

**Отзыв официального оппонента
на диссертацию на соискание ученой степени
кандидата юридических наук по специальности 12.00.03 – гражданское
право; предпринимательское право; семейное право, международное
частное право
Усмановой Екатерины Равильевны
по теме
«Титульное обеспечение гражданско-правовых обязательств»**

Актуальность избранной автором темы не нуждается в доказывании. Прекрасный тому пример – недавнее Определение Верховного Суда РФ от 21.11.2017 года № 5-КГ17-197, в котором Верховный Суд фактически уклонился от квалификации классической ситуации: в целях обеспечения возврата долга в 1 200 000 между сторонами были подписан договор купли-продажи указанной квартиры, а на случай возврата долга был заключен предварительный договор купли-продажи квартиры за 1 250 000 руб.

Практика показывает, что участники оборота в последнее время нередко прибегают к «альтернативным» реальным способам обеспечения. Кроме того, и современная наука гражданского права проявляет очевидный интерес к теме иных, помимо залога, реальных обеспечений. Потому предпринятое автором исследование безусловно является актуальным, востребованным и практически значимым – с чем согласятся как сторонники занимаемой автором позиции, так и ее противники, поскольку обсуждение темы титульных обеспечений в любом случае обогатит российскую науку частного права.

Работа Е.Р. Усмановой основана на анализе как отечественной судебной практики, так и доктринальных подходов – и в российском, и в зарубежном праве. Широко используется международный опыт регулирования соответствующих отношений. В итоге работа представляет собой полное и насыщенное описание рассматриваемой проблемы, предлагаемые автором решения аргументированы.

В то же время в любом исследовании, тем более – в посвященном такой дискуссионной теме – могут быть обнаружены положения, с которыми может

не согласиться читатель. Те спорные места, которые представляются мне наиболее важными, отражены ниже.

По всей видимости, квинтэссенцией работы можно считать следующие утверждения: *«В Гражданский кодекс РФ и Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» необходимо включить нормы, устанавливающие применение к сделкам титульного обеспечения норм о залоге в случае неисполнения должником своих обязательств, а также при банкротстве должника или кредитора»* (с. 10). Продолжается же эта мысль следующим образом (с. 130): *«к возможности существования в российском праве титульного обеспечения представители цивилистической доктрины относятся скептически. Если же на уровне закона или договора решить все вменяемые этому способу обеспечения недостатки, то, по сути, он ничем не будет отличаться от залога. При этом основной риск отчуждения кредитором предмета обеспечения до нарушения должником обязательства все равно будет оставаться»*.

Таким образом, выводом, сделанным автором по итогам исследования, является то, что необходимо к сделкам по реальному обеспечению применять по аналогии нормы о «детально урегулированном» залоге до тех пор, пока это не будет прямо предписано законом – причем не только в случае банкротства, но и при рядовом неисполнении обеспеченного обязательства.

Раз предложение автора сводится к необходимости применения положений о залоге к иным способам обеспечения, тем более необходим критический взгляд на недостатки залога – лежащие либо в сфере нормативного регулирования, либо в сфере правоприменения. Между тем работе недостает объективного взгляда на залог «как он есть».

Неповоротливость механизма реализации предмета залога давно уже стала притчей во языцех – причем не только в России. Именно эта неповоротливость (о ней свидетельствуют, в частности, п. 13 Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств, утвержденного Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 года, и п. 42 постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 года

№ 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге», а также Определение КС РФ от 04.02.2014 № 221-О о том, что делать, когда установленная судом начальная продажная первоначальная цена реализации предмета залога успела существенно измениться за время исполнительного производства) во многих случаях и является причиной избрания иных способов реального обеспечения. Даже возрождение в российском праве *lex commissoria* не решило проблемы – возможность упрощенного обращения взыскания и реализации тут же была похоронена императивной возможностью последующего залога и, соответственно, необходимостью применения в этом случае правила п. 3 ст. 349 ГК.

Какие же основные преимущества видит автор в правилах о залоге, на которые нужно ориентироваться? На с. 83, например, читаем: *«Обеспечительной передаче права собственности свойственно неравенство сторон правоотношения. Это неравенство состоит в том, что передача права собственности под условием исполнения (или неисполнения) определенного обязательства недостаточно учитывает, сказать больше, почти не защищает интересы должника. // Вместе с тем интересы кредитора и должника удачно сбалансированы в институте залога. Залог предполагает наличие особой процедуры реализации имущества - публичных торгов (ст. 350 ГК РФ), в рамках которой оно становится доступно для большего числа потенциальных приобретателей, которые могут предложить наибольшую цену для данного имущества».*

Отметим прежде всего, что реализация имущества с публичных торгов – правило обычно диспозитивное, так как стороны могут избрать и другой способ. Стороны «незалоговой» реальной обеспечительной сделки очевидно не стремятся к публичным торгам. Стало быть, применение этого правила по аналогии возможно лишь в тех случаях, когда оно установлено императивно, но никак не в качестве общего правила.

Кроме того, являются ли публичные торги образцом для подражания в целях защиты интересов должника (залогодателя)? По мнению автора, это

пример «удачной сбалансированности интересов кредитора и должника». Настолько это соответствует российской действительности?

Как известно, при реализации с торгов недвижимого имущества, являющегося предметом залога, начальная продажная цена в большинстве случаев заведомо ниже рыночной. Предполагается, как утверждает Верховный Суд, что это должно обеспечить привлечение участников торгов (см., например, Определение ВС от 22 сентября 2015 года № 16-КГ15-21). Однако торги далеко не всегда завершаются продажей заложенного имущества. После объявления несостоявшимися первых торгов проводятся повторные торги с дальнейшим снижением цены. В случае объявления повторных публичных торгов несостоявшимися залогодержатель вправе оставить за собой имущество по цене не более чем на 25 процентов ниже его начальной продажной цены на первых публичных торгах. Это означает, что, если начальная продажная цена определялась судом на основании отчета оценщика, залогодержатель вправе оставить за собой заложенное имущество по цене, составляющей 60 процентов от рыночной стоимости.

Как часто это происходит?

Анализ сведений о реализации с публичных торгов предметов ипотеки, на которые было обращено взыскание, представленных на официальном сайте Российской Федерации для размещения информации о проведении торгов, показывает, что лишь примерно в 10% случаев торги можно признать завершенными. Кроме того, процент состоявшихся торгов с каждым годом сокращается.

В тех же случаях, когда торги состоялись, надбавка обычно не компенсирует изначальный двадцатипроцентный дисконт от рыночной цены, а сама цена, по которой реализуется имущество, зачастую значительно ниже его кадастровой стоимости.

Очевидно, что такое положение дел не свидетельствует об эффективной защите прав залогового должника, ведь если цена реализации не покрывает обеспеченные ипотекой требования, по общему правилу обязательство не прекращается. Соответственно, залогодатель заинтересован в наибольшей

возможной цене. Особенно существенным нарушением баланса интересов взыскателя и залогодателя может быть в ситуации, когда рыночная стоимость заложенного имущества превышает размер задолженности, однако имущество после признания повторных торгов несостоявшимися оставляется за собой залогодержателем по цене ниже рыночной.

Поэтому не стоит без анализа практики использования залога в реальной жизни считать его иконой реального обеспечения. Это далеко от действительности. Между тем работа во многом основана на сопоставлении титульных способов обеспечения с идеализированным залогом. Такой подход может привести к порочным выводам. Если заметна тенденция отказа от использования залога, это может означать наличие проблемы именно в залоговых механизмах. Практика в такой ситуации начинает искать выход; заталкивать ее обратно в залоговый загон (пусть даже через использование аналогии) не будет ли означать отказ от попытки решения проблемы?

Кроме того, если мы пытаемся анализировать «микроэкономические» стороны дела, нужно идти до конца и рассмотреть макроэкономические эффекты – например, влияние существования титульных способов обеспечения на доступность кредита. Чем разнообразнее виды обеспечений, чем «сильнее» обеспечение – тем больше предложение и так далее. Не зря в *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions* говорится, что обеспечение должно стимулировать кредиторов к предоставлению финансирования.

Другой приводимый в работе пример. В положениях, относимых не к российскому правопорядку, а к «общей температуре по больнице», автор пишет: *«Залогодержатель, в особенности при залоге товаров в обороте, сталкивается с конкуренцией за эти активы с последующими кредиторами, и, когда они реализованы, он должен отчитаться за «излишек» (surplus), поскольку он имеет притязание только на основную сумму долга и проценты на нее. Собственник же имеет преференцию перед последующими кредиторами над имуществом, и, когда оно реализовано, он в целом имеет право на всю полученную выручку от продажи»* (с. 35).

Однако современные законодательства, допускающие обеспечительную передачу права собственности, совершенно иначе решают этот вопрос – о чем прекрасно известно самому автору (см. с. 79 работы). На с. 85 эта мысль, однако, повторяется вновь: *«Помимо этого, в случае неисполнения должником своей обязанности, обеспеченной передачей права собственности, кредитор может оставить себе остаток, образовавшийся посредством вычета существующего долга из цены предмета обеспечения. Данный недостаток часто рассматривается в качестве главного идеологического возражения против титульного обеспечения, поскольку он лишает остальных кредиторов должника возможности претендовать на остаток»*. На с. 86 снова читаем: *«Реализация предмета обеспечения при титульном обеспечении по сути может просто выражаться в том, что кредитор потребует вернуть ему вещь вместе с излишком, образовавшимся путем вычета суммы долга из стоимости предмета обеспечения. Для залога в этой же ситуации предусмотрено его возвращение залогодателю... На практике эту проблему можно решить посредством включения в соглашение между кредитором и должником условия о том, что финансирующий субъект вернет любой излишек, полученный посредством вычета долга из суммы, полученной при реализации долга»*.

Однако если мы посмотрим, например, в ФГК, где содержится «модельная», по всей видимости, для современного права конструкция фидуциарного залога, то увидим, что современный фидуциарный залог имеет совсем иной характер, нежели описанный у автора в качестве общего правила: если фидуциар в результате неисполнения обеспеченного обязательства получил имущество в полную собственность, он должен вернуть фидуцианту разницу между стоимостью имущества и размером обеспеченного долга (ст. 2488-4); в случае продажи фидуциарного имущества фидуциар возвращает разницу между ценой продажи и размером долга.

В связи с этим приходится отметить, что, к сожалению, параграфу «Международный опыт» Главы 3 работы недостает более подробного анализа тех конкретных правопорядков, которые в недавнее время урегулировали

титульные способы обеспечения. Раз существуют правопорядки, в которых урегулировано использование «альтернативных» способов вещного обеспечения, необходим их детальный анализ, поскольку мы имеем ту самую эмпирику, без которой нельзя строить рассуждения о применимости подобных механизмов в российском праве, не знаящим аналогичного регулирования. Отсутствие такого анализа может создать у читателя превратное впечатление о современной модели фидуции.

На с. 130 автор утверждает: *«к возможности существования в российском праве титульного обеспечения представители цивилистической доктрины относятся скептически»*. В связи с этим можно упомянуть и том, что неплохо было бы изучить отношение к рассматриваемой проблеме не только в российской доктрине, но и среди ученых тех стран, в которых применяются современные модели титульных обеспечений – с учетом не только интернациональности поставленной проблемы, но и очевидно более полной разработанности темы в правопорядках, где титульные способы обеспечения применяются в течение гораздо большего периода времени.

На с. 95 автор пишет: *«Когда стороны заключают договор займа, который сопровождается продажей имущества заемщика займодавцу в целях обеспечения возврата суммы займа, суды признают такие сделки притворными как прикрывающие конструкцию залога»*. Далее приводятся традиционные примеры того, как суды признают куплю-продажу притворной сделкой, прикрывающей залог, и затем на с. 97 автор указывает: *«Однако, на удивление, в решениях Верховного Суда РФ можно встретить и прямо противоположные размышления на этот счет»* - и далее цитируется широко известное Определение Верховного Суда РФ от 29.10.2013 № 5-КГ13-113, в котором указывается, в частности, следующее: *«в силу статьи 329 Гражданского кодекса Российской Федерации перечень способов обеспечения исполнения обязательств является открытым. В связи с этим стороны договора займа, исходя из положений статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации о свободе договора, вправе предусмотреть в качестве способа обеспечения исполнения обязательства куплю-продажу недвижимого имущества под*

условием, по которому переход права собственности на объект недвижимости может ставиться в зависимость от исполнения должником (заемщиком) своих обязанностей по договору займа, а сумма займа является одновременно покупной ценой по договору купли-продажи объекта недвижимости».

Однако в последнем примере говорится о *продаже под отлагательным условием*, в то время как в предыдущих – скорее об обеспечительной передаче права собственности. Поэтому сравнивать эти конструкции нужно с большой осторожностью, и разные подходы не должны вызывать удивления. Во всяком случае, необходимо обратить внимание на возможное различие использованных механизмов.

Подпадает ли продажа имущества под условием невозврата суммы займа под выводы автора? Является ли она титульным обеспечением?

Аналогичный вопрос возникает и в связи с сопоставлением традиционной фидуции и обратной продажи. На с. 95 автор указывает: *«Когда стороны заключают договор займа, который сопровождается продажей имущества заемщика займодавцу в целях обеспечения возврата суммы займа, суды признают такие сделки притворными как прикрывающие конструкцию залога»*. Но какая именно конструкция рассматривалась судами? Продажа с обратным выкупом или фидуция? В работе говорится в основном про частный случай обратной продажи – РЕПО, но не об обратной продаже в целом.

Кроме прочего, это ставит под сомнение выносимый автором на защиту тезис (№4): *«К титульному обеспечению можно отнести договоры купли-продажи с оговоркой о сохранении права собственности за продавцом, аренды с правом выкупа, финансовой аренды, обеспечительной уступки права требования и РЕПО»*.

Между тем рассмотрение института обратной продажи в целом могло бы, возможно, способствовать более тщательному анализу рассматриваемой темы. В частности, важным представляется рассмотрение такого вопроса: обратная продажа – это вид обеспечения или вид кредитования? Одинаковый экономический эффект может быть достигнут разными юридическими способами, и это вовсе не означает, что приемлем лишь один из них, а

остальные есть не более чем обход закона. Л.А. Кассо в свое время писал: «... существенное отличие между fiducia и продажей с правом выкупа, когда последний договор покрывает кредитную сделку с реальным обеспечением; в таком случае кредитор, приобретая вещь, становится покупщиком на общих началах: передача вещи исчерпывает его правомочия Наоборот, fiducia этого действия не имеет; она создает только добавочное обеспечение, не нарушая при этом значения обеспеченного обязательства, которое остается в силе до достижения той общей цели, которой служат одновременно требование и залог». С такой точки зрения обратная продажа – не способ обеспечения, а способ кредитования. На это указывается, например, в Постановлении ФАС Московского округа от 16.11.2011 г. по делу № А40-22155/11-34-193: «Законодательство не ограничивает субъектов гражданского оборота *в способах аккумуляции свободных денежных средств* – либо с помощью заключения договоров займа, либо с помощью продажи имеющегося у истца имущества с одновременным заключением договоров об обратном выкупе этого же имущества, вследствие чего у сторон не было интереса в прикрытии сделки кредита иной сделкой». По всей видимости, эта точка зрения заслуживает анализа.

Разговор о фидуциарном залоге сейчас не может быть полным без обсуждения содержания фидуциарной собственности в современном праве – ведь согласно современным законодательствам, знающим фидуциарный залог, фидуциар получает вовсе не полную собственность.

Например, с 1 января 2016 года вступил в силу новый Гражданский и коммерческий кодекс Аргентины. Аргентинский ГК предусматривает существование полного и неполного права собственности, причем под последним понимается право собственности, существование которого ограничено сроком или поставлено под резолютивное условие, а также право собственности, обремененное ограниченными вещными правами. Одним из видов неполного права собственности называется право фидуциара (ст. 1964). Фидуциарная собственность появляется в отношениях фидеикомисса, используемого, в частности, в обеспечительных целях. На имущество,

переданное в фидеикомисс, устанавливается фидуциарная собственность (ст. 1682) ограниченного содержания. Если фидеикомисс устанавливается с обеспечительной целью (ст. 1680), фидуциар вправе использовать денежные средства, которые поступают в результате использования переданного в фидуциарную собственность имущества, в уплату обеспеченных требований. При банкротстве фидуцианта взыскание на переданное в фидеикомисс имущество может быть обращено иными кредиторами фидуцианта. Таким образом, можно говорить о том, что фидуциант не утрачивает вовсе право собственности, несмотря на то, что и фидуциар считается собственником.

Согласно статье 2488-1 ФГК право собственности на недвижимое имущество может быть передано в качестве обеспечения обязательства на основании фидуциарного договора. Право фидуциарной собственности, которое получает фидуциар-кредитор, носит неполный характер (именно так: ст. 2488-4 говорит о случаях, когда фидуциар получает право полной собственности). Лишь если обеспеченный долг не будет погашен, кредитор-фидуциар приобретет право на свободное распоряжение имуществом или право на его продажу (ст. 2488-3). Если фидуциар получил имущество в полную собственность, он должен вернуть фидуцианту разницу между стоимостью имущества и размером обеспеченного долга (ст. 2488-4); в случае продажи фидуциарного имущества фидуциар возвращает разницу между ценой продажи и размером долга.

Интересную аналогию этим положениям мы можем видеть в новых российских нормах о факторинге (не забывая, конечно, об их иной природе): «Если уступка денежного требования финансовому агенту осуществлена в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом ..., последующая уступка денежного требования финансовым агентом не допускается, если договором факторинга не предусмотрено иное (п. 2 ст. 829 ГК (в ред. от 05.12.2017)).

Если право собственности фидуциара описывается как неполное, это прежде всего ставит под сомнение тезис (№2), выносимый автором на защиту: *«Титульное обеспечение не является особым видом вещного права, а*

представляет собой договорную конструкцию, в рамках которой кредитор и должник договариваются об условиях отчуждения права собственности на имущество, выступающее в качестве предмета обеспечения».

Кроме того, это совсем иначе описывает баланс интересов фидуцианта и фидуциара. В частности, авторский пассаж на с. 130 о том, что *«основной риск отчуждения кредитором предмета обеспечения до нарушения должником обязательства все равно будет оставаться»* уже не выглядит обоснованным хотя бы по отношению к современной фидуции.

Таким образом, например, современная фидуция – это не только передача фидуциару неполного права собственности, не позволяющая последующее отчуждение до нарушения обеспеченного обязательства, но и возврат разницы между размером обеспеченного долга и стоимостью предмета залога. Предусматривается и регистрация, придающая отношениям сторон необходимую публичность. Тем самым выносимый автором на защиту тезис № 6: *«Несмотря на открытый перечень способов обеспечения и принцип свободы договора, непоименованные виды титульного обеспечения следует квалифицировать в качестве залога, поскольку в результате их использования происходит обход норм законодательства о залоге, направленных на защиту прав и законных интересов должника и его кредиторов»* - нельзя признать обоснованным по крайней мере применительно к классике титульного обеспечения – фидуции, которая в своем современном виде предусматривает защиту интересов должника.

Кроме того, это означает, что после устранения в ряде правопорядков недостатков фидуции она – вопреки утверждению автора на с. 130 (*«если же на уровне закона или договора решить все вменяемые этому способу обеспечения недостатки, то, по сути, он ничем не будет отличаться от залога»*) – сохранилась в качестве самостоятельного института.

Наконец, о судьбе титульного обеспечения при банкротстве.

Прежде всего, на мой взгляд, было бы интересно рассмотреть вопрос о возможности дифференцированного подхода к судьбе титульного обеспечения в случае «простого» неисполнения обеспеченного обязательства и в случае

банкротства должника. Вполне может оказаться, что такой подход был бы более продуктивным. Во всяком случае, сама возможность нуждается в рассмотрении.

Далее – вновь обратимся к фидуции как классическому антагонисту залога, – раз уж автор исходит из представлений о «старой фидуции», в силу которой кредитор получал полное право собственности и не должен возвращать разницу между стоимостью имущества и размером обеспеченного долга, то возникает естественный вопрос. Если должник на это согласился, и договор не был эффективно им оспорен, это вполне могло бы считаться проблемой самого должника – право предоставляет ему достаточно возможностей для оспаривания несправедливых договорных условий. Но вот начинается конкурсное производство, и возникает проблема защиты интересов других кредиторов должника. Но почему мы должны возвращать имущество, переданное в собственность другому лицу, в конкурсную массу? В чем несправедливость иного решения? Мне показалось, этот вопрос в работе не раскрыт достаточным образом.

Собственник безусловно вправе передать свое право собственности другому лицу – в том числе бесплатно, проиграв спор и так далее. Почему никому не приходит в голову в подобных случаях возвращать имущество в конкурсную массу от его приобретателя (если, конечно, нет специальных оснований, предусмотренных законом о банкротстве)? Раз мы исходим из модели «старой» фидуции, когда право собственности передается «в полной мере», так почему обеспечительная цель должна выделять этот случай из других случаев передачи права собственности – в том числе тех, когда отчуждатель вообще ничего не получил взамен? Тот же вопрос естественным образом возникает, в частности, при продаже с обратным выкупом – особенно с учетом тех ее особенностей, о которых говорилось выше.

Если же мы вернемся к современной модели фидуциарного залога, то ответ на вопрос может выглядеть совсем иначе – но именно с учетом тех особенностей, которые появились в современной модели, но не анализируются в работе.

На мой взгляд, внимание к указанным выше вопросам способствовало бы раскрытию темы.

Несмотря на озвученные выше сомнения, которые, как я полагаю, Екатерина Равильевна в ходе защиты развеет без следа, работа обладает научной новизной, содержит результаты, которые могут быть использованы при развитии гражданского права, и безусловно соответствует всем предъявляемым требованиям Положения о присуждении ученых степеней, утвержденного Постановлением Правительства от 24.09.2013 № 842, а автор – присуждения ученой степени кандидата юридических наук.

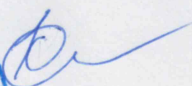
Рыбалов Андрей Олегович,
кандидат юридических наук, доцент,
начальник Управления конституционных
основ частного права Конституционного суда РФ,
190000, Санкт-Петербург, Сенатская площадь, дом 1
Тел.: +7 (812) 404-33-11
Адрес электронной почты: ksrf@ksrf.ru

Подпись Рыбалова А.О.

заверяю:

Главный специалист 3 разряда
Управления государственной службы
и кадров Конституционного Суда
Российской Федерации



 Е.А. Крылова