некоторых государствах предусмотрено, что, если это не оговорено в соглашении об обеспечении, то наложение ареста на обремененные активы любым другим кредитором представляет собой неисполнение в соответствии со всеми другими соглашениями об обеспечении, обременяющими активы, на которые наложен арест. За этим подходом скрывается стремление обеспечить эффективность такого режима. Поскольку для кредитора обремененные активы представляют

собой гарантию платежа, такой обеспеченный кредитор должен иметь возможность принимать меры для защиты своих прав, если эти активы становятся объектом судебного разбирательства. В таких случаях процессуальные нормы, как правило, наделяют таких других кредиторов правом настаивать на отчуждении обремененных активов. Обеспеченный кредитор будет пытаться найти в этом же процессуальном праве нормы, позволяющие ему вмешиваться в такие судебные процедуры и процедуры реализации с целью отстаивания своих прав и своего приоритета.

13. Обычно государства предусматривают, что если обеспеченный кредитор, обладающий приоритетом, того пожелает, то он может продолжать процедуру реализации вместо обеспеченного кредитора более низкой очереди. Это правило является оправданным, поскольку оба обеспеченных кредитора добиваются реализации аналогичных прав в рамках одного и того же режима обеспечения, и поэтому права этих кредиторов на реализацию должны регулироваться уровнем их приоритета. В других государствах защита прав кредиторов, имеющих более высокий уровень приоритета ("кредиторы с преимущественным правом"), обеспечивается с помощью правила, согласно которому любая продажа активов с целью реализации обеспечительных прав со стороны кредитора, имеющего более низкий уровень приоритета ("кредитор с меньшим преимущественным правом"), не может затронуть прав старшего кредитора.

14. В то же время в некоторых государствах предусмотрено, что обеспеченный кредитор не может вмешиваться с целью реализации своих прав согласно соглашению об обеспечении, если уже началась реализация на основании судебного решения. Такой подход обычно применяется в тех государствах, где факт продажи активов на основании судебного решения аннулирует в проданных активы всю совокупность прав, включая обеспечительные права. Предполагается, что поскольку продажа на основании судебного решения позволяет приобретателю получать чистый правовой титул, она обеспечивает в рамках реализации максимально высокую стоимость активов. Вместе с тем, в других государствах, в которых обеспеченный кредитор обладает правами во всех активах, арестованных кредитором по суду, или в какой-либо части таких активов, он может воспользоваться любыми имеющимися у него средствами для снятия такого ареста и последующей реализации собственных обеспечительных прав. Такой подход, как правило, применяется в тех государствах, где обычная операция по продаже на основании судебного решения в рамках исполнительного производства не аннулирует обеспечительных прав. Имеется в виду, что поскольку аннулирования обеспечительных прав не происходит, более высокая цена в процессе отчуждения обремененных активов, скорее всего, будет получена, когда процесс реализации будет ориентирован на приобретателя с самым чистым правовым титулом (см. пункты 70 и 72 ниже).

с) Добросовестность и коммерческая разумность

15. Реализация обеспечительного права имеет серьезные последствия для лиц, предоставляющих право, должников и заинтересованных третьих сторон (например, для младшего обеспеченного кредитора, гаранта или совладельца обремененных активов). По этой причине некоторые государства предусматривают в качестве общего обязательства обеспеченных кредиторов, имеющего преимущественное действие, четко оговоренную обязанность действовать добросовестно и соблюдать коммерчески обоснованные стандарты, при реализации своих прав. Учитывая важность такого обязательства, эти

государства предусматривают также, что обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, не могут отказаться от этого обязательства или изменить его в любой данный момент времени (см. рекомендации 128 и 129). Кроме того, как уже отмечалось, обеспеченный кредитор, не исполняющий возложенные на него обязанности согласно положениям о реализации, несет ответственность за любой ущерб, причиненный лицам, затронутым таким неисполнением (см. рекомендацию 133). Например, если обеспеченный кредитор при отчуждении обремененных активов действует коммерчески неразумно, вследствие чего он получает от такого отчуждения меньшую сумму, чем он мог бы получить, действуя коммерчески разумно, то такой обеспеченный кредитор должен будет возместить ущерб, причиненный любому лицу, пострадавшему из-за такой разницы.

d) Свобода сторон согласовывать процедуру реализации

16. Обычно государства предусматривают для сторон соглашения об обеспечении лишь некоторые обязанности, действующие до неисполнения (см. главу VIII "Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении"). Следовательно, основной вопрос в контексте реализации прав после неисполнения обязательства заключается в том, следует ли придерживаться такой же политики. Другими словами, вопрос состоит в том, в какой степени следует позволять обеспеченному кредитору и лицу, предоставляющему право, изменять предусмотренные законом процедуры реализации обеспечительных прав или соответствующих договорных прав, закрепленных в соглашении об обеспечении. Некоторые государства считают процедуры реализации частью императивных норм права, которые стороны не могут изменять по договоренности. В других государствах сторонам разрешается изменять статутные процедуры реализации, если это не затрагивает публичного порядка, приоритетов и прав третьих сторон (особенно в случае несостоятельности). Кроме того, в некоторых государствах основной акцент делается на создании эффективных механизмов реализации, в рамках которых реализация на основе судопроизводства не является единственной или главной процедурой. Таким образом, даже если возможность вносить изменения в предусмотренные законом процедуры по договоренности между обеспеченным кредитором и лицом, предоставляющим право, в рамках их соглашения об обеспечении ограничена (поскольку свобода вносить изменения в обязательство, касающееся реализации, может быть предметом злоупотребления в момент заключения соглашения об обеспечении), эти государства разрешают таким сторонам отказываться от своих прав по соглашению об обеспечении в случае неисполнения или изменять эти права.

17. Государства, которые разрешают сторонам отказываться от своих предусмотренных законом или договором прав, возникающих после неисполнения, на основании договоренности, тем не менее, предусматривают некоторые ограничения в отношении их возможности предпринимать такие шаги. Например, никто из них не допускает отказа кредитора от обязательства действовать добросовестно и коммерчески разумно (см. рекомендацию 129). Что касается других обязательств, то многие государства проводят разграничение между правами лица, предоставляющего право, и правами обеспеченного кредитора. В некоторых государствах лицо, предоставляющее право, может отказаться от обязательств обеспеченного кредитора, возникающих в случае неисполнения, или договориться об их изменении только после наступления неисполнения. Благодаря возможности такого отказа, лицо, предоставляющее

право, и обеспеченный кредитор зачастую могут "выработать" на взаимоприемлемой основе такой способ отчуждения обремененных активов, который позволил бы максимально увеличить получаемую сумму в интересах обеспеченного кредитора, лица, предоставляющего право, и других кредиторов лица, предоставляющего право (см. рекомендацию 130). Кроме того, эти государства обычно позволяют также обеспеченному кредитору в любое время (до или после неисполнения) отказываться от обязательств лица, предоставляющего право, полагая, что лицо, предоставляющее право, вряд ли будет злоупотреблять своим положением, определяя условия в момент предоставления ему кредита (см. рекомендацию 131). В любом случае такое изменение прав, предоставляемых сторонам соглашения об обеспечении, не затрагивает прав третьих сторон, и на любое лицо, осуществляющее данное соглашение, возлагается бремя доказывания (см. рекомендацию 132).

е) Судебный надзор за реализацией

18. В принципе, когда лицо, предоставляющее право, не исполняет свои обязательства, а попытки добиться их исполнения заканчиваются безрезультатно, перед обеими сторонами встает необходимость реализации обремененных активов. В то же время в некоторых случаях лица, предоставляющие право, оспаривают утверждение обеспеченного кредитора о том, что они не выполнили своих обязательств или подготовленную обеспеченным кредитором калькуляцию суммы, причитающейся в результате неисполнения. В интересах обеспечения публичного порядка государства неизменно предусматривают, что лица, предоставляющие право, всегда могут обратиться в суд с просьбой о подтверждении, отмене, изменении и ином контроле исполнения прав кредитора на реализацию.

19. Весь смысл состоит в том, чтобы не обременять обеспеченных кредиторов ненужными судебными процедурами, а вместо этого наделить лиц, предоставляющих право, и других заинтересованных сторон правом добиваться соблюдения соответствующих обязательных процедур после неисполнения обязательств (см. рекомендацию 134). Соответственно, для обеспечения оперативного и эффективного с точки зрения расходов рассмотрения случаев, когда лицо, предоставляющее право, оспаривает процедуру реализации, многие государства заменяют обычные гражданско-процессуальные нормы на оперативные процедуры судопроизводства (см. рекомендацию 135). Например, лицам, предоставляющим право, и другим заинтересованным сторонам может быть отводиться лишь ограниченное время, в течение которого они вправе заявлять претензии или применять средства правовой защиты. Другие государства позволяют лицам, предоставляющим право, оспаривать действия обеспеченного кредитора в таких случаях даже после начала процедур реализации, при распределении поступлений от реализации или когда обеспеченный кредитор принимает меры для взыскания какой-либо недостающей суммы. Третьи государства позволяют лицам, предоставляющим право, взыскивать не только возмещение ущерба, но и штрафные убытки, если будет доказано, что обеспеченный кредитор не имел права на реализацию или получил в результате реализации сумму, превышающую фактически причитающуюся ему сумму.

20. Кроме того, поскольку все такие случаи оспаривания могут задерживать процесс реализации и увеличивать связанные с ним расходы, многие государства предусматривают также в рамках таких процедур соответствующие защитные меры, призванные удерживать лиц, предоставляющих право, от предъявления

необоснованных требований. К ним относятся самые различные процессуальные механизмы, в частности включение расходов на производство в сумму обеспеченного обязательства в том случае, если производство закончилось безрезультатно, или предъявление лицам, предоставляющим право, и их адвокатам требования о представлении affidavita в качестве предварительного условия для открытия такого производства. Кроме того, некоторые государства позволяют также обеспеченным кредиторам требовать возмещения ущерба у таких лиц, предоставляющих право, которые предпринимая необоснованные процессуальные действия или не выполняют свои обязательства, и включать этот ущерб в сумму обеспеченного обязательства. В настоящем Руководстве рекомендуется предусмотреть возмещение ущерба в тех случаях, когда лицо, предоставляющее право, не выполняет свои обязательства после неисполнения (см. рекомендацию 133; такое же правило применяется в отношении обеспеченного кредитора).

f) Сфера применения прав лица, предоставляющего право, после неисполнения обязательства

i) Общие замечания

21. Как уже упоминалось выше, лицо, предоставляющее право, может обратиться в суд с иском к обеспеченному кредитору, если тот не реализует свои права после неисполнения обязательства на основании соглашения об обеспечении и в соответствии с законом (см. пункты 18–20 выше). Кроме того, лицо, предоставляющее право, может осуществить платеж по обеспеченному обязательству в полном объеме и получить освобождение в обремененных активах (см. пункты 22–26 ниже). Кроме того, лицо, предоставляющее право, может предложить обеспеченному кредитору обремененные активы для полного или частичного погашения обеспеченного обязательства (или оспорить такое предложение обеспеченного кредитора; см. пункты 60–64 ниже), а также воспользоваться любым другим средством правовой защиты, предусмотренным соглашением об обеспечении или законодательством (см. рекомендацию 136). Лицо, предоставляющее право, также может оспорить переход активов во владение обеспеченного кредитора во внесудебном порядке или отчуждение обремененных активов во внесудебном порядке (см. рекомендации 139, 144 и 145; см. также пункты 29–32 и 48–56 ниже).

ii) Аннулирование обеспечительного права после платежа в погашение обеспеченного обязательства в полном объеме

22. Как только становится известно о неисполнении, должник, лицо, предоставляющее право и являющееся третьей стороной, и заинтересованные третьи стороны нередко пытаются рефинансировать обеспеченное обязательство или иным образом устранить последствия указанного неисполнения обязательств. В таких случаях государства должны определить, какие права могут осуществляться теми или иными сторонами и в какие сроки они могут это делать. Обычно лицам, предоставляющим право, и третьим сторонам дается право на освобождение обремененных активов от обеспеченного обязательства в случае платежа в погашение обеспеченного обязательства в полном объеме.

23. Платеж в погашение обеспеченного обязательства в полном объеме (и прекращение действия любого обязательства по кредитованию) аннулирует

обеспечительное право и завершает обеспеченную сделку. Поскольку цель процедур реализации заключается в том, чтобы дать кредиторам возможность получить возврат средств по обязательству, государства обычно весьма гибко подходят к вопросу предоставления сторонам возможности платить в погашение обеспеченного обязательства. Например, большинство государств разрешает лицу, предоставляющему право, в случае неисполнения им своих обязательств попытаться освободить обремененные активы до их окончательного отчуждения обеспеченным кредитором после выплаты оставшейся суммы обеспеченного обязательства, включая проценты и расходы по реализации до момента выплаты. Обычно государства разрешают также любой заинтересованной третьей стороне (например, кредитору с приоритетом более низкого ранга по сравнению с кредитором, принимающим меры по реализации, или приобретателем, который принимает активы, обремененные обеспечительным правом) осуществлять право на возврат средств, если это не делает лицо, предоставляющее право.

24. Кроме того, обычно государства гибко подходят к решению вопроса о сроках, в течение которых может быть произойти возврат средств. Обеспеченный кредитор заинтересован в получении платежа. Если выплата основной суммы, процентов и понесенных расходов на отчуждение происходят до вступления в силу прав третьих сторон, нет никаких оснований настаивать на отчуждении обремененных активов. Иными словами, кто бы ни осуществлял это право, он может делать это до момента а) отчуждения обремененных активов или завершения инкассации обеспеченным кредитором после отчуждения обремененных активов; б) принятия обеспеченным кредитором обязательства провести отчуждение обремененных активов; или с) принятия обеспеченным кредитором обремененных активов в качестве полного или частичного погашения обеспеченного обязательства, в зависимости от того, какое событие наступит раньше. До тех пор пока ни одно из этих событий не наступит, обеспеченное обязательство может быть погашено в полном объеме и обремененные активы могут быть освобождены. По тем же причинам (с учетом того, что кредитор заинтересован прежде всего в получении платежа, а лицо, предоставляющее право, – в том, чтобы не потерять своих активов) в рекомендациях настоящего Руководства предусмотрено, что оплата требования, в результате которой происходит освобождение обремененных активов, разрешается вплоть до момента приобретения прав третьих сторон, заключения соглашения об отчуждении активов или принятия обеспеченным кредитором обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства (см. рекомендацию 137).

25. В некоторых государствах лица, предоставляющие право, наделяются еще одним правом, возникающем после неисполнения, которое позволяет восстанавливать обеспеченное обязательство после погашения любой задолженности. Процедура восстановления обеспеченного обязательства существенно отличается от процедуры освобождения обремененных активов и обычно имеет более узкие рамки. Под восстановлением обеспеченного обязательства понимается преодоление конкретного неисполнения (например, выплата просроченных платежей, начисленных процентов и уже понесенных расходов на реализацию), но в остальном это действие никак не затрагивает ни продолжающую действовать обязанность лица, предоставляющего право, выполнять свои обязательства, ни обеспечительное право. Восстановленное обязательство, как и прежде, может быть реализовано в соответствии с условиями, которые были согласованы сторонами, и оно по-прежнему обеспечивается обремененными активами.

26. Подходы государств к регулированию права на восстановление обязательства существенно различаются. В законодательстве некоторых из них право восстановления обязательства не предусмотрено, но при этом сторонам разрешается включать такое право в соглашения об обеспечении. С другой стороны, некоторые государства предусматривают такое право, но наделяют им лишь лицо, предоставляющее право. Наконец, третьи государства разрешают любой заинтересованной стороне принять меры по преодолению неисполнения и восстановлению обеспеченного обязательства. Если восстановление обеспеченного обязательства допускается, уполномоченные на это стороны могут осуществлять это право в течение того же срока, что и стороны, уполномоченные осуществлять свое право освобождения обремененных активов. Поскольку в результате восстановления обеспеченное обязательство не аннулируется, а сохраняется, на более позднем этапе неисполнение обязательства лицом, предоставляющим право, может произойти вновь. Чтобы предупредить многократное неисполнение и восстановление стратегически важных обязательств, государства, разрешающие восстановление, обычно ограничивают число повторных восстановлений обеспеченного обязательства после его неисполнения. Вот почему Руководство не содержит никаких конкретных рекомендаций, посвященных восстановлению. Основное соображение заключается в том, что решение разрешить или не разрешить в соглашениях об обеспечении оговорки, ускоряющие ход событий (и позволяющие оспаривать право на восстановление), более целесообразно оставлять на усмотрение общих норм обязательственного права государств.

g) Сфера применения прав обеспеченного кредитора после неисполнения обязательства

27. Обычно кредитор, получивший судебное решение, может осуществить реализацию этого судебного решения в отношении всех активов должника, на которые разрешается наложить арест в соответствии с процессуальным правом. Обычно к нему относятся все активы должника любого рода. Если должник обладает лишь ограниченным правом в таких активах, объектом ареста и продажи может быть лишь такое ограниченное право владения (например, usufruct). Аналогичным образом, если права должника в активах ограничены каким-либо условием, ограничивается и реализация таких активов. Приобретатель активов в результате продажи по суду может получить их лишь на тех же условиях.

28. В отличие от практики обычного приведения в исполнение судебных решений реализация обеспечительных прав регламентируется одним важным дополнительным ограничением. Обеспеченный кредитор может предпринимать действия лишь в отношении активов, фактически обремененных обеспечительным правом, а не всей имущественной массы лица, предоставляющего право (обеспеченный кредитор, конечно же, может действовать как необеспеченный кредитор и предъявлять лицу, предоставляющему право, требование на недостающую сумму обеспеченного обязательства). С учетом этого дополнительного ограничения в отношении реализации обеспечительного права применяются принципы, схожие с принципами, которые регулируют процедуры реализации в целом. Обеспеченный кредитор может осуществить реализацию лишь конкретных прав, которыми лицо, предоставляющее право, фактически владеет в обремененных активах. Таким образом, если, например, лицо, предоставляющее право, обладает ограниченной возможностью продавать или иным образом отчуждать,

сдавать в аренду или под лицензию обремененные активы, эти ограничения не могут быть устранены обеспеченным кредитором в результате реализации. Это означает, что, например, если лицо, предоставляющее право, владеет активами в соответствии с условиями лицензии на товарный знак, обеспечительное право будет представлять собой лишь право такого лица, ограниченное условиями лицензии на торговый знак, и не будет давать обеспеченному кредитору общего права на использование или отчуждение этого товарного знака.

h) Реализация прав в судебном и внесудебном порядке

29. В качестве общего принципа правоотношений должника и кредитора в большинстве государств предусматривается, что реализация требований производится в рамках судебного производства. Кредиторы должны предъявлять иск своим должникам, получать судебное решение и затем обращаться к другим публичным должностным лицам или компетентным органам (например, судебным приставам, нотариусам или полиции) с целью реализации судебного решения. Для защиты лица, предоставляющего право, и других сторон, обладающих правами в обремененных активах, некоторые государства налагают аналогичное обязательство на обеспеченных кредиторов, предусматривая, что для реализации своих обеспечительных прав они могут обращаться только в суд или к другим правительственным структурам. Но поскольку судебное производство может быть неповоротливым и затратным, зачастую невозможно в результате отчуждения продаваемых активов получить максимально сумму. Кроме того, поскольку расходы на реализацию включаются в стоимость финансовой сделки, неэффективное производство будет негативно влиять на наличие и стоимость кредита.

30. В целях оказания содействия обеспеченным сделкам некоторые государства требуют лишь минимального предварительного вмешательства в процедуры реализации со стороны должностных лиц или властных структур. Например, обеспеченному кредитору может вменяться требование обратиться в суд с ходатайством о восстановлении его во владении, которое суд удовлетворяет без проведения разбирательства. В других случаях после своего вступления во владение активами обеспеченный кредитор может непосредственно реализовать их и без вмешательства суда, прибегнув к услугам квалифицированного судебного пристава, который проследит за соблюдением в рамках производства процедур, предписанных законом. Обоснованием менее формального подхода служит тот факт, что предоставление обеспеченному кредитору или доверенной третьей стороне права контролировать активы и распоряжаться ими зачастую расширяет свободу действий, повышает оперативность и способствует снижению затрат по сравнению с процессом, осуществляемым под контролем государства. Отлаженная система может обеспечить защиту прав лица, предоставляющего право, и других лиц, заинтересованных в максимальном увеличении суммы, которая может быть получена в результате продажи обремененных активов, и при этом служить эффективным механизмом реализации таких обремененных активов. Кроме того, порой лишь знания о существовании возможности судебного вмешательства вполне достаточно для стимулирования разумного поведения на основе сотрудничества, которое устраняет необходимость обращаться в суд. И, наконец, в отличие от кредиторов по суду обеспеченные кредиторы в большинстве своем существуют для того, чтобы предоставлять кредит. Отсюда их поведение в рамках реализации обычно диктуется соображениями своей репутации.

31. В некоторых государствах обеспеченному кредитору не требуется обращаться в суд или другие государственные структуры с целью реализации, так как ему предоставлено право пользоваться исключительно внесудебными процедурами. В таких случаях эти государства обычно устанавливают ряд императивных норм, касающихся, например, обязательства уведомлять о неисполнении или о намерении провести отчуждение активов, действовать добросовестно и коммерчески разумно и отчитываться перед лицом, предоставляющим право, за поступления, полученные в результате отчуждения. Кроме того, они не разрешают обеспеченному кредитору вступать во владение обремененными активами во внесудебном порядке, если такая реализация может привести к нарушению публичного порядка. Цель и последствия этих требований заключаются в обеспечении гибкости методов отчуждения обремененных активов для достижения их экономически эффективной реализации при одновременной защите прав лица, предоставляющего право, и других заинтересованных сторон от предпринимаемых обеспеченным кредитором действий, которые с коммерческой точки зрения не являются разумными. В рекомендациях настоящего Руководства предусматривается, что для обеспечения максимальной гибкости процедур реализации и получения, таким образом, максимально высокой суммы в результате отчуждения активов кредиторы должны иметь возможность выбора между использованием судебных или внесудебных процедур, когда стоит вопрос о реализации их обеспечительных прав (см. рекомендацию 139). В любом случае, в государствах, которые разрешают реализацию во внесудебном порядке, всегда можно прибегнуть к помощи судов, которые обеспечат признание и защиту законных требований и возражений лица, предоставляющего право, и других сторон, обладающих правами в обремененных активах (см. рекомендацию 134).

32. Обычно даже в тех государствах, в которых обеспеченному кредитору разрешается действовать без вмешательства официальных структур, ему также может добиваться реализации своего обеспечительного права через суд. Кроме того, поскольку обеспечительное право предоставляется с целью повышения вероятности получения кредитором платежа по обеспеченному обязательству, реализация обеспечительного права, возникающего после неисполнения обязательства, не должна исключать для обеспеченного кредитора возможность добиваться реализации обеспеченного обязательства в рамках обычного судебного процесса (см. рекомендацию 141). Существует целый ряд причин, по которым обеспеченный кредитор может отдать предпочтение не внесудебным процедурам, а одному из таких способов реализации. Возможно, он пожелает не подвергаться риску оспаривания своих действий или решит, что ему в любом случае придется воспользоваться судебным производством для возмещения причитающейся ему недостающей суммы, или же побоится нарушения публичного порядка в связи с реализацией. На практике многие государства поощряют обеспеченных кредиторов к тому, чтобы они обращались в суд, и предоставляют для этого менее затратные и более оперативные процедуры реализации. Они могут, в частности, разрешить реализацию посредством процедуры, предусматривающей лишь предъявление доказательств под присягой. Они могут также предусмотреть правила для проведения слушания дела, рассмотрения возражений в короткие сроки (например, за 72 часа) и максимально быстрого вынесения решений. Некоторые государства идут еще дальше и разрешают обеспеченному кредитору, который получил соответствующее судебное решение в обычном порядке, изымать и отчуждать обремененные активы, не прибегая к официальным процедурам их ареста и

продажи. Наконец, большинство государств предусматривают, что такие средства защиты могут использоваться в совокупности. Обеспеченный кредитор, решивший не обращаться за защитой в суд, может передумать и позднее воспользоваться другим внесудебным средством правовой защиты для реализации своих обеспечительных прав, если только осуществление такого права не делает невозможным использование другого права (см. рекомендацию 140 и пункты 33–34 ниже).

i) Использование всех прав после неисполнения обязательства

33. Иногда для окончательного отчуждения всех обремененных активов кредитор вынужден воспользоваться несколькими средствами правовой защиты. Как уже отмечалось, обычно это происходит в тех случаях, когда обеспеченный кредитор принимает меры по ликвидации предприятия. В то же время это может произойти, например, вследствие того, что обеспечительное право в инвентарных запасах может быть реализовано наиболее эффективно путем их продажи или же обеспечение в оборудовании может быть наиболее эффективным образом реализовано путем принятия обеспеченным кредитором активов в погашение обеспеченного обязательства. Кроме того, порой обеспеченный кредитор, полагаящий, что вполне достаточно использования какого-то одного средства правовой защиты, обнаруживает, что другое средство правовой защиты позволяет получить более высокую стоимость в результате отчуждения активов. Вот почему большинство государств предусматривает для обеспеченного кредитора совокупность средств правовой защиты, т.е. кредитор, осуществляющий реализацию, может не только выбирать для себя соответствующее средство защиты, но и использовать такие средства одновременно или поочередно. Он может даже одновременно использовать средства правовой защиты, применяемые в судебном и во внесудебном порядке. Однако кредитор не может воспользоваться всей совокупностью средств правовой защиты в том случае, если применение одного такого средства (например, восстановление владения и отчуждение обремененных активов) делает невозможным применение другого средства правовой защиты (например, принятия обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства). В данном случае в Руководстве также предлагается принцип, согласно которому максимальное повышение гибкости процесса реализации, скорее всего, обеспечит получение максимальной стоимости от реализации обремененных активов, и рекомендуется разрешать обеспеченным кредиторам использовать совокупность имеющихся у них средств правовой защиты, применяемых в судебном и внесудебном порядке (см. рекомендацию 140).

34. Обеспечительное право предоставляется в целях повышения вероятности взыскания кредитором платежа по обеспеченному обязательству. На выполнение этой задачи нацелены различные средства реализации, применяемые после неисполнения, и особенно имеющиеся в распоряжении обеспеченного кредитора средства правовой защиты, применяемые во внесудебном порядке. Некоторые государства не разрешают обеспеченным кредиторам одновременно использовать имеющиеся в их распоряжении средства правовой защиты (судебные и внесудебные), применяемые в отношении обремененных активов, и средства правовой защиты, применяемые в отношении обеспеченных обязательств. Предполагается, что такие средства правовой защиты, применяемые во внесудебном порядке, ставят обеспеченного кредитора в привилегированное положение и что поэтому следует требовать от кредитора либо начать реализацию обеспечительного права во внесудебном порядке, либо

для этого возбудить судебный иск. Другие государства разрешают обеспеченному кредитору совмещать его средства правовой защиты, применяемые во внесудебном порядке, и его право на реализацию обязательства в контексте договорного права. Более того, они разрешают вести оба производства параллельно или последовательно в любом порядке. Требовать от обеспеченного кредитора сразу же выбрать тот или иной способ реализации осложнит этот процесс и приведет к увеличению расходов на него, поскольку кредитору придется определять, грозит ли ему недоплата средств. Если он придет к такому заключению, то он будет вынужден предъявить иск с целью реализации обязательства и заявить о своем приоритете лишь в момент продажи активов по решению суда в контексте реализации. Такой процесс является менее оперативным, требует дополнительных расходов и обычно приносит менее высокую стоимость на момент продажи. В целях максимизации стоимости активов, подлежащих реализации, Руководство рекомендует разрешать обеспеченным кредиторам совмещать различные виды производства с целью реализации активов во внесудебном порядке и реализации обеспеченного обязательства в рамках судебного процесса при неизменном соблюдении ограничения, согласно которому обеспеченный кредитор не может требовать больше, чем ему причитается (см. рекомендацию 141).

j) Право обеспеченного кредитора первой очереди контролировать процесс реализации

35. Обеспеченный кредитор, обладающий более высоким приоритетом, нередко изъявляет желание продолжить процесс реализации, начатый другим кредитором (будь то процедура реализации по решению суда или реализация, проводимая другим кредитором в осуществление своего обеспечительного права). Обычно государства предусматривают право замещения обеспеченных кредиторов, осуществляющих реализацию в рамках законодательства об обеспечительных сделках, однако в некоторых государствах обеспеченным кредиторам не разрешается осуществлять реализацию во внесудебном порядке, если кредитор по суду (будь то необеспеченный кредитор по суду или обеспеченный кредитор, который мог также возбудить судебное разбирательство с целью реализации) уже установил контроль над обремененными активами. В тех случаях, когда обеспеченный кредитор имеет право контролировать процедуру реализации вместо кредитора по суду, государства нередко требуют от обеспеченного кредитора осуществить такое право своевременно (т.е. до начала аукциона) и возместить кредитору по суду понесенные к тому моменту расходы на реализацию. В интересах максимальной результативности процедур реализации обеспечительных прав в настоящем Руководстве рекомендуется предусмотреть для обеспеченного кредитора, обладающего более высоким приоритетом по сравнению с обеспеченным кредитором, осуществляющим реализацию, право брать под свой контроль процедуры реализации как вместо других обеспеченных кредиторов, осуществляющих реализацию во внесудебном порядке, так и вместо кредиторов по суду (см. рекомендацию 142).

3. Процессуальные действия, предшествующие реализации, и права лица, предоставляющего право

a) Общие замечания

36. Государствам надлежит разработать процессуальные механизмы для содействия процессу эффективной и действенной реализации обеспеченным

кредитором обеспечительного права и для защиты прав лица, предоставляющего право, а также третьих сторон, обладающих правами в обремененных активах, независимо от того, должен ли обеспеченный кредитор а) получить судебное решение обычным путем, воспользоваться услугами публичного должностного лица для наложения ареста на обремененные активы и их продажи на публичном аукционе; или б) воспользоваться необременительным средством судебной правовой защиты для признания факта неисполнения лицом, предоставляющим право, своих обязательств и затем перейти непосредственно к аресту и продаже обремененных активов публичным должностным лицом; или с) принять меры для реализации своих прав и без обращения в суд. Эти процессуальные механизмы призваны уравновесить конкурирующие права в период после неисполнения обязательств, но до применения на практике средств правовой защиты обеспеченным кредитором. Поэтому обычно государства предусматривают, что такие процессуальные механизмы применяются независимо от того, какое конкретно средство правовой защиты избрано обеспеченным кредитором. Это означает, что они применяются в тех случаях, когда обеспеченный кредитор а) производит арест и продажу обремененных активов в частном порядке, присваивая поступления от продажи для возмещения непогашенного обязательства; б) принимает обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства; или с) вступает во владение предприятием должника и эксплуатирует его с целью погашения обеспеченного обязательства.

б) Уведомление о намерении осуществить реализацию во внесудебном порядке

37. Если обеспеченный кредитор решает добиться исполнения соглашения об обеспечении в порядке путем предъявления в суде лицу, предоставляющему право, обычного иска в отношении обеспеченного обязательства, то и в отношении самого судебного действия, и в отношении процесса реализации после вынесения судебного решения будут применяться обычные гражданско-процессуальные нормы (в том числе нормы, касающиеся уведомления о неисполнении и возможности проведения слушания по существу дела). Тем не менее, эти нормы обычно применяются лишь непосредственно в отношении официальных судебных процедур. Именно поэтому государства, которые разрешают реализацию во внесудебном порядке, обычно принимают отдельные правила, регулирующие такую реализацию. Эти правила призваны обеспечить надлежащую защиту прав затронутых этим процессом сторон и в то же время обеспечить максимальную гибкость процесса реализации.

38. Признавая необходимость направления уведомлений о реализации во внесудебном порядке, государства оказываются перед необходимостью решать принципиально важный вопрос. В некоторых государствах обеспеченный кредитор должен направлять предварительное уведомление о своем намерении осуществить реализацию во внесудебном порядке еще до того, как он попытается вступить во владение обремененными активами. Это означает, что кредитор должен направить лицу, предоставляющему право (и, как правило, третьим сторонам, обладающим правами в обремененных активах), письменное уведомление с указанием факта неисполнения, обремененных активов, намерения кредитора вступить во владение такими активами, срока, в течение которого лицо, предоставляющее право, должно принять меры по устранению последствий неисполнения или отказаться от таких активов (обычно 15–20 дней), а также нередко и конкретного средства правовой защиты, которым кредитор намерен воспользоваться для отчуждения таких активов. В других государствах срок направления уведомления является более продолжительным, а

требования к его содержанию – часто более общие. Например, в этих государствах обеспеченному кредитору не требуется направлять предварительное уведомление о своем намерении вступить во владение, но при этом он может вступать во владение обремененными активами в тот момент, когда он направит лицу, предоставляющему право, официальное уведомление о неисполнении им своих обязательств. Тем не менее, вступив во владение такими активами, обеспеченный кредитор, как правило, не может принять мер по их реализации, не направив лицу, предоставляющему право, и заинтересованным третьим сторонам предварительное уведомление (обычно за 15–20 дней) о способе и порядке реализации, который он намерен использовать в том случае, если в течение указанного срока лицо, предоставляющее право, не примет меры по устранению последствий неисполнения.

39. У каждого из этих подходов имеются свои преимущества и недостатки. Главное преимущество режима, в соответствии с которым обеспеченный кредитор должен направлять предварительное уведомление о своем намерении осуществить реализацию обремененных активов и вступить во владение ими, заключается в том, что он обращает внимание лица, предоставляющего право, и должника на необходимость отстаивать свои права в обремененных активах (должник в любом случае будет осведомлен о неисполнении своих обязательств, в то время как лицо, предоставляющее право и являющееся третьей стороной, может не знать об этом). Могут быть, в частности, приняты меры по оспариванию реализации, преодолению должником своего неисполнения или поискам потенциальных покупателей обремененных активов. Уведомление, направляемое в адрес других заинтересованных сторон, позволяет им отслеживать последующий процесс реализации, осуществляемый обеспеченным кредитором с целью отстаивания своих прав, опротестовывать реализацию или, если это отвечает их интересам, преодолевать неисполнение и если они являются обеспеченными кредиторами, права которых относятся к приоритетным (и в отношении которых лицо, предоставляющее право, также не исполнило своих обязательств), принимать участие в процессе реализации или контролировать его. К недостаткам такого вида уведомления относятся высокий уровень связанных с ним расходов, тот факт, что обеспеченному кредитору, возможно, придется выбирать средство правовой защиты прежде, чем он сможет внимательно изучить обремененные активы, появление у лица, предоставляющего право и не желающего сотрудничать, возможности вывести обремененные активы за пределы досягаемости кредитора, а также вероятность конкуренции с другими кредиторами, которые пожелают выдвинуть свои требования в отношении коммерческого предприятия лица, предоставляющего право, и вмешаться в процесс отчуждения. Более того, если формальные и материально-правовые требования в отношении уведомлений не сформулировать ясно и четко, возникает риск "технического" невыполнения, что влечет за собой необходимость возбуждения судебного разбирательства и, как следствие, дополнительные расходы и задержки.

40. Преимущество режима, в соответствии с которым требуется лишь уведомление об отчуждении обремененных активов во внесудебном порядке, заключается в том, что он защищает право обеспеченного кредитора вступать во владение обремененными активами без неоправданной задержки, защищая при этом интересы лица, предоставляющего право, и третьих сторон, обладающих правами в обремененных активах, в период, предшествующий отчуждению. Его недостатком является то, что уведомление о реализации во внесудебном порядке направляется после того, как обеспеченный кредитор вступит во владение

обремененными активами (такой подход создает проблемы, упоминавшиеся в предыдущем пункте).

41. Независимо от выбранного подхода государства должны решить также, какие еще уведомления могут потребоваться, когда обеспеченный кредитор намеревается осуществить реализацию своего обеспечительного права во внесудебном порядке. Многие государства, в которых требуется направлять предварительные уведомления о намерении провести процедуру отчуждения обремененных активов, не требуют при этом направлять отдельное уведомление о неисполнении или последующее уведомление о реализации во внесудебном порядке. Предполагается, что для всех этих целей вполне достаточно и одного уведомления. Другие государства, разрешающие направлять уведомление о конкретном способе реализации во внесудебном порядке после того, как кредитор вступит во владение обремененными активами, требуют, тем не менее, направлять официальное уведомление о неисполнении до вступления во владение активами. Поскольку цель и содержание уведомления о намерении осуществить реализацию, направляемого до вступления во владение, и уведомления о реализации во внесудебном порядке, направляемого после вступления во владение, в значительной степени совпадают, ни одно государство не требует представления обоих уведомлений. В целях обеспечения баланса интересов всех сторон в рекомендациях настоящего Руководства предусматривается, что обеспеченный кредитор может вступить во владение обремененными активами, без обращения в суд при условии, что лицо, предоставляющее право, выразило в соглашении об обеспечении свое согласие на реализацию во внесудебном порядке и не возражает против того, чтобы обеспеченный кредитор принимал меры для вступления во владение активами, и что если кредитор направил лицу, предоставляющему право, уведомление о неисполнении и о своем намерении добиваться через суд вступления во владение активами (см. рекомендация 144).

с) Форма и содержание уведомления

42. Как и в других ситуациях, когда требуется уведомление, государства, как правило, чрезвычайно внимательно подходят к вопросу о регламентации минимального содержания уведомления, порядка его направления и о лицах, которым оно должно адресоваться, а также сроков его направления. Во многих государствах проводится различие между уведомлением, направляемым должнику, уведомлением, направляемым лицу, предоставляющему право, если это лицо не является должником, уведомлением другим кредиторам и уведомлением, адресуемым публичным органам или общественности в целом. Вопрос о том, следует ли требовать от обеспеченного кредитора направления предварительного письменного уведомления другим лицам, помимо должника и лица, предоставляющего право, и другим обеспеченным кредиторам (т.е. другим обеспеченным кредиторам, которые зарегистрировали уведомление о своих правах или иным образом уведомили того обеспеченного кредитора, который предлагает распорядиться обремененными активами), решается на основе анализа затрат и выгод. В некоторых государствах предусмотрено, что уведомление должно направляться лишь лицу, предоставляющему право, и другим обеспеченным кредиторам, зарегистрировавшим свои права, но что только затем оно должно быть зарегистрировано и что после этого регистрирующий орган должен препроводить это уведомление всем

обеспеченным кредиторам, зарегистрировавшим свои права в данных обремененных активах. Другие государства требуют лишь от обеспеченного кредитора, чтоб он направлял уведомление лицу, предоставляющему право, и регистрировал его. В этих государствах направление уведомления другим сторонам вменяется в обязанность регистрирующего органа.

43. Кроме того, государства по-разному определяют минимум требований к содержанию уведомления. Как и в вопросе, касающемся сроков направления уведомления и его получателей, для решения вопроса об информации, которая должна включаться в уведомление, государствам необходимо проанализировать его с точки зрения затрат и выгод. Например, они обычно требуют включения в него подготовленной обеспеченным кредитором калькуляции суммы, причитающейся в результате неисполнения обязательства. Они могут также потребовать направления должнику или лицу, предоставляющему право, рекомендации о мерах, которые необходимо принять для исполнения обеспеченного обязательства в полном объеме или, если такое право существует, для преодоления неисполнения. Кроме того, в некоторых государствах предусмотрено, что уведомление другим заинтересованным сторонам не должно быть таким же обширным или подробным как уведомление должнику или лицу, предоставляющему право. При этом, если уведомление направляется до вступления во владение активами, государства нередко предъявляют обеспеченным кредиторам более высокие требования в отношении представляемой информации. В то же время, если уведомление направляется после вступления во владение, обеспеченный кредитор нередко обязан представить лишь основные сведения о сроках, времени, месте и способе предлагаемого отчуждения обремененных активов, а также о сроке, в течение которого лицо, предоставляющее право, или другая заинтересованная сторона могут оспорить это предложение или принять меры для выполнения неисполненного обязательства.

44. Существуют разные способы, с помощью которых можно достичь надлежащего баланса между необходимостью обеспечить предоставление заинтересованным сторонам посредством уведомлений достаточной информации, с тем чтобы они могли принимать осознанное решение относительно оптимального метода защиты их интересов, и необходимостью обеспечить реализацию в сжатые сроки и с небольшими затратами. В некоторых государствах к обеспеченным кредиторам предъявляются очень серьезные требования как в плане сроков представления, так и в плане содержания уведомлений. В других государствах предъявляются лишь минимальные требования. В соответствии с рекомендациями настоящего Руководства уведомление в принципе должно направляться до того, как обеспеченный кредитор вступит во владение активами (см. рекомендацию 144). Если обеспеченный кредитор уже стал их обладателем, то уведомление отменяется. Тем не менее, в любом случае кредитор должен сообщить лицу, предоставляющему право, о предполагаемом способе реализации своего права по отношению к обремененным активам. Если предлагается их продажа во внесудебном порядке, то уведомление должно направляться, а если нет никакой срочности, то еще до отчуждения обремененных активов (см. рекомендацию 146). В то время как нормами обеспечительного права предусматривается направление уведомления эффективным, оперативным и надежным способом (см. рекомендацию 147), Руководство рекомендует государствам гибко определять конкретный порядок направления уведомления и его конкретное содержание (см. рекомендацию 147). В этом же ключе, согласно

рекомендации Руководства, если обеспеченный кредитор осуществляет свое право на получение обремененных активов для полного или частичного погашения долга (см. рекомендацию 153), то с помощью уведомления лицо, предоставляющее право, должно иметь достаточно времени для того, чтобы оспорить такой шаг (см. рекомендацию 154).

d) Разрешенная реализация активов лицом, предоставляющим право

45. В случае неисполнения обязательств обеспеченный кредитор заинтересован в реализации обремененных активов по максимально высокой цене. Зачастую лицо, предоставляющее право, лучше знает рынок соответствующих активов, чем обеспеченный кредитор. Поэтому обеспеченные кредиторы нередко разрешают лицу, предоставляющему право, реализовывать обремененные активы на рынке даже после начала процедуры реализации. В большинстве таких случаев стороны договариваются о том, что любая сумма, вырученная от реализации активов, будет передана обеспеченному кредитору так, как если бы платеж поступил от процедуры их реализации. Эти договоренности имеют последствия для третьих сторон, которые также могут обладать правами в обремененных активах или правом на поступления от их реализации. По этой причине некоторые государства четко оговаривают, что если обеспеченный кредитор, приступивший к реализации, дает лицу, предоставляющему право, ограниченный срок для отчуждения обремененных активов после неисполнения обязательства, то поступления от их продажи будут рассматриваться, независимо от цели, как поступления, полученные вследствие отчуждения активов в рамках процесса реализации. Другие государства идут еще дальше и даже запрещают обеспеченному кредитору пытаться договориться об отчуждении обремененных активов в тот короткий промежуток времени, который наступает после неисполнения обязательств. Третьи государства стремятся обеспечить максимальную сумму поступлений от реализации активов, стараясь заинтересовать лицо, предоставляющее право, в том, чтобы он обратил внимание обеспеченного кредитора на потенциальных покупателей. В любом случае основная задача здесь состоит в том, чтобы а) выстроить режим реализации таким образом, чтобы лицу, предоставляющему право, было выгодно сотрудничать с обеспеченным кредитором для реализации обремененных активов по максимально высокой цене; и б) предусмотреть стимулы для обеспеченного кредитора, с тем чтобы он стремился к получению максимально возможной цены, даже если она будет превышать размер суммы, причитающейся ему по обязательству, обеспечиваемому обремененными активами.

4. Реализация прав обеспеченного кредитора во внесудебном порядке

a) Общие замечания

46. В тех случаях, когда обеспеченный кредитор решает реализовать соглашение об обеспечении в судебном порядке, получив соответствующее судебное решение, обеспеченному кредитору необходимо будет наложить арест на обремененные активы и продать их. В некоторых государствах применяются обычные гражданско-процессуальные нормы, касающиеся процедуры реализации на основании вынесенного судебного решения. Обычно это выражается в том, что публичные должностные лица или органы (например, судебные приставы, шерифы, нотариусы или полиция) вступают во владение

обремененными активами и предлагают их на продажу в ходе публичного аукциона. В других государствах, даже после того, как обеспеченный кредитор получил решение суда, он может воспользоваться своим внесудебным правом для вступления во владение обремененными активами и приступить к их отчуждению во внесудебном порядке. В третьих государствах обеспеченный кредитор, получив на руки решение суда, должен следовать установленной судом процедуре, но при этом действует и отработанная процедура исполнения судебных решений.

47. Несколько иные процедуры требуются в тех случаях, когда обеспеченный кредитор предпринял необходимые шаги для инициирования процедуры реализации и желает далее реализовать свои права во внесудебном порядке. Поскольку это не предполагает участия никаких публичных должностных лиц, обеспеченный кредитор обычно изъявляет желание и, как правило, должен самостоятельно вступить во владение обремененными активами или установить контроль над ними, с тем чтобы приступить к их реализации. Государства проводят разную политику как в отношении права обеспеченного кредитора вступать во владение активами и контролировать их (в отличие от передачи обремененных активов судебному приставу), так и, если допускается непосредственное вступление во владение со стороны кредитора, в отношении процессуальных механизмов, которые должны применяться с этой целью.

b) Выведение обремененных активов из—под контроля лица, предоставляющего право

48. До наступления неисполнения обязательств обремененные активы, как правило, находятся во владении лица, предоставляющего право. Тем не менее, иногда такое лицо, предоставляющее право, заранее принимает меры для передачи таких активов во владение обеспеченного кредитора либо в момент вступления обеспечительного права в силу в рамках отношений между ними (см. рекомендацию 15), либо после этого с целью придания ему силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 37) или в ответ на более позднюю просьбу установить контроль над активами, направленную кредитором до неисполнения обязательства. В других случаях обремененные активы могут находиться во владении или под контролем третьей стороны, действующей в интересах или по указанию обеспеченного кредитора. В обоих случаях многие государства не требуют от обеспеченного кредитора предпринимать какие-либо дополнительные шаги для начала процесса реализации. Иными словами, кредитору требуется направлять лицу, предоставляющему право, не официальное уведомление о неисполнении, а лишь уведомление о планируемом отчуждении активов, как только он определится со средством, которое он намеревается использовать. В то же время некоторые государства требуют от кредитора, во владении которого находятся обремененные активы, непременно уведомлять лицо, предоставляющее право, о неисполнении и о проводимой им подготовке обремененных активов, держателем которых он является в данный момент, к реализации. Кроме того, обычно эти государства исходят из того, что в результате неисполнения любое соглашение, в соответствии с которым кредитор, во владении которого находятся обремененные активы, может их использовать, утрачивает свою силу.

49. Если кредитор не является держателем обремененных активов, то он должен предпринять решительные шаги для выведения таких обремененных активов из—под контроля лица, предоставляющего право, или для уведомления

третьей стороны, которая является держателем активов от имени лица, предоставляющего право, о том, что обеспечительное право подлежит реализации. Государства, допускающие реализацию во внесудебном порядке, обычно предусматривают, что как только лицо, предоставляющее право, прекращает исполнять свои обязательства, обеспеченный кредитор автоматически получает право на владение обремененными активами. То есть они не требуют перевода обремененных активов под контроль публичного должностного лица до завершения процедур реализации во внесудебном порядке. Предполагается, что если обеспеченный кредитор может принять решение о том, в чьем распоряжении должны находиться активы после неисполнения обязательств, это обеспечит гибкость процедур реализации активов и снижение расходов на их сохранение до момента отчуждения. Это соображение лежит также в основе изложенной в настоящем Руководстве рекомендации о том, что в случае неисполнения обязательства обеспеченный кредитор автоматически получает право вступать во владение обремененными активами (см. рекомендацию 143).

50. Если обеспеченный кредитор одновременно имеет право вступать во владение, он вправе также решать, каким именно образом следует осуществлять это право. В некоторых случаях обеспеченные кредиторы лично вступают в фактическое владение обремененными активами, в отношении которых они предпринимают процессуальные действия. Однако известно множество случаев, когда они этого не делают. Например, обеспеченные кредиторы могут передать активы в ведение суда или должностного лица, назначенного государственным ведомством или судом. Но чаще они вверяют такие активы на хранение назначенному ими депозитарию, являющемуся третьей стороной, или (особенно, когда идет речь о производственном процессе) назначают управляющего для установления контроля над обремененными активами, находящимися в помещениях лица, предоставляющего право. Если активы уже находятся в руках третьей стороны, которая не представляет их интересы, но которая ранее уже была поставлена в известность о наличии соглашения об обеспечении, обеспеченные кредиторы могут просто направить уведомление о том, что это соглашение подлежит реализации и что лицо, предоставляющее право, не вправе далее удерживать обремененные активы в своем владении, контролировать их или распоряжаться ими.

51. Обычно государства рассматривают вступление лица, предоставляющего право, во владение обремененными активами в качестве важного этапа процесса реализации и для кредиторов, истребующих владение, предусматривают конкретные процессуальные требования. Таким образом, даже несмотря на то, что обеспеченный кредитор может получать право на вступление во владение автоматически, порядок реализации этого права регламентирован. В целом государства, разрабатывая процессуальные механизмы, посредством которых обеспеченные кредиторы, не являющиеся владельцами обремененных активов, могут получить их в свое ведение, руководствуются одним из трех подходов. В некоторых государствах обеспеченный кредитор может вступить во владение лишь на основании решения суда, будь то в рамках процедуры *ex parte* или, что происходит чаще, после судебного разбирательства. В других государствах судебное решение не требуется, но лицо, предоставляющее право, должно заранее уполномочить кредитора в соглашении об обеспечении на вступление во владение во внесудебном порядке, и кредитор должен направить лицу, предоставляющему право, предварительное уведомление (обычно за 10–20 дней) о своем намерении добиваться вступления во владение и реализации своего

обеспечительного права. Наконец, в третьих государствах кредитор имеет право требовать вступления во владение и вступать в такое владение, не обращаясь в суд и не направляя лицу, предоставляющему право, предварительное уведомление о своем намерении предпринять такие шаги, при условии, что лицо, предоставляющее право, разрешило ему так действовать в соглашении об обеспечении (см. пункт 38 выше). Тем не менее, даже в этих государствах кредитор не обладает абсолютным правом вступать во владение во внесудебном порядке. В любом случае сохраняется вероятность того, что кредитор будет злоупотреблять своими правами, угрожая лицу, предоставляющему право, запугивая его, нарушая публичный порядок или требуя освобождения обремененных активов под надуманными предложениями. Вот почему в большинстве таких государств любые действия кредитора, направленные на то, чтобы вступить во владение активами, ограничиваются определенными условиями, призванными не допустить нарушения публичного порядка. В случае возражения лица, предоставляющего право, необходимо получить судебный приказ на вступление во владение. Такой же подход в вопросах владения обычно применяют и государства, разрешающие кредитору вступать во владение во внесудебном порядке при условии направления в 10– или 20–дневный срок предварительного уведомления, которые требуют получения судебного приказа, если существует опасность нарушения мирных отношений, когда кредитор пытается вступить во владение активами по истечении установленного срока.

52. Как уже отмечалось выше (см. пункты 39–41), в тех государствах, где вступление обеспеченного кредитора во владение обусловливается выполнением требования направлять уведомление, всегда существует опасность того, что лицо, предоставляющее право, в случае неисполнения обязательств может попытаться скрыть или переместить обремененные активы до того, как обеспеченный кредитор сможет установить над ними свой контроль. Кроме того, такие активы могут быть использованы не по назначению или растрочены, если будут оставлены без надзора, или могут быстро обесцениться в случае изменения конъюнктуры рынка. Во избежание этого большинством государств предусматривается возможность получения обеспеченными кредиторами оперативной помощи суда или другого соответствующего ведомства. Кроме того, в особых случаях, когда существует угроза быстрого обесценивания обремененных активов, многие государства разрешают судам выносить приказы о немедленной продаже таких недолговечных активов независимо от того, требуется ли обеспеченным кредиторам направлять предварительное уведомление о своем намерении приступить к реализации.

53. Вопрос о формальных требованиях, которыми обусловливается вступление обеспеченного кредитора во владение, зависит от того, что государства считают более важным: защиту прав лиц, предоставляющих право, или эффективную реализацию с целью сокращения расходов. Это зависит также от того, как оценивается вероятность совершения злоупотреблений обеспеченными кредиторами или ненадлежащего поведения лиц, предоставляющих право, в распоряжении которых находятся активы. В целях сокращения расходов на реализацию и сведения к минимуму вероятности неправомерного использования или обесценивания активов в настоящее Руководство включена рекомендация о том, что обеспеченному кредитору следует разрешать вступать во владение активами во внесудебном порядке только в том случае, если лицо, предоставляющее право, дало на это свое согласие в соглашении об обеспечении, если лицу, предоставляющему право, направлено уведомление о

намерении вступить во владение и если лицо, предоставляющее право, не возражает против этого в момент принятия мер по вступлению во владение (см. рекомендацию 144). Кроме того, в целях максимизации стоимости подлежащих реализации активов, которые являются скоропортящимся товаром или которые могут быстро обесцениться в период между направлением уведомления и моментом фактического вступления кредитора во владение такими активами, в настоящее Руководство включена рекомендация о том, что, если лицо, предоставляющее право, дало в соглашении об обеспечении свое согласие на вступление во владение во внесудебном порядке и если оно не возражает против этого в момент фактического принятия мер по вступлению во владение, кредитору не нужно направлять уведомление о своем намерении вступить во владение активами и принимать меры по их реализации (см. рекомендацию 146). Однако для того чтобы обеспеченный кредитор получил право на такой ход действий, лицо, предоставляющее право, должно дать в соглашении об обеспечении согласие на вступление во владение во внесудебном порядке и не возражать против этого в момент фактического принятия мер по вступлению во владение (см. рекомендацию 144).

с) Продажа и другие формы отчуждения обремененных активов

54. Поскольку обеспечительное право дает обеспеченному кредитору возможность получать стоимость от продажи обремененных активов и использовать ее в погашение обеспеченного обязательства, государства обычно вводят довольно подробно разработанные нормы регулирования процедур, посредством которых обеспеченный кредитор может налагать арест на такие активы и распоряжаться ими. Предъявляемые требования могут быть менее или более строгими. Например, даже в тех случаях, когда реализация во внесудебном порядке разрешается, некоторые государства предусматривают, что отчуждение должно осуществляться с соблюдением таких же публичных процедур, какие используются при приведении в исполнение судебных решений. Другие государства требуют от обеспеченных кредиторов получать судебное одобрение предлагаемого метода распоряжения активами, прежде чем его использовать. Третьи государства разрешают обеспеченному кредитору контролировать процесс отчуждения, но предписывают для этого единообразные процедуры (например, правила, касающиеся организации публичных аукционов или объявления торгов). В ряде случаев государства фактически обязывают обеспеченного кредитора получать согласие лица, предоставляющего право, на использование соответствующего способа отчуждения активов. Наконец, некоторые государства предоставляют обеспеченному кредитору свободу самостоятельно определять способ отчуждения активов, но ограничивают его действия общими нормами поведения (например, добросовестности и коммерческой разумности), нарушение которых приводит к возникновению ответственности кредитора за причиненный вред.

55. Чаще всего процедурные гарантии, посредством которых государства контролируют действия обеспеченных кредиторов, связаны с информацией, указываемой в уведомлении, которое должно направляться лицу, предоставляющему право, и третьим сторонам, обладающим правом в данных обремененных активах. В принципе, в отношении информации, указываемой в уведомлении, должны предъявляться одинаковые требования независимо от того, какому подходу государства отдают предпочтение – направлению уведомления до вступления во владение активами или после этого. Так,

например, государства нередко требуют от кредиторов указывать метод публичного оповещения о предлагаемой реализации активов на рынке, дату, время и место их продажи, будь то публичный аукцион или торги; будь то продажа поштучно, партиями или оптом и предусматривает ли реализации активов в необходимых случаях аренду под лицензию или другие разрешенные формы, где это необходимо. Целью должна быть максимизация суммы, получаемой от реализации обремененных активов, без ущерба для законных требований и прав лица, предоставляющего право, и других лиц. Именно поэтому даже те государства, которые обычно требуют направления подробных уведомлений, не делают этого, если обремененные активы подлежат продаже на признанном публичном рынке. В таких случаях стоимость активов определяется рынком, и в результате выбора другого способа продажи и направления соответствующего уведомления более высокой цены получить не удастся (см. рекомендацию 146).

56. Поскольку реализация обремененных активов во внесудебном порядке преследует ту же конечную цель, что и их продажа под судебным надзором, большинство государств устанавливают относительно подробно разработанные правила, касающиеся содержания уведомления и сроков, по истечении которых активы могут быть проданы, но при этом также разрешают заинтересованным сторонам выступать с возражениями относительно сроков и характера предлагаемой реализации активов. Как правило, существуют специальные процедуры оперативного производства, позволяющие быстро провести разбирательство по таким возражениям и принять соответствующие меры (см. рекомендации 134 и 135). Обычно в тех случаях, когда кредитору, осуществляющему реализацию, предоставляется наибольшая свобода действий в плане сроков и способа реализации активов, расходы на реализацию являются самыми низкими, процесс реализации проходит наиболее оперативно, а поступления оказываются наиболее высокими. Исходя из этих соображений, в настоящем Руководстве рекомендуется предоставлять обеспеченным кредиторам свободу действий и требовать включения в уведомление лишь основной минимальной информации, позволяющей обратить внимание заинтересованных сторон на факт реализации и необходимость защиты свои интересов, если они того пожелают (см. рекомендации 147 и 148).

d) Распределение поступлений от реализации активов

57. Один из важных аспектов законодательства об обеспеченных сделках состоит в том, что оно нарушает обычные правила распределения поступлений от реализации активов, которые применяются в рамках отношений между необеспеченными кредиторами по суду. В конечном итоге цель обеспечения состоит в том, чтобы получить приоритет в процессе распределения таких поступлений. Если реализация обеспечительного права осуществляется в судебном порядке или если обеспеченный кредитор не взял на себя процедуру реализации вместо начавшего их кредитора по суду, то поступления будут находиться под контролем соответствующего публичного органа до тех пор, пока они не будут распределены между сторонами, имеющими право на их получение. В тех случаях, когда такой режим предусматривает отмену прав, наиболее широко применяется такой порядок распределения, в соответствии с которым, прежде всего, производится выплата разумных расходов на реализацию, а затем погашение обеспеченных обязательств в порядке их

очередности. Во многих государствах предусмотрено также, что после погашения расходов на реализацию, но до выплат обеспеченным кредиторам производятся также выплаты по определенным требованиям, предусмотренным законодательством. Если обычная процедура реализации не предусматривают отмену прав, то обеспеченные кредиторы не получают никаких выплат, но могут предъявлять свои обеспечительные права покупателю.

58. Для тех случаев, когда обеспеченные кредиторы осуществляют реализацию посредством продажи во внесудебном порядке, государства обычно предусматривают в своем законодательстве об обеспеченных сделках серию норм, касающихся распределения поступлений от продажи. Нередко в государствах действуют специальные правила, касающиеся порядка хранения поступлений обеспеченным кредитором до их распределения. В этих правилах обычно определяются также условия, при которых обеспеченный кредитор несет ответственность за распределение поступлений среди некоторых или всех других кредиторов (в частности, обеспеченных кредиторов, обладающих обеспечительными правами в обремененных активах, но более низким уровнем приоритета по сравнению с обеспеченным кредитором, осуществляющим реализацию, или – если режим реализации предусматривает отмену прав – среди обеспеченных кредиторов с более высоким уровнем приоритета и авторов требований, обладающих приоритетом в соответствии с законом). Часто обеспеченному кредитору необходимо учитывать такие другие права только в том случае, если они были зарегистрированы или им была придана сила в отношении третьих сторон каким-либо иным образом, или если он был прямо уведомлен о них (например, статутные приоритетные требования, не требующие регистрации). Все государства неизменно предусматривают также, что любые излишки, остающиеся после удовлетворения требований всех кредиторов, претендующих на поступления от реализации активов, возвращаются лицу, предоставляющему право (см. рекомендацию 149).

59. Обеспеченное обязательство погашается только в объеме поступлений, полученных от продажи обремененных активов. Обычно обеспеченный кредитор может требовать в этом случае от лица, предоставляющего право, возмещения недостающей суммы. Если лицо, предоставляющее право, не создало обеспечительного права в каких-либо других активах в пользу данного кредитора, то требование кредитора о возмещении недостающей суммы считается необеспеченным. Независимо от того, имеет ли место недостача или излишек поступлений, некоторые государства предусматривают, что, когда обеспеченный кредитор приобретает обремененные активы в рамках процедуры реализации и позднее продает их с выгодой для себя, сумма, вырученная от их продажи, которая превышает сумму, уплаченную кредитору, и расходы на последующую продажу, считается полученной в погашение обеспеченного обязательства. Тем не менее, если не может быть доказано, что первоначальная продажа была коммерчески неоправданна, то государства, как правило, считают вырученную от продажи сумму средств окончательной стоимостью, полученной в результате реализации обремененных активов.

е) Принятие обремененных активов в погашение обеспеченного обязательства

60. Основной смысл создания обеспечительного права заключается в том, чтобы дать обеспеченному кредитору возможность реализовать стоимость обремененных активов и использовать полученные денежные средства для погашения обязательства лица, предоставляющего право. Поэтому во многих

государствах единственное средство правовой защиты, к которому может прибегнуть кредитор в случае неисполнения обязательства, заключается в аресте и продаже обремененных активов. В большинстве государств, ограничивающих таким образом внесудебные средства защиты обеспеченного кредитора, такие ограничения применяются даже в том случае, если кредитор уже вступил во владение обремененными активами в соответствии с соглашением об обеспечении. Это означает, что в таких государствах стороны не могут заранее договориться о том, что в случае неисполнения своих обязательств лицом, предоставляющим право, обеспеченный кредитор может удерживать обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства. Кроме того, во многих таких государствах обеспеченный кредитор не может принять обремененные активы в качестве средства правовой защиты после наступления факта неисполнения. Более того, даже если после неисполнения обязательств лицо, предоставляющее право, и обеспеченный кредитор договорятся о том, что обеспеченный кредитор может удерживать обремененные активы, в этих государствах такие действия рассматриваются в качестве платежа по договору и никак не затрагивают права любых других сторон, обладающих правом в этих обремененных активах.

61. В то же время во многих государствах обеспеченный кредитор вправе предложить лицу, предоставляющему право, договориться о том, что он примет обремененные активы в качестве полного или частичного погашения обеспеченного обязательства. В тех государствах, где в распоряжении обеспеченных кредиторов имеется такое средство реализации, обычно предусмотрено, что соглашение, в котором оговаривается автоматический переход права собственности на обремененные активы к обеспеченному кредитору в случае неисполнения, не должно приводиться в исполнение, если оно было заключено до неисполнения. Тем не менее, такое соглашение подлежит исполнению, если оно было заключено после неисполнения и если оно согласуется с конкретными процедурами реализации, призванными предупредить злоупотребления со стороны кредитора. Обычно такие государства предусматривают также, что любое неофициальное частное соглашение между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, заключенное после неисполнения, подлежит приведению в исполнение только в качестве средства правовой защиты, предусматривающего платеж по договору, которое не имеет никаких последствий для третьих сторон, обладающих правами в обремененных активах.

62. Если государство прямо разрешает кредитору принимать обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства в случае неисполнения (при условии соблюдения им необходимых процессуальных требований), то это не означает, что лицо, предоставляющее право, должно принимать предложение обеспеченного кредитора. Лицо, предоставляющее право, может отклонить это предложение, вследствие чего обеспеченному кредитору придется воспользоваться каким-либо другим средством правовой защиты. Достоинство такого рода соглашений, заключаемых после неисполнения, состоит в том, что они нередко позволяют осуществлять реализацию с меньшими расходами и более оперативно. Их недостаток состоит в том, что при этом сохраняется риск злоупотреблений со стороны обеспеченного кредитора в тех случаях, когда а) стоимость обремененных активов превышает стоимость обеспеченного обязательства; б) обеспеченный кредитор даже после неисполнения обязательства обладает особой властью над лицом, предоставляющим право; или с) обеспеченный кредитор и лицо, предоставляющее право, приходят к

соглашению, которое неоправданно ущемляет права третьих лиц, обладающих правом в данных обремененных активах.

63. Чтобы исключить вероятность злоупотреблений или сговора со стороны обеспеченного кредитора и лица, предоставляющего право, некоторые государства требуют не только согласия лица, предоставляющего право, на принятие обремененных активов обеспеченным кредитором, но и направления уведомления третьим сторонам, обладающим правами в обремененных активах. В таком случае эти третьи стороны получают право возразить против предлагаемого соглашения и могут потребовать от обеспеченного кредитора осуществить реализацию обеспечения путем продажи. Кроме того, некоторые государства требуют получения согласия суда при определенных обстоятельствах, например в случае, если лицо, предоставляющее право, произвело значительные платежи в погашение обеспеченного обязательства и если стоимость обремененных активов существенно превышает стоимость непогашенного обязательства. Наконец, некоторые государства требуют, чтобы обеспеченный кредитор, предлагающий принять обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства, организовал официальную независимую оценку стоимости таких обремененных активов до принятия дальнейших конкретных шагов.

64. Решение вопроса о том, следует ли устанавливать все или некоторые такие требования, особенно требование предварительного судебного вмешательства, зависит от произведенной такими государствами оценки затрат и выгод, связанных с каждым из таких требований. В соответствии с общей целью обеспечения максимальной гибкости для достижения максимально высокой стоимости обремененных активов, получаемой в момент их реализации, в рекомендациях настоящего Руководства предусмотрено, что обеспеченный кредитор или лицо, предоставляющее право, могут предложить друг другу договориться о том, что активы будут приняты в погашение обеспеченного обязательства (см. рекомендации 153 и 156). Для того чтобы все стороны в полной мере понимали последствия такого предложения, в рекомендациях настоящего Руководства предусмотрено, что обеспеченному кредитору следует направлять лицу, предоставляющему право, и третьим сторонам соответствующее уведомление о своем намерении принять активы в погашение обязательства и что в таком уведомлении следует указывать не только активы, подлежащие принятию в погашение обязательства, но и сумму, причитающуюся на момент направления уведомления, сумму обязательства, которую предлагается погасить путем принятия активов, и сравнительно короткий срок, по истечении которого предложение будет считаться принятым (см. рекомендацию 154). Предполагается, что предъявляемое обеспеченному кредитору требование указать собственную оценку обремененных активов является более эффективным и менее затратным механизмом представления соответствующей информации заинтересованным сторонам, чем организация независимой оценки. Предполагается также, что, получив информацию о предложении обеспеченного кредитора, лицо, предоставляющее право, и третьи стороны смогут оценить его целесообразность. Вот почему в настоящем Руководстве рекомендуется далее наделить лицо, предоставляющее право, или третьи стороны правом не согласиться с предложением обеспеченного кредитора о принятии обремененных активов. Расчет здесь заключается в том, что своевременное возражение заставит обеспеченного кредитора отказаться от такого шага и пойти на другие правовые меры, то есть, как правило, прибегнуть

к процедуре продажи активов без привлечения суда или другим методам их отчуждения (см. рекомендацию 155).

f) Руководство коммерческим предприятием и его продажа

65. Обеспеченный кредитор зачастую обладает обеспечением не просто в отношении конкретных активов лица, предоставляющего право, а в отношении всех или почти всех активов коммерческого предприятия. В этом случае максимальная стоимость от процедуры реализации может быть во многих случаях получена, если такое предприятие продается в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Для того чтобы эффективно выполнить эту задачу, обеспеченные кредиторы, как правило, должны быть в состоянии принять меры по распоряжению всеми такими активами, включая недвижимое имущество. Кроме того, в таких случаях государства, как правило, предусматривают специальные процедуры уведомления о продаже и устанавливают более строгие условия, при которых предприятие может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы.

66. В то же время довольно часто, когда возникает необходимость реализации, лицо, предоставляющее право, или обеспеченный кредитор могут быть не заинтересованы в незамедлительном распоряжении всеми активами предприятия независимо от того, будут ли они проданы по категориям (например, инвентарные запасы, оборудование и лицензии) или как предприятие в целом. Поэтому многие государства разрешают обеспеченным кредиторам вступать во владение коммерческими операциями и управлять предприятием в течение некоторого периода времени после неисполнения обязательств. Нередко такие государства предусматривают требование, в соответствии с которым в уведомлении о реализации должно конкретно указываться, что, вступая во владение обремененными активами, кредитор намеревается постепенно сворачивать предприятие. Это особенно важно для других кредиторов, которые в противном случае могут не узнать о том, что идет процесс ликвидации предприятия. Некоторые государства также предусматривают специальные процедуры назначения управляющего, эксплуатации предприятия, уведомления поставщиков о правах обеспеченного кредитора и информирования клиентов о том, что продажа предприятия, кажущаяся обычной предпринимательской операцией, на самом деле является частью процесса реализации.

67. После успешной ликвидации инвентарных запасов обеспеченный кредитор обычно переходит к следующему, из имеющихся в его распоряжении средств реализации. В таких случаях многие государства требуют от обеспеченного кредитора, чтобы тот направлял лицу, предоставляющему право, и другим сторонам, обладающим правом в остающихся активах (чаще всего оборудовании, арендованных или лицензированных активах и остатках инвентарных запасов), дополнительное уведомление о том, что он предлагает применить очередное имеющееся в его распоряжении средство правовой защиты (например, принять активы в погашение обязательства или, что происходит гораздо чаще, продать их). После направления такого уведомления начинают действовать обычные процедуры реализации, применимые в данном случае. Хотя теперь многие государства разрешают кредиторам брать на себя управление коммерческим предприятием для целей постепенной ликвидации (продажи) его инвентарных запасов и оборудования, никакой формальной рекомендации в Руководстве на этот счет не содержится. Заинтересованным в этой мере государствам, возможно, придется взвешивать все сопряженные с

управлением таким предприятием выгоды и степень ответственности для обеспеченного кредитора, а также с теми последствиями, которая эта мера будет иметь для прав других (обеспеченных или необеспеченных) кредиторов.

5. Последствия реализации

а) Лицо, предоставляющее право, обеспеченный кредитор и третьи стороны

68. Для приведения в исполнение режима реализации в максимально короткие сроки, насколько это возможно, государства обычно принимают подробные правила, в которых определяются последствия реализации для отношений между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, для прав сторон, которые могут приобретать обремененные активы, продаваемые в рамках процедур реализации, и прав других обеспеченных кредиторов на получение средств от продажи обремененных активов. Очевидно, что основная цель реализации заключается в получении для обеспеченного кредитора такой стоимости, которая может быть использована в погашение непоплаченного обеспеченного обязательства. Чаще всего обеспеченный кредитор приобретает эту стоимость в результате продажи обремененных активов и получения полученных поступлений. В случае появления излишка средств обеспеченный кредитор должен вернуть его лицу, предоставляющему право, или любому другому лицу, имеющему на него право. Кроме того, как только что отмечалось, в большинстве государств предусмотрено, что в случае недостатка средств обеспеченный кредитор сохраняет за собой обычное договорное право требовать от лица, предоставляющего право, возмещения образовавшегося дефицита как необеспеченный кредитор. Вопрос о том, как в таких случаях обычно распределяются поступления от реализации активов, уже подробно рассматривался выше (см. пункты 57–59).

69. Тем не менее, как уже было сказано выше, обеспеченный кредитор порой принимает обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства. Не все государства одинаковым образом регламентируют последствия, возникающие в результате применения данного средства защиты. Обычно они предусматривают, что кредитор, принимающий активы в погашение обязательства, может удерживать их, даже если стоимость таких активов превышает еще непогашенную сумму обеспеченного обязательства. Это означает, что обеспеченный кредитор вправе удерживать излишек, чего не происходит в случае продажи активов. Соответственно, многие из таких государств предусматривают, чтобы обеспеченный кредитор, принимающий активы в погашение обязательства, не мог предъявлять лицу, предоставляющему право, требование о возмещении недостающей суммы. Предполагается, что активы, приобретенные в погашение обязательства, это и есть окончательный платеж, который, следовательно, аннулирует обеспеченное обязательство. Но в то же время существуют и другие государства, которые разрешают кредиторам, принимающим обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства, требовать у лица, предоставляющего право, покрытия недостающей суммы. Совершенно очевидно, что в этих случаях возникает необходимость установить стоимость принимаемых в погашение обязательства активов, с тем чтобы можно было вычислить недостающую сумму. Некоторые государства требуют, чтобы обеспеченный кредитор представил независимую оценку стоимости таких принимаемых активов, а другие – чтобы он лишь указал стоимость таких активов, исходя из собственной оценки. Как уже отмечалось, в каждом из этих

случаев лицо, предоставляющее право, или другой кредитор могут потребовать от обеспеченного кредитора, чтобы вместо этого была организована распродажа таких активов. По уже приводившимся причинам (см. пункт 64 выше), в настоящем Руководстве рекомендуется разрешать обеспеченным кредиторам принимать активы в качестве полного или частичного погашения обеспеченного обязательства при условии указания ими стоимости таких активов, согласно их оценке, в уведомлении, направляемом лицу, предоставляющему право, и третьим сторонам (см. рекомендацию 154).

b) Другие стороны

70. Когда обеспеченный кредитор реализует свое обеспечительное право посредством продажи обремененных активов, последствия такой продажи для других сторон могут определяться по-разному. В некоторых государствах в результате продажи (даже если она осуществляется во внесудебном порядке) происходит аннулирование всех обеспечительных прав в обремененных активах. В таких случаях даже обеспеченные кредиторы, обладающие более высоким приоритетом по сравнению с обеспеченным кредитором, осуществляющим реализацию, утрачивают свои обеспечительные права и могут предъявить требования лишь в отношении поступлений соответственно уровню своего приоритета. Приобретатели таких активов получают чистый правовой титул, и предполагается, что с учетом этого они готовы платить премиальную надбавку. В других государствах в результате продажи обремененных активов кредитором (независимо от того, осуществляется ли такая продажа под управлением судебного должностного лица или является частной акцией кредитора) аннулируются права кредиторов с более низким, чем у обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, приоритетом, а обеспеченный кредитор с преимущественным приоритетом сохраняет свое обеспечительное право в обремененных активах. В рамках такой продажи приобретатели активов не получают чистого правового титула и, как следствие, занижают сумму, предлагаемую в обмен на реализуемые активы. Предполагается, что процедуру реализации обремененных активов, скорее всего, возьмет на себя обеспеченный кредитор с преимущественным приоритетом (с тем чтобы аннулировать все обеспечительные права) либо обеспеченный кредитор с меньшим приоритетом сумеет договориться о выплате дополнительной суммы кредитору с более высоким приоритетом на предмет получения чистого правового титула. Хотя чистый правовой титул, как правило, доступен в обоих случаях, второй подход максимально расширяет свободу действий кредитора, осуществляющего реализацию, и приобретателя в плане возможности заключения последним альтернативной договоренности в ситуации, когда приобретатель не может найти средства для покрытия всей стоимости обремененных активов и когда он хотел бы приобрести их по более низкой цене в силу того, что на них распространяется действие обеспечительного права с преимущественным приоритетом. В целях достижения максимальной гибкости и эффективности процедур реализации в настоящем Руководстве рекомендуется применять второй подход по отношению к отчуждению активов во внесудебном порядке (см. рекомендации 158–160). Что касается отчуждения активов в судебном порядке, то во избежание коллизии с общими нормами гражданско-процессуального права Руководство оставляет эти вопросы на усмотрение иного права (см. рекомендацию 157).

71. Когда обеспеченный кредитор принимает обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства, государства обычно предусматривают, чтобы обеспеченный кредитор принимал эти активы так, как если бы они переходили к нему в результате их продажи в рамках процесса реализации. Хотя государства могут предусмотреть, чтобы в результате принятия активов в погашение обеспеченного обязательства происходило аннулирование всех прав, это неизбежно будет приводить к тому, что обеспеченные кредиторы с преимущественным приоритетом по сравнению с обеспеченным кредитором, осуществляющим реализацию. Поэтому в большинстве государств предусмотрено, что права других обеспеченных кредиторов определяются уровнем их приоритета по сравнению с кредитором, осуществляющим реализацию. Так, например, если государство разрешает обеспеченному кредитору принимать обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства, то на активы, приобретаемые таким кредитором, распространяется действие прав обеспеченных кредиторов с преимущественным приоритетом. И наоборот, права обеспеченных кредиторов с более низким уровнем приоритета, если таковые существуют, будут, как правило, аннулироваться с принятием обеспеченным кредитором с более высокой степенью приоритета обремененных активов в погашение долгового обязательства. По тем же причинам, что и в связи с продажей активов во внесудебном порядке, в настоящем Руководстве рекомендуется предусмотреть, чтобы активы, принимаемые обеспеченным кредитором в погашение долгового обязательства, были свободны от обеспечительных прав кредиторов, обладающих более низким приоритетом, но не прав обеспеченных кредиторов с более высоким уровнем приоритета (см. рекомендацию 158).

d) Окончательный характер

72. Обычно в законодательстве об обеспеченных сделках предусматривается, что после реализации активов сделки приобретают окончательный характер. Это означает, что после продажи или принятия активов в погашение обязательств в соответствии с требуемыми процедурами реализации такая процедура обычно не может быть возобновлена. Если нет оснований утверждать, что имело место мошенничество, недобросовестность или сговор между продавцом и покупателем, то продажа является окончательной. Независимо от того, принимает ли обеспеченный кредитор обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства или такие активы продаются третьей стороне, приобретающей их в результате продажи в рамках процедур реализации, последствия такой реализации для других сторон обычно одинаковы. Действие обеспечительного права в обремененных активах обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, прекращается так же, как прекращается действие прав лица, предоставляющего право, и прав любого обеспеченного кредитора или другого лица с менее приоритетным правом в таких активах. В тех государствах, где в результате продажи обремененные активы полностью освобождаются от любых прав, их приобретатель (или кредитор, принимающий обремененные активы в погашение обеспеченного обязательства) получает чистый правовой титул. Вместе с тем, в законодательстве часто предусматривается, что права некоторых других лиц в обремененных активах (прежде всего обеспеченных кредиторов, обладающих преимущественным приоритетом по сравнению с обеспеченным кредитором, осуществляющим реализацию) сохраняются, несмотря на отчуждение активов в рамках процедуры реализации.

6. Реализация обеспечительного права в поступлениях

73. В любом случае, если лицо, предоставляющее право, продает обремененные активы (особенно с разрешения обеспеченного кредитора, вследствие чего действие обеспечительного права в обремененных активах прекращается; см. рекомендацию 77, подпункт (а)), то поступления от продажи заменяют обремененные активы (определение термина "поступления" см. "Введение", раздел В. "Терминология"). Отсюда многие государства предусматривают, что обеспечительное право в материальных активах автоматически переходит на поступления от их реализации. Другие государства не предусматривают этого, либо требуют, чтобы в соглашении об обеспечении прямо указывалось, какие поступления охватываются обеспечением. В настоящем Руководстве рекомендуется наделить обеспеченных кредиторов правом истребовать свое обеспечение в поступлениях от обремененных активов и в поступлениях от поступлений (см. рекомендации 39 и 40). Кроме того, хотя многие государства ограничивают концепцию замещения активов поступлениями, в настоящем Руководстве под поступлениями понимаются все средства, полученные за счет обремененных активов, любые приносимые ими плоды и доходы, а также естественный прирост животных в массе и прибавку урожая.

74. Обычно государства не принимают отдельные правила для регулирования процедур реализации обеспечительных прав в поступлениях, и реализация применительно к поступлениям осуществляется в соответствии с любыми процедурами, которые необходимо соблюсти с целью реализации обеспечения применительно к данному виду активов (например, к материальным активам, дебиторской задолженности, оборотному инструменту, правам на выплату средств, зачисленных на банковский счет, и т.д.). Если обеспеченные кредиторы будут иметь возможность осуществлять реализацию обеспечительных прав в поступлениях в соответствии с правилами, регулирующими реализацию первоначально обремененных активов, в то время как другие кредиторы, стремящиеся осуществить реализацию обеспечительных прав в этих поступлениях как в первоначально обремененных активах, будут соблюдать правила, применимые исключительно к данному виду активов, то возникнет путаница. В настоящем Руководстве нет рекомендации, советующей принять специальные правила реализации, применимые к поступлениям, а имплицитно рекомендуется применять общие правила реализации и в отношении обеспечительных прав в поступлениях, если только такие поступления не представляют собой дебиторскую задолженность или другие конкретные виды активов, подобные тем, которые упомянуты в разделе В настоящей главы. В таких случаях будут применяться только что описанные рекомендации, касающиеся реализации конкретных видов активов.

7. Одновременное применение режимов реализации прав в движимом и недвижимом имуществе

75. Характер материальных активов, как движимых, так и недвижимых, со временем нередко меняется, поскольку движимые активы могут превратиться в недвижимость. Например, строительные материалы могут стать неотъемлемой частью нового здания, кусты и деревья могут быть высажены, а удобрения и

семена могут быть внесены в почву, превращаясь, таким образом, в недвижимое имущество. Иногда движимое имущество может выступать в качестве принадлежностей и может не становиться неотъемлемой частью недвижимого имущества (например, лифт, печь, прилавок или витрина). Во всех этих случаях обеспечительное право в движимом имуществе могло приобрести силу в отношении третьих сторон до того, как оно стало принадлежностью или неотъемлемой частью недвижимого имущества. Может возникнуть и обратная ситуация. Кредитор может пытаться получить обеспечительное право в активах, которые в данный момент являются недвижимыми, но должны стать движимым имуществом (например, сельскохозяйственные культуры, продукция шахт и каменоломен и углеводороды).

76. Государствами разработано множество различных правил, регулирующих такие ситуации. Основная задача при этом состоит в том, чтобы очертить права кредиторов, намеревающихся осуществить реализацию обеспечительных прав в движимых активах, когда возможно одновременное применение режимов реализации прав в движимом и недвижимом имуществе. Чаще всего применение этих режимов зависит от квалификации активов. Так, например, многие государства допускают создание в соответствии с законодательством об обеспеченных сделках (применимом к движимому имуществу) обеспечительного права в движимых активах, которые, являясь частью недвижимого имущества, должны стать движимыми, но отсрочивают его применение до момента отделения таких активов. Как не может быть реализовано обеспечительное право, пока такие активы не станут движимыми, так не может быть реализовано и обременение на недвижимом имуществе в отношении активов, которые стали движимыми. Конкретная рекомендация по этому вопросу в настоящем Руководстве отсутствует, но поскольку режим реализации предполагает самостоятельное существование материальных активов в качестве движимых активов, такой исход подразумевается.

77. Более сложные вопросы реализации возникают в тех случаях, когда материальные активы являются принадлежностью или неотъемлемой частью недвижимого имущества. Многие государства проводят различие между строительными материалами, другими движимыми активами, утрачивающими свою природу, когда они становятся неотъемлемой частью недвижимого имущества (как, например, удобрения), семенами и принадлежностями, которые остаются по своей сути движимыми активами. Некоторые государства предусматривают, что обеспечительные права в движимых активах, утрачивающих свою сущность, могут быть сохранены лишь в том случае, если они приобрели силу в отношении третьих сторон в результате регистрации в реестре недвижимого имущества, но обеспечительные права в принадлежностях, приобретшие силу в отношении третьих сторон до их присоединения, сохраняют свою силу без дополнительной регистрации. В этих государствах реализация первого вида активов неизменно регулируется правилами, касающимися реализации недвижимого имущества. Там, где движимые активы превращаются в принадлежности, государства обычно вводят специальные правила, регулирующие не только сохранение прав обеспеченного кредитора, но и сохранение прав кредиторов, обладающих правами в недвижимом имуществе.

78. Содержащиеся в настоящем Руководстве рекомендации основываются на общем подходе, применяемом многими государствами для устранения коллизий между кредиторами, которые обладают конкурирующими правами в принадлежностях. Там, где материальные активы утрачивают свою сущность,

становясь неотъемлемой частью недвижимых активов, всякое обеспечительное право в движимых активах прекращает свое существование. В то же время, там, где движимые активы превращаются в принадлежности, обеспечительное право не прекращает своего действия и его сила в отношении третьих сторон сохраняется автоматически. Обеспеченный кредитор может также обеспечить силу обеспечительного права путем его регистрации в реестре недвижимого имущества (см. рекомендации 38 и 42). В этом случае права обеспеченного кредитора на реализацию принадлежностей и их отношение к обеспеченным кредиторам, которые могут обладать обеспечительными правами в недвижимом имуществе, зависят от относительного приоритета конкурирующих прав (см. рекомендации 84 и 85). Если обеспеченный кредитор, обладающий правами в принадлежностях, имеет приоритет, то он может отделить эти активы и реализовать свое обеспечительное право как обеспечительное право в движимых активах, но при этом другой обеспеченный кредитор или другая заинтересованная сторона имеют право на выплату им стоимости таких принадлежностей. Если же в результате отделения принадлежностей недвижимого имущества (например, лифта в здании) зданию наносится ущерб (без уменьшения его стоимости), то обеспеченный кредитор, осуществляющий реализацию, должен компенсировать такой ущерб лицам, обладающим правами в этом недвижимом имуществе. Если другой кредитор, обладающий обеспечительным правом в данном недвижимом имуществе, имеет приоритет, то обеспеченный кредитор может реализовать свои права только при соблюдении требований режима, регулирующего обеспечительные права в недвижимом имуществе, при условии, что он сохранил силу обеспечительного права в отношении третьих сторон путем его регистрации в реестре недвижимого имущества (см. рекомендации 161, подпункт (а), и 162).

79. Процедура реализации обеспечительных прав в принадлежностях недвижимого имущества осложняется еще больше в тех случаях, когда обеспеченный кредитор получает обременение в недвижимом имуществе и обеспечительное право в движимых активах, которые превратились в принадлежности недвижимого имущества. В таких случаях большинство государств разрешают кредитору использовать разные способы для реализации своего обеспечения. Кредитор может реализовать обеспечительное право в принадлежностях и обременении на остальное недвижимое имущество. С другой стороны, обеспеченный кредитор может реализовать обременение на все недвижимое имущество, включая принадлежности. В первом случае обеспеченный кредитор будет обладать приоритетом по отношению ко всем правам в недвижимом имуществе (см. рекомендацию 162). Во втором случае права кредитора будут определяться режимом приоритета, регулирующим операции с недвижимостью (см. рекомендацию 161, подпункт (b)).

8. Реализация обеспечительного права в принадлежностях движимых активов, массы и продукта

80. Многие виды материальных активов, в которых было создано обеспечительное право, предназначены для присоединения к другому материальному имуществу, для использования в процессе изготовления какого-либо продукта или для объединения их с другими материальными активами с целью получения одной массы. Многие государства регулируют возникающие в таких случаях обеспечительные права правилами, с помощью которых

определяют, переходит ли к третьей стороне право собственности в таких принадлежностях, в произведенном продукте или в одной массе. В настоящем Руководстве рекомендуется предусмотреть, чтобы обеспечительные права, имеющие силу в отношении третьих сторон, в принципе сохраняли свою силу в активах, присоединенных к другим активам, в активах, ставших частью произведенных продуктов или объединенных в одну массу (см. рекомендации 41–44). Если государства допускают сохранение в отношении третьих сторон действия обеспечительного права в материальных активах, представляющих собой принадлежности, изготовленные продукты или объединенные активы, то обычно они применяют также общие правила в отношении реализации такого вида активов (например, автомобильных двигателей, изделий из стекловолокна, объединенных инвентарных запасов одежды, зерна в зернохранилищах и нефти в цистернах). Предполагается, что установление режима реализации, отличного от обычно применимого в таких случаях режима, вызовет неоправданную путаницу.

81. Что касается реализации обеспечительного права в принадлежностях движимых активов, то применяются те же правила, что и в случае реализации обеспечительных прав в принадлежностях недвижимого имущества, то есть, обеспеченный кредитор с более низким уровнем приоритета, чем у обеспеченного кредитора, осуществляющего реализацию, может удовлетворить платежное требование последнего; обеспеченный кредитор с более высоким уровнем приоритета может взять на себя процесс реализации; и обеспеченный кредитор, осуществляющий реализацию, несет ответственность за любой вред, который может быть причинен в результате удаления принадлежностей. Однако отличие подхода к реализации обеспечительного права в принадлежностях недвижимого имущества состоит в том, что обеспеченному кредитору нет необходимости обладать приоритетом в отношении конкурирующих прав в движимых активах для реализации своего обеспечительного права в принадлежностях (см. рекомендации 162–163).

82. В тех случаях, когда речь идет об изготовлении продуктов или активах, полученных в результате их объединения в одну массу, правами в конечном продукте и объединенных активах будут обладать несколько обеспеченных кредиторов. Если обремененные активы поддаются выделению (как в случае с объединенной массой), то обеспеченный кредитор, обладающий подлежащим исполнению обеспечительным правом лишь в части таких активов, должен иметь возможность отделить ту часть, в которой он имеет обеспечительное право, и распорядиться этой частью в соответствии с общими правилами. Если обремененные активы не поддаются отделению (как в случае с продуктом), то придется продавать весь продукт, а права конкурирующих обеспеченных кредиторов, которые могут обладать правами в объединенных активах, будут определяться в соответствии с рекомендациями, касающимися приоритета (см. рекомендации 87–89).

В. Замечания, касающиеся конкретных видов активов

1. Общие замечания

83. В целом только что рассмотренные основные принципы, регулирующие реализацию обеспечительных прав, должны применяться независимо от вида обремененных активов. В то же время они касаются в основном определенных

видов материальных активов, таких как инвентарные запасы, оборудование и потребительские товары. По этой причине такие правила не просто применять в отношении реализации обеспечительных прав в нематериальных активах, таких как дебиторская задолженность и различные права на платеж (например, права на выплату средств, зачисленных на банковский счет, прав на получение поступлений по независимому обязательству или прав на платеж, вытекающих из оборотных инструментов) и прав на владение, вытекающих из оборотных документов (определения этих терминов см. "Введение", раздел В. "Терминология"). Как следствие этого, многие государства ввели специальные правила, регулирующие реализацию таких видов обремененных активов. Правила содержат, в частности, положения, представляющие обеспеченному кредитору право производить инкассацию у лица, имеющего обязательства по дебиторской задолженности или оборотному инструменту, и требовать от этого лица произвести платеж непосредственно обеспеченному кредитору. Кроме того, во многих таких случаях законодательство об обеспеченных сделках отражает специальные правовые нормы и коммерческую практику, регулирующие функционирование банковских счетов, оборотных инструментов, оборотных документов и независимых обязательств, и отчасти опирается на такие нормы и практику.

2. Реализация обеспечительного права в дебиторской задолженности

84. Если обеспечительное право приобретается в дебиторской задолженности, то в качестве обремененных активов действует право лица, предоставляющего право, получать платеж от должника по дебиторской задолженности (определения терминов "дебиторская задолженность", "уступка", "цедент", "цессионарий" и "должник по дебиторской задолженности" см. "Введение", раздел В. "Терминология"). Хотя теоретически от цессионария можно потребовать реализации уступки путем наложения ареста на дебиторскую задолженность и ее продажи или удержания в погашение обеспеченного обязательства, такой способ реализации экономической стоимости активов является слишком обременительным и неэффективным. Поэтому большинство государств, разрешающих кредиторам приобретать обеспечение в дебиторской задолженности и других требованиях, позволяет цессионарию получать платеж непосредственно от должника по дебиторской задолженности в случае неисполнения обязательства цедентом. Прежде всего следует учитывать следующие два обстоятельства: во-первых, цедент знает, что цессионарий осуществляет реализацию (после либо до неисполнения обязательства по договоренности с лицом, предоставляющим право); и, во-вторых, должник по дебиторской задолженности знает, что он затем должен будет произвести платеж цессионарию.

85. В главе VIII ("Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении") рассматриваются отношения между цедентом, цессионарием и должником по дебиторской задолженности. Рассматриваются, в частности, такие вопросы, как право цессионария информировать должника по дебиторской задолженности об осуществлении платежей непосредственно цессионарию в случае неисполнения обязательств цедентом (см. рекомендации 111–113). В главе IX ("Права и обязанности третьих лиц, имеющих обязательства") предусматривается, в частности, что благодаря уведомлению и платежной инструкции, которая направляется цессионарием или цедентом, должник по дебиторской

задолженности ограждается от необходимости осуществлять платеж дважды (см. рекомендации 114–120).

86. Многие государства считают, что основное право цессионария в плане реализации заключается в простой инкассации дебиторской задолженности. Если предположить, что цессионарий предпринял необходимые шаги для обеспечения действительности его прав в отношении должника по дебиторской задолженности, то он просто получит платеж и направит эти поступления на погашение обязательства cedenta. Смысл этого правила заключается в том, что права cedenta и третьих сторон защищаются посредством простого зачета полученных средств в погашение обеспеченного обязательства. В соответствии с подходом, применяемым такими государствами, в настоящем Руководстве рекомендуется не предпринимать никаких дополнительных шагов для обеспечения реализации (см. рекомендацию 165).

87. Тем не менее, в некоторых случаях цессионарий может быть заинтересован в получении всей существующей стоимости дебиторской задолженности, которая может быть разделена на части, подлежащие выплате в течение нескольких месяцев. Поэтому после уведомления должника по дебиторской задолженности о намерении осуществить инкассацию средств, зачисленных на счет, он, возможно, продаст или передаст дебиторскую задолженность третьему лицу. Для защиты прав cedenta в таких случаях многие государства предусматривают, что цессионарий не может оставлять у себя никаких излишков, и в настоящем Руководстве этот подход применяется не только в отношении таких случаев распоряжения дебиторской задолженностью, но и в отношении обычной инкассации дебиторской задолженности (см. рекомендацию 113, подпункт (b)). Кроме того, цессионарий, распоряжающийся дебиторской задолженностью, должен действовать коммерчески разумным образом (см. рекомендацию 128).

88. В некоторых случаях сама дебиторская задолженность обеспечивается каким-либо личным или имущественным правом (например, личной гарантией третьей стороны или обеспечительным правом в отношении движимых активов должника по дебиторской задолженности). Многие государства предусматривают автоматическое право цессионария на реализацию таких других прав в случае неисполнения должником по дебиторской задолженности своей обязанности выплатить такую дебиторскую задолженность в установленные сроки. Это – обычное следствие обеспечительного права (дополнительное вслед за основным), и в настоящем Руководстве принята аналогичная рекомендация в отношении гарантий выполнения обязанности третьих лиц, имеющих обязательства, произвести платеж (см. рекомендацию 166). Это правило действует также в отношении поступлений по независимому обязательству (см. рекомендации 25, подпункт (b), 48, 104, 124 и 166).

3. Реализация в случае простой передачи дебиторской задолженности

89. Настоящее Руководство применяется как в отношении простой передачи дебиторской задолженности, так и в отношении обеспечительных прав в дебиторской задолженности (см. рекомендацию 3). Однако при простой передаче cedent обычно передает все свои права в дебиторской задолженности. Таким образом, cedent не обладает постоянным правом в дебиторской задолженности и не заинтересован в реализации (обычно путем инкассации) такой дебиторской

задолженности. Соответственно, настоящая глава о реализации применяется в отношении простой передачи дебиторской задолженности только тогда, когда цессионарий имеет право обратиться с взысканием на цедента в связи с неинкассацией дебиторской задолженности. Таким образом, цедент заинтересован в применении такого метода инкассации или иной реализации дебиторской задолженности лишь в том случае, если цедент будет в конечном итоге нести ответственность перед цессионарием (см. рекомендацию 164).

90 Право на обращение с взысканием на цедента в связи с неинкассацией дебиторской задолженности, которая явилась предметом простой передачи, возникает в том случае, когда цедент гарантирует, что частичные или полные платежи по дебиторской задолженности будут произведены должником по такой дебиторской задолженности. Право на обращение с взысканием может также возникнуть в связи с другими функционально эквивалентными договоренностями, в частности, когда а) цедент соглашается выкупить у цессионария проданную ему дебиторскую задолженность, если должник по дебиторской задолженности оказывается неплатежеспособным; или б) цедент просто соглашается уплатить любую разницу между ценой оптового приобретения дебиторской задолженности и фактически инкассированными средствами по такой дебиторской задолженности.

91. Право на обращение с взысканием на цедента в связи с неуплатой в том смысле, в каком оно используется в настоящем контексте, относится к неуплате должником причитающейся дебиторской задолженности по финансовым причинам (таким, как финансовая несостоятельность). Вследствие этого, если должник по дебиторской задолженности не оплачивает материальные активы или услуги по причине их неудовлетворительного качества или если цедент не соблюдает требований, предъявляемых такому имуществу или услугам, этот случай не будет рассматриваться как неуплата. Тем не менее, если неуплата обусловлена финансовыми причинами, то применяются обычные правила осуществления инкассации дебиторской задолженности и реализации обеспечения (см. рекомендации 165 и 166).

4. Реализация обеспечительного права в оборотном инструменте

92. Во многих государствах обеспечительное право в оборотном инструменте (определение термина "оборотный инструмент" см. "Введение", раздел В. "Терминология") может быть приобретено путем вступления во владение или принятия иных мер с целью обеспечения его действия в отношении третьих сторон (см. рекомендации 32 и 37). Даже при наличии обеспечительного права в таком инструменте государства, как правило, руководствуются законодательством, регулирующим использование оборотных инструментов, для того, чтобы определить права лиц, несущих обязательства по оборотному инструменту, и других лиц, заявляющих о своих правах в таком оборотном инструменте (см. рекомендацию 121). Такие права могут включать, например, а) право лица, имеющего обязательство по оборотному инструменту, соглашаться производить платеж только держателю или другому лицу, имеющему право на взыскание по этому инструменту согласно законодательству, регулирующему оборотные инструменты; и б) право лица, имеющего обязательство по инструменту, высказывать определенные возражения по иску в отношении этого обязательства.

93. В случае приобретения обеспечения в оборотном инструменте обеспеченные кредиторы обычно вступают во владение таким инструментом или приобретают контроль над ним. Во многих государствах в случае неисполнения обязательства лицом, предоставляющим право, обеспеченному кредитору разрешается произвести инкассацию или иным образом осуществить реализацию своего обеспечительного права в таком инструменте. В частности, такой инструмент может быть предъявлен к оплате, а в случае неисполнения обязательства до наступления срока платежа – даже продан третьей стороне, при этом полученные поступления будут использованы для погашения обязательства лица, предоставляющего право. Смысл этого положения состоит в том, что наложение на обеспеченного кредитора обязательства выполнить соответствующие формальности до того, как произвести продажу или принять инструмент в погашение обеспеченного обязательства, поставит под угрозу обращаемость инструмента. С учетом такой практики в настоящем Руководстве не рекомендуется предъявлять обеспеченным кредиторам, осуществляющим реализацию, требования в отношении соблюдения каких-либо дополнительных формальностей после неисполнения обязательства (см. рекомендацию 167).

94. Как и в случае с дебиторской задолженностью, может оказаться, что сам оборотный инструмент обеспечивается каким-либо иным личным или имущественным правом (например, личной гарантией третьей стороны или обеспечительным правом должника по дебиторской задолженности в движимых активах). Многие государства предусматривают автоматическое право обеспеченного кредитора осуществлять реализацию таких других прав в том случае, если лицо, имеющее обязательство по оборотному инструменту, не производит платеж по предъявлении такого инструмента. В настоящем Руководстве рекомендуется применять именно такой подход в отношении реализации гарантий, касающихся платежа по оборотному инструменту (см. рекомендацию 168).

5. Реализация обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

95. Во многих государствах предусмотрена возможность создания обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет (определение этого термина и других соответствующих терминов см. "Введение", раздел В. "Терминология"). В соглашении о банковском счете банк обычно рассматривается в качестве должника вкладчика и обязан выплатить вкладчику по его требованию депонированную сумму или ее часть. Поскольку банковское законодательство тесно связано с распространенной в государствах коммерческой практикой, в настоящем Руководстве рекомендуется придерживаться банковского законодательства, а также предусматриваются дополнительные гарантии для банков, вкладчики которых могут предоставить обеспечительные права в своих правах на выплату средств, зачисленных на банковский счет (см. рекомендации 32, 49, 100, 101, 122 и 123). Например, даже если вкладчик заключает с кредитором соглашение об обеспечении, депозитарный банк а) обладает теми же правами и обязанностями, что и его вкладчик; б) обладает теми же правами на зачет; в) не обязан производить платеж кому-либо, кроме лица, осуществляющего контроль над счетом; г) не обязан отвечать на какие-либо просьбы о предоставлении информации (см. рекомендации 122 и 123).

96. Многие государства предусматривают, что если обремененные активы воплощены в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, то обеспеченный кредитор может обратиться взыскание или иным образом реализовать свое право на получение этих средств после или даже до неисполнения обязательства по договоренности с лицом, предоставляющим право. Обычно реализация осуществляется в результате обращения обеспеченного кредитора к банку с просьбой перевести средства на его счет или иным образом получить средства, зачисленные на соответствующий счет. Это правило основывается на том соображении, что обремененные активы воплощены в праве на получение выплаты средств, зачисленных на счет, и что было бы нецелесообразно требовать от обеспеченного кредитора осуществлять реализацию путем вступления во владение и принятия мер, применимых к продаже обремененных активов, или путем принятия их в погашение обеспеченного обязательства. В соответствии с задачей повышения степени гибкости и эффективности процедур реализации в настоящем Руководстве рекомендуется предусмотреть, чтобы кредиторы, осуществляющие реализацию обеспечения в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, могли сделать это путем инкассации денежных средств, находящихся на таком счете (см. рекомендацию 169).

97. Порой государства требуют от обеспеченного кредитора получить судебное решение, прежде чем приступить к реализации обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет. Такое требование вполне объяснимо в тех случаях, когда существует вероятность того, что обеспеченный кредитор придал обеспечительному праву силу в отношении третьих сторон путем его регистрации в общем реестре обеспечительных прав. В то же время если банку известно о наличии обеспечительного права, поскольку он заключил с обеспеченным кредитором соглашение о контроле, то требование получить решение суда является ненужной формальностью. Поэтому в настоящем Руководстве предусмотрено, что при наличии соглашения о контроле судебное решение для осуществления реализации не требуется (см. рекомендацию 170). При этом для тех случаев, когда такое соглашение отсутствует, в настоящем Руководстве рекомендуется требовать представления судебного решения, если только банк не заявил прямо о своем согласии на инкассацию обеспеченным кредитором (см. рекомендацию 171).

98. На практике обеспеченным кредитором нередко является сам депозитарный банк. В этом случае было бы излишним осуществлять официальные процедуры реализации, включающие особые действия по инкассации средств и распоряжению ими для погашения обеспеченного обязательства. В случае неисполнения обязательства депозитарный банк, выступающий в качестве обеспеченного кредитора, обычно осуществляет свое право на зачет с целью использования средств, находящихся на счете, непосредственно для погашения неисполненного обеспеченного обязательства. В соответствии с этой практикой в настоящем Руководстве изложена рекомендация о том, что реализация имеющихся у депозитарного банка прав на зачет не должна затрагиваться никакими обеспечительными правами, которые банк может иметь в праве на уплату средств, зачисленных на такой счет (см. рекомендации 26 и 122, подпункт (b)).

6. Реализация права в поступлениях по независимому обязательству

99. Некоторые государства разрешают лицам, которые обладают правом требовать платеж ("взимать") по независимому обязательству, предоставлять обеспечение в поступлениях от такого права (определение этого термина и других соответствующих терминов см. "Введение", раздел В. "Терминология"). Согласно рекомендациям настоящего Руководства, обеспечительные права могут быть созданы в таких поступлениях при условии соблюдения серии правил, регулирующих выполнение обязательств между гарантом/эмитентом, подтверждающим или назначенным лицом и обеспеченным кредитором (см. рекомендации 27, 48 и 50). Поскольку законодательство и коммерческая практика, регулирующие независимые обязательства, носят особый характер, в настоящем Руководстве рекомендуется применять ряд правил, призванных отражать содержание действующего законодательства и практики (см. рекомендации 124–126). Например, в случае автоматического создания обеспечительного права обеспеченному кредитору не требуется никакого отдельного акта передачи со стороны лица, предоставляющего право, для осуществления реализации обеспечительного права в правах на поступления по независимому обязательству.

100. В соответствии с общей практикой, сложившейся в государствах, обеспеченному кредитору, обладающему обеспечительным правом в поступлениях по независимому обязательству, разрешается производить инкассацию или иным образом реализовывать свое право на выплату поступлений после или даже до неисполнения обязательства по договоренности с лицом, предоставляющим право. Однако в контексте реализации обеспеченный кредитор не может требовать платеж от гаранта/эмитента, а также подтверждающего или назначенного лица (см. рекомендацию 27). Скорее можно говорить о том, что реализация обычно происходит, когда обеспеченный кредитор указывает гаранту/эмитенту, подтверждающему или другому назначенному лицу, что он уполномочен получить любые поступления, причитающиеся лицу, предоставляющему право. Смысл такого подхода состоит в том, что от гаранта/эмитента, подтверждающего или другого назначенного лица можно требовать выполнения обязательств только в отношении бенефициара, и лишь бенефициар может запрашивать платеж по независимому обязательству. Настоящее Руководство основывается на практике, касающейся независимых обязательств, и в нем рекомендуется ограничивать реализацию обеспечительного права инкассацией выплаченных поступлений (см. рекомендацию 172).

7. Реализация обеспечительного права в оборотном документе

101. Многие государства разрешают лицам, предоставляющим право, создавать обеспечение в оборотном документе (определение этого термина и других соответствующих терминов см. "Введение", раздел В. "Терминология"). В настоящем Руководстве рекомендуется применять аналогичную практику (см. рекомендации 2, подпункт (а), и 28). Собственно оборотный документ представляет материальные активы, описываемые в нем, и разрешает держателю этого документа предъявлять эмитенту документа требования в отношении этих активов. Обычно обеспеченный кредитор осуществляет реализацию своего обеспечительного права путем представления эмитенту такого документа и истребования указанных в нем активов. Вместе с тем в рамках законодательства, регулирующего оборотные документы, могут применяться специальные

правила, призванные сохранять права отдельных лиц, и настоящее Руководство основывается именно на таких специальных правилах (см. рекомендацию 127).

102. Тем не менее, как и в отношениях между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, тогда реализация происходит, когда обеспеченный кредитор представляет документ эмитенту. В этот момент обеспеченный кредитор вступает во владение материальными активами, и в дальнейшем реализация обеспечительного права будет регулироваться обычными принципами, рекомендуемыми в отношении реализации обеспечительных прав в оборотных документах или материальных активах, охватываемых такими документами (см. рекомендацию 173). В зависимости от достигнутой между сторонами договоренности обеспеченный кредитор может реализовать этот документ после неисполнения или до неисполнения обязательства с разрешения лица, предоставляющего право. Это должно быть сделано коммерчески разумным образом, и сумма, полученная в результате продажи документа, будет использована в погашение обеспеченного обязательства.

С. Рекомендации

[Примечание для Комиссии: Комиссия, возможно, пожелает принять к сведению, что, поскольку документ A/CN.9/637 содержит свод рекомендаций проекта руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам, в настоящем документе эти рекомендации не воспроизводятся. После доработки рекомендаций они будут помещены в конце каждой главы.]