Организация Объединенных Наций A/CN.9/637/Add.1

Генеральная Ассамблея

Distr.: General
7 November 2007

Russian
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

		Пункты	*Стр.*
VII.	Приоритет обеспечительного права	1-170	4
	A. Общие замечания	1-151	4
	1. Введение	1-17	4
	a) Понятие приоритета	1-7	4
	b) Сфера действия приоритета: виды коллизии приоритетов	8-11	6
	c) Значение правил приоритета	12-16	8
	d) Основные положения этой главы	17	10
	2. Подходы к разработке правил приоритетов	18-24	10
	3. Различные основы, на которых может быть определен приоритет	25-50	12
	a) Приоритет в случае, когда сила в отношении третьих сторон основывается на регистрации	27-34	12

* Настоящая записка была представлена пятью неделями позднее, чем требуемые десять недель до начала сессии, вследствие необходимости завершить консультации и внести последующие изменения.

V.07-87955 (R) 141107 031207

		Пункты	*Стр.*
b)	Приоритет в случае, когда сила обеспечительного права в отношении третьих сторон основывается на владении	35-38	15
c)	Приоритет в случае, когда сила обеспечительного права в отношении третьих сторон основывается на контроле	39-40	16
d)	Приоритет в случае, когда сила обеспечительного права в отношении третьих сторон основывается на регистрации в специальном реестре или внесении отметки в сертификат правового титула	41-44	17
e)	Приоритет в случае, когда сила обеспечительного права в отношении третьих сторон основывается на создании обеспечительного права	45-46	18
f)	Приоритет в случае, когда сила обеспечительного права в отношении третьих сторон основывается на уведомлении третьей стороны, имеющей обязательство	47-48	18
g)	Приоритет, определяемый в законодательном порядке с учетом характера требования кредитора	49-50	19
4.	Правила определения приоритета между конкурирующими заявителями требований	51-126	20
a)	Приоритет между обеспеченными и необеспеченными кредиторами	52-53	20
b)	Приоритет между конкурирующими обеспечительными правами в одних и тех же обремененных активах	54-67	21
c)	Приоритет прав получателей, арендаторов и лицензиатов на обремененные активы	68-94	26
d)	Приоритет преференциальных требований	95-98	35
e)	Приоритет прав кредиторов по судебному решению	99-107	37
f)	Приоритет прав лиц, предоставляющих услуги в отношении обремененных активов	108-111	40
g)	Приоритет права поставщика на возвращение	112-114	41
h)	Приоритет обеспечительного права в принадлежностях	115-120	42
i)	Приоритет обеспечительного права в массе или продукте, вытекающий из обеспечительного права в переработанных или объединенных активах	121-126	44
5.	Сфера действия и толкование правил приоритета	127-151	46
a)	Иррелевантность осведомленности о существовании обеспечительного права	127-129	46
b)	Свобода договора в отношении приоритета: субординация	130-133	47

		Пункты	*Стр.*
	c) Воздействие сохранения силы обеспечительного права в отношении третьих сторон на приоритет	134-136	48
	d) Пределы приоритета: будущие выплаты и будущие и обусловленные обязательства	137-142	50
	e) Применение правил приоритета к обеспечительному праву в активах, приобретенных впоследствии	143-145	52
	f) Применение правил приоритета к обеспечительному праву в поступлениях	146-151	53
B.	Замечания, касающиеся конкретных видов активов	152-170	54
	1. Приоритет обеспечительного права в оборотном инструменте	155-157	55
	2. Приоритет обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет	158-164	56
	3. Приоритет обеспечительного права в денежных средствах	165	58
	4. Приоритет обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству	166-167	58
	5. Приоритет обеспечительного права в оборотном документе или материальных активах, охватываемых оборотным документом	168-170	59
C.	Рекомендации		61

VII. Приоритет обеспечительного права

A. Общие замечания

1. Введение

a) Понятие приоритета

1. Понятие приоритета образует сердцевину любого действенного правового режима регулирования обеспеченных сделок. Оно является основным средством, с помощью которого государства разрешают споры между конкурирующими заявителями требований в отношении имущества должника (определения терминов "приоритет" и "конкурирующий заявитель требования" см. в Введении, раздел B, Терминология). В рамках правового режима регулирования обеспеченных сделок, касающихся движимых активов, это понятие отражено в совокупности принципов и правил, регулирующих степень, в которой обеспеченный кредитор может получить экономическую выгоду от своего права в обремененном активе в преференциальном порядке по отношению к любому другому конкурирующему заявителю требований.

2. Логику и пределы понятия приоритета можно лучше понять на фоне общих норм права какого-либо государства, касающихся взаимоотношений между должником и кредитором. В некоторых государствах нормы права, касающиеся взаимоотношений между должником и кредитором, прямо не затрагивают взаимоотношений между различными кредиторами должника; эти нормы касаются только взаимоотношений между кредитором и его должником. В случае неисполнения обязательства кредитор может заручиться судебным решением в отношении своего должника, а затем просто изъять и продать активы своего должника для возмещения причитающейся суммы на основании такого судебного решения. В этих государствах понятие приоритета (т.е. если оно необходимо для определения того, какой из двух или более заявителей требований имеет преимущественное право в каком-либо активе) возникает только тогда, когда конкурирующий заявитель требования оспаривает право кредитора на реализацию одного или нескольких активов его должника. Это может происходить, например, в том случае, когда кредитор изымает имущество, которое было найдено в помещениях его должника, но которое может фактически принадлежать какой-либо третьей стороне.

3. Однако в большинстве государств нормы права, касающиеся взаимоотношений между должником и кредитором, сформулированы более широко. Кроме того, они обеспечивают большую ясность относительно того, каким образом следует регулировать взаимоотношения между всеми кредиторами должника. Такие взаимоотношения, как правило, регулируются двумя общими принципами. Во-первых, такие нормы права обычно предусматривают, что активы должника представляют собой "общий залог" (который иногда известен как "значительное имущество") для его кредиторов: все активы должника могут быть изъяты и проданы для платежа по обязательству, подтвержденному судебным решением в пользу любого одного кредитора; вместе с тем если другие кредиторы также заручились судебным решением и присоединяются к изъятию, то поступления от продажи используются для удовлетворения требований всех кредиторов. Во-вторых, в том

случае, когда не имеется денежных средств, полученных в результате продажи активов, для полного платежа всем кредиторам, их требования засчитываются на пропорциональной основе и им производятся соразмерные платежи (т.е. кредиторы в равной мере делят между собой поступления от продажи в пропорции к соответствующим суммам их требований).

4. Хотя оба принципа, упомянутые в предыдущем пункте, являются частью соответствующих норм права большинства государств, нормы права, регулирующие взаимоотношения между должником и кредитором в этих государствах, получили развитие широко за рамками этих принципов, с тем чтобы позволить конкретным кредиторам получить преимущество по сравнению с другими кредиторами. Другими словами, в большинстве государств эти два принципа регулируют все взаимоотношения между должником и кредитором только в том случае, если один или несколько кредиторов не договорились со своим должником о преференциальном возмещении. Например, во многих государствах кредиторы используют такие способы, как удержание правового титула или продажа с правом выкупа, либо для того, чтобы предотвратить вхождение некоторых активов в состав общего залога, либо для того, чтобы вывести некоторые активы должника из состава общего залога, которым в ином случае могут воспользоваться все кредиторы. Поступив таким образом, эти кредиторы могут увеличить вероятность получения полного платежа по любым обязательствам перед ними, поскольку они уже не будут вынуждены делить экономическую стоимость этих активов с конкурирующими заявителями требований. Кроме того, в большинстве государств некоторым кредиторам разрешается получить преференциальное право при распределении поступлений от продажи в порядке реализации своих требований. Такая преференция может возникать либо в силу законодательно установленной преференции (такой, как преференция, которая часто предоставляется тем, кто осуществляет ремонт активов, не получившим платежа продавцам активов и налоговым органам), либо путем заключения договора для получения обеспечительного права в конкретных активах должника. В таких случаях право некоторых кредиторов на получение платежа в преференциальном порядке по сравнению с другими кредиторами непосредственно увеличивает вероятность того, что первая группа кредиторов получит полный платеж по своим требованиям, поскольку конкурирующие заявители требований получат платеж только после удовлетворения в полной мере требований преференциальных кредиторов. Классификация последствий использования этих методов для получения преференциального права по сравнению с конкурирующими заявителями требований является одной из ключевых целей правил, регулирующих приоритет.

5. Государства используют разные общие подходы к созданию совокупности правил приоритета. В некоторых государствах этому понятию придается весьма узкое значение. Оно используется только для обозначения случаев коллизии между заявителями требований, которые получили преференциальное право в результате нарушения принципа равенства кредиторов. В этих государствах случаи коллизии, затрагивающие заявителей, требования которых ограничиваются одним или несколькими активами должника (особенно продавцов, которые удерживают правовой титул, и последующих приобретателей активов должника), как правило, не квалифицируются как случаи коллизии приоритетов. Они прежде всего урегулируются путем

определения того, имеет ли заявитель требования или должник правовой титул на данный актив. Кроме того, в этих государствах вопросы приоритета обычно возникают только тогда, когда кредитор стремится обеспечить исполнение своего требования путем его реализации за счет активов должника; понятие приоритета не имеет материально-правового значения до наступления этого момента времени.

6. В других государствах термин "приоритет" имеет более широкое значение. Он используется для обозначения любых случаев коллизии между заявителями требований, которые обладают имущественными правами в активах (или в презюмируемых активах) их должника (даже в активах, которые должник фактически может и не иметь в своей собственности). Например, коллизия между продавцом, который удерживает правовой титул на актив, третьей стороной, которой должник предположительно продал этот актив, и кредитором по судебному решению приобретателя с правом в этом активе характеризуется как коллизия приоритетов. Кроме того, в этих государствах понятие приоритета регулирует взаимоотношения между конкурирующими заявителями требований даже до неисполнения обязательства должником. Коллизия между получателем требования и кредитором, который обращает взыскание по этому требованию, рассматривается как коллизия приоритетов даже в том случае, когда должник, возможно, еще и не считается не исполнившим обязательство перед обращающим взыскание кредитором.

7. В Руководстве рекомендуется, чтобы государства использовали полностью комплексный (или унитарный) подход к обеспечительным правам в качестве общей организационной основы. За исключением случаев, когда речь идет об использовании неунитарного подхода к финансированию приобретения (см. главу XI о финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения), вопрос о том, стремится ли кредитор получить преференциальное право посредством использования либо принципа общего залога, либо принципа равенства кредиторов, конкретные способы, с помощью которых он делает это, будут определяться нормами права, регулирующими обеспеченные сделки (см. главу III, Основные подходы к обеспечению, рекомендация 11). По этой причине в настоящей главе термин "приоритет" используется в более широком смысле, о чем только что было сказано. Все случаи коллизии между обеспеченным кредитором и любыми другими заявителями требований, которые стремятся обеспечить реализацию своих прав в обремененном активе, рассматриваются как случаи коллизии приоритетов.

b) Сфера действия приоритета: виды коллизии приоритетов

8. До изучения вопроса о том, почему понятие приоритета является столь важным (см. пункты 12-16 ниже), рассматриваются различные ситуации, в которых возникают вопросы приоритета, с тем чтобы разъяснить соответствующий контекст. Вопросы приоритета обычно возникают в двух основных контекстах, причем в обоих из них презюмируется, что по меньшей мере один из конкурирующих заявителей требований является обеспеченным кредитором.

9. Наиболее часто вопросы приоритета становятся значимыми в момент реализации обеспечительных прав, например, в случае, когда лицо, предоставившее обеспечительное право в обремененном активе, не исполняет

свое обеспеченное обязательство и когда стоимость данного обремененного актива не является достаточной для погашения обязательств перед реализующим его кредитором и всеми другими конкурирующими заявителями требований, утверждающими свое право в этом активе. В такой ситуации нормы права, регулирующие обеспеченные сделки, должны определять, каким образом экономическую стоимость актива следует распределить между ними. Зачастую конкурирующий заявитель требования будет являться еще одним обеспеченным кредитором лица, предоставляющего право. Типичным примером этого является случай, когда лицо, предоставляющее право, предоставило обеспечительные права в одном и том же активе двум различным ссудодателям. Однако во многих случаях конкурирующий заявитель требования будет являться держателем имущественного права другого вида, такого, как право, созданное в силу статута (например, преференциальный кредитор). Еще одним примером является случай, когда лицо, предоставляющее право, не исполнило свое обязательство перед обеспеченным кредитором, а необеспеченный кредитор лица, предоставляющего право, заручился судебным решением против этого лица и предпринял шаги по приведению в исполнение судебного решения в отношении активов, обремененных обеспечительным правом.

10. Вопросы приоритета также возникают тогда, когда какая-либо третья сторона утверждает требование в отношении обремененного актива, успешная реализация которого позволит данной третьей стороне получить необремененный правовой титул на этот актив (т.е. свободный от всех обеспечительных прав в данном активе и от других конкурирующих требований в отношении данного актива). Типичным примером этого является случай, когда лицо, предоставляющее право, создает обеспечительное право в пользу ссудодателя, удерживающего владение активом, а затем продает обремененный актив какой-либо третьей стороне. В такой ситуации нормы права, регулирующие обеспеченные сделки, должны определять, приобретает ли покупатель актива правовой титул на данный актив свободным от обеспечительного права ссудодателя. Другой пример касается случая, когда лицо, предоставляющее право, создает обеспечительное право в активе в пользу ссудодателя, а затем передает этот актив какой-либо третьей стороне в порядке аренды или на основании лицензии. В таком случае нормы права, регулирующие обеспеченные сделки, должны определять, может ли арендатор или держатель лицензии пользоваться своими имущественными правами на основании аренды или лицензии, не затрагиваемыми обеспечительным правом ссудодателя. И еще один пример касается случая, когда управляющий в деле о несостоятельности в ходе производства по делу о несостоятельности лица, предоставляющего право, предъявляет требование в отношении активов, обремененных обеспечительным правом кредитора в интересах имущественной массы в деле о несостоятельности.

11. Во всех только что упомянутых случаях приоритет является вопросом, возникающим только тогда, когда обеспечительные права имеют силу в отношении третьих сторон (что касается различия между их силой в отношении сторон и их силой в отношении третьих сторон, см. главу IV о создании обеспечительного права). Хотя некоторые государства предусматривают последствия с точки зрения приоритета для определенных прав, которые могут и не иметь "полной" силы в отношении третьих сторон, другие государства проводят четкое различие между правами, которые имеют силу в отношении

третьих сторон, и правами, которые ее не имеют. В этих государствах обеспечительные права, которые не имеют силы в отношении третьих сторон, обладают таким же статусом как в отношении друг друга, так и в отношении прав обычных необеспеченных заявителей требований. Кроме того, конкурирующие заявители требований, которые имеют преференциальный статус согласно другим нормам права (например, такие поставщики услуг, как лица, осуществляющие ремонт, и лица, которым предоставляется законодательная преференция) или которые приобретают активы у лица, предоставляющего право, всегда будут обладать приоритетом над обеспечительным правом, которому не была придана сила в отношении третьих сторон. Вместе с тем следует отметить, что даже в том случае, если обеспечительные права не имеют силы в отношении третьих сторон и не порождают последствий с точки зрения приоритета, они, тем не менее, имеют силу и могут быть реализованы в отношении лица, предоставляющего право (см. рекомендацию 30 и главу VIII, Права и обязанности сторон соглашения об обеспечении).

c) Значение правил приоритета

12. По ряду причин широко признается то, что эффективные правила приоритета имеют большое значение для содействия наличию обеспеченных кредитов.

13. С самого начала следует отметить, что наиболее критически важный вопрос для обеспеченного кредитора заключается в том, каким будет приоритет его обеспечительного права в случае, если он попытается реализовать это обеспечительное право либо в рамках производства по делу о несостоятельности лица, предоставляющего право, либо за его рамками. Если говорить более конкретно, то вопрос заключается в том, насколько обеспеченный кредитор может разумно ожидать получения поступлений от продажи обремененных активов. Этот вопрос имеет особое значение тогда, когда, как ожидается, обремененные активы являются основным или единственным источником возвращения средств кредитору. В той мере, в какой кредитор испытывает неуверенность относительно приоритета своего потенциального обеспечительного права в момент, когда он решает вопрос о том, предоставлять ли кредит, он будет в меньшей степени полагаться на эти обремененные активы как на гарантию возвращения средств. Эта неопределенность относительно того, в каком объеме средства могут быть получены в результате продажи активов, может побуждать кредитора к увеличению стоимости кредита (например, путем взимания более высокой процентной ставки) или уменьшению суммы кредита (путем предоставления меньшей процентной доли стоимости обремененных активов). В некоторых случаях это может даже привести к тому, что кредитор вообще откажет в предоставлении кредита.

14. Чтобы свести эту неопределенность к минимуму (и тем самым содействовать обеспеченному кредитованию), весьма важно, чтобы нормы права, регулирующие обеспеченные сделки, предусматривали четкие правила приоритета, применение которых вело бы к получению предсказуемых результатов в случае любой коллизии между заявителями требований в отношении обремененных активов. Кроме того, поскольку обеспечительные права не имеют стоимости для обеспеченных кредиторов, если только они не

могут быть принудительно реализованы в ходе производства по делу о несостоятельности лица, предоставляющего право, весьма важно, чтобы эти результаты признавались законодательством государства о несостоятельности в максимально возможной степени (см. главу XIV о последствиях несостоятельности для обеспечительного права, пункты 13 и 59-63). Это является особенно верным потому, что во многих случаях неисполнение обязательства перед обеспеченным кредитором может совпадать с неисполнением обязательств перед другими кредиторами, что приводит к несостоятельности. Четкие правила приоритета действуют в целях не только разрешения споров, но и во избежание возникновения споров, позволяя конкурирующим заявителям требований предвидеть, каким образом может быть разрешен возможный спор в отношении приоритета. В таком случае существование эффективных правил приоритета может оказывать позитивное воздействие на наличие и стоимость обеспеченного кредитования, позволяя потенциальным кредиторам испытывать большую уверенность в том, что они будут в состоянии обратить взыскание на обремененные активы в случае неисполнения обязательства лицом, предоставляющим право (даже если лицо, предоставляющее право, является объектом разбирательства по делу о несостоятельности), и точно подсчитать риски, связанные с предоставлением кредита какому-либо данному заемщику.

15. Хорошо продуманные правила приоритета могут также оказывать позитивное воздействие на общее наличие обеспеченного кредитования. Многие банки и другие финансовые учреждения готовы предоставлять кредиты на основе обеспечительных прав, которые являются субординированными одному или нескольким обеспечительным правам более высокого статуса, удерживаемым другими обеспеченными кредиторами, если только они осознают существование остаточной стоимости в активах лица, предоставляющего право (превышающей суммы других обеспеченных обязательств), поддерживающей их обеспечительные права, и могут прямо подтвердить точный приоритет своих обеспечительных прав. Это предполагает, что потенциальный кредитор в состоянии определить максимальную сумму, обеспеченную обеспечительными правами более высокого статуса, либо путем вступления в переписку с держателями других обеспечительных прав, либо – в государствах, которые требуют заявления о максимальной сумме, на которую обеспечительное право обременяет актив, – путем ознакомления с зарегистрированным уведомлением в общем реестре обеспечительных прав (см. пункт 141 ниже и рекомендацию 57, подпункт (d)). И напротив, в ситуациях, когда потенциальный обеспеченный кредитор не в состоянии убедиться в том, что существует достаточная остаточная стоимость для поддержки предлагаемого нового предоставления кредита, данный обеспеченный кредитор может быть в состоянии создать достаточную стоимость путем заключения соглашения о субординации с одним или несколькими обеспеченными кредиторами с более высоким статусом, в силу которого кредиторы с более высоким статусом будут субординировать свои обеспечительные права в конкретных активах предложенному новому обеспечительному праву (см. пункты 130-133 ниже и рекомендацию 75). Обеспеченные кредиторы с более высоким статусом могут быть готовы субординировать свои обеспечительные права, поскольку они считают, что предложенное новое предоставление кредита будет способствовать предпринимательской деятельности лица, предоставляющего право, и тем

самым увеличивать вероятность того, что их требования более высокого статуса будут оплачены.

16. В обеих этих ситуациях вероятность того, что другой кредитор предоставит кредит лицу, предоставляющему право, существенно увеличивается в государстве, в котором установлены ясные правила приоритета, позволяющие кредиторам оценивать свой приоритет с высокой степенью определенности. Кроме того, ясные и хорошо продуманные правила приоритета способствуют предоставлению нескольких обеспечительных прав в одних и тех же активах. При этом они позволяют лицу, предоставляющему право, максимизировать стоимость своих активов, которые могут использоваться для получения кредита.

d) Основные положения этой главы

17. В разделе A.2 данной главы рассматриваются общие подходы к разработке правил приоритета, а в разделе A.3 – различные способы, с помощью которых может быть определен приоритет. Затем в этой главе проводится обзор ключевых правил приоритета, которые должны стать частью современного режима регулирования обеспеченных сделок. В разделе A.4 рассматриваются взаимоотношения между различными конкурирующими заявителями требований. В разделе A.5 затрагиваются вопросы сферы действия и толкования правил приоритета. В разделе B рассматриваются специальные правила приоритета, которые применяются только к определенным конкретным категориям активов. Глава завершается в разделе C изложением ряда рекомендаций.

2. Подходы к разработке правил приоритетов

18. Государства сталкиваются с рядом ключевых принципиальных выборов при разработке правил приоритета. Первоначально они должны определить сферу действия режима приоритета. Первый вопрос заключается в том, должен ли такой режим охватывать только случаи коллизии между различными кредиторами по личным обязательствам или же охватывать случаи коллизии между всеми лицами, которые претендуют на права в активах или презюмируемых активах должника или по отношению к ним. По вышеизложенным причинам (см. пункты 1-7) в Руководстве занята позиция, согласно которой режим приоритета должен охватывать случаи коллизии приоритетов между всеми потенциальными конкурирующими заявителями требований.

19. Затем государства должны решить вопрос о том, каким образом эти правила приоритета должны быть систематизированы и разработаны. Представляется возможным использование различных подходов, хотя они широко отражают альтернативные тенденции в области разработки законодательства.

20. Один из подходов сопряжен с разработкой правил приоритета в качестве свода общих принципов для толкования и применения судами при разрешении конкретных коллизий. Если государства используют такой подход, особенно в сочетании с принятием нового режима регулирования обеспеченных сделок полностью комплексного вида, который рекомендуется в Руководстве, то на суды возлагается огромное бремя определения детального применения этих общих

принципов. Судьи не только должны оперативно овладеть логикой, лежащей в основе нового режима, но и должны определить и усвоить рыночную практику, с тем чтобы разработать конкретные правила, которые являются предсказуемыми и действенными. Кроме того, может иметь место значительный период времени до того, как будет вынесено достаточное число судебных решений, касающихся достаточного спектра вопросов, с тем чтобы обеспечить подлинную определенность в отношении действия принципов приоритета на практике.

21. Другой подход заключается в разработке большого числа подробных правил приоритета, которые предназначаются для регулирования всех возможных ситуаций, затрагивающих конкурирующих заявителей требований, которые можно вообразить. В случае использования этого подхода, особенно в тех государствах, которые ранее разработали режимы приоритета на основе широких принципов, вытекающих из первоначального определения права собственности на активы, являющиеся объектом конкурирующих требований, всеобъемлющая система конкретных правил может выглядеть чрезвычайно сложной и трудной для юристов и судей с точки зрения ее использования.

22. Еще один подход заключается в разработке и систематизации правил приоритета в качестве единого целого в виде ряда более общих принципов, за которыми должны следовать конкретные примеры применения этих принципов в наиболее часто возникающих ситуациях. Такой подход может обеспечивать и ясность, и высокую степень определенности в отношении любого конкретного случая коллизии приоритетов. В Руководстве рекомендуется использовать именно этот подход.

23. При выборе одного или другого подхода государство должно учитывать общие цели, которые оно стремится достичь. Следует напомнить о том, что Руководство направлено на установление такого режима регулирования обеспеченных сделок, какой предусматривает непосессорные обеспечительные права в отношении целого ряда материальных и нематериальных активов, которые во многих государствах ранее не поддавались обременению или не могли быть обременены более чем одним обеспечительным правом одновременно (см. рекомендацию 2(a)). Кроме того, в Руководстве используется полностью комплексный подход к сделкам, которые, независимо от их названия, предназначаются для обеспечения исполнения обязательства (см. рекомендацию 11). И наконец, Руководство признает разнообразие методов, с помощью которых обеспечительным правам может быть придана сила в отношении третьих сторон (см. рекомендации 32 и 34-36). По всем этим причинам в Руководстве рекомендуется, чтобы государства использовали третий подход к разработке своих правил приоритета.

24. С учетом этой логики современный режим регулирования обеспеченных сделок должен включать свод подробных и точных правил приоритета, которые: a) являются всеобъемлющими по своей сфере действия; b) охватывают широкую совокупность существующих и будущих обеспеченных обязательств; c) применяются ко всем видам обремененных активов, включая активы, приобретенные впоследствии, и поступления; и d) предусматривают пути разрешения коллизии приоритетов между самыми разнообразными конкурирующими заявителями требований (например, обеспеченными кредиторами, получателями, поставщиками услуг и кредиторами по судебному решению). Такой подход к правилам приоритета способствует предоставлению

потенциальными кредиторами обеспеченных кредитов путем предоставления им высокой степени гарантии того, что они могут предвидеть, каким образом будет разрешен возможный спор в отношении приоритета. В остальных разделах этой главы конкретно указывается, какие вопросы должны затрагиваться этими подробными правилами и каким образом эти правила должны быть сформулированы.

3. Различные основы, на которых может быть определен приоритет

25. В рамках современного режима регулирования обеспеченных сделок правила приоритета, поскольку они предназначаются для регулирования прав держателя обеспечительного права по отношению к правам одного или нескольких третьих сторон, тесно связаны с различными методами, с помощью которых обеспечительному праву может быть придана сила в отношении третьих сторон. С учетом большого значения, какое Руководство придает обеспечению силы в отношении третьих сторон, в нем используется общий подход, согласно которому ни один обеспеченный кредитор не может утверждать приоритет над конкурирующим заявителем требований, если только обеспечительному праву не была придана сила в отношении третьих сторон. Только в таких случаях может возникать вопрос о приоритете.

26. В этом разделе вновь кратко излагаются различные методы придания обеспечительному интересу силы в отношении третьих сторон, которые использовались в различных государствах, с указанием в каждом случае на то, какие основные принципы приоритета будут применяться тогда, когда сила в отношении третьих сторон была придана с помощью данного метода. В свою очередь в нем рассматриваются вопросы придания силы в отношении третьих сторон в результате: a) регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав; b) владения обеспеченным кредитором обремененным активом; c) соглашения о контроле; d) регистрации в специальном реестре или внесения отметки в сертификат правового титула; e) создания обеспечительного права; и f) направления уведомления третьей стороне, имеющей обязательство.

a) Приоритет в случае, когда сила в отношении третьих сторон основывается на регистрации

27. Как отмечалось выше (см. главу V о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты [...], и главу VI о системе регистрации, пункты [...]), один из наиболее эффективных способов предоставления кредиторам средства определения своего приоритета с высокой степенью определенности в момент времени, когда они предоставляют кредит, заключается в том, чтобы основывать приоритет на использовании публичного реестра.

28. В большинстве государств, в которых имеется надежная система регистрации уведомлений, касающихся обеспечительных прав, общий принцип заключается в том, что приоритет предоставляется праву, указанному в уведомлении, которое было зарегистрировано раньше других (это часто называют "правилом приоритета на основании первой регистрации").

i) Регистрация уведомления до создания обеспечительного права

29. Во многих государствах регистрация традиционно рассматривалась как шаг на пути к приданию обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон, который предпринимается после того, как обеспечительному праву была придана сила в отношениях между сторонами. Это означает, что регистрация обеспечивает публичный характер и подтверждает право, которое уже существует или возникает совместно с регистрацией (см. содержание главы V о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты [...]). Примером этого является правовая система, в которой обеспечительное право приобретает силу в отношении третьих сторон тогда, когда регистрируется все соглашение об обеспечении. Вместе с тем в некоторых государствах подход заключается не в регистрации права, которое уже существует, а скорее в регистрации уведомления, касающегося права, которое может или не может еще существовать. Регистрация не подтверждает, что это право было фактически создано, но скорее указывает на то, что оно либо было создано, либо могло быть создано. В результате этого в данных государствах правило приоритета на основании первой регистрации может применяться даже в том случае, когда одно или несколько требований, касающихся создания обеспечительного права, не были выполнены в момент регистрации.

30. Такой подход позволяет избежать необходимости того, чтобы кредитор, который уже зарегистрировал уведомление, вел поиск в системе регистрации вновь после выполнения всех остальных требований, касающихся создания его обеспечительных прав. Он обеспечивает этому кредитору определенность с точки зрения того, что после регистрации им уведомления о своем обеспечительном праве другие права, в отношении которых уведомление регистрируется позднее, не будут обладать приоритетом над его обеспечительным правом. Например, кредитор A может зарегистрировать свое уведомление, провести поиск в реестре для определения того, что другое уведомление об этом обеспечительном праве не было зарегистрировано, а затем предоставить кредит с уверенностью в том, что его обеспечительное право будет обладать наиболее высоким приоритетом даже в том случае, если кредитор B регистрирует уведомление о конкурирующем обеспечительном праве в течение периода времени между регистрацией кредитором A и предоставлением кредитором A кредита. Кроме того, другие существующие или потенциальные кредиторы также пользуются защитой согласно этому правилу, поскольку зарегистрированное уведомление будет их предупреждать о потенциальных обеспечительных правах и затем они могут предпринять шаги по обеспечению своей защиты (например, путем требования о предоставлении личных гарантий или обеспечительных прав с более низким приоритетом в одних и тех же активах или же обеспечительных прав с более высоким приоритетом в других активах). Именно этот подход используется в Руководстве (см. рекомендацию 73(a)).

ii) Смягчение действия правила о первой регистрации

31. Во многих государствах, в которых приоритет основывается на правиле о первой регистрации, действие этого правила может быть смягчено в том, что касается так называемых "льготных периодов" для регистрации. Льготные периоды допускают ретроактивность с точки зрения силы обеспечительного права в отношении третьих сторон в случае, если регистрация уведомления

имеет место в течение короткого периода времени после создания обеспечительного права. В таких случаях приоритет будет определяться с учетом даты создания права, а не даты регистрации уведомления. В результате этого обеспечительное право, которое создается первым, но регистрируется вторым, может, тем не менее, иметь приоритет над обеспечительным правом, которое создается вторым, но регистрируется первым, если только уведомление в отношении созданного позднее обеспечительного права регистрируется в течение применимого льготного периода. В таких случаях до истечения данного льготного периода дата регистрации не является надежным показателем статуса приоритета кредитора (см. в целом главу XII о финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, пункты [...]).

32. Кредиторы стремятся обеспечить свою защиту от этого риска с помощью ряда различных способов. Они могут задержать предоставление кредита лицу, предоставляющему право, до истечения применимого льготного периода. Однако такое решение сопряжено с тем недостатком, что оно также приводит к задержке предоставления кредита лицу, предоставляющему право. И напротив, кредиторы могут полагаться на заявление лица, предоставляющего право, о том, что оно не предоставило какие-либо конкурирующие обеспечительные права в одних и тех же обремененных активах. Это решение также не является идеальным, поскольку оно предоставляет кредитору возможность предъявить только требование о возмещении убытков в случае недостоверности такого заявления. Чтобы избежать подрыва определенности, обеспечиваемой правилом о первой регистрации, государства в целом ограничивают использование льготных периодов весьма редкими обстоятельствами, такими, как: a) финансирование приобретения; или b) обстоятельства, при которых регистрация до или совместно с созданием не является практически возможной.

iii) Исключения из правила о первой регистрации

33. Правило о первой регистрации не может носить абсолютного характера. В рамках современных режимов регулирования обеспеченных сделок установлены два основных вида исключения. Иногда государства предусматривают, что обеспечительное право может автоматически приобретать силу в отношении третьих сторон в момент его создания без необходимости регистрировать уведомление о нем. Это исключение наиболее часто предусматривается в отношении обеспечительных прав в потребительских товарах (определение термина "потребительские товары" см. в Введении, раздел B, Терминология). В таких случаях приоритет обеспечительного права определяется ссылкой на момент его создания (см. пункты 45 и 46 ниже).

34. Кроме того, многие государства одобрили исключение из правила приоритета на основании первой регистрации для обеспечительных прав, которым была придана сила в отношении третьих сторон с помощью иного метода, чем регистрация уведомления в общем реестре обеспечительных прав. Так, например, в случае, если уведомление об обеспечительном праве регистрируется вторым в общем реестре, но также регистрируется первым в специальном реестре правовых титулов или вносится в сертификат правового титула, то государства обычно предоставляют приоритет в порядке очередности регистрации в специальном реестре или внесения отметки в сертификат правового титула (см. пункты 40-44 ниже). Аналогичным образом, в случае если

обеспечительное право регистрируется вторым в общем реестре, но обремененный актив представляет собой оборотный инструмент, находящийся во владении кредитора (см. пункты 35-38 и 155-157 ниже), находящийся во владении кредитора оборотный документ (см. пункты 168-170 ниже) или право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, в отношении которого было заключено соглашение о контроле (см. пункты 158-164 ниже), то приоритет обычно предоставляется владельцу оборотного инструмента или оборотного документа или бенефициару соглашения о контроле.

b) Приоритет в случае, когда сила обеспечительного права в отношении третьих сторон основывается на владении

35. Как уже отмечалось (см. главу IV о создании обеспечительного права, пункты [...], и главу V о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон, пункты [...]), посессорные обеспечительные права традиционно являются важным компонентом норм права, регулирующих обеспеченные сделки, в большинстве государств. В знак признания этого факта даже в государствах, которые создали общий реестр обеспечительных прав, обеспечительным правам в материальных активах также может быть придана сила в отношении третьих сторон посредством владения кредитора.

36. В этих государствах, несмотря на общий принцип, согласно которому приоритет предоставляется кредитору, который первым зарегистрировал уведомление в общем реестре обеспечительных прав, приоритет также может устанавливаться с учетом даты вступления кредитора во владение обремененным активом без требования о регистрации уведомления. Кроме того, во многих из этих государств какая-либо третья сторона может фактически владеть этими активами, а несколько обеспеченных кредиторов могут достичь согласия о том, что данная третья сторона удерживает активы в их интересах, причем приоритет определяется с учетом соответствующих дат вступления во владение от имени каждого кредитора. В таких случаях владение в интересах каждого из кредиторов может начинаться в разные даты, и по этой причине приоритет между кредиторами будет устанавливаться с учетом даты вступления во владение от их имени. Вместе с тем, когда возникает спор о приоритете обеспечительных прав, которым была придана сила в отношении третьих сторон посредством владения (независимо от того, удерживается ли актив во владении обеспеченным кредитором или агентом от имени одного или нескольких обеспеченных кредиторов), приоритет, как правило, определяется очередностью придания обеспечительным правам силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 73, подпункт (b)).

37. В результате использования даты вступления во владение для установления приоритета необходимо, чтобы государства предусматривали правило, регулирующее приоритет между кредиторами, которые зарегистрировали уведомление в общем реестре обеспечительных прав, и кредиторами, которые вступили во владение. Обычное правило заключается в том, что приоритет определяется очередностью, в которой: a) уведомление было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав; и b) имело место вступление во владение обремененным активом (см. рекомендацию 73, подпункт (c)). Например, если кредитор A зарегистрировал уведомление в день 1, кредитор B вступил во владение в день 2, кредитор C принял меры к тому, чтобы кредитор B также

удерживал актив от его имени, в день 3, а кредитор D зарегистрировал уведомление в день 4, то статус кредиторов с точки зрения приоритета будет представлять собой A, B, C и D.

38. Несмотря на свою значимость, приоритет, основывающийся на владении, сопряжен с тем недостатком, что, поскольку владение зачастую не является публичным актом, держатель обеспечительного права, который полагается на владение для установления приоритета, будет нести бремя установления именно того момента времени, в который он вступил во владение. Вместе с тем, несмотря на этот недостаток, приоритет, основывающийся на владении, является полезным с коммерческой точки зрения в случае определенных активов, таких, как оборотные инструменты (например, чек, переводной вексель или простой вексель) или оборотные документы, удостоверяющие правовой титул (например, коносамент или складская расписка). В таких случаях владение обеспеченного кредитора может предотвращать запрещенные виды распоряжения обремененным активом лицом, предоставляющим право. Кроме того, как отмечалось, многие государства также предусматривают, что обеспечительному праву в таких видах активов, которое приобретает силу в отношении третьих сторон посредством владения, как правило, предоставляется приоритет над обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации уведомления даже в том случае, если регистрация имела место первой (см. рекомендации 98, 105 и 106; см. также пункты 155-157 и 168-170 ниже).

c) Приоритет в случае, когда сила обеспечительного права в отношении третьих сторон основывается на контроле

39. В некоторых государствах сила в отношении третьих сторон обеспечительному праву в определенных видах нематериальных активов может быть придана посредством "контроля" (см. Введение, раздел B, Терминология). В большинстве случаев, когда государства допускают силу в отношении третьих сторон, устанавливаемую посредством контроля, приоритет, как правило, предоставляется обеспеченному кредитору, который получает контроль над обремененным активом, независимо от того, произошло ли это до или после возникновения прав конкурирующих заявителей требований в этом же активе. Например, если актив представляет собой право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, то система приоритетов обычно предоставляет приоритет обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля, над обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон с помощью какого-либо иного метода (см. рекомендацию 100; см. также пункты 158-164 ниже).

40. В случае определенных видов нематериальных активов, таких, как право на получение поступлений по независимому обязательству, некоторые государства предусматривают, что осуществление контроля может быть исключительным методом придания силы в отношении третьих сторон. В таком случае нет необходимости предусматривать правила приоритета для урегулирования коллизий между силой в отношении третьих сторон на основании контроля и силой в отношении третьих сторон, придаваемой с помощью любых других средств (см. рекомендацию 104; см. также пункты 166 и 167 ниже).

d) Приоритет в случае, когда сила обеспечительного права в отношении третьих сторон основывается на регистрации в специальном реестре или внесении отметки в сертификат правового титула

41. Во многих государствах обеспечительное или иное право (например, право покупателя или арендатора обремененного актива) может быть зарегистрировано в специальном реестре или отметка о нем может быть внесена в сертификат правового титула. Первоначально функция некоторых специальных реестров или систем внесения отметки в сертификат правового титула заключалась только в обеспечении защиты покупателей активов, явившихся объектом регистрации или внесения отметки, путем подтверждения того, что продавец фактически обладал правовым титулом на проданный актив. Однако некоторые специальные реестры, такие, как морской и воздушный регистры, традиционно также служили достижению более широкой цели обеспечения защиты всех видов получателей прав в указанных активах, включая держателей обеспечительных прав. В последнее время стала проявляться тенденция к тому, чтобы специальные реестры и системы внесения отметки в сертификат правового титула охватывали эту более широкую цель (см. рекомендацию 38).

42. Когда какой-либо актив является объектом регистрации в специальном реестре или системы внесения отметки в сертификат правового титула, возникает вопрос о том, какое право из нескольких прав, упомянутых в реестре или системе, имеет приоритет. В большинстве случаев государства, которые создали такие реестры или системы, предусматривают статус прав в порядке очередности их регистрации. Такое обеспечительное право имеет приоритет над обеспечительным правом, которое впоследствии регистрируется в специальном реестре или отметка о котором вносится в сертификат правового титула.

43. В случае существования специального реестра также необходимо определить приоритет между правом, зарегистрированным в специальном реестре или внесенным в сертификат правового титула, с одной стороны, и правом, зарегистрированным в общем реестре обеспечительных прав, или правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством владения или с помощью некоторых других способов, с другой стороны. В большинстве таких государств право, зарегистрированное в специальном реестре или внесенное в сертификат правового титула, имеет приоритет над любыми обеспечительными правами, не зарегистрированными таким образом или не внесенными в сертификат правового титула. Аналогичное правило обычно также принимается этими государствами в отношении получателей прав, арендаторов и лицензиатов с точки зрения прав в активах, являющихся объектом регистрации в специальном реестре или системы внесения отметки в сертификат правового титула. Только с небольшими исключениями права получателя прав, арендатора или лицензиата в таких активах будут субординированными любым правам, зарегистрированным в специальном реестре или внесенным в сертификат правового титула (см. пункты 70-94 ниже и рекомендацию 75).

44. Причина использования только что описанного подхода заключается в том, чтобы позволить получателям таких активов повысить эффективность путем предоставления какому-либо лицу возможности вести поиск только в одном месте (т.е. в специальном реестре или в системе сертификатов правового титула). Вместе с тем важно отметить, что правила приоритета, рассматривавшиеся

выше, применяются только в той мере, в какой режим специальной регистрации или внесения отметки сам по себе не предусматривает иных правил приоритета.

e) Приоритет в случае, когда сила обеспечительного права в отношении третьих сторон основывается на создании обеспечительного права

45. В государствах, в которых не имеется системы регистрации обеспечительных прав, сила в отношении третьих сторон зачастую придается автоматически и обеспечивается посредством создания обеспечительного права. Даже в тех государствах, которые создали системы регистрации, сила в отношении третьих сторон правам в определенных видах активов, таких, как потребительские товары, иногда придается автоматически. В этих государствах приоритет обеспечительного права обычно определяется путем сравнения момента времени создания обеспечительного права с моментом времени регистрации уведомления о конкурирующем обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав или придания силы в отношении третьих сторон конкурирующему обеспечительному праву с помощью некоего другого метода (см. пункты 59-61 ниже).

46. Преимущество и обоснование автоматического придания силы в отношении третьих сторон заключается в освобождении некоторых заявителей требований от необходимости предпринимать дополнительные шаги по обеспечению приоритета их прав. В случае потребительских товаров и активов незначительной стоимости идея об увязывании приоритета с созданием может, следовательно, привести к получению эффективных результатов. Однако существуют ситуации, в которых автоматическое придание силы в отношении третьих сторон может привести к возникновению узких мест в системе приоритетов. Например, если государство допускает автоматическое придание силы в отношении третьих сторон в связи с такими обычными сделками, как купля-продажа с удержанием правового титула и уступка дебиторской задолженности в целях обеспечения, другие заявители требований должны направлять дорогостоящие и занимающие много времени запросы (обычно полагаясь на менее объективные доказательства, такие, как заявления лица, предоставляющего право, или информация, которая, как правило, имеется на рынке) для определения существования непосессорных обеспечительных прав и их приоритета.

f) Приоритет в случае, когда сила обеспечительного права в отношении третьих сторон основывается на уведомлении третьей стороны, имеющей обязательство

47. Большинство оснований для определения приоритета, отмечавшихся выше, предусматривают ситуации, затрагивающие материальные активы, такие, как оборудование и инвентарные запасы. Если обеспечительные права создаются в дебиторской задолженности или других правах на получение платежа, то государства обычно предусматривают, что приоритет будет определяться с учетом даты регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав, или если речь идет о некотором другом методе придания силы в отношении третьих сторон – то с учетом даты придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон. Вместе с тем в других государствах сила в отношении третьих сторон обеспечительного права в дебиторской

задолженности и приоритет между конкурирующими заявителями требований основываются на моменте времени, когда должник по дебиторской задолженности получает уведомление о существовании обеспечительного права (определение термина "должник по дебиторской задолженности" см. в Введении, раздел B, Терминология).

48. Преимущество установления приоритета на этой основе заключается в том, что это упрощает задачу должника по дебиторской задолженности при определении того, кому следует произвести платеж. Один из недостатков заключается в том, что это может приводить к возникновению неопределенности для потенциальных обеспеченных кредиторов, поскольку они не могут быть осведомлены о том, направил ли – и когда – конкурирующий обеспеченный кредитор уведомление о своем обеспечительном праве должнику по дебиторской задолженности. Второй недостаток заключается в том, что такое отсутствие определенности может приводить к тому, что заявители требований будут незамедлительно реализовывать свои права. Этот результат лишает лицо, предоставляющее право, источника доходов, с помощью которых оно может вести свою коммерческую деятельность.

g) Приоритет, определяемый в законодательном порядке с учетом характера требования кредитора

49. Во многих государствах некоторым требованиям придается приоритет исключительно на основе характера требования независимо от даты возникновения этого требования или же придания ему силы в отношении третьих сторон. В таких случаях государства устанавливают статус приоритетов, который применим ко всем случаям коллизии между заявителями требований. Например, налоговым требованиям, требованиям в отношении внесения взносов на программы социального обеспечения и заработной платы служащим иногда придается первоочередной приоритет даже над обеспечительными правами, которым ранее была придана сила в отношении третьих сторон. Кроме того, в этих государствах обычно устанавливается подстатус, согласно которому, например, правовые издержки могут превалировать над налоговыми требованиями, которые могут превалировать над требованиями в отношении программ социального обеспечения, которые в свою очередь могут превалировать над требованиями в отношении заработной платы служащих. Иногда эти права требуют регистрации, а иногда нет. Однако в обоих случаях приоритет определяется с учетом законодательно установленного статуса, а не согласно любой схеме, основывающейся на моменте времени возможного создания обеспечительного права или возможного придания ему силы в отношении третьих сторон (см. пункты 95-98 ниже).

50. Преимущество этих определенных в законодательном порядке приоритетов заключается в том, что они обеспечивают некую степень защиты для заявителей требований, которые в ином случае могут и не обладать переговорными возможностями для получения обеспечительного права по соглашению. Недостаток этого заключается в том, что даже тогда, когда такие обеспечительные права должны быть зарегистрированы для придания им силы в отношении третьих сторон, они обычно превалируют над ранее существовавшими обеспечительными правами. Вследствие этого обеспеченные кредиторы не могут в момент принятия ими обеспечительного права точно

определить его статус или сумму определенных в законодательном порядке приоритетов. Эта неопределенность неизбежно сопряжена с вероятностью увеличения стоимости и сокращения наличия обеспеченного кредитования. В порядке признания этого факта государства обычно ограничивают характер и сумму таких требований (например "заработной платой в сумме, не превышающей определенную сумму на одного служащего" или "вплоть до определенного числа месяцев, в течение которых не выплачивалась заработная плата").

4. Правила определения приоритета между конкурирующими заявителями требований

51. Рассмотренные до настоящего времени общие принципы образуют основную структуру режима приоритетов по отношению к: a) различным способам, с помощью которых система приоритетов может быть организована; и b) сфере действия приоритета обеспечительного права, особенно в том, что касается будущих обязательств, приобретенных впоследствии активов и поступлений. Рассмотрение этих вопросов ниже сосредоточивается на конкретных правилах приоритета, регулирующих права конкурирующих заявителей требований.

a) Приоритет между обеспеченными и необеспеченными кредиторами

52. В целом государства предусматривают, что все обеспечительные права, которым была придана сила в отношении третьих сторон, имеют приоритет над правами необеспеченных кредиторов. Общепринято то, что предоставление обеспеченным кредиторам такого приоритета является необходимым в целях содействия наличию обеспеченного кредитования. Необеспеченные кредиторы могут предпринять другие шаги по защите своих прав, такие как взимание доплаты для учета их увеличившегося риска, осуществление контроля над статусом кредита или предъявление должнику требования выплатить проценты по суммам, срок уплаты которых уже наступил. Кроме того, обеспеченный кредит может увеличивать оборотный капитал лица, предоставляющего право. В типичном случае платежи, производимые за счет механизма обеспеченного возобновляемого кредитования оборотного капитала, являются основным источником, из которого какая-либо компания будет производить платежи своим необеспеченным кредиторам в ходе обычной коммерческой деятельности (см. главу II о сфере применения и других общих правилах, раздел F, примеры практики финансирования, охватываемой Руководством). Принцип, согласно которому обеспеченные кредиторы имеют приоритет над необеспеченными кредиторами, является основополагающим для подхода, который используется в Руководстве, и лежит в основе многих его рекомендаций (см., например, рекомендацию 81).

53. Во многих государствах приоритет, предоставляемый обеспеченным кредиторам по сравнению с необеспеченными кредиторами, носит абсолютный характер. Вместе с тем в некоторых государствах он обусловливается исключением в пользу кредиторов по судебному решению. Держатель необеспеченного требования может получить право в активах должника, заручившись судебным решением или временным судебным предписанием против должника. Путем регистрации такого судебного решения в общем

реестре обеспечительных прав кредитор по судебному решению в состоянии преобразовать необеспеченное требование в обеспеченное требование, статус которого определяется согласно обычным правилам приоритета. Другие государства идут дальше и предусматривают, что в случае, если необеспеченный кредитор предпринял требуемые согласно применимому праву шаги для получения судебного решения или временного судебного предписания, имущественные права, которые он утверждает, могут фактически обладать приоритетом над определенными требованиями ранее существовавшего обеспеченного кредитора (см. рекомендацию 81 и пункты 99-107 ниже).

b) Приоритет между конкурирующими обеспечительными правами в одних и тех же обремененных активах

54. Одна из ключевых особенностей современного режима регулирования обеспеченных сделок заключается в эффективности, с которой такой режим позволяет урегулировать споры в отношении приоритета между конкурирующими обеспечительными правами в одних и тех же обремененных активах. Такие споры в отношении приоритета могут быть сопряжены с обеспечительными правами, всем из которых придается сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав, обеспечительными правами, которым придается сила в отношении третьих сторон с помощью иного метода, или сочетанием обеспечительных прав, которым придается сила в отношении третьих сторон путем регистрации, и обеспечительных прав, которым придается сила в отношении третьих сторон с помощью иного метода. С весьма незначительным числом исключений государства в отношении всех различных ситуаций, которые вскоре будут рассмотрены, предусматривают, что приоритет будет определяться на временной основе: первый по времени – первый в праве. В нижеследующих пунктах подробно рассматривается вопрос о том, каким образом данный основной принцип обычно применяется к конкретным ситуациям.

i) Приоритет между обеспечительными правами, которым была придана сила путем регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав

55. В большинстве государств, в которых существует общий реестр обеспечительных прав, приоритет между обеспечительными правами, всем из которых была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления, определяется очередностью такой регистрации независимо от очередности придания силы в отношении третьих сторон и даже в том случае, если одно или несколько требований, касающихся придания силы в отношении третьих сторон, не были соблюдены в то время. Признается лишь весьма ограниченное число исключений из этого принципа (см. пункты 63-67 ниже).

56. Этот подход можно проиллюстрировать следующим примером. Лицо, предоставляющее право, обращается в банк А с просьбой о предоставлении кредита, который должен быть обеспечен обеспечительным правом во всем существующем и будущем оборудовании этого лица, предоставляющего право (обеспечительным правом, которому может быть придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав). В день 1 банк А ведет поиск в реестре, и этот поиск подтверждает, что не было зарегистрировано других уведомлений в отношении

обеспечительных прав других кредиторов в оборудовании данного лица, предоставляющего право. В день 2 банк А заключает соглашение об обеспечении с этим лицом, предоставляющим право, в котором банк А берет на себя обязательство предоставить запрашиваемый обеспеченный кредит. Кроме того, в день 2 банк А регистрирует уведомление об обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав, но не предоставляет кредит лицу, предоставляющему право, до дня 5. Таким образом, обеспечительное право банка А было создано, и ему была придана сила в отношении третьих сторон в день 5 (т.е. впервые, когда все требования, касающиеся создания обеспечительного права и придания ему силы в отношении третьих сторон, были выполнены). Однако в день 3 лицо, предоставляющее право, заключает соглашение об обеспечении с банком В, предусматривающее предоставление банком В кредита данному лицу, предоставляющему право, который должен быть обеспечен обеспечительным правом в существующем и будущем оборудовании данного лица, предоставляющего право. В тот же день (день 3) банк В регистрирует уведомление об обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав и предоставляет кредит лицу, предоставляющему право. В результате этого обеспечительное право банка В было создано, и ему была придана сила в отношении третьих сторон в день 3. Согласно подходу, основывающемуся на первой регистрации и изложенному выше, обеспечительное право банка А будет иметь приоритет над обеспечительным правом банка В, несмотря на тот факт, что обеспечительное право банка В было создано, и ему была придана сила в отношении третьих сторон до обеспечительного права банка А.

57. Основные причины использования этого подхода заключаются в следующем: a) поощрение регистрации уведомления как можно скорее (что позволяет сообщить другим потенциальным кредиторам о существовании обеспечительного права); и b) обеспечение определенности для обеспеченных кредиторов путем предоставления им возможности определить до предоставления ими кредита приоритет их обеспечительных прав по сравнению с правами других обеспеченных кредиторов. В вышеизложенном примере, если банк А проводит поиск в регистре в день 2 после того, как он зарегистрировал свое уведомление, и определяет, что в регистре нет других уведомлений, которые охватывают соответствующий обремененный актив, банк А может предоставить свой кредит в день 5, будучи осведомленным с определенностью о том, что его обеспечительное право будет иметь приоритет над любым другим обеспечительным правом в данном обремененном активе, которому может быть придана сила в отношении третьих сторон в будущем, поскольку приоритет обеспечительного права банка А был создан еще в момент его регистрации. Путем предоставления банку А возможности достижения этого высокого уровня определенности основывающийся на первой регистрации подход может являться существенным фактором содействия обеспеченному кредитованию. Аналогичным образом, если банк В проводит поиск в реестре, то он незамедлительно узнает о том, что его позиция будет субординированной, если банк А предоставит кредит, и он будет, следовательно, в состоянии скорректировать положения и условия предоставления кредита соответствующим образом.

58. Такая определенность не существовала бы в случае использования альтернативного подхода, принятого в некоторых государствах, согласно

которому приоритет предоставляется первому обеспечительному праву, которому придается сила в отношении третьих сторон (сила в отношении третьих сторон требует и создания, и регистрации или использования иного метода). Всегда будет существовать риск того, что другое обеспечительное право может получить силу в отношении третьих сторон и, таким образом, приоритет после проведения банком A или B своего поиска в реестре, но до предоставления им кредита. Такой риск будет существовать независимо от того, насколько коротким может быть данный период времени. По этой причине в Руководстве занята позиция, согласно которой приоритет конкурирующих заявителей требований в таких случаях должен определяться датой регистрации уведомления, а не датой создания или фактического придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 73, подпункт (a)).

ii) Приоритет между обеспечительными правами, которым была придана сила в отношении третьих сторон с помощью иного способа, чем регистрация уведомления в общем реестре обеспечительных прав

59. В случае возникновения спора в отношении приоритета между обеспечительными правами, которым была придана сила в отношении третьих сторон с помощью иного способа, чем регистрация уведомления в общем реестре обеспечительных прав, государства обычно предоставляют приоритет обеспечительному праву, которому первому была придана сила в отношении третьих сторон. Это правило будет применяться, например, в ситуации, когда одному обеспечительному праву в каком-либо конкретном обремененном активе была придана сила в отношении третьих сторон посредством владения, а другому обеспечительному праву в одном и том же активе была придана сила автоматически в момент его создания.

60. В случае обеспечительных прав, которым была придана сила в отношении третьих сторон посредством вступления во владение, обычно нет необходимости в правиле, основывающемся на "вступлении во владение первым", аналогичном вышеупомянутому правилу, основывающемуся на "первой регистрации", поскольку обычно обеспеченный кредитор вступит во владение обремененным активом в тот же момент времени, когда он предоставляет кредит, а не до этого. Вместе с тем в некоторых государствах вполне возможно вступление кредитором во владение через какую-либо третью сторону. В таком случае более чем один обеспеченный кредитор может вступить во владение таким образом, и их относительный приоритет определяется очередностью вступления ими во владение через данную третью сторону. Аналогичный результат будет получен в маловероятном случае, когда какой-либо банк или другое финансовое учреждение заключает более чем одно соглашение о контроле. Приоритет будет зависеть от относительных дат заключения таких соглашений.

61. В каждом из приведенных примеров согласно принципу, применимому к обеспечительным правам, которым была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав, в Руководстве занята позиция, согласно которой приоритет конкурирующих заявителей требований в таких случаях должен определяться датой придания обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 73, подпункт (b)).

iii) Приоритет между обеспечительными правами, которым была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав, и обеспечительными правами, которым была придана сила в отношении третьих сторон с помощью других способов

62. В случае возникновения споров в отношении приоритета между обеспечительными правами, которым была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав, и обеспечительными правами, которым была придана сила в отношении третьих сторон с помощью других способов, государства обычно предоставляют приоритет первому обеспечительному праву, которое было зарегистрировано или которому была придана сила в отношении третьих сторон. Это правило представляет собой логичное расширение правила о первой регистрации с использованием реестра в качестве основы для предоставления обеспеченным кредиторам возможности достичь высокой степени определенности в отношении приоритета их обеспечительных прав. Поскольку уведомление может быть зарегистрировано до создания обеспечительного права (результат, который не представляется возможным для придания силы в отношении третьих сторон посредством владения или автоматического придания силы в отношении третьих сторон в момент создания), это правило также способствует использованию реестра для придания обеспечительным правам силы в отношении третьих сторон. В Руководстве принят этот принцип как ведущий к получению наиболее эффективных результатов, когда сила в отношении третьих сторон придается с помощью иных способов (см. рекомендацию 73, подпункт (c)).

iv) Исключения из принципа "первый по времени" для установления приоритета между конкурирующими обеспеченными кредиторами

63. Вышеупомянутые примеры того, каким образом принцип "первый по времени" применяется к различным ситуациям, когда обеспечительным правам придается сила в отношении третьих сторон с помощью различных способов, тем не менее, обусловливаются ограниченным числом исключений. Эти исключения отражают специальные правила приоритета, касающиеся определенных способов придания обеспечительным правам силы в отношении третьих сторон, или определенные виды сделок или обремененных активов и основываются на принципиальных или практических соображениях, относящихся к таким сделкам или активам. Из числа уже упоминавшихся различных способов придания силы в отношении третьих сторон, в частности, два способа (т.е. регистрация в специальном реестре и контроль) часто ведут к применению специальных правил приоритета.

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

64. Во многих государствах обеспечительное или иное право (такое, как право покупателя или арендатора обремененного актива) может быть зарегистрировано в специальном реестре или отметка о нем может быть внесена в сертификат правового титула. Большинство из этих государств предусматривают, что статус прав определяется очередностью их регистрации или внесения отметки (например, что такое обеспечительное право имеет приоритет над обеспечительным правом, которое регистрируется впоследствии в специальном

реестре или отметка о котором вносится в сертификат правового титула). В целях защиты неприкосновенности таких реестров или такой системы внесения отметок в Руководстве занята аналогичная позиция (см. рекомендацию 74, подпункт (b)).

65. Если специальный реестр существует, то также необходимо определить приоритет между правом, зарегистрированным в специальном реестре или внесенным в сертификат правового титула, с одной стороны, и правом, зарегистрированным в общем реестре обеспечительных прав, или правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством владения или с помощью некоторых других способов, с другой стороны. В большинстве таких государств обеспечительное или иное право, зарегистрированное в специальном реестре или внесенное в сертификат правового титула, получает приоритет над обеспечительным правом, зарегистрированным в общем реестре или получившим силу в отношении третьих сторон с помощью иного метода, чем регистрация в специальном реестре или внесения отметки в сертификат правового титула, независимо от того, что произошло первым. И вновь следует отметить, что для защиты неприкосновенности таких реестров и систем внесения отметок в Руководстве заняты аналогичная позиция (см. рекомендацию 74, подпункт (a)).

b. Соглашения о контроле

66. Второе исключение обычно устанавливается в государствах, которые разрешают придание силы в отношении третьих сторон обеспечительным правам в определенных видах нематериального актива, что достигается посредством контроля. Эти государства предусматривают, что в тех случаях, если кредитор наделяет обеспечительное право силой в отношении третьих сторон посредством контроля, то приоритет предоставляется этому обеспечительному праву независимо от того, могли ли другие кредиторы придать силу в отношении третьих сторон своим обеспечительным правам с помощью любых других способов (см. пункты 158-164 и 166-167 ниже). С учетом специального характера обеспечительных прав в правах на выплату средств в Руководстве занята аналогичная позиция (см. рекомендации 100 и 104).

c. Другие исключения из правила "первый по времени"

67. В дополнение к этим ситуациям, если сила в отношении третьих сторон придается с помощью специальных способов, исключения из правила "первый по времени" также устанавливаются в отношении определенных видов сделок или определенных видов обремененных активов. Такими видами сделок или активов являются: a) приобретательские обеспечительные права согласно и унитарному, и неунитарному подходам, удержание правового титула или права финансовой аренды согласно неунитарному подходу (см. главу XI о финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, и рекомендации 173-182 и 188-196); b) случаи, в которых сила в отношении третьих сторон обеспечительным правам в оборотных инструментах, оборотных документах или денежных средствах может быть придана посредством владения (см. пункты 155-157, 165 и 168-170 ниже и рекомендации 98, 99, 103, 105 и 106); c) случаи, касающиеся обеспечительных прав в принадлежностях

(см. пункты 115-120 ниже и рекомендации 84-86); и d) ситуации, связанные с обеспечительными правами в массе или продукте (см. пункты 121-126 ниже и рекомендации 87-89).

c) Приоритет прав получателей, арендаторов и лицензиатов на обремененные активы

i) Общие замечания

68. Когда лицо, предоставляющее право, передает, сдает в аренду или предоставляет лицензию на материальные активы (иные, чем оборотные инструменты или оборотные документы), которые являются объектом существующих обеспечительных прав, получатель, арендатор или лицензиат заинтересован в получении этих активов свободными от любого обеспечительного права, тогда как существующий обеспеченный кредитор заинтересован в сохранении своего обеспечительного права в проданных активах (при условии некоторых исключений; см. пункты 73-84 ниже). Весьма важно то, что правила приоритета касаются такой заинтересованности в обоих случаях и что следует обеспечить надлежащий баланс между ними. Если права обеспеченного кредитора в конкретных активах подвергаются риску каждый раз, когда лицо, предоставляющее право, передает, сдает в аренду или предоставляет лицензию на них, их стоимость, как обеспечения, будет серьезно уменьшена, а наличие обеспеченного кредитования на основании их стоимости будет поставлено под угрозу.

69. В большинстве государств отправным моментом является общий принцип, согласно которому получатель (включая покупателя, лицо, осуществляющее обмен, дарополучателя, наследника и других аналогичных получателей), арендатор или лицензиат обремененного актива получает свои права в этом активе обусловленными существующим обеспечительным правом (указывается, что такое обеспечительное право охватывает "право на принятие последующих мер" или *droit de suite*; см. главу V о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон; см. также рекомендации 31 и 76). Другими словами, обеспеченный кредитор может контролировать передачу актива в руки покупателя или другого получателя, арендатора или лицензиата. Исключения из этого общего принципа в отношении каждого из этих видов сделок рассматриваются ниже.

ii) Права покупателей

70. Как уже упоминалось (см. главу V о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон и главу IV о создании обеспечительного права), если обремененный актив продается, то обеспеченный кредитор сохраняет свое обеспечительное право в первоначальном обремененном активе, а также получает обеспечительное право в поступлениях от продажи (которые могут включать наличные средства, дебиторскую задолженность или даже другие активы в случае сделок между участниками меновой торговли или лицами, осуществляющими обмен (определение понятия "поступления" см. в Введении, раздел B, Терминология)). В такой ситуации возникает вопрос о том, должно ли обеспечительное право в поступлениях заменять обеспечительное право в обремененном активе, с тем чтобы покупатель получал свои права свободными от обеспечительного права.

71. Иногда утверждается, что обеспечительное право следует отличать от купли-продажи, исходя из той предпосылки, что обеспеченному кредитору не причиняется ущерб в результате продажи активов свободными от его обеспечительного права до тех пор, пока он удерживает обеспечительное право в поступлениях от такой продажи. Однако этот результат необязательно защищает обеспеченного кредитора, поскольку поступления часто не являются столь ценными для кредитора, как первоначальные обремененные активы. Во многих случаях поступления могут иметь незначительную ценность для кредитора в качестве обеспечения или не иметь ее вообще (например, дебиторская задолженность, которая не может быть взыскана, поскольку должник по дебиторской задолженности не является финансово состоятельным). В других случаях может быть весьма трудным для кредитора идентифицировать поступления и его требование на эти поступления может быть в силу этого иллюзорным. Кроме того, существует риск того, что поступления, даже если они имеют ценность для обеспеченного кредитора, могут быть размыты продавцом, который их получил, что оставляет кредитора с пустыми руками. И наконец, вполне может быть, что другой кредитор мог принять обеспечительное право в поступлениях как первоначальных обремененных активах и может иметь приоритет. Эта возможность является особенно реальной в случае дебиторской задолженности.

72. Хотя государства приняли различные подходы к обеспечению баланса между интересами обеспеченных кредиторов и лиц, покупающих обремененные активы у лиц, предоставляющих право и владеющих этими активами, в большинстве случаев предусматривается, что обеспечительное право должно сохраниться после передачи даже тогда, когда обеспеченный кредитор также в состоянии истребовать право в поступлениях. Это не означает, что обеспеченному кредитору платеж будет произведен дважды. Поскольку обеспечительное право обеспечивает исполнение обязательства, обеспеченный кредитор, который утверждает права в активах и в поступлениях, не может требовать или получать более того, что ему причитается. В Руководстве занята позиция, согласно которой в качестве общего принципа обеспеченный кредитор должен сохранить свое обеспечительное право в первоначальном обремененном активе, а также обеспечительное право в поступлениях от его продажи или иной передачи (см. рекомендации 19, 31, 39, 40 и 76).

73. При этом большинство государств признают два исключения из общего принципа, согласно которому обеспечительное право в каком-либо активе продолжает обременять данный актив после его продажи, и это признается также в Руководстве. Первое исключение касается ситуаций, в которых обеспеченный кредитор прямо санкционирует продажу свободной от обеспечительного права (см. рекомендацию 77, подпункт (a)). Обеспеченный кредитор может санкционировать такую продажу, например потому, что, по его мнению, поступления являются достаточными для производства платежа по обеспеченному обязательству, или потому, что лицо, предоставляющее право, передает обеспеченному кредитору другие активы в качестве обеспечения для компенсации потерь при продаже актива. Вместе с тем следует отметить, что это исключение не относится к ситуациям, в которых обеспеченный кредитор санкционирует продажу, но не разрешает лицу, предоставляющему право, осуществлять продажу свободной от обеспечительного права. В таких ситуациях

покупатель обычно принимает правовой титул на данный актив обусловленным обеспечительным правом.

74. Второе исключение относится к ситуациям, в которых санкция обеспеченного кредитора на продажу активов свободными от обеспечительного права подразумевается, поскольку обремененные активы носят такой характер, что обеспеченная сторона ожидает, что они будут проданы свободными от обеспечительного права, или когда все соответствующие стороны заинтересованы в продаже активов свободными от обеспечительного права. Государства формулируют данное второе исключение по-разному, как это указывается в последующих пунктах.

a. Подход, основывающийся на обычной коммерческой деятельности

75. Общий подход, используемый во многих государствах, заключается в том, чтобы предусмотреть, что продажа обремененных активов, состоящих из инвентарных запасов, которая была произведена лицом, предоставляющим право, в ходе обычной коммерческой деятельности, будет иметь своим результатом автоматическое погашение любых обеспечительных прав, которыми обеспеченный кредитор обладает в этих активах без каких-либо последующих действий со стороны покупателя, продавца или обеспеченного кредитора. Следствие этого правила заключается в том, что, когда продажа инвентарных запасов производится за рамками обычной коммерческой деятельности лица, предоставляющего право, или когда такая продажа касается иного актива, чем инвентарные запасы, это исключение не будет применяться; такая продажа не погашает обеспечительного права, и обеспеченный кредитор может в случае неисполнения своих обязательств лицом, предоставляющим право, обеспечить реализацию своего обеспечительного права в обремененном активе, находящемся в руках покупателя (если только обеспеченный кредитор не санкционировал продажу свободной от обеспечительного права). Если соглашение об обеспечении предусматривает это, то сама продажа может представлять собой неисполнение обязательства, дающее обеспеченному кредитору право принудительно реализовать свои обеспечительные права; в противном случае обеспеченный кредитор не может сделать это до наступления факта неисполнения обязательства.

76. В соответствии с этим подходом для продажи обремененного актива свободным от обеспечительного права необходимо выполнить два требования. Первое требование заключается в том, что продавец этого актива должен заниматься коммерческой деятельностью по продаже активов такого рода; обремененный актив не может быть предметом, который продавец не продает в обычном порядке. Кроме того, продажа не может быть произведена в ином порядке, чем порядок, которого обычно придерживается продавец, такого как продажа продавцом за пределами его обычного канала распределения (например, если продавец обычно продает товары только розничным торговцам, а продажа в данном случае является продажей оптовому торговцу). Второе требование заключается в том, что покупатель не должен быть осведомлен о том, что продажа нарушает права обеспеченного кредитора по соглашению об обеспечении (правило толкования термина "осведомленность" см. в Введении, раздел B, Терминология). Это имело бы место в случае, например, когда покупатель осведомлен о том, что продажа ему запрещена условиями

соглашения об обеспечении. С другой стороны, простой осведомленности покупателя о том факте, что данный актив обременен обеспечительным правом, было бы недостаточно.

77. Подход, основывающийся на "обычной коммерческой деятельности", сопряжен с тем преимуществом, что он соответствует коммерческим ожиданиям, согласно которым лицо, предоставляющее право, продаст свои инвентарные запасы материальных активов (и действительно должен сделать это для сохранения своей финансовой состоятельности), и что покупатели данных материальных активов получат их свободными от существующих обеспечительных прав. Без такого исключения из принципа, согласно которому обеспечительное право сохраняется в активах, находящихся в руках покупателя, способность лица, предоставляющего право, продать материальные активы в ходе обычной коммерческой деятельности будет в значительной мере подорвана, поскольку покупатели будут вынуждены расследовать требования на данные материальные активы до их приобретения. Такая ситуация привела бы к значительному увеличению издержек по сделкам и существенно препятствовала бы заключению обычных коммерческих сделок.

78. Подход, основывающийся на обычной коммерческой деятельности, также обеспечивает простую и транспарентную основу для определения того, продаются ли материальные активы свободными от обеспечительных прав. Например, продажа оборудования торговцем оборудованием производителю, который будет использовать это оборудование на своей фабрике, явно является продажей инвентарных запасов в ходе обычной коммерческой деятельности торговца оборудованием, а покупатель должен автоматически получить такое оборудование свободным от любых обеспечительных прав в пользу кредиторов этого торговца. Такой результат соответствует ожиданиям всех сторон, и покупатель, несомненно, имеет право презюмировать, что и продавец, и любой обеспеченный кредитор продавца ожидают, что продажа производится для того, чтобы генерировать поступления от продажи для продавца. И наоборот, продажа торговцем производственного оборудования большими партиями другому торговцу предположительно не производилась бы в ходе обычной коммерческой деятельности этого торговца. Аналогичным образом, продажа владельцем типографии старых печатных машин также не производилась бы в ходе обычной коммерческой деятельности этого владельца типографии. В большинстве случаев для покупателя будет очевидным – или же ему будет легко установить, – что такая продажа соответствует обычной коммерческой деятельности продавца. По этим причинам подход, основывающийся на обычной коммерческой деятельности, является подходом, принятым в Руководстве (см. рекомендацию 78, подпункт (a)).

79. В отношении случаев продажи, которые явно выходят за рамки обычной коммерческой деятельности лица, предоставляющего право, или случаев, когда у покупателя, по меньшей мере, возник вопрос такого рода, если обеспечительные права кредиторов подлежат регистрации в общем реестре обеспечительных прав, этот покупатель может защитить себя путем поиска в реестре для определения того, обременен ли приобретаемый им актив обеспечительным правом, и если это так, то добиваться освобождения от этого обеспечительного права у обеспеченного кредитора.

80. В некоторых правовых системах покупателям обремененных активов разрешается принимать такие активы свободными от обеспечительного права даже тогда, когда сделка выходит за рамки обычной коммерческой деятельности продавца, если такого рода активы являются предметами низкой стоимости. Причина, проводимая в пользу использования этого подхода, заключается в том, что в этих правовых системах нормы права, касающиеся обеспеченных сделок, либо не разрешают регистрацию обеспечительного права в предмете низкой стоимости, либо издержки на регистрацию являются достаточно значительными по сравнению со стоимостью актива, и было бы несправедливым переносить эти издержки на покупателя данного предмета. И напротив, можно утверждать, что если предмет действительно имеет низкую стоимость, то обеспеченный кредитор вряд ли сможет принудительно реализовать свое обеспечительное право в активе, находящемся в руках покупателя. Кроме того, определение того, какие предметы имеют достаточно низкую стоимость для того, чтобы их продажу можно было исключить, привело бы к установлению произвольных пределов, которые пришлось бы непрерывно пересматривать, с тем чтобы они соответствовали колебаниям стоимости в результате инфляции и действия других факторов. По этим причинам в Руководстве не принято дополнительного исключения в отношении предметов низкой стоимости.

81. Более трудный принципиальный выбор возникает в относительно необычной ситуации, в которой активы продаются несколько раз и ни одна купля-продажа не производится в ходе обычной коммерческой деятельности продавца. В некоторых государствах покупатель, приобретающий активы у продавца, который ранее приобрел эти активы у лица, предоставляющего право ("отдаленный приобретатель"), получает эти активы свободными от обеспечительных прав. Этот подход используется потому, что было бы весьма трудным для отдаленного приобретателя выявить существование обеспечительного права, предоставленног о предыдущим собственником обремененных активов. Во многих случаях отдаленные приобретатели не осведомлены о том, что предыдущему собственнику когда-либо принадлежал данный актив и, соответственно, у них нет оснований проводить поиск в отношении предыдущего собственника. Проблема, касающаяся этого подхода, заключается в том, что его использование наносит ущерб надежности обеспечительного права, предоставленного продавцом, поскольку существует возможность того, что актив будет продан без осведомленности об этом обеспеченного кредитора отдаленному приобретателю либо невиновно, либо с конкретным умыслом лишить обеспеченного кредитора его обеспечительного права. По этой причине другие государства предусматривают, что в случае, когда покупатель материальных активов принимает их свободными от обеспечительного права, предоставленного их продавцом, отдаленный приобретатель также примет их свободными от обеспечительного права. В этих государствах если отдаленный приобретатель покупает у продавца такой приобретенный актив обремененным обеспечительным правом, то отдаленный приобретатель получит это имущество обремененным этим обеспечительным правом, если только отдаленная продажа сама по себе не производится в ходе обычной коммерческой деятельности продавца. Для сохранения последовательности в использовании этого подхода по отношению к купле-продаже в ходе обычной коммерческой деятельности в Руководстве рекомендуется, чтобы в тех случаях, когда покупатель материальных активов

принимает их свободными от обеспечительного права, предоставленного их продавцом, отдаленный приобретатель также примет их свободными от этого обеспечительного права (см. рекомендацию 79). Если продавец принимает актив обремененным обеспечительным правом, то отдаленный приобретатель также обычно примет этот актив обремененным таким правом.

82. Возможный недостаток подхода, основывающегося на обычной коммерческой деятельности, особенно в международной торговле, возникает в том ограниченном числе ситуаций, в которых покупателю не ясно, какие виды деятельности входят в обычную коммерческую деятельность продавца. При этом в рамках нормальных взаимоотношений между покупателем и продавцом весьма вероятно, что покупатели будут осведомлены о виде коммерческой деятельности, которой занимается продавец, и в этих ситуациях подход, основывающийся на обычной коммерческой деятельности, будет соответствовать ожиданиям сторон. По этой причине число случаев, в которых возникает такого рода путаница, ограничено в практике. В конечном счете преимущества использования подхода, основывающегося на обычной коммерческой деятельности, превалируют над его недостатками. Этот подход способствует торговле и позволяет обеспеченным кредиторам и покупателям защищать свои соответствующие интересы действенным и эффективным с точки зрения затрат образом без причинения ущерба содействию обеспеченному кредитованию.

b. Подход, основывающийся на добросовестности

83. Многие государства использовали иной подход для определения того, принимает ли покупатель обремененных активов правовой титул на эти активы свободными от обеспечительного права, созданного продавцом. В этих государствах покупатель материальных активов принимает такие материальные активы свободными от любых обеспечительных прав, если покупатель приобретает материальные активы добросовестно (без учета того, была ли продажа произведена в ходе обычной коммерческой деятельности продавца). Государства приняли различные формулировки определения понятия "добросовестности" для целей этого критерия. Например, в некоторых государствах покупатель обязан провести расследование по вопросу о том, обременены ли активы обеспечительным правом, тогда как в других государствах покупатель не несет такой обязанности.

84. Один из аргументов в пользу использования этого подхода заключается в том, что добросовестность представляет собой понятие, известное во всех правовых системах, и накоплен значительный опыт применения этого понятия как на национальном, так и на международном уровнях. Другой аргумент заключается в том, что должна существовать презумпция того, что покупатель действует добросовестно, если только не доказано иное. Еще один аргумент в пользу использования этого подхода заключается в том, что он освобождает покупателя от расходов и затрат времени, сопряженных с проведением поиска в реестре. Однако проблема, связанная с таким подходом, состоит в том, что он сосредоточивается на субъективном критерии, касающемся осведомленности и намерений покупателя (который также порождает трудные доказательственные вопросы), а не на коммерческих ожиданиях всех сторон, участвующих в сделке.

iii) Права арендаторов

85. Споры в отношении приоритета иногда возникают между держателем обеспечительного права в материальном активе, предоставленного собственником или арендодателем этого актива, и арендатором такого актива. В этом контексте вопрос заключается не в том, принимает ли арендатор фактически данный актив свободным от обеспечительного права в том смысле, что обеспечительное право отсечено. Вопрос скорее заключается в том, не затрагивается ли право арендатора использовать арендованный актив на условиях, установленных в соглашении об аренде, обеспечительным правом. Ключевой момент состоит в том, может ли арендатор после того, как держатель обеспечительного права начнет процедуру принудительной реализации этого права, тем не менее, продолжать использовать актив до тех пор, пока он продолжает платить аренду и в иных отношениях соблюдает условия аренды. Общий принцип, который рассматривался в отношении покупателей, применяется также и здесь (см. пункты 70-72 выше). В принципе такой актив обременен обеспечительным правом и, таким образом, обеспеченный кредитор может принудительно реализовать свое обеспечительное право в случае неисполнения обязательства лицом, предоставляющим право, даже если это означает перерыв в использовании данного актива арендатором согласно условиям договора аренды.

86. Как и в случае покупателей материальных активов, обремененных ранее существовавшим обеспечительным правом, многие государства признают два исключения из этого общего принципа. Согласно любому из этих исключений обеспечительное право не прекращает своего существования. Однако на срок аренды право обеспеченного кредитора ограничивается правами арендодателя – лица, предоставляющего право, в этих активах, а арендатор может продолжать без перерыва использовать этот актив в соответствии с условиями договора аренды.

87. Первое исключение применяется тогда, когда обеспеченный кредитор разрешил лицу, предоставляющему право, заключить соглашение об аренде, которое не затрагивается обеспечительным правом. Как и в случае продажи материальных активов, если обеспеченный кредитор разрешил сдачу в аренду, осведомленность арендатора о существовании обеспечительного права не имеет никакого значения. Руководство предусматривает это исключение (см. рекомендацию 77, подпункт (b)). Второе исключение относится к ситуациям, в которых арендодатель материального актива занимается коммерческой деятельностью, связанной с передачей в аренду материальных активов такого рода, причем соглашение об аренде заключается в ходе обычной коммерческой деятельности арендодателя, а арендатор фактически не осведомлен о том, что аренда нарушает права обеспеченного кредитора, предусмотренные соглашением об обеспечении. Такая осведомленность имела бы место тогда, когда, например, арендатор был осведомлен о том, что соглашение об обеспечении, предусматривающее создание такого обеспечительного права, прямо запрещает лицу, предоставляющему право, сдавать в аренду данные активы. Однако простая осведомленность о существовании обеспечительного права независимо от того, имеет ли она место постольку, поскольку арендатор ознакомился с уведомлением, зарегистрированным в системе регистрации обеспечительных прав или каким-либо иным образом, не будет считаться

достаточной для аннулирования прав арендатора. Это исключение основывается на принципиальных соображениях, аналогичных тем соображениям, которые касаются аналогичного исключения в отношении продажи материальных активов в ходе обычной коммерческой деятельности продавца, и отражает подход, принятый в Руководстве (см. рекомендацию 78, подпункт (b), и пункт 73 выше).

88. Эффективный режим регулирования обеспеченных сделок должен также затрагивать вопрос субаренды. В ситуациях, в которых права арендатора какого-либо материального актива считаются не затрагиваемыми обеспечительным правом в активах, предоставленных арендодателем, обычно считается приемлемым то, что права субарендатора также не будут затрагиваться этим. Для сохранения последовательности использования этого подхода в отношении сделок, заключаемых в ходе обычной коммерческой деятельности, в Руководстве рекомендуется, чтобы такого рода правило также применялось к субаренде (см. рекомендацию 79).

iv) Права лицензиатов

89. Рассматриваемые выше вопросы также возникают в контексте выдачи лицензии на нематериальные активы, которые обременены обеспечительным правом, созданным лицензиаром, и общий принцип, применимый к продаже и аренде материальных активов, также применяется к лицензиям в отношении нематериальных активов (см. рекомендацию 76). Таким образом, если обеспечительное право в каком-либо нематериальном активе имеет силу в отношении третьих сторон, оно будет сохраняться в активах, находящихся в руках лицензиата, если только не применяется одно из вышеупомянутых исключений (см. рекомендации 77 и 78).

90. Первое исключение, признанное большинством государств, имеет два аспекта, которые следуют правилу в отношении продажи и аренды материальных активов. Как и в случае аренды, если обеспеченный кредитор разрешает выдачу лицензии, лицензиат принимает актив свободным от обеспечительного права, и не имеет значения то, был ли лицензиат осведомлен о существовании этого обеспечительного права. В Руководстве принято это исключение (см. рекомендацию 77, подпункт (b)).

91. Второе исключение (также аналогичное подобным исключениям в отношении продажи и аренды материальных активов) касается ситуации, связанной с неисключительным лицензированием нематериальных активов, когда лицензиар занимается коммерческой деятельностью, сопряженной с выдачей неисключительных лицензий на такие активы, лицензия выдается в ходе обычной коммерческой деятельности лицензиара, а лицензиат не был осведомлен о том, что данная лицензия нарушает права обеспеченного кредитора по соглашению об обеспечении (см. рекомендацию 78, подпункт (c)). Как и в случае продажи и аренды материальных активов, общепризнанно то, что такая осведомленность имела бы место, если бы, например, лицензиат был осведомлен о том, что соглашение об обеспечении, предусматривающее создание такого обеспечительного права, прямо запрещает лицу, предоставляющему право, выдавать лицензию на данные активы. Однако простая осведомленность о существовании обеспечительного права, подтвержденном уведомлением, которое было зарегистрировано в системе

регистрации обеспечительных прав, не будет достаточной для аннулирования прав лицензиата.

92. Важно отметить, что второе исключение относится только к неисключительным лицензиям на нематериальные активы (например, лицензиям, согласно которым лицензиат не является единственным и исключительным лицензиатом на интеллектуальную собственность, охватываемую лицензией, как это имеет место в случае массового распространения средств программного обеспечения) и не применяется к исключительным лицензиям. Если лицо, предоставляющее право, занимается коммерческой деятельностью, сопряженной с лицензированием нематериальных активов, обеспеченный кредитор, который является держателем обеспечительного права в таких активах, обычно будет предполагать, что лицо, предоставляющее ему право, будет выдавать неисключительные лицензии на эти активы, с тем чтобы генерировать поступления. Кроме того, неразумно ожидать, что лицензиат, имеющий неисключительную лицензию, будет вести поиск в общем реестре обеспечительных прав для того, чтобы убедиться в существовании обеспечительных прав в активах, на которые выдана лицензия. С другой стороны, выдача исключительной лицензии на нематериальные активы, согласно которой лицензиату предоставляется исключительное право использования этих активов во всем мире или даже на конкретной территории, обычно является заключенной сделкой. Такая сделка часто выходит за рамки обычной коммерческой деятельности лицензиара (хотя она также может заключаться в ходе обычной коммерческой деятельности лицензиара, если лицензиар занимается коммерческой деятельностью, сопряженной с выдачей исключительных лицензий, как часто происходит в случае, например касающемся кинематографии). В случае выдачи исключительной лицензии разумно ожидать, что лицензиат проведет поиск в общем реестре обеспечительных прав для установления того, обременены ли активы, на которые выдана лицензия, обеспечительным правом, созданным лицензиаром, и для того, чтобы заручиться соответствующим изъятием или обеспечить субординацию приоритета.

93. И, наконец, как и в случае продажи и аренды материальных активов, режим регулирования обеспеченных сделок должен затрагивать случай выдачи сублицензии. При этом, как и в случаях продажи и аренды, выдвигается убедительный аргумент в пользу обеспечения того, чтобы сублицензия не затрагивалась обеспечительным правом, созданным первоначальным лицензиаром, в тех ситуациях, в каких согласно соответствующим нормам права считается, что сама лицензия не затрагивается обеспечительным правом (см. рекомендацию 79).

v) Права дарополучателей и других безвозмездных получателей

94. Положение получателя обремененного актива в качестве дара (т.е. безвозмездно; обычно называемого "дарополучатель", а также "наследник") несколько отличается от положения покупателя или другого получателя возмездно. Поскольку безвозмездный получатель не расстается со стоимостью, нет и объективного свидетельства, сопряженного с ущербом учета, по всей видимости, необремененного права собственности, принадлежащего лицу, предоставляющему право. В результате этого в случае спора в отношении

приоритета между дарополучателем какого-либо актива и держателем обеспечительного права в этом активе, предоставленного лицом, передающим его получателю, имеет место убедительный аргумент в пользу предоставления приоритета обеспеченному кредитору даже при обстоятельствах, когда обеспечительное право в иных отношениях не имеет силы в отношении третьих сторон. Второй аргумент в пользу использования этого подхода заключается в том, что если обремененный актив является даром, то отсутствуют "поступления", на которые обеспеченный кредитор может рассчитывать взамен обремененных активов. Хотя некоторые государства используют этот подход, большинство государств придерживаются общего правила, согласно которому только обеспечительные права, которым была придана сила в отношении третьих сторон, будут обладать приоритетом по сравнению с другими заявителями требований. Это означает, что обеспечительное право, которое имеет силу в отношении третьих сторон, сопровождает актив, находящийся в руках его получателя (см. рекомендацию 76), а исключения предусматриваются только в отношении таких возмездных получателей, как покупатели, арендаторы или лицензиаты (см. рекомендации 77-79). Применяя это правило, дарополучатель никогда не может стать получателем в ходе обычной коммерческой деятельности и будет принимать актив свободным от обеспечительного права только в том случае, если данное обеспечительное право не имеет силы в отношении третьих сторон.

d) Приоритет преференциальных требований

95. Во многих государствах в качестве способа достижения общих социальных целей определенные необеспеченные требования вновь квалифицируются как преференциальные требования и наделяются в рамках или даже за рамками производства по делу о несостоятельности приоритетом над другими необеспеченными требованиями. В некоторых случаях приоритет также предоставляется обеспеченным требованиям, в том числе обеспеченным требованиям, которые были ранее зарегистрированы. Например, в некоторых государствах требования служащих в отношении невыплаченной заработной платы и государства в отношении неуплаченных налогов наделяются приоритетом над ранее существовавшими обеспечительными правами. Поскольку социальные цели являются разными в каждой стране, точный характер этих требований и степень, в которой им предоставляется приоритет, являются весьма разнообразными. Кроме того, во многих государствах, по меньшей мере, некоторые из этих требований должны быть зарегистрированы для придания им силы в отношении третьих сторон, тогда как другие государства не требуют регистрации для придания силы в отношении третьих сторон.

96. Преимущество установления этих преференциальных требований заключается в том, что может оказываться содействие достижению какой-либо социальной цели. Возможные недостатки зависят в значительной мере от того, требуется ли регистрировать такие требования. Недостаток незарегистрированных преференциальных требований заключается в том, что, как правило, будет весьма трудно или невозможно для потенциальных кредиторов знать, существуют ли такие требования, а это обстоятельство увеличивает неопределенность и тем самым препятствует обеспеченному кредитованию. Данный конкретный недостаток не затрагивает требований,

которые должны быть зарегистрированы. Тем не менее даже зарегистрированные преференциальные требования могут неблагоприятно воздействовать на наличие и стоимость обеспеченного кредитования. Причина этого заключается в том, что, поскольку такие требования уменьшают экономическую стоимость актива для обеспеченного кредитора, кредиторы будут часто переносить экономическое бремя, связанное с такими требованиями, на лицо, предоставляющее право, путем увеличения процентной ставки или путем удержания оценочной суммы таких требований из суммы имеющегося кредита.

97. Чтобы избежать воспрепятствования обеспеченному кредитованию, многие государства в последнее время уменьшили число преференциальных требований, которым придается приоритет над существующими обеспечительными правами. Тенденция в современном законодательстве заключается в установлении таких требований только тогда, когда не имеется других эффективных способов достижения основополагающей социальной цели. Например, в некоторых правовых системах налоговые поступления защищаются путем стимулирования директоров компании к оперативному решению финансовых проблем, ибо в противном случае они будут нести личную ответственность, тогда как требования в отношении заработной платы защищаются с помощью какого-либо публичного фонда. Кроме того, многие государства также стремились ограничить воздействие преференциальных требований на наличие обеспеченного кредитования путем установления предела в отношении либо суммы, которая может быть выплачена заявителю преференциального требования, либо процентной доли суммы, которая была получена в результате реализации и которая может использоваться для выплаты такому заявителю.

98. Если допускается существование преференциальных требований, то устанавливающее их законодательство должно быть достаточно ясным и транспарентным, с тем чтобы кредитор был в состоянии произвести расчеты возможной суммы преференциальных требований заранее и обеспечить свою защиту. Некоторые государства достигли такой ясности и транспарентности посредством перечисления всех преференциальных требований в одном законе или в приложении к закону. Другие государства достигли этого результата путем установления требования о том, что преференциальные требования должны быть зарегистрированы в публичном реестре и путем предоставления таким требованиям приоритета только над обеспечительными правами, зарегистрированными впоследствии. Однако, когда государства используют этот второй подход, большая часть обоснования для предъявления преференциальных требований исчезает. Это происходит потому, что ряд таких требований возникает непосредственно до начала производства по делу о несостоятельности, и поэтому маловероятно предоставление любого обеспеченного кредита после их регистрации. Руководство стремится обеспечить баланс в отношении преференциальных требований, не включая рекомендацию об их регистрации, а скорее рекомендуя, чтобы закон ограничивал такие требования и по видам, и по сумме и чтобы в той степени, в какой существуют преференциальные требования, они были описаны в законодательстве таким образом, какой является достаточно ясным и конкретным, с тем чтобы позволять потенциальным обеспеченным кредиторам

принимать решение о том, предоставлять ли кредит какому-либо лицу, предоставляющему право (см. рекомендацию 80).

e) Приоритет прав кредиторов по судебному решению

99. В рамках современных режимов регулирования обеспеченных сделок общее правило заключается в том, что обеспечительное право, имеющее силу в отношении третьих сторон, наделяется приоритетом над правами необеспеченного кредитора. Вместе с тем, как указывается в пункте [...] выше, в некоторых государствах держатель необеспеченного требования может получить право в активах должника, заручившись судебным решением или временным судебным предписанием в отношении этого должника и зарегистрировав такое судебное решение или временное судебное предписание в общем реестре обеспечительных прав и тем самым преобразовав необеспеченное требование в обеспеченное требование, статус которого определяется обычными правилами приоритета. Некоторые из этих государств пошли дальше и предусмотрели, что в случае, когда необеспеченный кредитор предпринял шаги, необходимые согласно применимому праву для получения судебного решения или временного судебного предписания, имущественные права, которые он утверждает, могут фактически иметь приоритет над определенными требованиями ранее существовавшего обеспеченного кредитора. В законодательстве проводится различие между этими кредиторами и другими необеспеченными кредиторами с учетом их внимательного отношения к тому, что они могут предпринять, зачастую при значительных издержках, для предъявления своего требования к лицу, имеющему обязательство перед ними. Для удобства пользования термин "судебное решение" используется ниже в целях указания как на судебное решение, так и на временное судебное предписание, а термин "кредитор по судебному решению" используется для указания на кредитора, который получил либо судебное решение, либо временное судебное предписание в отношении должника.

100. Такой результат не является несправедливым для других необеспеченных кредиторов в целом, поскольку они обладают теми же правами на сведение своих требований к сумме по судебному решению, но не воспользовались временем или не понесли расходы для этого. Вместе с тем во избежание предоставления кредиторам по судебному решению чрезмерных полномочий в правовых системах, в которых один кредитор может даже возбудить разбирательство по делу о несостоятельности, законодательство о несостоятельности часто предусматривает, что обеспечительные права, возникающие из судебных решений, которые были получены в течение конкретно указанного периода времени до начала разбирательства по делу о несостоятельности, могут игнорироваться управляющим в деле о несостоятельности. В различных правовых системах имущественное право кредитора по судебному решению погашается и не признается в ходе разбирательства по делу о несостоятельности должника.

101. Современные режимы регулирования обеспеченных сделок обычно затрагивают этот вид спора в отношении приоритета посредством сочетания интересов кредитора по судебному решению и обеспеченного кредитора. С одной стороны, кредитор по судебному решению заинтересован в том, чтобы в какой-либо данный момент времени знать, имеется ли достаточная стоимость в

необремененных активах лица, предоставляющего право, для приведения в исполнение данного судебного решения. С другой стороны, существует убедительный основополагающий аргумент в пользу защиты прав обеспеченного кредитора на том основании, что обеспеченный кредитор прямо полагался на свое обеспечительное право как на основание для предоставления кредита.

102. Многие государства стремятся обеспечить такую сбалансированность в целом путем предоставления приоритета обеспечительному праву над имущественным правом кредитора по судебному решению в обремененных активах постольку, поскольку обеспечительное право получает силу в отношении третьих сторон до возникновения имущественного права кредитора по судебному решению. Именно этот общий принцип закреплен в Руководстве (см. рекомендацию 81).

103. В государствах, которые стремятся защитить права кредиторов по судебному решению, как правило, установлено одно исключение и два ограничения в отношении данного общего правила. Обычно исключение в отношении прав кредиторов по судебному решению устанавливается в случае приобретения обеспечительных прав в иных обремененных активах, чем инвентарные запасы или потребительские товары. Приоритет предоставляется приобретательскому обеспечительному праву даже в том случае, когда оно не имеет силы во время получения кредитором по судебному решению прав в этом обремененном активе постольку, поскольку обеспечительное право наделяется силой в отношении третьих сторон в течение применимого льготного периода времени, предусмотренного для таких обеспечительных прав. Правило об ином породило бы неприемлемый риск для лиц, предоставляющих финансирование приобретения, которые уже предоставили кредит до того времени, когда кредитор по судебному решению получил свое имущественное право, и таким образом препятствовало бы финансированию приобретения (см. рекомендацию 179).

104. Упомянутые выше ограничения в отношении этого правила касаются ограничений в отношении размера кредита, которому отдается приоритет. Первое ограничение обусловлено необходимостью защищать существующих обеспеченных кредиторов от осуществления дополнительных выплат на основе стоимости активов, обремененных правами по судебному решению. Должен быть создан механизм уведомления кредиторов о таких правах по судебному решению. Во многих правовых системах, в которых действует система регистрации, такое уведомление обеспечивается за счет распространения на права по судебному решению требований системы регистрации. В случае отсутствия системы регистрации или в случае, когда права по судебному решению не подлежат регистрации, от кредитора по судебному решению может потребоваться уведомить существующих обеспеченных кредиторов о факте наличия такого судебного решения. Кроме того, в законодательстве может быть предусмотрено, что приоритет существующего обеспеченного кредитора сохраняется в течение определенного срока (возможно, 45-60 дней) после регистрации права по судебному решению (или после получения кредитором уведомления о праве кредитора по судебному решению в обремененных активах), с тем чтобы кредитор мог предпринять шаги по соответствующей защите своих прав. Чем меньше период времени, в течение которого

существующий обеспеченный кредитор должен отреагировать на наличие прав по судебному решению, и чем меньше распространяется информация о таких правах по судебному решению, тем сильнее будет негативное воздействие потенциального существования таких прав на наличие и стоимость кредитов в контексте кредитных сделок, обеспечивающих выплату кредитов в разное время после заключения кредитного соглашения ("будущие выплаты").

105. В Руководстве содержится рекомендация о том, что зарегистрированным обеспеченным кредиторам должно направляться уведомление и что приоритет любого обеспечительного права ограничивается кредитом, предоставленным обеспеченным кредитором в течение определенного числа дней (например, 30-60 дней), после уведомления обеспеченного кредитора о наличии права у кредитора по судебному решению (см. рекомендацию 81, подпункт (a)). Хотя это ограничение налагает на кредитора по судебному решению обязательство уведомлять обеспеченного кредитора о своем праве, обычно это обязательство не возлагает чрезмерного бремени на кредитора по судебному решению и освобождает обеспеченного кредитора от обязательства часто вести поиск судебных решений в отношении лица, предоставляющего право (что представляет собой значительно более обременительное обязательство, требующее более значительных затрат, которые почти всегда будут возлагаться на лицо, предоставляющее право). Существование льготного периода обосновывается тем, что он препятствует обеспеченному кредитору в рамках механизма возобновляемого кредитования или иного механизма кредитования, обеспечивающего будущее предоставление кредитов, немедленно прекратить предоставление ссуд или других форм кредита, что могло бы создать трудности для лица, предоставляющего право, или даже вынудить его объявить о своей несостоятельности.

106. Второе ограничение касается будущих выплат. Приоритет обеспечительного права может быть распространен на выплаты, произведенные даже после уведомления обеспеченного кредитора о правах кредитора по судебному решению, при условии, что до направления этого уведомления по такой выплате было принято необратимое обязательство в отношении фиксированной суммы или суммы, которая может быть рассчитана по определенной формуле.

107. Обоснование этого правила заключается в том, что было бы несправедливо лишать обеспеченного кредитора, который принял на себя необратимое обязательство предоставить кредит, приоритета, из которого он исходил, принимая на себя данное обязательство. Довод в пользу обратного заключается в том, что в рамках многих механизмов кредитования наличие судебного решения будет представлять собой событие неисполнения обязательств, дающего обеспеченному кредитору право прекратить предоставление дополнительных кредитов. Однако прекращение предоставления кредитов может и не быть достаточной защитой для обеспеченного кредитора и может причинять ущерб и другим сторонам. Например, неожиданная потеря кредитов, которой предваряет судебное решение, вполне может вынудить лицо, предоставляющее право, возбудить производство по делу о несостоятельности, в результате чего не только возникнут потери для обеспеченного кредитора и других кредиторов, но и произойдет, возможно, уничтожение коммерческого предприятия лица, предоставляющего право. В Руководстве такой спор в отношении приоритета

разрешается в пользу продолжения предоставления кредита в рамках механизма принятия безотзывного обязательства по кредитованию, с тем чтобы лицо, предоставляющее право, могло продолжить свою коммерческую деятельность (что может в максимальной степени увеличить вероятность выполнения всех своих обязательств лицом, предоставляющим право) (см. рекомендацию 81, подпункт (b)).

f) Приоритет прав лиц, предоставляющих услуги в отношении обремененных активов

108. Во многих государствах кредиторам, которые тем или иным образом осуществляют обслуживание или увеличивают стоимость материальных обремененных активов, например путем их хранения, ремонта или перевозки, предоставляется имущественное право в таких активах. В некоторых государствах это право может превратиться в полновесное обеспечительное право, которое позволяет поставщику услуг реализовать свое требование, как если бы оно было обеспечительным правом. В других государствах это право представляет собой всего лишь право отказать в передаче активов любому лицу, добивающемуся их передачи. Независимо от характера права поставщика услуг в этих государствах его можно востребовать только в том случае, когда активы все еще находятся во владении поставщика услуг.

109. Такое отношение к поставщикам услуг обладает тем преимуществом, что побуждает их на постоянной основе обслуживать обремененные активы и способствовать поддержанию нормального состояния и сохранению таких активов. В большинстве государств право, предоставленное поставщикам услуг, имеет приоритет над всеми другими правами, которые могут быть истребованы в активах, находящихся в их владении. В частности, это право обладает более высоким статусом, чем любое другое обеспечительное право в данных активах, независимо от соответствующих дат, в которые данным двум правам была придана сила в отношении третьих сторон. Обоснование такого правила приоритета заключается в том, что поставщики услуг не являются профессиональными финансистами, и их следует освобождать от обязанности вести поиск регистрационных записей с целью установления факта наличия конкурирующих обеспечительных прав до предоставления своих услуг. Кроме того, это правило способствует предоставлению таких услуг, как хранение и ремонт и внесение других усовершенствований, что обычно отвечает интересам обеспеченных кредиторов, а также лиц, предоставляющих право.

110. Возникает вопрос о том, следует ли ограничить приоритет, предоставляемый поставщикам услуг, определенной суммой, или же его следует признавать только при определенных обстоятельствах. Один из подходов заключается в том, чтобы ограничить его некоторой суммой (например, месячной арендной платой в случае собственников недвижимости) и признавать их приоритет по отношению к ранее существовавшим обеспечительным правам только в том случае, когда стоимость активов была увеличена, и это непосредственно отвечает интересам держателей ранее существовавших обеспечительных прав. Этот подход обладает тем преимуществом, что права обеспеченных кредиторов не будут неоправданно ограничиваться. При этом его недостаток заключается в том, что поставщики услуг, не увеличившие стоимость активов, не будут обеспечены защитой. Кроме того, необходимо будет

определять размер стоимости, добавленной поставщиками услуг, что может привести к увеличению расходов и возникновению судебной тяжбы.

111. Другой подход заключается в том, чтобы ограничить приоритет поставщиков услуг разумной стоимостью предоставляемых услуг. Такой подход будет отражать справедливое и эффективное сочетание конкурирующих интересов. Он обеспечит разумную защиту поставщиков услуг, но при этом позволит избежать трудных вопросов доказывания, касающихся относительной стоимости обремененных активов до и после оказания соответствующих услуг. Поскольку разумная стоимость услуг основывается на подсчете, который может быть проверен сравнительно и публично, этот подход также сводит к минимуму издержки, связанные с утверждением этого права. По этой причине в Руководстве рекомендуется использовать этот подход (см. рекомендацию 82).

g) Приоритет права поставщика на возвращение

112. В некоторых государствах поставщик, продающий материальные активы в кредит без обеспечения, может в случае неисполнения обязательства или финансовой несостоятельности покупателя (которые могут или не могут сопровождаться производством по делу о несостоятельности лица, предоставляющего право) получить предусмотренное законом право потребовать от покупателя возвращения этих материальных активов в течение конкретно указанного срока, который известен как "срок рекламации". Если производство по делу о несостоятельности в отношении покупателя началось, то применимые правовые нормы о несостоятельности будут определять, насколько это приостановит действие прав заявителей требований на возвращение или иным образом затронет их права (см. рекомендации 39-51 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности).

113. Один из важных вопросов состоит в том, должно ли требование о возвращении, касающееся конкретных материальных активов, иметь приоритет над ранее существовавшим обеспечительным правом в этих же активах либо в контексте несостоятельности, либо вне контекста несостоятельности. Иными словами, вопрос заключается в том, должны ли эти испрашиваемые активы быть возвращены продавцу свободными от такого обеспечительного права, если активы покупателя (включая активы, являющиеся предметом требования о возвращении) обременены обеспечительным правом. В некоторых государствах требование о возвращении имеет обратную силу, в результате чего продавец оказывается в том же положении, в каком он был до продажи активов (т.е. в положении держателя активов, не обремененных никакими обеспечительными правами в пользу кредиторов покупателя). В то же время в других государствах такие активы остаются обремененными ранее существовавшими обеспечительными правами при условии, что эти обеспечительные права вступили в силу в отношении третьих сторон до того, как поставщик реализовал свое право на возвращение. Обоснование этого подхода заключается в том, что держатели таких обеспечительных прав, по всей вероятности, будут полагаться на существование испрашиваемых активов при предоставлении кредита. Кроме того, если правам на возвращение был предоставлен приоритет в этой ситуации, то ответной мерой лиц, финансирующих приобретение инвентарных запасов, зачастую будет уменьшение суммы кредита, предоставленного лицу,

предоставляющему право, путем "резервирования" возможных требований о возвращении.

114. Если государства установили современный режим регулирования обеспеченных сделок такого рода, какой предусматривается в Руководстве, то продавец в состоянии защитить себя путем получения приобретательского обеспечительного права в активах, и по этой причине основополагающие цели, достижению которых следует содействовать путем предоставления прав на возвращение, обычно могут быть достигнуты с помощью других способов. Следовательно, в Руководстве содержится рекомендация о том, чтобы права на возвращение не обладали приоритетом, если только они не реализуются до придания конкурирующему обеспечительному праву силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 83).

h) Приоритет обеспечительного права в принадлежностях

115. Материальные активы часто могут становиться принадлежностями других материальных активов (будь то движимых, как в случае шин, являющихся принадлежностью автотранспортных средств, или недвижимых, как в случае каминов с орнаментом или люстр, или печей, являющихся принадлежностями зданий). В таких случаях часто могут возникать коллизии между обеспечительными правами, созданными в принадлежностях, и обеспечительными правами, созданными в объекте, к которому относятся эти принадлежности. Разные основополагающие соображения вступают в силу при определении того, каким образом устанавливается относительный приоритет этих прав между принадлежностями недвижимого имущества и принадлежностями движимого имущества.

i) Приоритет обеспечительного права в принадлежности недвижимого имущества

116. В той степени, в какой режим регулирования обеспеченных сделок допускает создание обеспечительных прав в принадлежностях недвижимого имущества (как рекомендуется в Руководстве; см. рекомендацию 21), он должен также включать правила, регулирующие относительный приоритет держателя обеспечительных прав в принадлежностях недвижимого имущества по отношению к лицам, которые удерживают права на связанное с этим недвижимое имущество. Важнейшая цель таких правил приоритета заключается во избежание излишнего нарушения хорошо установившихся принципов права, касающегося недвижимого имущества.

117. Такие правила приоритета должны быть направлены на урегулирование различных случаев коллизии приоритетов. Во-первых, коллизия приоритетов возникает между обеспечительным правом в принадлежностях (или любым другим правом в принадлежностях, таким, как право покупателя или арендатора), которое создается и которому придана сила в отношении третьих сторон согласно нормам права, касающимся недвижимого имущества, и обеспечительным правом в принадлежностях, которому придана сила в отношении третьих сторон согласно режиму обеспеченных сделок, регулирующему движимые активы. В такой ситуации из уважения к нормам права, касающимся недвижимого имущества, большинство государств предоставляют приоритет праву, которое создано и которому придана сила в

отношении третьих сторон согласно нормам права, касающимся недвижимого имущества. С целью сохранения надежности реестра недвижимого имущества именно такая позиция занята также в Руководстве (см. рекомендацию 84).

118. Второй вид коллизии приоритетов может возникнуть между обеспечительным правом в обремененном активе, который либо является принадлежностью недвижимого имущества в тот момент времени, когда это обеспечительное право приобретает силу в отношении третьих сторон, либо становится принадлежностью недвижимого имущества впоследствии, когда этому обеспечительному праву была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации в реестре недвижимого имущества, и обеспечительным правом в соответствующем недвижимом имуществе (или другим правом, таким как право покупателя или арендодателя). В таких случаях приоритет будет определяться очередностью регистрации в реестре недвижимого имущества. И вновь, обоснованием этого является необходимость сохранения надежности реестра недвижимого имущества и это обоснование также лежит в основе позиции, занятой в Руководстве (см. рекомендацию 85).

119. Третий вид коллизии приоритетов может возникнуть между приобретательским обеспечительным правом в обремененном активе, который становится принадлежностью недвижимого имущества, и обременением этого недвижимого имущества. Чтобы содействовать финансированию приобретения принадлежностей, в Руководстве рекомендуется, чтобы приоритет предоставлялся приобретательскому обеспечительному праву в обремененном активе, который становится принадлежностью (см. рекомендацию 180; согласно рекомендации 192 этот же принцип будет также применяться в случаях, когда лицо, финансирующее приобретение в рамках неунитарного режима, обладает правом на удержание правового титула или правом финансовой аренды).

ii) Приоритет обеспечительного права в принадлежности движимого актива

120. Различные виды коллизии приоритетов могут возникнуть в отношении обеспечительных прав в активах, которые позднее становятся принадлежностями движимых активов. Один из таких видов коллизии может возникать между двумя обеспечительными правами в активах, которые позднее стали принадлежностями одного или нескольких движимых активов. Другой вид коллизии приоритетов может возникать между обеспечительным правом в активе, который позднее становится принадлежностью движимого актива, и обеспечительным правом в соответствующем движимом активе, к которому относится данная принадлежность, если оба обеспечительных права были зарегистрированы в общем реестре обеспечительных прав. В таких случаях приоритет может определяться в соответствии с очередностью регистрации и придания силы в отношении третьих сторон (см. рекомендацию 173). Третий вид коллизии приоритетов может возникать между обеспечительным правом в активе, который позднее становится принадлежностью, если этому обеспечительному праву была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации в специальном реестре или внесения отметки в сертификат правового титула, и обеспечительным правом в соответствующем движимом активе, которое было зарегистрировано в общем реестре обеспечительных прав. В таком случае приоритет предоставляется первому праву с учетом основополагающей цели сохранения целостности специальных реестров и

систем внесения отметок в сертификат правового титула (см. рекомендацию 74, подпункт (a)). Четвертый вид коллизии приоритетов может возникать между двумя обеспечительными правами в активах, которые позднее стали принадлежностями одного или нескольких движимых активов, если обоим правам была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации в специальном реестре или внесения отметки в сертификат правового титула. Пятый вид коллизии приоритетов может возникать между обеспечительным правом в активе, который позднее становится принадлежностью, и обеспечительным правом в соответствующем движимом активе, к которому относится данная принадлежность, если обоим правам была придана сила в отношении третьих сторон путем регистрации в специальном реестре или внесения отметки в сертификат правового титула. В этих случаях приоритет определяется с учетом очередности такой регистрации или внесения отметки (см. рекомендации 74, подпункт (b), и 86).

i) Приоритет обеспечительного права в массе или продукте, вытекающий из обеспечительного права в переработанных или объединенных активах

121. Многие виды материальных активов предназначаются для изготовления, преобразования или объединения с другими материальными активами того же вида. Это обстоятельство приводит к возникновению трех видов потенциальной коллизии приоритетов, которые требуют наличия специальных правил. Этими тремя видами являются: a) коллизии между обеспечительными правами, созданными в одних и тех же предметах материальных активов, которые в конечном счете объединяются в массу или продукт (например, сахар и сахар; масло и масло; зерно и зерно); b) коллизии, затрагивающие обеспечительные права в различных материальных активах, которые в конечном счете становятся частью массы или продукта (например, сахар и мука, стеклопластик и полиэфирная смола; ткань и красящее вещество в ткани); и c) коллизии, затрагивающие обеспечительное право, которое было первоначально создано в отдельных материальных активах, и обеспечительное право в массе или продукте (например, сахар и кекс; стекловолокно и мебель; ткань и брюки). Каждый из этих возможных видов коллизии рассматривается ниже.

i) Приоритет обеспечительных прав в одних и тех же материальных активах, которые объединяются в массу или продукт

122. Государства обычно предусматривают, что непосессорные обеспечительные права в одних и тех же материальных активах, которые объединяются в массу или продукт, имеют такой же приоритет в отношении друг друга, какой они имели до их объединения. Обоснование этого правила заключается в том, что объединение материальных активов в массу или продукт не должно воздействовать на соответствующие права кредиторов, обладающих конкурирующими обеспечительными правами в отдельных материальных активах. По отношению друг к другу они должны иметь идентичный статус. Конечно, в таких случаях общая сумма, которая имеется для удовлетворения требований таких обеспеченных кредиторов, не может превышать стоимость материальных активов, обремененных этими конкурирующими обеспечительными правами непосредственно до того, как они были объединены в массу или продукт (см. рекомендацию 22). В Руководстве рекомендуется применять также этот принцип (см. рекомендацию 87).

ii) Приоритет обеспечительных прав в материальных активах, которые стали частью массы или продукта

123. Если обеспечительные права в разных материальных активах, которые в конечном счете стали частью массы или продукта, сохраняются в этой массе или продукте, то вопрос заключается в том, каким образом определить относительную стоимость прав, которые могут быть истребованы каждым кредитором. Государства использовали многие подходы к решению этого вопроса в зависимости от того, каким образом они определяют объем прав обеспеченного кредитора в массе или продукте. В Руководстве рекомендуется, чтобы обеспеченные кредиторы имели право на долю в совокупной максимальной стоимости своих обеспечительных прав в массе или продукте пропорционально стоимости активов, обремененных их соответствующими обеспечительными правами непосредственно до производства или включения в стоимость всех компонентов в это время (см. рекомендацию 22). Рассмотрим этот случай на примере кекса: если стоимость сахара составляет 2 единицы, а муки – 5 единиц, в то время как стоимость испеченного кекса – 8 единиц, то кредиторы получат 2 и 5 единиц, соответственно, но ни один из обеспеченных кредиторов не получит суммы, превышающей сумму его обеспеченного обязательства. И напротив, если стоимость сахара составляет 2 единицы, а муки – 5 единиц, в то время как стоимость испеченного кекса – 6 единиц, то кредиторы получат две седьмых и пять седьмых от 6 единиц, соответственно. Каждый кредитор в этой ситуации столкнется с пропорциональным уменьшением его доли.

124. Из этого следует, что в случаях такого рода каждый кредитор вправе истребовать свой предоставленный до производства приоритет в доле конечного продукта, отражающей стоимость составной части, в которой он принял обеспечение. Это означает, что, если обеспеченное требование одного обеспеченного кредитора имеет меньшую стоимость, чем стоимость его составной части, а обеспеченное требование другого обеспеченного кредитора превышает стоимость его составной части, то второй обеспеченный кредитор не может истребовать преимущественное право в части стоимости, превышающей стоимость составной части, относимой на долю первого обеспеченного кредитора. Чтобы избежать этих ограничений, многие обеспеченные кредиторы разрабатывают соглашения об обеспечении, содержащие описание обремененных активов как включающих не только составные части, но и любую массу или продукт, которые произведены из этих составных частей. Вместе с тем государства обычно придерживаются вышеуказанной формулы относительной стоимости при определении прав обеспеченных кредиторов, обладающих обеспечительными правами в различных составных частях массы или продукта, и такой подход также рекомендуется в Руководстве (см. рекомендацию 88).

iii) Приоритет обеспечительного права, первоначально созданного в материальных активах, по отношению к обеспечительному праву в массе или продукте

125. Третий вид коллизии приоритетов, которые государства должны урегулировать, является коллизией между обеспечительными правами в материальных активах, которые стали частью массы или продукта, и обеспечительными правами, созданными в самой этой массе или продукте. В целом государства занимают позицию, согласно которой для урегулирования

этих коллизий применяются обычные правила приоритета. Например, если обеспеченный кредитор A обладает обеспечительным правом в сахаре, которое обусловливается уведомлением, зарегистрированным 1 января, а обеспеченный кредитор B обладает обеспечительным правом в нынешних и будущих кексах, которое обусловливается уведомлением, зарегистрированным 1 февраля, то обеспеченный кредитор A будет иметь приоритет, обусловливаемый ограничением, изложенным в рекомендации 22, т.е. его обеспечительное право ограничивается стоимостью активов, которую они имели непосредственно до того, как они стали частью массы или продукта. И напротив, если обеспеченный кредитор A обладает обеспечительным правом в сахаре, которое обусловливается уведомлением, зарегистрированным 1 февраля, а обеспеченный кредитор B обладает обеспечительным правом в нынешних и будущих кексах, которое обусловливается уведомлением, зарегистрированным 1 января, то приоритетом будет обладать обеспеченный кредитор B.

126. Вместе с тем установлено одно исключение из этого принципа, которое и действует тогда, когда обеспеченный кредитор, принявший обеспечение в какой-либо составной части, является лицом, финансирующим приобретение (см. главу XI о финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения). В таких случаях и с учетом общего статуса лиц, финансирующих приобретение, государства обычно предоставляют приобретательскому обеспечительному праву приоритет над всеми обеспечительными правами в массе или продукте, действие которых распространяется на будущие активы. Для сохранения согласованного режима, способствующего наличию кредитов для приобретения материальных активов, в Руководстве также рекомендуется принять этот принцип (см. рекомендацию 89).

5. Сфера действия и толкование правил приоритета

a) Иррелевантность осведомленности о существовании обеспечительного права

127. Одна из ключевых черт современного режима регулирования обеспеченных сделок заключается в том, что, независимо от основы, принятой для определения приоритета, он будет устанавливаться с помощью ссылки на объективные факты (например, регистрацию уведомления, владение, соглашение о контроле или внесение отметки в сертификат правового титула). Для того чтобы такая система приоритетов обеспечивала определенность, эти объективные факты должны быть исключительными способами определения приоритета. Именно по этой причине в большинстве государств, которые обновили свой режим регулирования обеспечительных прав, очередность приоритетов, определяемая с помощью, например, даты регистрации уведомления или вступления кредитором во владение, применяется даже в том случае, если последующий кредитор или другой конкурирующий заявитель требования приобрел свои права, будучи при этом осведомленным о существовании обеспечительного права, которое в то время не было зарегистрировано или которому как-либо иначе не была придана сила в отношении третьих сторон.

128. Обоснование этого правила основывается на предпосылке, согласно которой зачастую бывает весьма трудно доказать, что какое-либо лицо было осведомлено о каком-либо конкретном факте в какой-либо конкретный момент времени. Это особенно верно в отношении какой-либо корпорации или иного

юридического лица с многочисленными служащими. Правила приоритета, основывающиеся на субъективной осведомленности, создают возможность для усложнения урегулирования спора и тем самым уменьшения определенности в отношении статуса приоритета обеспеченных кредиторов и снижения эффективности и действенности данной системы. Хотя предоставление приоритета кредитору, который осведомлен о существовании обеспечительного права, уже созданного лицом, предоставляющим право, может представляться необычным, обоснование приоритета очередностью наступления публично проверяемого факта события, с помощью которой кредитор придает своим правам силу в отношении третьих сторон, обеспечивает определенность во взаимоотношениях между потенциально конкурирующими заявителями требований. Это соображение поддерживает содержащуюся в Руководстве рекомендацию о том, что простая осведомленность о существовании обеспечительного права не имеет отношения к определению приоритета (см. рекомендацию 90).

129. При этом весьма важно отличать осведомленность о всего лишь существовании обеспечительного права от осведомленности о том, что какая-либо конкретная сделка нарушает права обеспеченного кредитора. Например, осведомленность покупателя о существовании незарегистрированного обеспечительного права не нанесет ущерба режиму приоритета, установленному для зарегистрированных прав. И напротив, если покупатель осведомлен также о том, что приобретаемый им актив продается в нарушение конкретных положений соглашения об обеспечении (например, запрещения в отношении права лица, предоставляющего право, продавать обремененные активы), то вполне могут наступить более существенные правовые последствия (например, приобретение правового титула на актив, обремененный существующими обеспечительными правами; см. пункты 70-72 выше; см. также рекомендации 78, 98, подпункт (b), 102 и 103).

b) Свобода договора в отношении приоритета: субординация

130. Режим приоритетов в большинстве государств предусматривает установление правил, которые применяются, если только они не были конкретно изменены затрагиваемыми сторонами. Другими словами, большинство государств предусматривают, что обеспеченный кредитор может в любой момент времени, будь то в одностороннем порядке или по договоренности, субординировать свое обеспечительное право праву существующего или будущего конкурирующего заявителя требования. Например, ссудодатель A, обладающий обеспечительным правом во всех существующих и приобретенных впоследствии активах лица, предоставляющего право, может дать свое согласие на то, чтобы лицо, предоставляющее право, предоставило пользующееся первым приоритетом обеспечительное право в каком-либо конкретном активе (например, единице оборудования) ссудодателю B, с тем чтобы лицо, предоставляющее право, могло получить дополнительное финансирование у ссудодателя B на основе стоимости этого актива. Признание действительности субординации обеспечительных прав отражает вполне установившуюся практику (см., например, статью 25 Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке). С учетом широкого признания полезности соглашений о субординации в Руководстве рекомендуется их разрешать (см. рекомендацию 91).

131. В то же время субординация не может отразиться на правах конкурирующего заявителя требования без его согласия. Таким образом, соглашение о субординации не может неблагоприятно затрагивать приоритет обеспеченного кредитора, который не является стороной этого соглашения. Это означает, что в тех государствах, которые требуют, чтобы кредиторы указывали в зарегистрированном уведомлении максимальную сумму, на которую предоставлено обеспечительное право (см. рекомендацию 57, подпункт (d)), субординация будет ограничиваться указанной стоимостью права с более высоким статусом. Так, например, если ссудодатель A ограничил свое обеспечительное право 100 000 единиц, а ссудодатель B обладает обеспечением в размере 50 000 единиц, то соглашение о субординации между ссудодателем A и ссудодателем C, который обладает обеспечением в размере 200 000 единиц, не может действовать для того, чтобы позволить ссудодателю C истребовать свыше 100 000 единиц по приоритету над ссудодателем B.

132. Цель соглашения о субординации заключается в том, чтобы позволить обеспеченным кредиторам согласовывать между собой наиболее эффективное распределение приоритета их прав в обремененных активах. Для получения полной выгоды от такого консенсуального распределения крайне важно, чтобы приоритет, предоставляемый соглашением о субординации, продолжал действовать в ходе производства по делу о несостоятельности лица, предоставляющего право. В некоторых правовых системах подобное правовое положение уже существует в рамках режима несостоятельности. В других правовых системах может быть необходимо изменить законодательство о несостоятельности, с тем чтобы наделить суды полномочиями обеспечивать исполнение соглашения о субординации и наделить управляющих в делах о несостоятельности правом урегулировать коллизии приоритетов между сторонами соглашений о субординации без какого-либо риска возникновения ответственности (см. главу XVI о воздействии несостоятельности на обеспечительное право, пункт 63, и рекомендацию 237).

133. Субординация обеспечительных прав и других имущественных прав в обремененных активах не влечет за собой субординации платежей до неисполнения обязательства. Этот вопрос является предметом регулирования общего обязательственного права. Обычно до неисполнения обязательства и пока лицо, предоставляющее право, продолжает возвращать ссуду или другой полученный кредит, обеспеченный кредитор не вправе принудительно реализовать свое обеспечительное право, и проблемы приоритета не возникает. Т.е., если не совершается мошенничество и в отсутствие соглашения об ином между лицом, предоставляющим право, и обеспеченным кредитором, ничто не препятствует лицу, предоставляющему право, производить платежи по обязательствам, обеспеченным субординированными обеспечительными правами.

c) Воздействие сохранения силы обеспечительного права в отношении третьих сторон на приоритет

134. Если сила в отношении третьих сторон может быть придана обеспечительному праву с помощью более чем одного метода (например, автоматически, посредством регистрации, посредством владения, посредством контроля или посредством внесения отметки в сертификат правового титула),

встает вопрос о том, следует ли позволять обеспеченному кредитору, который первоначально установил приоритет своего обеспечительного права с помощью ссылки на один из таких методов, переходить к использованию другого метода без утраты своего первоначального приоритета. Некоторые государства не разрешают кредиторам изменять способы, с помощью которых они обеспечили силу в отношении третьих сторон. В результате этого в таких государствах не представляется возможным сохранять приоритет кредитора после такого перехода. Например, если кредитор регистрирует уведомление в общем реестре обеспечительных прав в день 1, вступает во владение обремененным активом в день 10 и аннулирует регистрацию в день 20, то с этого времени соответствующим моментом установления приоритета в этих государствах будет день 10, а не день 1. Если первоначальный метод установления приоритета уже не существует, то датой установления приоритета может быть только момент времени, когда был использован все еще существующий метод установления приоритета.

135. В других государствах вполне возможно сохранять приоритет даже после изменения метода, с помощью которого придается сила в отношении третьих сторон. Вопрос о том, сохраняется ли приоритет, зависит от порядка, в котором систематизированы различные методы придания силы в отношении третьих сторон. В этих государствах принцип заключается в том, что обеспечительное право не будет утрачивать свой приоритет до тех пор, пока не предусмотрен период времени, в течение которого это обеспечительное право не имеет силы в отношении третьих сторон. Например, если обеспечительное право в каком-либо активе первоначально приобретает силу посредством владения и обеспеченный кредитор впоследствии регистрирует уведомление об этом обеспечительном праве в общем реестре обеспечительных прав и возвращает владение лицу, предоставляющему право, то обеспечительное право сохраняет силу в отношении третьих сторон, а приоритет относится к моменту времени, когда имело место первоначальное вступление во владение, до тех пор, пока регистрация предшествует передаче владения кредитором. Однако если обеспеченный кредитор регистрирует уведомление после передачи им владения активом, то приоритет обеспечительного права считается установленным только с момента времени, когда обеспеченный кредитор регистрирует такое уведомление. Правила, предусматривающие сохранение приоритета, имеют особо важное значение в случаях, когда сила в отношении третьих сторон первоначально была придана посредством владения, а срок кредита продлевается и после момента времени, когда лицо, предоставляющее право, требует использования обремененного актива. Согласно рекомендациям Руководства, касающимся сохранения силы в отношении третьих сторон (см. рекомендации 46 и 47), в Руководстве занята позиция, согласно которой для целей применения временных правил приоритета, рекомендованных в Руководстве, приоритет должен сохраняться, несмотря на изменение метода, с помощью которого он был установлен (см. рекомендации 92 и 93).

136. Следует отметить, что вышеупомянутые правила применяются только тогда, когда временные правила приоритета применяются для установления приоритета, и не применяются тогда, когда действуют невременные правила. В последнем случае изменение способа придания силы в отношении третьих сторон будет воздействовать на приоритет обеспечительного права даже в том случае, если сила в отношении третьих сторон сохраняется. Например, если

держатель оборотного инструмента регистрирует уведомление об обеспечительном праве в этом инструменте до передачи владения, специальный приоритет, относящийся к владению инструментом, не будет сохраняться просто посредством регистрации. Если второй обеспеченный кредитор зарегистрировал уведомление до того, как передающий владение обеспеченный кредитор зарегистрировал свое уведомление, второй обеспеченный кредитор получает приоритет на основании своей предыдущей регистрации (см. пункты 155-157 ниже; см. также рекомендацию 98). Аналогичным образом, если обеспеченный кредитор, обладающий контролем в отношении права на получение платежа средств, зачисленных на банковский счет, регистрирует уведомление о своем обеспечительном праве, а затем передает контроль, то специальный приоритет, относящийся к контролю, утрачивается. Если другой обеспеченный кредитор зарегистрировал уведомление в общем реестре обеспечительных прав до первоначального принятия контроля, то в случае передачи контроля данный обеспеченный кредитор будет обладать приоритетом на основании его предыдущей регистрации (см. пункты 158-164 ниже; см. также рекомендацию 100).

d) Пределы приоритета: будущие выплаты и будущие и обусловленные обязательства

137. В предыдущих главах затрагивается тот факт, что в рамках современных режимов регулирования обеспеченных сделок обеспечительное право может обеспечивать исполнение не только обязательств, существующих в момент создания обеспечительного права, но и будущих и обусловленных обязательств (см. главу IV о создании обеспечительного права, пункты [...]; см. также рекомендацию 16). Большинство государств предусматривают, что первоначальное обеспечительное право охватывает основную сумму долга и проценты, как указано в соглашении, а также любые сборы и издержки, связанные с возвращением платежа.

138. Что касается будущих выплат согласно существующим кредитным договоренностям и по обусловленным обязательствам, то государства занимают разные позиции. Некоторые государства наделяют будущие выплаты таким же приоритетом, что и первоначально предоставленный кредит, однако для того, чтобы первоначальный приоритет распространялся на будущие и обусловленные обязательства, эти государства требуют, чтобы такие обязательства поддавались определению с точки зрения как вида, так и суммы (например, соглашение предусматривает, что будут обеспечиваться только будущие выплаты в рамках кредитной линии в размере до максимум 100 000 единиц). В других государствах обеспечительное право может распространяться на все денежные и неденежные обязательства перед обеспеченным кредитором любого вида и в любой сумме, если это предусматривается соглашением. В этих государствах будущие и обусловленные обязательства по соглашению об обеспечении будут обладать таким же приоритетом, что и первоначальное предоставление кредита.

139. Практическое последствие этого заключается в том, что во время принятия на себя обязательства предоставить кредит обеспеченный кредитор получает заверение в том, что приоритет его обеспечительного права будет распространяться не только на кредит, который он предоставляет одновременно с заключением соглашения об обеспечении, но и на: a) обязательства, которые

возникают впоследствии согласно положениям соглашения об обеспечении (такие, как будущие выплаты в соответствии с соглашением о возобновляемом кредитовании); и b) обусловленные обязательства, которые фактически становятся обязательствами в момент наступления соответствующих условий (такие, как обязательства, платежи по которым причитаются обеспеченной стороне на основании гарантии). Например, в случае механизма возобновляемого кредитования, в рамках которого ссудодатель согласился в день 1 производить время от времени в течение всего годичного срока кредитования выплаты лицу, предоставляющему право, обеспеченные обеспечительным правом в активах лица, предоставляющего право, это обеспечительное право будет обладать одним и тем же приоритетом в отношении всех произведенных выплат, независимо от того, были ли они произведены в день 1, 35 или 265.

140. В случае кредита, предоставленного частями для того, чтобы дать лицу, предоставляющему право, возможность приобрести материальные активы или услуги в течение определенного периода времени, этот подход приводит к тому, что требование во всей своей совокупности рассматривается как возникающее в тот момент времени, когда заключается договор о приобретении материальных активов или услуг, а не в момент времени каждой поставки материальных активов или предоставления услуг. Обоснование этого подхода заключается в том, что он является наиболее эффективным с точки зрения затрат подходом, поскольку он освобождает обеспеченного кредитора от необходимости определять приоритет каждый раз, когда он предоставляет кредит, причем такое определение обычно сопряжено с ведением дополнительного поиска новых регистраций другими кредиторами, исполнением дополнительных соглашений и дополнительными регистрациями в отношении сумм кредита, предоставленного после создания обеспечительного права. Поскольку затраты, связанные с такими дополнительными шагами, неизменно перекладываются непосредственно на лицо, предоставляющее право, или отражаются в увеличении процентной ставки, их устранение может уменьшить расходы на кредит для лица, предоставляющего право. Другое обоснование этого подхода заключается в том, что он сводит к минимуму для лица, предоставляющего право, риск того, что последующий процесс предоставления кредита по соглашению об обеспечении может быть прерван, если обеспеченный кредитор определяет, что будущая выплата не обладает таким же приоритетом, что и первоначальные выплаты. По этим причинам в Руководстве рекомендуется принять правила приоритета, предусматривающие распространение приоритета на будущие обязательства (см. рекомендацию 94).

141. Вышеуказанные правила приоритета, тем не менее, обусловливаются двумя возможными ограничениями. Во-первых, как отмечалось, в некоторых государствах если приоритет обеспечительного права распространяется на будущие предоставления кредита, то приоритет ограничивается максимальной суммой, указанной в уведомлении, которое зарегистрировано в публичном реестре в отношении этого обеспечительного права. Обоснование этого подхода заключается в том, что он может способствовать субординированному финансированию, побуждая потенциальных субординированных кредиторов к предоставлению кредитов на основе остаточной стоимости обремененных активов (например, стоимости обремененных активов, превышающей максимальную сумму, обеспеченную обеспечительным правом более высокого

статуса, указанным в зарегистрированном уведомлении) в той степени, в какой потенциальный кредитор в состоянии убедиться в том, что достаточная остаточная стоимость существует (см. рекомендацию 95). Другие государства не используют этот подход на том основании, что он может побуждать обеспеченных кредиторов к завышению суммы, упомянутой в зарегистрированном уведомлении, с тем чтобы включить большую сумму, чем сумма, предусматривавшаяся во время заключения соглашения об обеспечении, для учета возможных непредвиденных будущих выплат (см. главу VI о системе регистрации, пункты [...]; см. также рекомендацию 57, подпункт (d)).

142. Во-вторых, в Руководстве признается, что при некоторых обстоятельствах обеспеченный кредитор не должен быть в состоянии утверждать свой приоритет в отношении будущих выплат над кредитором, который заручился судебным решением или временным судебным предписанием в отношении лица, предоставляющего право, и предпринимает шаги по принудительному исполнению этого решения в отношении обремененных активов (пункты 99-107 выше; см. также рекомендации 81 и 94).

e) Применение правил приоритета к обеспечительному праву в активах, приобретенных впоследствии

143. Как подробно рассматривается в главе IV о создании обеспечительного права, в некоторых государствах обеспечительное право может быть создано в активах, которые лицо, предоставляющее право, может приобрести в будущем ("активы, приобретенные впоследствии"). В этих государствах на основе предположения о том, что описание таких приобретенных впоследствии активов является достаточным для их идентификации, обеспечительное право в этих активах приобретается автоматически в момент их приобретения лицом, предоставляющим право, без необходимости осуществления в этот момент каких-либо дополнительных шагов. В результате этого расходы, связанные с созданием обеспечительного права, сводятся к минимуму, что отвечает ожиданиям сторон. Это особенно важно для инвентарных запасов, которые постоянно пополняются для последующей продажи, дебиторской задолженности, которая инкассируется и регенерируется на постоянной основе (см. главу II о сфере применения и других общих правилах, раздел F, примеры практики финансирования, охватываемой Руководством, пункты [...]), и оборудования, которое периодически заменяется в ходе обычной коммерческой деятельности лица, предоставляющего право.

144. Признание автоматического создания обеспечительного права в активах, приобретенных впоследствии, ставит вопрос о том, действует ли приоритет с момента первоначальной регистрации обеспечительного права или придания ему силы в отношении третьих сторон либо с момента, когда лицо, предоставляющее право, приобретает эти активы. Этот вопрос по-разному регулируется в разных государствах. Некоторые государства используют подход, согласно которому проводится различие с учетом характера кредитора, претендующего на приоритет. В этих государствах приоритет действует в отношении других концессуальных обеспеченных кредиторов с даты регистрации или придания силы в отношении третьих сторон, а по отношению ко всем другим конкурирующим заявителям требований – с даты приобретения активов лицом, предоставляющим право. В других государствах приоритет в отношении всех

активов, приобретенных впоследствии, а также в отношении всех конкурирующих заявителей требований определяется с помощью ссылки на дату первоначального установления приоритета.

145. Общепринято, что второй из этих подходов является более действенным и эффективным с точки зрения содействия наличию обеспеченного кредитования. Таким образом, в рамках современных режимов регулирования обеспеченных сделок обычно предусматривается, что в таких случаях приоритет обеспечительного права распространяется на все обремененные активы, охватываемые зарегистрированным уведомлением, независимо от того, возникли ли они до, в момент или после регистрации. Именно этот подход используется в Руководстве (см. рекомендацию 96).

f) Применение правил приоритета к обеспечительному праву в поступлениях

146. Если кредитор обладает обеспечительным правом в поступлениях (определение термина "поступления" см. в Введении, раздел B, Терминология), то возникает вопрос о приоритете этого обеспечительного права по отношению к правам конкурирующих заявителей требований. К числу конкурирующих заявителей требований в отношении поступлений может относиться, в частности, другой кредитор лица, предоставляющего право, который обладает обеспечительным правом в поступлениях, и кредитор лица, предоставляющего право, который получил право в отношении поступлений на основании судебного решения.

147. Активы, представляющие собой поступления для одного обеспеченного кредитора, могут являться первоначально обремененными активами для другого обеспеченного кредитора. Например, кредитор A может обладать обеспечительным правом во всей дебиторской задолженности лица, предоставляющего право, в силу своего обеспечительного права во всех нынешних и будущих инвентарных запасах этого лица и поступлениях, полученных от продажи этих запасов или иного распоряжения ими; кредитор B может обладать обеспечительным правом во всей существующей и будущей дебиторской задолженности лица, предоставляющего право, как первоначально обремененных активах. Если предоставляющее право лицо впоследствии продает в кредит инвентарные запасы, на которые распространяется обеспечительный интерес кредитора A, то оба кредитора будут обладать обеспечительным правом в дебиторской задолженности, образовавшейся в результате продажи: кредитор A обладает обеспечительным правом в дебиторской задолженности как в поступлениях от обремененных инвентарных запасов, а кредитор B обладает обеспечительным правом в дебиторской задолженности как первоначально обремененных активах.

148. Подход к приоритету, принятый в государствах, которые признают обеспечительное право в поступлениях, часто будет отличаться в зависимости от характера конкурирующих заявителей требований и вида активов, которые привели к образованию поступлений. В спорах относительно приоритета между держателями конкурирующих обеспечительных прав правила приоритета прав в поступлениях от первоначально обремененных активов могут вытекать из правил приоритета, применимых к правам в первоначально обремененных активах. Таким образом, момент придания силы в отношении третьих сторон или момент регистрации уведомления в общем реестре обеспечительных прав

обеспечительного права в обремененном активе будет также моментом придания силы в отношении третьих сторон или регистрации, соответственно, обеспечительного права в поступлениях от такого обремененного актива.

149. В случае коллизии между обеспеченными кредиторами, обладающими обеспечительными правами в активах как поступлениях, и обеспеченными кредиторами, обладающими правами в этих активах как первоначально обремененных активах, некоторые государства проводят различие между поступлениями в форме дебиторской задолженности и поступлениями в форме материальных активов (например, материальных активов, полученных в обмен). Эти государства также обычно проводят различие между поступлениями, образовавшимися в результате продажи инвентарных запасов, и поступлениями, образовавшимися в результате продажи оборудования. Общее правило заключается в том, что обеспеченный кредитор, принимающий обеспечение в дебиторской задолженности, образовавшейся в результате продажи инвентарных запасов как первоначально обремененных активов, будет иметь приоритет над кредитором, истребующим такую дебиторскую задолженность в качестве поступлений, независимо от соответствующих дат, в которые их права приобрели силу в отношении третьих сторон.

150. В других государствах не проводятся различия в отношении формы поступлений или характера активов. Правило заключается в том, что первоначальное право в конкретных активах, которое отражено в регистрации, имеет приоритет над правами конкурирующего заявителя требования. Например, если регистрация обеспечительного права в активах, продажа которых генерировала поступления, предшествует дате регистрации обеспечительного права в поступлениях как первоначально обремененных активах, то обеспечительное право в активах, образующих поступления, имеет приоритет. И наоборот, если уведомление было зарегистрировано в отношении права в поступлениях как первоначальных обремененных активах до того, как конкурирующий заявитель требования произвел регистрацию в отношении активов, образующих поступления, то обеспечительное право кредитора в поступлениях как первоначально обремененных активах будет иметь приоритет. Именно этот подход рекомендуется в Руководстве (см. рекомендацию 97).

151. В случаях, когда очередность конкурирующих прав в первоначально обремененных активах определяется не очередностью регистрации в общем реестре обеспечительных прав (как, например, в случае прав в финансовых средствах, предоставляемых для целей приобретения, которые пользуются суперприоритетом), требуется отдельно определить правило приоритета, которое будет применяться к поступлениям (см. главу XI о финансовых средствах, предоставленных для целей приобретения, пункты [...]; см. также рекомендации 181 и 182 (унитарный подход) и 194-196 (неунитарный подход)).

B. Замечания, касающиеся конкретных видов активов

152. Конкретные случаи коллизии приоритетов, которые в целом имеют место в связи с материальными активами, были рассмотрены выше. Принцип "первый по времени" является эффективной отправной точкой для установления приоритетов.

153. Однако, как отмечалось, этот принцип требует корректировки в определенных случаях. Некоторые коррективы касаются других обеспеченных кредиторов (например, обеспечительных прав в принадлежностях или обеспечительных прав в массе или продуктах). Другие корректировки касаются конкурирующих заявителей требований, которые не являются обеспеченными кредиторами (например, получателей, арендаторов и лицензиатов или же управляющих в делах о несостоятельности).

154. В дополнение к этим коррективам, являющимся результатом разнообразия обязательств, которые обеспечиваются, и разнообразия конкурирующих заявителей требований, в рамках современных режимов регулирования обеспеченных сделок также содержится ряд специальных правил приоритета, которые применяются к конкретным видам активов и вытекают из конкретных способов придания силы в отношении третьих сторон, применимых к этим видам активов. В настоящем разделе рассматриваются вопросы приоритета применительно к таким видам активов.

1. Приоритет обеспечительного права в оборотном инструменте

155. Многие государства приняли специальные правила приоритета для обеспечительных прав в таких оборотных инструментах, как чеки, переводные векселя и простые векселя. Эти правила отражают важное значение понятия обращаемости в таких государствах.

156. Как уже отмечалось (см. главу V о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), во многих государствах обеспечительным правам в оборотных инструментах может быть придана сила либо посредством регистрации такого обеспечительного права в общем реестре обеспечительных прав, либо посредством передачи владения таким инструментом (см. рекомендацию 37). В этих государствах обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством передачи владения этим инструментом, зачастую предоставляется приоритет над обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством регистрации, независимо от того, когда произошла регистрация. Обоснование этого правила заключается в том, что оно разрешает коллизию приоритетов для сохранения неограниченной обращаемости оборотных инструментов. Для сохранения согласованности действующих правовых норм, регулирующих оборотные инструменты (правило толкования в отношении выражения "правовые нормы, регулирующие оборотные инструменты" см. в Введении, раздел B, Терминология), в Руководстве рекомендуется принять данный принцип приоритета (см. рекомендацию 98).

157. По этой же причине в этих государствах приоритет часто предоставляется покупателю или иному получателю (по консенсуальной сделке), если это лицо отвечает установленным требованиям в качестве защищаемого держателя инструмента согласно нормам права, регулирующим оборотные инструменты. Аналогичный приоритет также предоставляется в том случае, если покупатель или иной получатель вступает во владение инструментом и добросовестно предоставляет стоимость, не будучи осведомленным о том, что данная передача является нарушением прав обеспеченного кредитора. В этой связи следует отметить, что осведомленность получателя инструмента или документа о существовании обеспечительного права сама по себе не означает, что данный

получатель не действовал добросовестно. Покупатель должен быть осведомлен о том, что передача инструмента свободным от обеспечительного права запрещена в соответствии с соглашением об обеспечении. И вновь в Руководстве принято правило приоритета, которое соответствует вышеуказанным принципам норм права, регулирующих оборотные инструменты (см. рекомендацию 99).

2. Приоритет обеспечительного права в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет

158. Всеобъемлющий режим приоритета обычно охватывает целый ряд случаев коллизии приоритетов, касающихся обеспечительных прав в правах на выплату средств, зачисленных на банковский счет (определение термина "банковский счет" см. в Введении, раздел B, Терминология). Некоторые государства считают, что право на выплату средств, зачисленных на банковский счет, всего лишь представляет собой дебиторскую задолженность. В этих государствах нет специальных правил, регулирующих создание или силу в отношении третьих сторон обеспечительных прав в праве на выплату. В других государствах сила в отношении третьих сторон может быть также придана посредством контроля. В таких случаях государства должны также определить последствия с точки зрения приоритета придания силы в отношении третьих сторон с помощью такого метода (см. пункты 39 и 40 выше). Вполне возможными являются несколько различных случаев коллизии приоритетов.

159. Один из видов коллизии приоритетов возникает между обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля, и обеспечительным правом, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством применения какого-либо иного метода, чем контроль. В этой ситуации государства, которые приняли понятие контроля, предоставляют приоритет обеспечительному праву, которому была придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля. Причина этого заключается в том, что такое решение способствует осуществлению финансовых сделок, основывающихся на праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, что освобождает обеспеченных кредиторов от необходимости вести поиск в общем реестре обеспечительных прав. Именно эта позиция также занята в Руководстве (см. рекомендацию 100, первое предложение текста).

160. Другой вид коллизии приоритетов возникает между двумя обеспечительными правами, каждому из которых была придана сила посредством контроля. В данном случае логичным решением, которое обычно принимается в государствах, признающих соглашения о контроле, является предоставление приоритета обеспечительному праву, которому была придана сила посредством контроля раньше (т.е. в той очередности, в какой были заключены соответствующие соглашения о контроле). На практике такая коллизия будет возникать нечасто, поскольку представляется маловероятным, чтобы депозитарный банк сознательно заключал более одного соглашения о контроле в отношении одного и того же банковского счета в отсутствие соглашения между обоими обеспеченными кредиторами относительно того, каким образом будет определяться приоритет. Тем не менее такая коллизия теоретически возможна, и в связи с этим в Руководстве занята позиция, согласно которой обычный принцип приоритета "первый по времени" должен

применяться в таких случаях (см. рекомендацию 100, второе предложение текста).

161. Еще один вид коллизии приоритетов возникает тогда, когда одним из обеспеченных кредиторов является сам депозитарный банк. В этой ситуации имеется веский аргумент в пользу предоставления приоритета депозитарному банку. Поскольку в такой ситуации депозитарному банку, как правило, будет отдаваться предпочтение в силу имеющегося у него права на взаимозачет за рамками норм права, регулирующих обеспеченные сделки (если только он не отказался прямо от своего права), правило приоритета, согласно которому при таких обстоятельствах отдается предпочтение банку, позволяет устранять коллизию в рамках режима приоритетов без применения других правовых норм. Принятие такого принципа рекомендуется в Руководстве (см. рекомендацию 100, третье предложение текста).

162. Государства, применяющие только что упомянутое специальное правило приоритета, часто устанавливают исключение для случаев возникновения коллизии приоритетов между депозитарным банком и обеспеченным кредитором, который получает контроль над банковским счетом, став клиентом этого депозитарного банка. В таких случаях они обычно занимают позицию, согласно которой приоритет должен быть предоставлен клиенту. Обоснование этого подхода заключается в том, что, признавая конкурирующего обеспеченного кредитора в качестве своего клиента, депозитарный банк обычно отказывается от своего права требования, предусмотренного в соглашении о депозите, которое он заключает со своим клиентом. Кроме того, депозитарный банк зачастую будет утрачивать свое право на взаимозачет в такой ситуации; поскольку банковский счет открыт не на имя лица, предоставляющего право, будет отсутствовать связь между депозитарным банком и лицом, предоставляющим право, и, следовательно, будет отсутствовать право на взаимозачет (см. рекомендацию 100, третье предложение текста).

163. Четвертый вид коллизии возникает между обеспечительным правом в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, и любыми правами на взаимозачет, которыми может обладать депозитарный банк в отношении лица, предоставляющего право и являющегося клиентом. Чтобы взаимоотношениям между банком и клиентом не причинялся ущерб, нормы права, касающиеся взаимозачета, обычно предоставляют приоритет правам депозитарного банка на взаимозачет. В некоторых государствах это понятие приоритета было прямо отражено в нормах права, регулирующих обеспеченные сделки. Кроме того, в Руководстве рекомендуется занять именно эту позицию (см. рекомендацию 101).

164. Пятый вид коллизии приоритетов может возникать между обеспечительным правом в праве на выплату средств, зачисленных на банковский счет, и правами получателя средств, переведенных с этого банковского счета по инициативе лица, предоставляющего право. Термин "перевод средств" призван охватывать самые различные переводы, в том числе посредством чека и электронных средств связи. В таких ситуациях убедительный принципиальный аргумент в пользу свободной обращаемости средств служит подкреплением правила, согласно которому приоритет предоставляется получателю постольку, поскольку этот получатель не осведомлен о том, что перевод средств ему являлся нарушением прав

обеспеченного кредитора по его соглашению об обеспечении. Если, с другой стороны, получатель был осведомлен о том, что такой перевод нарушает соглашение об обеспечении, то он получит средства обремененными обеспечительным правом. Именно эта рекомендация принята в Руководстве при условии, что эта рекомендация не призвана неблагоприятно воздействовать на права получателей средств, переводимых с банковских счетов согласно иным нормам права, чем нормы права, регулирующие обеспеченные сделки (см. рекомендацию 102).

3. Приоритет обеспечительного права в денежных средствах

165. В целях максимального повышения степени обращаемости денежных средств многие государства разрешают получателю денежных средств обращать эти денежные средства в свою собственность свободными от требований других лиц, включая держателей обеспечительных прав в этих денежных средствах (определение термина "денежные средства" см. в Введении, раздел B, Терминология). Как и в случае получателей средств с банковского счета, единственное исключение из этого правила приоритета касается случая, когда получатель был осведомлен о том, что перевод денежных средств является нарушением соглашения об обеспечении между держателем счета и обеспеченной стороной (например, если получатель вступил в сговор с держателем банковского счета с целью лишения обеспеченного кредитора его прав). Как и в подобных ситуациях, затрагивающих перевод средств с банковских счетов, простая осведомленность о существовании обеспечительного права не приводит к аннулированию прав получателя. И вновь, с учетом общепринятой практики регулирования денежных средств в Руководстве рекомендуется принять данный принцип приоритета (см. рекомендацию 103).

4. Приоритет обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству

166. Нормы права, регулирующие независимые обязательства, развивались главным образом на основе практики в области аккредитивов и банковских гарантий. Как уже отмечалось (см. главу V о силе обеспечительного права в отношении третьих сторон), обеспечительному праву в праве на получение поступлений по независимому обязательству придается сила в отношении третьих сторон только посредством контроля. Поскольку в этом контексте типичный метод приобретения контроля заключается в получении признания, в случае нескольких потенциальных плательщиков (например, гаранта/эмитента, подтверждающего лица и нескольких назначенных лиц) контроль приобретается только по отношению к каждому конкретному гаранту/эмитенту, подтверждающему или назначенному лицу, от которых получено признание. Таким образом, правило приоритета обычно сосредоточивается на конкретном лице, которым является плательщик.

167. Как правило, в редком случае коллизии приоритетов между держателем обеспечительного права в праве на получение поступлений по независимому обязательству, которому была придана сила посредством контроля, и держателем обеспечительного права, которому была придана сила в отношении третьих сторон в силу того факта, что оно обеспечивает выплату по дебиторской

задолженности, оборотному инструменту или за счет другого материального актива, право первого держателя превалирует (см. рекомендации 48 и 104). Как и в случае банковских счетов, это правило основывается на необходимости содействия сделкам, касающимся независимых обязательств, путем освобождения сторон от необходимости вести поиск в общем реестре обеспечительных прав для определения того, обременена ли дебиторская задолженность, которую поддерживает независимое обязательство, в том числе и обеспечительным правом, поощряя тем самым использование независимых обязательств. В качестве практического вопроса этот конкретный вид коллизии приоритетов является весьма редким, поскольку в большинстве случаев бенефициар дебиторской задолженности будет также бенефициаром независимого обязательства. В любом случае в соответствии с общим принципом "первый по времени" в том, что касается двух обеспечительных прав, которым была придана сила в отношении третьих сторон посредством контроля в результате признания, приоритет предоставляется первому обеспечительному праву, признанному плательщиком. Обоснование этого результата заключается в значительной мере в существующей практике, поскольку именно специальное правило требуется для того, чтобы сохранять на низком уровне издержки, связанные с независимыми обязательствами. Поскольку независимые обязательства представляют собой высокоспециализированную отрасль торгового права, которая развивалась главным образом на практике, в Руководстве рекомендуется, чтобы соответствующие правила приоритета отвечали этим принципам (см. рекомендацию 104).

5. Приоритет обеспечительного права в оборотном документе или материальных активах, охватываемых оборотным документом

168. Современные режимы регулирования обеспеченных сделок обычно предусматривают правила, которые охватывают, по крайней мере, два вида коллизии приоритетов, связанных с оборотными документами, такими как оборотные складские расписки и коносаменты. Первый вид коллизии возникает между держателем обеспечительного права в оборотном документе или материальных активах, охватываемых таким оборотным документом, с одной стороны, и лицом, которому должным образом уступлен такой документ, с другой стороны. В интересах сохранения обращаемости документов согласно нормам права, регулирующим необеспеченные сделки, большинство государств предусматривают, что обеспечительное право в оборотном документе и материальных активах, охватываемых данным оборотным документом, будет субординированным любым другим правам более высокого статуса, приобретенным получателем документа согласно нормам права, регулирующим оборотные документы. По этой же причине в Рекомендации рекомендуется занять именно такую же позицию (см. рекомендацию 105).

169. Второй вид коллизии возникает между держателем обеспечительного права в материальных активах, охватываемых оборотным документом, которое вытекает из обеспечительного права в оборотном документе, и держателем обеспечительного права в материальных активах, которое вытекает из какой-либо иной сделки (например, создание прямого обеспечительного права в материальных активах). Коллизия такого рода может возникнуть либо в случае, когда прямому обеспечительному праву в материальных активах придается сила

в отношении третьих сторон, тогда как эти материальные активы являются предметом оборотного документа, либо в случае, когда прямому обеспечительному праву в материальных активах придается сила в отношении третьих сторон до того, как эти материальные активы стали предметом оборотного документа. В любой ситуации приоритет обычно предоставляется обеспечительному праву в оборотном документе. Такое правило приоритета способствует использованию оборотных документов в качестве средства торговли, особенно в связи с коносаментами, выданными в связи с международной куплей-продажей. По этой причине занята в Руководстве именно эта позиция (см. рекомендацию 106).

170. Однако исключение из этого правила является оправданным в конкретной ситуации, когда материальный актив, обусловленный оборотным документом, является иным активом, чем инвентарные запасы. Кредиторы обычно ожидают, что инвентарные запасы будут отгружены, а коносамент или складская расписка будет выдана, а поэтому могут предполагать короткий период времени, в течение которого активы, прямо обремененные их обеспечительным правом, будут охватываться коносаментом или складской распиской. Как правило, дело не обстоит таким образом в отношении, например, оборудования. Следовательно, правила, предоставляющие абсолютный приоритет обеспечению над оборотными документами, имеют меньшее значение, а исключение в данном случае может быть оправданным. Таким образом, это правило не применяется в том случае, если материальными активами являются иные активы, чем инвентарные запасы, и если прямому обеспечительному праву (т.е. обеспечительному праву обеспеченного кредитора, не владеющего оборотным документом) была придана сила в отношении третьих сторон до того, что наступило ранее, т.е.: a) момента времени, когда данный актив стал охватываться оборотным документом; и b) момента времени, когда между лицом, предоставляющим обеспечительное право, и обеспеченным кредитором, владеющим оборотным документом, было заключено соглашение, предусматривающее, что этот актив охватывается оборотным документом постольку, поскольку этот актив стал таким образом охваченным в течение конкретно указанного короткого срока (например, 30 дней) с даты заключения соглашения. В этом конкретном случае будет применяться обычное правило приоритета "первый по времени", а первый кредитор, создающий обеспечение в материальных активах (либо прямо, либо посредством принятия обеспечения в оборотном документе, представляющем эти активы), имеющее силу в отношении третьих сторон, будет обладать приоритетом. Это исключение обеспечивает определенный уровень защиты держателям обеспечительных прав в иных материальных активах, чем инвентарные запасы, в ситуациях, в которых лицо, предоставляющее право без уведомления таких держателей и без их разрешения, обеспечивает охват этих активов оборотным документом. По этим причинам в Руководстве также рекомендуется принять такого рода исключение (см. рекомендацию 106, второе предложение текста).

C. Рекомендации

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