

ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО
ПРАВОВЕДЕНИЯ ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

На правах рукописи

Усманова Екатерина Равильевна

**ТИТУЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ
ОБЯЗАТЕЛЬСТВ**

Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

Диссертация

на соискание ученой степени кандидата юридических наук

Научный руководитель:
кандидат юридических наук
Егоров Андрей Владимирович

Москва – 2017

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	3
ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ	13
§1. ИСТОРИЧЕСКОЕ РАЗВИТИЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ О ТИТУЛЬНОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ.....	13
§2. СОВРЕМЕННОЕ ПОНИМАНИЕ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ.....	21
§3. ПРИЧИНЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ.....	34
§4. СДЕЛКИ, ОПОСРЕДУЮЩИЕ ТИТУЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ	40
ГЛАВА 2. КРИТИЧЕСКИЕ ЗАМЕЧАНИЯ В ОТНОШЕНИИ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	82
§1. КОНКУРЕНЦИЯ ЗАЛОГА И ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	82
§2. НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ.....	91
ГЛАВА 3. СОВРЕМЕННЫЕ ПОДХОДЫ К РЕГУЛИРОВАНИЮ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	101
§1. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ПОДХОД К РЕГУЛИРОВАНИЮ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	101
§2. РОССИЙСКИЙ ПОДХОД К РЕГУЛИРОВАНИЮ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	120
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	130
БИБЛИОГРАФИЯ	132

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы диссертационного исследования. Современную рыночную экономику невозможно представить без привлечения финансирования. Его наличие является ключевым атрибутом для поддержания и развития бизнеса в современных условиях. При предоставлении заемных средств кредитор, как правило, стремится обезопасить себя от риска невозврата должником денежной суммы посредством установления в его пользу реального обеспечения – залога. Однако залог как способ обеспечения обязательств представляет собой особую процедуру удовлетворения прав кредитора при неисполнении своих обязательств должником. Поскольку данная процедура может быть долгой, материально затратной и несущей в себе другие риски для кредитора, в коммерческой практике, а впоследствии и на законодательном уровне сформировались правовые конструкции, отсекающие все «неудобные» для кредитора черты залога¹.

Сделки, опосредующие эти конструкции, заключаются обычно в форме купли-продажи или аренды, но по своей сущности они являются сделками, направленными на обеспечение возврата суммы займа. Последняя дается под условием, что имущество в течение срока кредитования будет находиться в собственности у кредитора. Кредитором, как правило, является продавец (оговорка о сохранении права собственности за продавцом, условная купля-продажа), покупатель (факторинг, РЕПО) или арендодатель (финансовая аренда, аренда с правом выкупа, продажа и обратная аренда)². В каждом из вышеперечисленных случаев кредитор как финансирующий субъект имеет право собственности на имущество, служащее обеспечением.

¹ Wood P.R. Comparative Law of Security Interests and Title Finance. 2nd ed. (The Law and Practice of International Finance Series. Vol. 2). Thomson; Sweet & Maxwell, 2007. P. 675.

² Id. P. 670.

Титульное обеспечение и залог очень похожи, однако первое гораздо удобнее для кредитора: в залоге залогодержатель при неисполнении должником своей обязанности по возврату суммы займа имеет лишь право на удовлетворение своих требований из стоимости предмета залога. В случае же титульного обеспечения кредитор имеет полноценное право собственности на имущество. Кредитору как собственнику в случае неисполнения должником своих обязательств не требуется прибегать к особой процедуре обращения взыскания на предмет обеспечения, он может, ссылаясь на свое право собственности, оставить имущество за собой в счет уплаты суммы долга.

Как мы видим, имеющиеся различия между двумя конструкциями связаны с усилением позиции кредитора при использовании титульного обеспечения. Естественно, это происходит за счет ущемления прав должника и нарушения справедливого баланса интересов сторон обязательства. С позиции интересов кредитора залог при таком сравнении явно проигрывает титульному обеспечению.

В российской цивилистической доктрине сама конструкция титульного обеспечения и вместе с ней предоставление особого преференциального положения кредитору хотя и не является *terra incognita*, затронута только в нескольких научных работах на русском языке (А.В. Егоров, С.В. Сарбаш и др.). Вместе с тем российские доктринальные наработки в основном сосредоточены на отдельных видах титульного обеспечения (Ю.Н. Алферова, С.А. Громов, О.В. Ланина, П.В. Хлюстов и др.), проводя обособленный анализ договорных конструкций и лишь изредка находя между ними что-то общее. Такой подход имеет следствием предложения по обрывочному толкованию и реформированию положений гражданского законодательства, отсутствие систематики между ними и ненахождение оснований для применения к ним единообразного регулирования. Очевидно, что имеющаяся доктринальная база недостаточна для того, чтобы сделать окончательные

выводы касательно применения и регулирования института титульного обеспечения, и имеется потребность в комплексных научных исследованиях, которые бы учитывали современные тенденции развития этого института в развитых правовых системах.

Многие из указанных конструкций титульного обеспечения уже давно законодательно закреплены в российском праве. Однако все договорные конструкции, подпадающие под это понятие, рассредоточены по разным главам ГК РФ (о купле-продаже, аренде и др.) в зависимости от договорного типа. Сами нормы слишком лаконичны, имеют декларативный характер. Действующее законодательство не оставляет никаких оснований для обеспечительной трактовки. Таким образом, имеющееся легальное закрепление института титульного обеспечения не отражает его правовой сущности и приводит к его неправильному пониманию правоприменителей. Данное исследование может послужить основой для соответствующих изменений в преддверии реформирования второй части ГК РФ.

Вместе с тем титульное обеспечение становится особенно актуальным в связи с развитием договорной практики в России после перехода к рыночной системе рыночной экономики. Заимствование новых видов договоров, направленных на титульное обеспечение исполнения обязательств, из иностранных правовых систем, усложнение договорных связей между сторонами, а следовательно, и увеличение рисков для сторон таких договоров обуславливает возникновение большого количества споров между ними.

Изложенными соображениями обусловлен выбор темы диссертационного исследования.

Объект и предмет исследования. Объектом диссертационного исследования являются общественные отношения, возникающие при титульном обеспечении обязательств. В предмет исследования входят нормы российского гражданского права, регулирующие титульное обеспечение

обязательств, а также практика их применения. Также в сравнительно-правовых целях рассматриваются нормы иностранного права, регламентирующие титульное обеспечение.

Цель и задачи исследования. Основной целью настоящего исследования является формулирование научно обоснованного определения и подходов к регулированию титульного обеспечения, которые могли бы быть использованы при реформировании гражданского законодательства и применяться российскими судами при решении споров, связанных с титульным обеспечением обязательств.

Для достижения вышеуказанной цели поставлены следующие задачи:

- определить предпосылки для возникновения и использования участниками гражданского оборота титульного обеспечения обязательств;
- дать общую характеристику титульного обеспечения обязательств в Российской Федерации и за рубежом;
- определить виды титульного обеспечения, в том числе уже закрепленные в действующем законодательстве;
- определить соотношение залога и титульного обеспечения;
- раскрыть законодательные подходы к регулированию титульного обеспечения в отечественном и иностранных правопорядках.

При подготовке настоящей работы за пределы исследования были вынесены смежные темы, в том числе условные сделки, толкование договора, недействительность сделок, понятие обеспечения обязательств, принцип свободы договора. Данные вопросы затрагивают тему титульного обеспечения гражданско-правовых обязательств, однако ввиду самостоятельного теоретического значения требуют отдельного научного осмысления.

Методологической основой исследования являются основные общенаучные методы, в частности диалектический метод познания, метод системного анализа, метод сравнений и аналогий, методы обобщения,

синтеза, индукции и дедукции. При решении поставленных задач диссертационного исследования использовались также частнонаучные методы в области правовой науки, такие как формально-юридический, сравнительно-правовой, историко-юридический методы и др. Следует указать на особое место сравнительно-правового метода при подготовке настоящего диссертационного исследования.

Теоретическую основу исследования составили работы таких отечественных и зарубежных правоведов, как Ю.Н. Алферова, Ю.В. Байгушева, Р.С. Бевзенко, Х. Вебер, Б.М. Гонгало, Д.Д. Гримм, С.А. Громов, Г. Дернабург, Д.В. Дождев, Г.Ф. Дормидонтов, А.В. Егоров, А.Г. Карапетов, Л.А. Кассо, Е.А. Крашенинников, О.В. Ланина, Л.А. Новоселова, И.А. Покровский, Н.Ю. Рассказова, А.О. Рыбалов, С.В. Сарбаш, С.А. Сеницын, Е.А. Суханов, П.В. Хлюстов, Г.Ф. Шершеневич, Н. Beale, M. Bridge, W.W. Buckland, J.H. Dalhuisen, L. Gullifer, E.-M. Kieninger, E. Lomnicka, G. McCormack, T. Tajti, A. Veneziano, P.R. Wood и др.

Научная новизна диссертационного исследования заключается в том, что в ней предложен научный подход к регулированию особого вида обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств – титульного обеспечения, осуществляемого посредством передачи права собственности либо посредством удержания права собственности, рассмотрены особенности его правовой природы, применимые средства правовой защиты и направления развития отечественного гражданского законодательства на основе анализа правовых подходов к титульному обеспечению, выработанных за рубежом.

На основе проведенного диссертационного исследования института титульного обеспечения автором сформулированы следующие положения, выносимые на защиту:

1. Титульное обеспечение является способом обеспечения исполнения денежных обязательств должника, в рамках которого право собственности на имущество, выступающее в качестве предмета обеспечения, принадлежит кредитору.

Такое обеспечение может осуществляться двумя способами: посредством передачи права собственности либо посредством удержания права собственности. Передача права собственности используется для получения денежных средств, которые не носят целевой характер. В данном случае в целях обеспечения основного обязательства право собственности передается от должника кредитору, а после исполнения должником основного обязательства оно передается обратно должнику. Удержание права собственности используется для приобретения имущества, и финансирование в данном случае имеет целевой характер: право собственности на приобретаемое имущество изначально у кредитора, и он является собственником до момента исполнения должником основного обязательства, а после исполнения основного обязательства оно передается кредитором должнику.

2. 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.

В случае исполнения должником основного обязательства и уклонения кредитором от передачи должнику права собственности на имущество, выступающего в качестве предмета обеспечения, требование должника о передаче ему права собственности носит обязательственный характер.

3. Титульное обеспечение является фидуциарной сделкой. Фидуциарные сделки характеризуются тем, что стороны для оформления

своих отношений намеренно используют договорные конструкции, правовые последствия которых идут далее преследуемой сторонами цели.

Титульное обеспечение полностью соответствует данному определению, поскольку должник в конструкции титульного обеспечения передает больше прав, нежели необходимо для реального обеспечения своего денежного обязательства. Кредитор и должник могли бы использовать залог, который предполагает в случае неисполнения своих обязательств должником удовлетворение требований кредитора из стоимости заложенного имущества. Однако стороны прибегают к титульному обеспечению, где интересы кредитора в качестве собственника гораздо больше защищены, нежели если бы он был в положении залогодержателя: кредитору как собственнику в случае неисполнения должником своих обязательств не требуется прибегать к особой процедуре обращения взыскания на предмет обеспечения, он может, ссылаясь на свое право собственности, оставить имущество за собой в счет уплаты суммы долга.

В связи с этим ввиду фидуциарного характера титульного обеспечения предполагается, что кредитор, несмотря на имеющееся у него право собственности, не будет распоряжаться имуществом, выступающим предметом обеспечения, до окончания срока исполнения основного обязательства. В случае отчуждения кредитором указанного имущества до окончания срока исполнения основного обязательства или после этого срока, когда должник исполнил основное обязательство, должник вправе предъявить кредитору требование об убытках.

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.

Во всех перечисленных договорных конструкциях предмет титульного обеспечения выступает гарантией удовлетворения требований

кредитора и в течение срока кредитования находится в собственности у кредитора.

5. Для определения того, относится ли сделка к титульному обеспечению, следует использовать функциональный подход, то есть проанализировать ее содержание и выяснить является ли сделка обеспечивающей заемное обязательство. При этом выбор сторонами того или иного вида договора для оформления своих правоотношений не имеет значения для определения обеспечительного характера сделки.

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.

Предложения по совершенствованию гражданского законодательства и правоприменительной практики. Изложенные положения, выносимые на защиту, позволяют предложить в качестве направления развития гражданского законодательства применение к сделкам титульного обеспечения правил о залоге, в частности, в случае неисполнения должником своих обязательств, а также при банкротстве должника или кредитора и закрепление на уровне разъяснений Верховного Суда РФ применения функционального подхода при разрешении дел, связанных с титульным обеспечением.

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.

В разъяснениях Верховного Суда РФ необходимо обратить внимание нижестоящих судов, что при разрешении судами споров в отношении сделок

титульного обеспечения для квалификации сделки в качестве таковой суду следует проанализировать ее содержание и обстоятельства ее заключения, а также выяснить является ли сделка обеспечивающей заемное обязательство.

Теоретическая и практическая значимость исследования.

Теоретическая значимость работы заключается в определении характеристик и установлении основных подходов к регулированию титульного обеспечения, которое до этого было мало изучено в российской доктрине. Важное теоретическое значение имеет сформулированный в работе функциональный подход к регулированию обеспечительных прав. Полученные в рамках диссертационного исследования научные положения и теоретические выводы будут способствовать дальнейшему развитию российской цивилистической науки.

Практическая значимость работы состоит в возможности применения основных положений и выводов, содержащихся в исследовании, в правоприменительной практике и законотворческой деятельности, а также при подготовке разъяснений Верховного Суда РФ возникающих в судебной практике вопросов.

Кроме того, сформулированные в исследовании выводы могут быть использованы в научно-исследовательской деятельности и в рамках преподавания курса отечественного и зарубежного гражданского права в высших учебных заведениях.

Апробация результатов исследования. Работа над темой кандидатской диссертации была начата в 2012 году при подготовке магистерской диссертации в федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего профессионального образования «Российская школа частного права (институт)».

Диссертация выполнена и обсуждена на заседании отдела гражданского законодательства и процесса и на заседании секции «Частное право» Ученого совета Института законодательства и сравнительного

правоведения при Правительстве РФ. По итогам исследования были подготовлены и опубликованы статьи по теме титульного обеспечения в периодических изданиях.

Структура диссертации. Структура изложения материала, представленного в настоящей работе, обусловлена содержанием исследуемых автором вопросов и проблем. Диссертация включает введение, три главы, заключение и библиографический список.

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

§1. ИСТОРИЧЕСКОЕ РАЗВИТИЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ О ТИТУЛЬНОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ

Наше исследование целесообразно начать с углубления в римское право, поскольку именно в нем появилось понятие фидуции (*fiducia*), которое в литературе воспринимается предтечей титульного обеспечения.

В Институциях Гая можно найти следующий отрывок:

«Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucratiua usus capio competit (II, 60)»³.

В древнеримском праве существовало соглашение о фидуции с другом – *fiducia cum amico*. Как правило, оно служило оформлением для договоров поклажи, ссуды, поручения. Этот тип понимается как сделка, совершаемая в чужих интересах с позиции кредитора (фидуциарий, *fiduciaries*), и предполагает передачу прав на имущество с целью управления им в интересах должника (фидуцианта, *fiducians*), т.е. когда все выгоды от осуществления правового господства над имуществом получает не

³ *Fiducia* заключается или с залогопринимателем или с другом, чтобы наша заложенная вещь была тем более обеспечена; если мы совершаем фидуциарную сделку с другом, то во всяком случае *usureceptio* имеет место; если же с верителем, то *usureceptio* допускается только после уплаты долга; до уплаты долга *usureceptio* возможна только в том случае, если веритель не передал этой вещи должнику ни в наем, ни в прекарное обладание; в последнем случае получается выгодная давность (текст и пер. Ф. Дыдынского. Институции Гая (текст и перевод). Варшава, 1892).

фидуциар, а фидуциант либо иное определенное им лицо. С помощью использования этой конструкции были построены такие институты как траст, доверительная собственность и др.⁴.

Наряду с *fiducia cum amico* существовал второй вид фидуции – *fiducia cum creditore*. Он представляет собой древнейшую форму реальной гарантии обязательства, сделку с кредитором, при которой право собственности на вещь должника передавалось кредитору посредством обряда *per aes et libram* или *in iure cession* с условием, если должник полностью заплатит долг, кредитор вернет ее должнику⁵. Сама эта форма являлась суррогатом древней *nexi datio*, где установление долга сопровождается принятием должником на себя личной ответственности с возможностью личной расправы над ним или продажи его в рабство⁶. В таких отношениях фидуция осуществляется в интересах кредитора, поэтому часто также называют «фидуция в своем интересе».

Сначала такое соглашение не имело никакой юридической силы. Оно основывалось на доверии дававшего к принимавшему, откуда и соответствующее название. Юридически принявший вещь был ее собственником и мог поступить с ней, как ему угодно. Но использование вещи, не отвечающее целям фидуции, означало нарушение доверия (*fides*) и могло навлечь на получившего вещь бесчестие⁷. В частности, если должник был обманут, то ему предоставлялся специальный иск из договора фидуции –

⁴ Дождев Д.В. Римское частное право. М., 2006. С. 563.

⁵ Там же. С. 510; Buckland W.W. A Manual of Roman Private Law. Cambridge University Press, 2012. P. 353; Murzea C. Real Contracts in Roman Law. Режим доступа: URL: http://www.ugb.ro/Juridica/Issue2EN/7_Contractele_reale.Murzea.EN.pdf; Buckland W.W., McNair A.D. Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline. CUP Archive. 1965. P. 314.

⁶ Дождев Д.В. Указ. соч. С. 510.

⁷ Муромцев С. А. Гражданское право древнего Рима. М., 1883 // СПС «Гарант».

actio fiduciae. Помимо этого, он обладал правом на иск о бесчестии (*actio infamiae*), что влекло за собой гражданскую смерть лица⁸.

Если долг не был выплачен к обозначенной дате, право собственности оставалось у кредитора без каких-либо ограничений соглашения *pactum fiduciae*. С развитием права стороны начали договариваться о том, что при неисполнении должником своей обязанности переданное имущество будет продано и погашение долга произойдет из цены, вырученной при продаже имущества (*pactum de distrahendo*)⁹.

Л.А. Кассо различал фидуцию и продажу с правом выкупа в том, что первая 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 залог¹⁰.

Причины такого положения дел описаны в литературе. Д.Д. Гримм отмечает, что при появлении в обществе заемных отношений на первых порах их облачают в форму двусторонних сделок на наличные деньги, поскольку они соединяются с предоставлением кредитору реального обеспечения¹¹. Основными типами таких сделок являются мена и купля-продажа, которые появились ранее других сделок именно потому, что они обычно приводят отношения сторон к немедленной и полной ликвидации, так как направлены на перенесение полного права, каковым и является право собственности¹².

⁸ Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М., 2008. С. 354 – 355.

⁹ Mousourakis G. *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer Science & Business Media, 2012. P. 117.

¹⁰ Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. М., 1999. С. 25.

¹¹ Гримм Д.Д. Проблема вещных и личных прав в древнеримском праве // Вестник гражданского права. 2007. Т. 7. № 3 // СПС «Консультант Плюс».

¹² Там же.

Впоследствии фидуцию должны были заменить *pignus* и *hypotheca*¹³, однако этого не произошло и фидуцию продолжили использовать для оформления реального обеспечения обязательств. Причиной «выживания» фидуции являются ее неоспоримые преимущества для кредитора¹⁴.

Вместе с тем данная конструкция не лишена недостатков. И.А. Покровский указывает, что фидуция отражает на себе строгий характер примитивного кредита и служит исключительно интересам кредитора, желание как можно надежнее обеспечить интересы кредитора приводит к забвению справедливых интересов должника. Ученый полагает, что с изменением условий и с увеличением капиталов фидуция должна оказаться недостаточной¹⁵.

Таким образом, фидуция традиционно подразделялась на два вида. Первая разновидность фидуциарных сделок – *fiducia cum amico*, которая предполагает передачу прав на имущество с целью управления им в интересах фидуцианта, второй вид – *fiducia cum creditore*, фидуция в целях обеспечения исполнения заемного обязательства. Исследователи объясняют такое положение дел неразвитостью видов сделок без использования передачи права собственности. Особый интерес для нашего исследования представляет *fiducia cum creditore* как обеспечительная конструкция, при которой передается право собственности как гарантия обеспечения обязательств¹⁶.

Помимо рассмотрения понятия «фидуция» для более полного и глубокого понимания механизма передачи права собственности в

¹³ Stec P. *Fiducia in an Emerging Economy* // *Modern Studies in Property Law: Volume 2* (Hart Publishing, Oxford 2003). P. 44; Zwolve W.J. *A labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods* // Kieninger E.M. *Security Rights in Movable Property in European Law*. Cambridge. 2004. P. 39; Buckland W.W. *A Manual of Roman Private Law*. Cambridge University Press, 2012. P. 353.

¹⁴ Goebel. R.J. *Reconstructing the Roman Law of Real Security*, (1961-2) 36 Tul LR 29, p. 38.

¹⁵ Покровский И.А. *История римского права*. М., 2004. С. 346-353.

¹⁶ Ср. с английской конструкцией *mortgage* : Turner R. W. *The Equity of Redemption*, Cambridge University Press, 2013. P. 27.

обеспечительных целях нам следует также обратиться к понятию «фидуциарная сделка», которое тесно связано с фидуцией и к которому, несомненно, относится титульное обеспечение. По прошествии веков фидуция не исчезла, а получила развитие через новые правовые формы. В немецком праве такой формой стала обеспечительная передача права собственности (*Sicherungsübereignung*). Немецкий правовед Б. Виндшайд писал, что в случае займа должник продает его имущество в качестве гарантии для кредитора. Стороны при этом устанавливают право выкупа, и покупная цена равна сумме займа. Поскольку такие сделки считались фиктивными, их признавали недействительными в юридической практике. Тем не менее в рамках традиционной системы перехода права собственности в Германии они способны были перенести право собственности.

Для решения этой проблемы немецкий ученый Ф. Регельсбергер разработал доктрину фидуциарных сделок (*fiduziarisches Geschäft*)¹⁷. Согласно этой концепции фидуциарная сделка, в которой стороны намеренно выбирают правовой инструмент, который предлагает больше, чем достаточно для достижения выбранной сторонами цели, действительна, в отличие от фиктивной сделки. В XIX веке эта концепция стала широко распространенной в юридической практике¹⁸.

Впоследствии аналогичное понимание фидуциарных сделок было воспринято в российской научной литературе¹⁹, где обосновывалось, что фидуциарные сделки являются действительными и их следует отличать от

¹⁷ Regelsberger F. Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, AcP 63 (1880). S. 172-173.

¹⁸ Coing H. Europäisches Privatrecht II. 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privat -rechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern. München, 1989. Цит. по: Istvan Sandor Overview of the Legal Models of Trust Management in Private Law. Режим доступа: URL: http://www.kre.hu/portal/doc/sic/2008/sic3_015_sandor.pdf.

¹⁹ См., например, Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2: Учение о вещах. Учение о юридической сделке. М., 2004 // СПС «Гарант»; Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Том I. Часть общая. СПб, 1911. С. 734; Дормидонтов Г. Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895. С. 91-92.

недействительных сделок. В качестве их примера приводились случаи, когда для большего обеспечения залогодержателя ему передают заложенную вещь в собственность или, желая поручить другому лицу взыскание по обязательству, залогодержателю уступают обязательственное требование, хотя стороны могли использовать соответственно залог и доверенность.

Таким образом, характерной чертой фидуциарных сделок является то, что их правовые последствия идут далее преследуемой сторонами цели. В них можно выделить внешние (фидуциар перед третьими лицами представляется полноценным правообладателем) и внутренние отношения (обязательственные отношения между фидуциаром и фидуциантом, которые ограничивают первого в своем поведении). Безусловно, использование фидуциарных сделок ставит фидуцианта в опасное положение и открывает фидуциару возможности для злоупотреблений.

К сожалению, в современной юридической литературе приведенные наработки дореволюционных авторов не были восприняты. Характерная черта фидуциарных сделок о передаче больше прав кредитору, нежели ему требуется для достижения выбранной сторонами цели, была потеряна, и в современной литературе осталось лишь понимание, что фидуциарная сделка предполагает особое доверие между сторонами.

Так, некоторыми авторами к фидуциарным сделкам причисляются договор доверительного управления, комиссии, агентский договор²⁰. Также договору поручения часто «приписывают» фидуциарность, поскольку в нем присутствует «особая доверительность» в отношениях между сторонами. Принципиальным отличием этого договора, авторам представляется, является то, что даже при формально правомерных действиях поверенного,

²⁰ Егорова М.А. Односторонний отказ от исполнения гражданско-правового договора. М., 2010 // СПС «Гарант».

не дающих повода призвать его к ответственности, доверитель тем не менее может испытать серьезный ущерб²¹.

В учебниках указывается, что квалифицировать сделку как фидуциарную позволяет возможность любой из сторон в одностороннем порядке отказаться от ее исполнения. Участник полного товарищества вправе в любое время без согласия других участников выйти из товарищества, что означает свободный выход из учредительного договора²². В иных источниках указывается, что страховые сделки являются фидуциарными, т.е. основанными на доверии²³, а иногда к ним причисляется и договор хранения²⁴.

Из приведенных выше многочисленных примеров видно, что в современной литературе наблюдается использование термина «фидуциарная сделка» не в том значении, которое было предложено его основоположником Ф. Регельсбергером, а в ряде других значений, не имеющих ничего общего с оригинальным. Например, наиболее часто встречающееся определение фидуциарной сделки как основанной на особо доверительных отношениях является довольно неопределенным и субъективным, поскольку практически все отношения в гражданском обороте строятся на доверии участников друг к другу и определить, в каких случаях такое доверия имеет юридическое значение, проблематично.

Однако стоит отметить, что в научной литературе встречаются подходы аналогичные оригинальным работкам. Например, данной концепции придерживается Ю.В. Байгушева, основываясь на исследовании

²¹ Андреев И.А., Аюшеева И.З., Васильев А.С. Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 2. / Под общ. ред. С.А. Степанова. М., 2011 // СПС «Гарант».

²² Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2008 (автор главы – Е.А. Суханов) // СПС «Гарант».

²³ Дедиков С.В. Научно-практический комментарий к главе 48 «Страхование» ГК РФ / «Нормативное регулирование страховой деятельности. Документы и комментарии», № 3, 4, III, IV квартал 2007 г. // СПС «Гарант».

²⁴ Коммерческое (предпринимательское) право: учеб.: в 2 т. Т. 2. / Под ред. В.Ф. Попондопуло. М., 2009 // СПС «Гарант».

трудов немецкого цивилиста А. Тура. «Договор поручения нередко квалифицируют как фидуциарную сделку, обосновывая эту квалификацию тем, что отношения между доверителем и поверенным носят лично-доверительный характер. В действительности фидуциарной сделкой является предоставление, вызывающее правовое последствие, которое идет дальше преследуемой хозяйственной цели предоставления. Типичными примерами фидуциарного предоставления служат обеспечительная передача вещи в собственность, при которой кредитору для обеспечения его требования передается право собственности на вещь, хотя для этой цели было бы достаточно залога вещи, и инкассовая цессия, при которой одно лицо уступает другому требование, с тем чтобы оно получило по нему исполнение, хотя для этой цели было бы достаточно наделения его полномочием»²⁵. Нетрудно увидеть, что договор поручения не обладает признаками фидуциарной сделки и, стало быть, не является таковой, поскольку поверенному передается ровно столько прав, сколько ему нужно для исполнения своих обязанностей²⁶.

А.П. Васильченко рассуждает в том же ключе, характеризуя фидуциарные сделки несовпадением внешних и внутренних отношений сторон. Под фидуциарной сделкой понимается конструкция, в соответствии с которой одна сторона - фидуциант передает другой стороне - фидуциару полное право на имущество, ограничивая его поведение в отношении

²⁵ См.: Tuhr A. Der Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. Tübingen, 1924. Hälfte. 1. S. 181. Цит. по: Абрамова Е.Н., Аверченко Н.Н., Арсланов К. М. Комментарии к Гражданскому Кодексу Российской Федерации. Часть вторая: учебно-практический комментарий / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2010 (автор комментария – Ю.В. Байгушева) // СПС «Гарант»; Крашенинников Е.А. Общая характеристика предоставлений // Очерки по торговому праву. Ярославль, 2006. Вып. 13. С. 26.

²⁶ Абрамова Е.Н., Аверченко Н.Н., Арсланов К. М. Комментарии к Гражданскому Кодексу Российской Федерации. Часть вторая: учебно-практический комментарий / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2010 (автор комментария - Ю.В. Байгушева) // СПС «Гарант».

правового господства над этим имуществом определенными рамками во внутренних отношениях сторон²⁷.

²⁷ Васильченко А.П. Цессия для целей взыскания // Вестник гражданского права. 2008. № 2. С. 83.

§2. СОВРЕМЕННОЕ ПОНИМАНИЕ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Механизмы, используемые в настоящее время в качестве реального обеспечения, можно в целом подразделить на две категории: во-первых, это традиционные обеспечительные механизмы, специально задуманные в качестве таковых, такие как залог, а во-вторых, это механизмы, гарантирующие обеспечение исполнения обязательств посредством передачи права собственности²⁸. Сделки второй группы в экономическом смысле функционально синонимичны обеспеченному залогом займу, однако конструируются через титульное обеспечение²⁹.

Для обозначения механизмов, которые формально к обеспечению не относятся, но функционально служат им альтернативой, иностранная литература оперирует термином «квазиобеспечение» (*quasi-security*)³⁰. Изначально необходимо оговорить, что этот термин является довольно широким, в его содержание входят различные суррогаты обеспечения, которые по своей сущности являются гражданско-правовыми сделками, структурированными сторонами в качестве обеспечения исполнения

²⁸ Рассказова Н.Ю. Регулирование обеспечительных отношений, возникающих при обременении правами кредитора движимого имущества: европейский опыт // Вестник ВАС РФ. № 11. 2011. С. 60.

²⁹ Beale H., Bridge M., Gullifer L., Lomnicka E. *The Law of Security and Title-Based Financing*, Oxford University Press, 2012. P. 237. Фактически они берут свою природу из римской конструкции *fiducia cum creditore* (см. Mangachev I.P. *Fiducia cum creditore contracta in EU law*. Режим доступа: URL: <http://eprints.nbu.bg/321/1/SSRN-id1474199-1.pdf>).

³⁰ Law Commission Consultation Paper № 176, *Company security interests: a consultative report* (2004). Режим доступа: URL: http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/cp176_Company_Security_Interests_Consultative_Report.pdf. P. 33; Law Commission Consultation Paper № 164, *Registration of Security Interests: Company Charges and Property Other and Land - A Summary of the Consultation Paper* (2002). Режим доступа: URL: http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/cp164_Company_Security_Interests_Consultation.pdf. P. 2; McCormack G. *Pressured by the paradigm. The Law Commission and company security interests // Personal Property Security Law Reform in the UK: Comparative Perspectives*. Ed. by John de Lacy. P. 89.

обязательств. В доктрине среди квазиобеспечений выделяют следующие типы:

1) включающие передачу или удержание титула. Речь идет о ситуациях, когда право собственности используется как некая гарантия исполнения денежного обязательства должника, в результате которой имущество не становится частью конкурсной массы должника, подлежащей распределению между другими кредиторами, в случае банкротства должника, например, оговорка о сохранении права собственности (*retention of title clause*), аренда с правом выкупа (*hire purchase*), финансовая аренда (*finance lease*), РЕПО (*repo*), обеспечительная уступка прав требования (*security assignment*) и др.;

2) не включающие передачу или удержание титула. В эту группу включаются механизмы, в рамках которых должник и кредитор заключают соглашение, дающее последнему определенные привилегии в случае банкротства должника, например, зачет (*set-off*), запрет на обременение должником своего имущества (*negative pledge*), соглашение о субординации требований кредиторов (*subordination agreement*), соглашение об ограничении использования банковского вклада (*flawed asset*), траст целевого расходования денежных средств (*Quistclose trust*) и др.³¹

Наряду с этим в коммерческой практике встречаются квазиобеспечительные конструкции, когда обеспечение создается не посредством перемещения права собственности на имущество, а посредством «расширения» юридической личности должника, например, путем выдачи доверенности или предоставления кредитору прав участника или акционера. Примером такого «расширения» служит институт безотзывной доверенности, который с 1 сентября 2013 г. закреплен в отечественном законодательстве

³¹ См. Beale H., Bridge M., Gullifer L., Lomnicka E. Op. cit. Chapter 8; Tan C.H. Quasi-Security Interests in Loan Agreements: An Overview. Singapore Academy of Law Journal, Vol. 5. 1993.P. 173-174.

(ст. 188.1 ГК РФ)³². Смысл данной конструкции заключается в том, что в целях обеспечения исполнения обязательства представляемого перед представителем или лицами, от имени или в интересах которых действует представитель, представляемый может указать в доверенности, выданной представителю, на то, что эта доверенность не может быть отменена до окончания срока ее действия либо может быть отменена только в предусмотренных в доверенности случаях. При этом прекращение безотзывного полномочия возможно по любому из перечисленных в ст. 188 ГК РФ оснований, соответственно, кроме его отмены представляемым³³.

Как эта конструкция используется для достижения результата, функционально идентичного залогоу? Представляемый, должник по основному обязательству, выдает доверенность представителю, кредитору по основному обязательству, на распоряжение определенным активом. Соответственно, если представляемый не исполняет свою обязанность перед представителем по основному обязательству, то представитель имеет право продать указанный актив и посредством этого удовлетворить свой интерес. В данном случае имущество может оставаться формально у должника, а кредитору дается право «действовать под личиной должника». Суть концепции, тем не менее, остается прежней: кредитор фактически получает объект, который служит предметом обеспечения.

Право собственности обычно используется в обеспечительных сделках в двух случаях: в качестве гарантии по займу, когда заемщик передает займодавцу право собственности на принадлежащее ему имущество

³² Стоит отметить, что безотзывное полномочие (*unwiderrufliche Vollmacht*) уже давно закреплено в зарубежном законодательстве (в первую очередь в праве Германии). См. подробнее: Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. München und Leipzig, 1918. Bd. 2. Hälfte 2. S. 408 – 409. Цит. по: Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Прекращение полномочия // Вестник ВАС РФ. 2012. № 11 // СПС «Консультант Плюс».

³³ Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Прекращение полномочия // Вестник ВАС РФ. 2012. № 11 // СПС «Консультант Плюс».

(передача права собственности)³⁴, и в качестве гарантии обязательства по уплате стоимости имущества, когда продавец или арендодатель удерживают право собственности на проданное или переданное в аренду с последующим выкупом имущество до полной уплаты его стоимости (удержание права собственности)³⁵.

Вторую группу сделок, как правило, называют сделками по финансированию приобретения, поскольку полученное финансирование направляется на приобретение определенного актива. Механизмы первой группы, не относящиеся к финансированию приобретения, не имеют такого целевого характера и направлены в основном на получение ликвидных средств. Извлеченные денежные средства должник может использовать по своему усмотрению, например, направить на выплату заработной платы сотрудникам, на расширение производства и т.п.

В цивилистике оперируют различными терминами для обозначения титульного обеспечения, например, обеспечительная передача правового титула (права собственности)³⁶, фидуциарная передача правового титула³⁷, квазиобеспечение (*quasi-security*)³⁸, финансирование под передачу активов (*asset-based finance*)³⁹, титульное финансирование (*title finance*)⁴⁰, обеспечение, предоставленное продавцу или арендодателю (*vendor or lessor*

³⁴ Некоторые авторы до сих пор эту разновидность обеспечения называют *fiducia cum creditore*. См. Akkermans B. Property Law // Hage J., Akkermans B. Introduction to Law, Springer, 2014. P. 83.

³⁵ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 57.

³⁶ Сарбаш С.В. Обеспечительная передача правового титула // Вестник гражданского права. 2008. Т. 8. № 1 // СПС «Консультант Плюс».

³⁷ Там же.

³⁸ Quasi-security: overview / Practical Law Finance. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/0-520-7302?q=&qp=&qo=&qe=>.

³⁹ Wood Ph.R. Op.cit. P. 670.

⁴⁰ Там же; Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М., 2012 // СПС «Консультант Плюс».

security)⁴¹, финансирование приобретения активов (*acquisition financing*)⁴² и др. Авторы придают им одинаковое значение.

В Директиве 2002/47/ЕС Европейского Парламента и Совета от 6 июня 2002 г. о финансовых обеспечительных соглашениях (*Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements*) различается несколько понятий финансового обеспечения (ст. 2 (1) (a)-(c)). Во-первых, финансовое обеспечение (*financial collateral arrangement*) делится на два вида: финансовое обеспечение посредством передачи права собственности (*title transfer financial collateral arrangement*) и финансовое обеспечение с использованием традиционного обеспечения (залога) (*security financial collateral arrangement*). Во-вторых, финансовое обеспечение посредством передачи права собственности понимается как механизм, включающий в себя договоры РЕПО, согласно которым лицо, предоставляющее право собственности (*collateral provider*), лицу, получающему такое обеспечение (*collateral taker*), для цели обеспечения или иной гарантии исполнения соответствующих обязательств. В-третьих, финансовое обеспечение с использованием традиционного обеспечения (залога) определяется как механизм, согласно которому лицо предоставляет финансовое обеспечение посредством предоставления традиционного обеспечения (залога) в пользу получателя и право собственности на предмет обеспечения остается у лица, предоставившего обеспечение⁴³. Аналогичное определение дано в английском законодательстве⁴⁴.

В Руководстве дано понятие «финансирование приобретения» (*acquisition financing*), охватывающее все виды сделок, позволяющих

⁴¹ Id.

⁴² A guide to Practical Law Finance's asset finance resources / Practical Law Finance. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/0-386-4274#>.

⁴³ Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements / EC of the European Parliament and of the Council // <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32002L0047>.

⁴⁴ The Financial Collateral Arrangements (No.2) Regulations 2003. Режим доступа: URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2003/3226/regulation/3/made>.

приобретать имущество в кредит. Сделка по финансированию приобретения имеет место, когда кредит используется для конкретной цели, заключающейся в том, чтобы дать покупателю или арендатору возможность приобрести имущество, удержание права собственности осуществляется в отношении приобретенного имущества, удержание кредитором права собственности на приобретаемое имущество возникает в силу соглашения между должником и кредитором⁴⁵.

С.В. Сарбаш отмечает, что если представить себе «чистую» модель обеспечительной передачи правового титула или обеспечительную передачу права собственности *sui generis*, то содержание соглашения о ней могло бы сводиться к следующим основным положениям. Оно должно предусматривать, что соответствующее право (правовой титул) передается должником кредитором в обеспечение исполнения названного основного обязательства. В случае надлежащего исполнения обязательства правовой титул подлежит обратной передаче кредитором должнику. В случае ненадлежащего исполнения обязательства кредитор уполномочен получить владение вещью, а должник обязуется передать владение кредитором в разумный срок, если владение не было передано раньше. Кредитор вправе, предварительно, в разумный срок уведомив должника, реализовать вещь по действительной (рыночной) цене, в том числе и в случае неисполнения должником обязанности по передаче владения кредитором. Приведенные основные положения могут быть дополнены значительным числом других важных условий соглашения сторон, которые могли бы детализировать различные параметры: сроки, порядок и форму уведомления, место совершения действий, урегулирование расходов, порядок реализации имущества и т.д.⁴⁶.

Таким образом, с учетом вышеизложенного титульное обеспечение можно охарактеризовать как реальную гарантию исполнения должником

⁴⁵ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 320.

⁴⁶ Сарбаш С.В. Обеспечительная передача правового титула // СПС «Консультант Плюс».

своего денежного долга посредством передачи кредитору или удержания кредитором права собственности.

Вопрос о правовой природе титульного обеспечения и о том, является ли титульное обеспечение способом обеспечения обязательств, является неоднозначным.

Отрицание обеспечительного характера титульного обеспечения может обосновываться тем, что при формальном рассмотрении данной конструкции кредитор получает обеспечение в собственном имуществе, что не может свидетельствовать об обеспечительном характере конструкции и отличается от всех закрепленных в законе способов обеспечения, где имущество, выступающее в качестве гарантии исполнения обязательства, предоставляется из имущественной сферы должника.

В статье 329 ГК РФ отсутствует определение способов обеспечения обязательств. Вместе с тем эта норма открывает возможность участникам гражданского оборота самостоятельно конструировать обеспечительные конструкции, однако каких-либо ориентиров, каким признакам они должны отвечать, не дает.

В российской частноправовой доктрине имеются следующие точки зрения относительно понятия обеспечения обязательств. Согласно позиции К.Н. Анненкова обеспечения – это средства и способы, направленные на укрепление обязательств, т.е. придание им большей верности в отношении получения удовлетворения верителем⁴⁷. Д.И. Мейер к способам обеспечения исполнения обязательств относил все, что «по правилам благоразумия может побудить желание должника к точному исполнению договора, будучи совместным с существующими юридическими определениями⁴⁸». К.П. Победоносцев определял обеспечительное обязательство как договор, усиливающий необходимость исполнения для обязанной стороны или

⁴⁷ Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. III: Права обязательственные. СПб, 1901. С. 231.

⁴⁸ Мейер Д.И. Русское гражданское право. Петроград, 1914. С. 240.

привлекающим к ответственности «особливые», заранее выговоренные средства и способы исполнения⁴⁹.

Уже в советской литературе С.Н. Братусь высказывает мнение, что экономический смысл обеспечения обязательства состоит в предоставлении имущественной гарантии на случай неисполнения обязательства⁵⁰.

Современные исследователи считают, что все способы обеспечения исполнения обязательств различаются по степени воздействия на должника и методам достижения цели - понудить должника исполнить обязательство надлежащим образом (В.В. Витрянский)⁵¹. Во многом аналогичным образом Б.М. Гонгало определяет обеспечение исполнения обязательств как обеспечительные меры имущественного характера, существующие в виде акцессорных обязательств, стимулирующих должника к исполнению обязательства и (или) иным образом гарантирующие защиту имущественного интереса кредитора в случае неисправности должника⁵². Е.А. Павлодский указывает, что главной целью обеспечения исполнения обязательств является понуждение должника исполнить обязательство⁵³.

Под способами обеспечения исполнения обязательств также понимают меры имущественного характера, направленные на надлежащее исполнение обязательства и предоставляющие кредитору определенную гарантию удовлетворения требования или возмещения убытков, которые могут возникнуть в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства⁵⁴.

⁴⁹ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. М., 2002. С. 250.

⁵⁰ Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 101.

⁵¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2001. С. 479.

⁵² Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М., 2004 // СПС «Консультант Плюс».

⁵³ Павлодский Е.А. Договоры организаций и граждан с банками. М., 2000. С. 106.

⁵⁴ Советское гражданское право: Учеб. Т. I / Под ред. В.П. Грибанова и С.М. Корнеева. М., 1979. С. 492.

На основании вышеизложенных размышлений исследователи делают вывод, что, например, оговорка о сохранении права собственности является способом обеспечения обязательств⁵⁵.

Таким образом, титульное обеспечение при понимании, что такая конструкция служит заменой залоговой модели и направлена на большее укрепление гарантии исполнения обязательства должником, соответствует изложенным представлениям об обеспечении. Кредитор получает фактически право собственности на имущество должника, а соответственно, и большую гарантию исполнения своего обязательства должником за счет отсутствия специальной процедуры обращения взыскания на имущество, отсутствие необходимости возвращать остаточную стоимость имущества после вычета суммы долга.

Если говорить об иностранных источниках, то согласно § 1-201 Единообразного торгового кодекса (ЕТК) (*Uniform Commercial Code*) США обеспечительный интерес – это интерес в движимом или недвижимом имуществе, который гарантирует осуществление платежа или исполнение обязательства⁵⁶.

На международном уровне наиболее авторитетным источником по обеспечительному праву и наиболее полным исследованием, касающимся обеспечительных обязательств, является Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам (*UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*) (далее – Руководство), при разработке которого был исследован законодательство развитых правовых порядков⁵⁷.

⁵⁵ Ланина О.В. Оговорка о сохранении права собственности в договорных обязательствах. М., 2014 // СПС «Консультант Плюс»; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: Учеб.-практ. коммент. (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2010 // СПС «Консультант Плюс».

⁵⁶ Uniform Commercial Code. Режим доступа: URL: <https://www.law.cornell.edu/ucc>.

⁵⁷ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. Режим доступа: URL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/Guide_securedtrans.html. P. 57.

Согласно Руководству в обеспечении можно выделить следующие функции: стимулирование кредиторов к предоставлению финансирования⁵⁸, а также снижение риска неисполнения должником своего обязательства за счет обременения в пользу обеспеченного кредитора какого-либо актива⁵⁹.

В иностранной доктрине титульное обеспечение традиционно к числу обеспечительных прав не относится⁶⁰. Хотя оно зачастую имеет тот же коммерческий эффект, что залоговое обременение. Ввиду этого такое обеспечение является для него альтернативой и ему приписывается квазиобеспечительный характер.

Следующий вопрос, который требуется рассмотреть в рамках исследования существа титульного обеспечения собственности, является вопрос его акцессорности.

В Германии обеспечительная передача собственности, обеспечительная уступка права требования (*Sicherungsabtretung*) и удержание права собственности являются неакцессорными способами обеспечения⁶¹. Во Франции удержание права собственности рассматривается как акцессорный способ обеспечения⁶². В эстонской доктрине и правоприменительной практике обеспечительная передача права собственности («залоговое приобретение») постулируется как неакцессорный тип обеспечения⁶³.

⁵⁸ Id. P. 59.

⁵⁹ Id. P. 20.

⁶⁰ Tan C.H. Op. cit.. P.173; Beale H., Bridge M., Gullifer L., Lomnicka E. Op. cit. P. 235.

⁶¹ См. Егоров А.В. Залог vs. обеспечительная передача права: нужна ли обороту конкуренция? / Актуальные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею Павла Владимировича Крашенинникова / Отв. ред. Б.М. Гонгало, В. Ем. М., 2014 // СПС «Консультант Плюс»; Sigman H.C., Kieninger E.-M. Cross-border Security Over Tangibles. Sellier european law publishers. 2007. P. 109; Зикун И.И. Конструкция титульного обеспечения в гражданском праве: основные проблемы // Вестник гражданского права. 2016. № 2 // СПС «Консультант Плюс», Галкова Е.В. Обеспечительная передача титула по германскому праву // Закон. 2016. № 11 // СПС «Консультант Плюс».

⁶² Sigman H.C., Kieninger E.-M. Op.cit. P. 131, 135.

⁶³ Синицын С.А. Обеспечительная собственность, или институт залогового приобретения по гражданскому праву Эстонии // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 4. Том 1. С. 586.

В российском праве обеспечительные правоотношения, по общему правилу, обладают свойством акцессорности, при этом законом могут быть предусмотрены исключения в виде независимых обязательств, чье существование и действительность не зависят от основного обязательства (например, независимая гарантия) (ст. 329 ГК РФ)⁶⁴. В связи с этим стоит полагать, что независимость обеспечительного обязательства должна быть прямо предусмотрена законом и не может быть самостоятельно сконструирована участниками оборота. Выработанные сторонами, но при этом не упомянутые в законе обеспечительные конструкции могут носить только акцессорный характер.

С учетом изложенного, если стороны будут заключать соглашение о титульном обеспечении *sui generis*, то оснований полагать, что данное обеспечительное обязательство будет независимым, на наш взгляд, не имеется, тем более, если из условий такого обеспечительного соглашения или обстоятельств его заключения следует, что оно заключено в целях обеспечения основного обязательства. В конструкциях титульного обеспечения, закрепленных в законе (купля-продажа с оговоркой о сохранении права собственности, аренда с правом выкупа, финансовая аренда, РЕПО), вопрос об акцессорности обеспечения не стоит, поскольку из норм закона следует передача или удержание права собственности опосредованы наличием основного денежного обязательства.

Отдельным вопросом является возможность использования недвижимых вещей в качестве предмета обеспечения в рамках титульного обеспечения. В германском праве предметом обеспечительной передачи

⁶⁴ Рассказова Н.Ю. Независимая ипотека в проекте изменений ГК РФ // Закон. 2013. № 3 // СПС «Консультант Плюс»; Новоселова Л.А. О соотношении обязательства гаранта и обеспечиваемого обязательства // Основные проблемы частного права. Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского / отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М., 2010 // СПС «Консультант Плюс»; Гражданское право: Учебник / О.В. Гутников, А.С. Гутникова, С.Д. Радченко и др.; под ред. О.Н. Садикова. М., 2006. Т. 1 (автор главы – О.Н. Садилов) // СПС «Консультант Плюс».

права может быть только движимая вещь. Напротив, во французском праве предметом фидуциарной собственности может стать как движимая, так и недвижимая вещь⁶⁵. В законодательстве восточноевропейских государств обеспечительная передача права собственности недвижимых вещей не допускается (Эстония)⁶⁶.

В отечественном праве отсутствуют нормы, регулирующие конструкцию титульного обеспечения *sui generis*. Несмотря на законодательный пробел, исследователи приходят к выводу, что хотя предметом титульного обеспечения выступает обычно движимое имущество, оно может быть применимо и к недвижимости⁶⁷. Специфика недвижимых вещей как объектов гражданских прав, на наш взгляд, не влияет на возможность их использования в качестве предмета обеспечения (так, при залоге предметом обеспечения может выступать как движимое, так и недвижимое имущество).

Аналогичный вывод можно сделать и в отношении видов титульного обеспечения, уже закрепленных в российском законодательстве. Например, предметом договора купли-продажи с оговоркой о сохранении права собственности за продавцом могут быть не только движимые, но и недвижимые вещи, что соответствует действующему законодательству, сложившейся судебной практике и подтверждается многими исследователями, в том числе С.В. Сарбашом⁶⁸. Более того, возможность

⁶⁵ Зикун И.И. Указ. соч.

⁶⁶ Сеницын С.А. Указ. соч. С. 588.

⁶⁷ Сарбаш С.В. Обеспечительная передача правового титула // Вестник гражданского права. 2008. № 1 // СПС «Консультант Плюс».

⁶⁸ Сарбаш С.В. Удержание правового титула кредитором. М., 2007. С. 46-47. Как уже было указано, в Германии прямо закреплено, что удержание титула возможно только в отношении движимых вещей (§ 449 ГГУ). Егоров А.В. Залог vs. обеспечительная передача права: нужна ли обороту конкуренция? / Актуальные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею Павла Владимировича Крашенинникова / Отв. ред. Б.М. Гонгало, В. Ем. М., 2014 // СПС «Консультант Плюс». Английское право не допускает установления оговорки о сохранении права собственности за продавцом в отношении недвижимого имущества, при этом во французском законодательстве закреплен обратный подход.

использования недвижимости в качестве предмета обеспечения по договору финансовой аренды прямо закреплена ст. 3 Федерального закона «О финансовой аренде (лизинге)», где в качестве предмета финансовой аренды указываются любые непотребляемые вещи, в том числе предприятия, здания, сооружения, оборудование, транспортные средства и другое движимое и недвижимое имущество.

§3. ПРИЧИНЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Исторически первым фактором, предопределившим возникновение конструкции титульного обеспечения, стало распространение в гражданском обороте вполне понятного, с экономической точки зрения, желания кредитора получить более «сильное» право на удовлетворение своих интересов и избежать применения залогового законодательства устанавливающего регулирование неэффективного с точки зрения участников оборота посессорного залога, обращения взыскания на предмет залога путем долгих и затратных торгов и др.)⁶⁹.

Титульное обеспечение предоставляет приоритет его получателю перед залоговыми кредиторами без рисков удовлетворения его требований только после иных обеспеченных кредиторов. В случае неисполнения должником своего обязательства кредитор оказывается в лучшем положении в качестве собственника, нежели чем в качестве залогодержателя. В особенности это касается случаев банкротства, когда имущество собственника, хотя оно и находится во владении лица, представляющего обеспечение, исключается из конкурсной массы должника. Напротив, имущество, обремененное залогом, включается в состав его конкурсной массы⁷⁰. Абсолютный собственник вправе самостоятельно определять судьбу имущества, выступающего в качестве обеспечения, без необходимости получения разрешения (согласия) для осуществления правомочий⁷¹.

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*),

⁶⁹ Philip R. Wood Op. cit. P. 28.

⁷⁰ Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: избранные постановления за 2008 год с комментариями (автор комментария – Егоров А.В.) // СПС «Консультант Плюс».

⁷¹ Gullifer L. Goode on Legal Problems of Credit and Security. Sweet & Maxwell, 2008. P. 251.

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 продажи⁷².

Например, в Великобритании одной из основных причин, почему стороны выбирали и все еще выбирают не залог, а удержание или передачу права собственности, является то, что отсутствуют требования относительно регистрации, поэтому с легкостью можно избежать административных преград и «непривлекательной» публичности⁷³.

Кроме этого, как отмечает С.В. Сарбаш, в большинстве иностранных правопорядков установлен запрет залога движимости без передачи кредитору владения вещью⁷⁴. Если в отношении земли по мере формирования моделей обеспечительных прав использование права собственности в качестве обеспечения постепенно сходило на нет, то иначе обстояло дело с движимыми вещами. Поскольку во многих правопорядках непоссessorные обеспечительные права не признавались, заемщики и займодавцы вынуждены были искать в законодательстве другие методы, позволяющие преодолеть отсутствие такого признания. И передача кредитору правового титула на имущество (условно до погашения суммы займа или с условием обратной передачи заемщику при повторной продаже с удержанием титула займодавцем до погашения займа) была наиболее распространенным из этих методов.

Вторым, не менее важным фактором, влияющим на использование титульного обеспечения, является доступность кредита.

Условия предоставления кредита зависят от многочисленных факторов, в том числе кредитной истории заемщика, его финансовых показателей и пр. В целом анализ этих показателей направлен на определение рисков

⁷² Beale H., Bridge M., Gullifer L., Lomnicka E. Op.cit. P. 237-238.

⁷³ Id.

⁷⁴ Сарбаш С.В. Указ. соч.

невозврата кредита, т.е. неисполнения заемщиком своих обязательств. Если оценки последнего неудовлетворительны, велика вероятность, что плата за пользование кредитом будет выше, чем у заемщика, чьи показатели более надежны. Ввиду этого стороны прибегают к использованию различных инструментов для того, чтобы нивелировать риск невозврата кредитной суммы, следствием чего является понижение процентной ставки по кредиту.

При покупке имущества покупатель может просто занять у третьей стороны средства в размере покупной цены на необеспеченной основе. Этот способ может быть недоступен, поскольку кредитный рейтинг или репутация покупателя могут затруднить для него получение кредита или сделать его слишком дорогим.

В ином случае покупатель может договориться с продавцом о приобретении имущества на условиях кредита, что позволяет покупателю оплатить имущество после заключения договора купли-продажи. В данном случае продавец передает покупателю имущество, однако получает покупную цену позднее либо в виде единовременной выплаты, либо в виде периодических частичных платежей. Такой способ фактически не отличается от финансирования третьей стороной, за исключением того, что риск неплатежа лежит теперь на продавце, а не на третьем лице – кредитующем субъекте. Однако многие продавцы либо не могут, либо не желают нести такой необеспеченный риск⁷⁵.

В результате покупатели зачастую сталкиваются с тем, что на практике необеспеченное финансирование приобретения недоступно для них, поэтому они должны предоставлять определенное обеспечение для приобретения в кредит имущества. Предметом обеспечения может быть имеющееся у покупателя имущество. Например, предприятие может предложить свое помещение или иное имущество в качестве обеспечения погашения кредита, выданного для приобретения оборудования. Вместе с тем самым очевидным

⁷⁵ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 322.

вариантом предмета обеспечения, а зачастую и единственным, имеющимся в распоряжении покупателя, является фактически приобретаемое имущество⁷⁶.

Именно поэтому наряду с различными механизмами и методами, призванными выполнять функции обеспечения, существуют и другие правовые инструменты, которые можно использовать для создания конструкций, аналогичных залого. Большинство из них являются продуктами коммерческой практики, однако некоторые из них были созданы или доработаны законодательным путем⁷⁷.

Во многих государствах займы такого рода, обычно предоставляемые поставщиками, широко используются в качестве альтернативы общему банковскому финансированию и имеют преференциальный статус ввиду их важности для функционирования малого и среднего предпринимательства. Иногда банки на более регулярной основе участвуют в финансировании приобретения, в результате чего сложилась практика, позволяющая им использовать преимущества механизма удержания права собственности. В частности, продавец может продать товар банку, а банк вправе перепродать данный товар покупателю в кредит с удержанием правового титула на него, или же покупатель может расплатиться с продавцом за счет заемных средств, а затем передать банку правовой титул в качестве обеспечения этого займа. Общей тенденцией является способствование в наибольшей степени расширению доступа к кредитам⁷⁸.

⁷⁶ Id. P. 322.

⁷⁷ Id. P. 57.

⁷⁸ В 2002 г. Конференцией по международному частному праву, в которой приняли участие Аргентина, Уругвай, Бразилия, Чили, Колумбия, Перу, Мексика, Канада и США, был принят Модельный латиноамериканский закон о залоге движимого имущества (*La Ley Modelo Interamericana de Garantias Mobiliarias*). Целью Закона является гармонизация законодательства латиноамериканских государств в соответствующей части и стимулирование национальных экономик за счет увеличения доступности кредитования. Для развивающихся экономик, к которым относятся страны Латинской Америки, доступность кредита для малого и среднего бизнеса – одна из основных трудностей. По подсчетам Всемирного банка, более половины таких предприятий не имеют доступа к кредиту. Малые и средние предприятия зачастую не располагают недвижимостью,

Помимо этих двух причин участники гражданского оборота могут преследовать иные цели при использовании титульного обеспечения.

В первую очередь, на должника может быть возложена обязанность перед третьими лицами воздерживаться от обременения своего имущества. Такое договорное условие встречается во многих соглашениях о необеспеченном кредите, где заемщику запрещено заключать соглашения об обеспечении. С помощью такого механизма необеспеченные кредиторы по займам имеют свой способ влияния на должника при составлении договора, если они желают защитить себя от потерь, связанных со старшинством иных кредиторов. Распространение запрета на обременение часто встречается в стандартизированных условиях банковских кредитов⁷⁹.

При использовании титульного обеспечения можно также обойти ограничения национального законодательства о недопустимости ростовщичества. Целью этих законов, как правило, является желание защитить малообеспеченные слои населения. Сделки с включением механизма титульного обеспечения исполнения обязательств, где отдельно процент за пользование денежными средствами не выделяется, являются основой для банковской деятельности в исламских странах, где законы шариата запрещают устанавливать процент за пользование денежными средствами⁸⁰.

которую банки рассматривают как почти единственно возможный предмет залога. В то же время, по подсчетам Всемирного банка, более 70% активов малых и средних предприятий в развивающихся экономиках составляет именно движимое имущество, а потому в большинстве случаев запросы таких предприятий о предоставлении кредита отвергаются банками по причине отсутствия недвижимости как обеспечения. Движимое же имущество банками, как правило, в расчет не берется по причине его относительно небольшой стоимости и сложности обращения взыскания. В развитых экономиках ситуация противоположная. В качестве примера часто приводят США, где около 70% выданных малым и средним предприятиям кредитов обеспечивается залогом движимого имущества. См. Рыбалов А.О. *Lex commissoria* в современном праве // Вестник ВАС РФ. 2013. № 3 // СПС «Консультант Плюс».

⁷⁹ Philip R. Wood Op. cit. P. 680-685.

⁸⁰ Id.

Титульное обеспечение может быть выгодно с позиций налогового планирования. При заключении договора лизинга стороны во многом руководствуются налоговыми преимуществами, предоставляемыми национальными законодательствами многих стран⁸¹.

Исключение не составляет и российское законодательство. Согласно п. 4 ст. 28 Федерального закона «О финансовой аренде (лизинге)» в целях налогообложения прибыли лизинговые платежи относятся в соответствии с законодательством о налогах и сборах к расходам, связанным с производством и (или) реализацией.

В силу п. 2 ст. 259.3 НК РФ предмет лизинга амортизируется с использованием специального коэффициента, но не выше 3, что позволяет амортизировать имущество в три раза быстрее и экономить на налоге на имущество. Уплачиваемый лизингополучателем в составе лизинговых платежей НДС принимается к зачету при уплате в бюджет, уменьшая сумму НДС (ст. 171 НК РФ)⁸².

⁸¹ Id.

⁸² Теплов Н.В. Лизинг сквозь призму статьи 670 ГК РФ // Закон. 2012. № 7 // СПС «Консультант Плюс».

§4. СДЕЛКИ, ОПОСРЕДУЮЩИЕ ТИТУЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ

Все сделки, опосредующие титульное обеспечение, можно разделить на несколько категорий. Во-первых, они могут быть сконструированы с использованием механизма передачи права собственности, так и посредством его удержания. Во-вторых, выделяется классификация среди такого обеспечения по критерию финансирующего субъекта: продавец (оговорка о сохранении права собственности на товар, условная купля-продажа, кредитование ценными бумагами); покупатель (факторинг, дисконтирование, форфейтинг, РЕПО, секьюритизация); арендодатель (финансовая аренда, аренда с правом выкупа, продажа и обратная аренда)⁸³.

Среди механизмов титульного обеспечения можно выделить те, которые направлены на финансирование приобретения (оговорка о сохранении права собственности, аренда с правом выкупа, финансовая аренда), то есть они предназначены для финансирования получения должником определенного имущества.

Далее мы более подробно рассмотрим некоторые из этих сделок, которые однозначно в иностранных правовых порядках понимаются как сделки, имеющие обеспечительный характер. В России, как правило, они закреплены в различных главах ГК РФ, которые их качестве обеспечительных не рассматривают.

⁸³ Philip R. Wood Op. cit. P. 28.

4.1. Оговорка о сохранении права собственности за продавцом (*retention of title clause*)

Во многих правопорядках гражданское законодательство, регулирующее куплю-продажу товаров, позволяет сторонам включить в договор оговорку о сохранении права собственности за продавцом до выплаты покупателем стоимости товара⁸⁴. В качестве альтернативы продавец может передать право собственности покупателю, а покупатель может предоставить продавцу право залога на товар. В таком случае будет иметь место непосessorный залог движимых вещей.

Оговорка о сохранении права собственности является стандартным пунктом в большинстве договоров о поставке. Главной отличительной чертой данного типа финансирования выступает то, что кредит предоставляется «обычным» продавцом, т.е. не банком или другим специализированным финансовым институтом, предоставляющим кредиты, и, как правило, в данных отношениях кредитный период небольшой, всего 30-60 дней. Сумма привлеченного кредита в этой модели финансирования обычно очень мала по сравнению с другими сделками по титульному обеспечению, например, с лизингом⁸⁵.

Существует несколько вариантов таких сделок. Иногда продавец обязуется продать определенные товары покупателю, но сама сделка купли-продажи, а также сама передача правового титула считается совершенной только после уплаты полной цены. Однако чаще всего продажа совершается сразу, а в зависимость от уплаты цены ставится лишь передача права собственности. Общим для всех этих вариантов является то, что покупатель фактически не получает права собственности на соответствующие товары,

⁸⁴ См.: Сарбаш С.В. Удержание правового титула кредитором. М., 2007; Ланина О.В. Оговорка о сохранении права собственности в договорных обязательствах // СПС «Консультант Плюс».

⁸⁵ Philip R. Wood Op.cit. P. 28.

хотя может владеть и пользоваться ими, пока не будет полностью уплачена их стоимость. До этого момента право собственности на товары принадлежит продавцу⁸⁶.

Английское право предписывает сторонам удостовериться в том, что предусмотренный ими в договоре обеспечительный механизм не подпадает под действие законодательства о залоге, по которому отсутствие регистрации согласно Закону о компаниях 2006 г. (*Companies Act 2006*) будет влечь недействительность созданной конструкции⁸⁷.

С одной стороны, в Великобритании последние пару десятков лет продавцы, поставляющие товары, имеют право по Закону о продаже товаров 1979 г. (*Sale of Goods Act 1979*) сохранить право собственности на поставленные товары путем включения в договор специальной оговорки. Суды поддержали довод, что такая оговорка в договоре не влечет создания залога, пока товар возможно идентифицировать. Данный вывод является немалым преимуществом для продавцов, поскольку, во-первых, нет необходимости в том, чтобы регистрировать такое соглашение для противопоставления перед всеми третьими лицами, во-вторых, покупатели не приобретают право собственности на поставленный товар⁸⁸. С другой стороны, если переданные товары более невозможно индивидуализировать или отличить от иных в связи с тем, что они были использованы при создании других товаров, этот новый продукт принадлежит его изготовителю, и поставщик теряет право собственности на него. Более того, он уже не будет иметь права на истребование этих товаров⁸⁹.

Тем не менее, оговорка о сохранении за продавцом права собственности на товар имеет свои ограничения. Они незначительны для тех

⁸⁶ Philip R. Wood Op. cit. P. 674-675; Beale H., Bridge M., Gullifer L., Lomnicka E. Op. cit. P. 255-260.

⁸⁷ Quasi-security: overview / Practical Law Finance. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/0-520-7302>.

⁸⁸ Beale H., Bridge M., Gullifer L., Lomnicka E. Op. cit. P. 11-12.

⁸⁹ Borden (UK) Ltd v Scottish Timber Products Ltd [1981] Ch 25, CA.

товаров, которые обычно недолго используются в коммерческом обороте. Когда продавец пытается подобными оговорками установить свои права на товары, при производстве которых были использованы его товары с оговоркой о сохранении права собственности, английские суды воспринимают такие попытки как установление залогового обременения. При этом не имеет значения, что новый продукт преимущественно сделан из товаров поставщика (например, сумка из кожи, коробки из картона)⁹⁰.

В договорах купли-продажи товаров положения о сохранении права собственности (*Romalpa clause*)⁹¹ имеют следующие разновидности⁹²:

1) оговорка об уплате всех денежных сумм (*all monies clause, current account clause*), которая распространяется на сохранение права собственности до того момента, пока вся задолженность покупателя перед продавцом не будет погашена, включая оставшуюся задолженность по другим поставкам⁹³;

2) оговорка о выручке от перепродажи (*proceeds of resale clause*), которая рассматривается как право продавца на выручку от перепродажи покупателем третьим лицам. Однако существует практика о признании такой конструкции залогом. Для преодоления этой квалификации продавцу необходимо доказать, что он выступает в качестве выгодоприобретателя, а покупатель - агента продавца. Это означает, что лица, которые приобрели товар у покупателя, могут напрямую предъявить к продавцу требования относительно дефектов в товаре, что нежелательно для продавца. С другой стороны, статус покупателя как агента ограничен, поскольку не создает договорных отношений между продавцом и третьими лицами, которые

⁹⁰ Beale H., Bridge M., Gullifer L., Lomnicka E. Op. cit. P. 243.

⁹¹ Название одного из первых дел, связанных с оговоркой о сохранении продавцом права собственности, после которого продавцы активно начали включать оговорку о сохранении права собственности за продавцом в договоры поставки (*Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Ltd* [1976] 1 WLR 676).

⁹² Retention of title / PLC Commercial and PLC Finance. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/3-107-4003>.

⁹³ Шотландским судом было признано, что наличие такой оговорки не свидетельствует о создании залога. См.: *Armour v Thyssen Edelstahlwerke AG* [1990] 3 AZR 481.

приобретают товар, в результате такие отношения не являются подлинным представительством. Однако фактические обстоятельства дел редко дают такую возможность, что влечет существенный риск признания такой оговорки залогом товаров в обороте⁹⁴;

3) оговорка о пролонгированном сохранении (*continued retention clause*) означает сохранение оговорки не только против третьих лиц, которым первоначальный продавец продал товар, но также и против покупателей товара у третьих лиц;

4) оговорка о смешении товаров (*mixed goods clause, product clause*) означает право продавца на продукты, которые созданы посредством использования товаров, полученных от него⁹⁵. Такая оговорка эффективна, если товар нельзя идентифицировать. Однако суды иногда также настаивают на том, что она свидетельствует о залоге, который недействителен без регистрации⁹⁶.

Условная купля-продажа (*conditional sale agreement*), в которой цена уплачивается частями после передачи товара, рассматривается в западной литературе в одной группе с договорами аренды с правом выкупа и финансовой аренды⁹⁷. Такое понимание для отечественного права не является характерным. При этом в иностранной литературе подчеркивается, что в отличие от аренды с правом выкупа и финансовой аренды, к условной купле-продаже применяется законодательство о купле-продаже товаров, поскольку она относится по своей правовой природе к данной категории⁹⁸. В английской судебной практике было подтверждено, что такой договор не создает обеспечения, даже когда продавец может вернуть товар и продать его в случае неисполнения должником своей обязанности, поскольку такое право

⁹⁴ Re Bond Worth Ltd [1980] Ch 228.

⁹⁵ Clough Mill Ltd v Martin [1985] 1 WLR 111.

⁹⁶ Borden (UK) Limited v Scottish Timber Products [1979] 3 AER 961.

⁹⁷ Beale H., Bridge M., Gullifer L., Lomnicka E. Op. cit. P. 11-12.

⁹⁸ Leasing as a financing technique: overview / Practical Law Finance. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/1-202-1444>.

дается продавцу в отношении только своих товаров, а не товаров покупателя⁹⁹. При этом положение продавца довольно шаткое, поскольку он может потерять свое право, если покупатель продаст товар добросовестному продавцу. Условная купля-продажа отличается от аренды с правом выкупа тем, что в первом случае покупатель обязан осуществлять платежи, во втором – он имеет право выкупа, а не обязанность¹⁰⁰. Продавец неизменно сохраняет право на прекращение договора в случае неисполнения покупателем своей обязанности или банкротства покупателя.

Продавец может потребовать возврата товаров, если покупатель не заплатит за них. Для своей защиты продавцу необходимы правовые средства, чтобы эффективно реализовать механизм для сохранения права собственности, например, обязанение покупателя идентифицировать товары как собственность продавца, хранить их отдельно от товаров третьих лиц, предоставить доступ продавцу в помещения, чтобы удостовериться, что вышеперечисленное было выполнено, или вернуть товары. Кроме того, возможно составление перечня обстоятельств, указывающих на большую вероятность ликвидационных процедур в отношении покупателя (*trigger event*), в случае наступления которых продавец может потребовать оплаты и в случае неисполнения вернуть себе товары¹⁰¹.

В отечественном законодательстве оговорка о сохранении права собственности рассматривается в плоскости одной из моделей оплаты товара с отсрочкой платежа. Первой моделью является оплата товара, проданного в кредит. Это означает, что оплата производится через определенный промежуток времени после передачи товара. Правила об оплате товара в кредит предусматривают как погашение долга одним платежом (ст. 488 ГК РФ), так частный случай – рассрочка платежа, то есть оплата по частям (ст. 489 ГК РФ).

⁹⁹ Re Robertson (1878) 9 Ch D 419, McEntire v Crossley Bros [1895] AC 457.

¹⁰⁰ Lee v Butler [1893] 2 QB 318; McEntire v Crossley Bros [1895] AC 457.

¹⁰¹ Sandhu (t/a Isher Fashions UK) v Jet Star Retail Ltd & Ors [2011] EWCA Civ 459.

В данном случае обязанность по передаче товара является обусловленной обязанностью, а оплата товара является встречной обязанностью. При этом стороны должны достичь согласия о таком порядке действий.

В рамках использования данной конструкции возникает законное право залога (п. 5 ст. 488 ГК РФ) без специального указания об этом сторон. Такое положение обусловлено тем, что продавец, кредитор по данному обязательству, попадает в более слабое положение, поскольку он уже понес некоторые экономические потери, в отличие от покупателя. При этом правило о залоге диспозитивно, иное может быть предусмотрено договором. Эти положения являются общими, и они применимы в отношении любого договора купли-продажи. Например, купля-продажа недвижимого имущества с оплатой в кредит влечет установление законной ипотеки.

В качестве средств защиты для продавца в случае неисполнения покупателем своей обязанности по оплате установлена возможность требовать оплаты передаренного товара или требовать его возврата. При этом последнее блокируется в случае, если товары были приобретены для последующей перепродажи, переработки и в последующем не могут быть каким-либо образом идентифицированы¹⁰².

Второй моделью в рамках отсрочки оплаты является собственно сохранение права собственности за продавцом (ст. 491 ГК РФ). Стороны могут предусмотреть, что право собственности остается у продавца до момента полной оплаты товара или наступления другого обстоятельства, которое стороны укажут в договоре. Покупатель не вправе распоряжаться товаром до момента, пока к нему не перейдет право собственности.

Стороны, заключая договор купли-продажи, согласовывают условие об обязанности к передаче права собственности на вещь с оговоркой о его сохранении за продавцом, а также условие об обязанности к установлению

¹⁰² Определение ВАС РФ от 09.02.2012 № ВАС-324/12 по делу № А45-3786/2011.

ограниченного вещного права покупателя. Названные условия не являются условиями в смысле ст. 157 ГК РФ, а представляют собой условия, на которых заключается договор купли-продажи, поэтому договор купли-продажи с оговоркой о сохранении права собственности за продавцом не является условной сделкой¹⁰³. В данном случае речь идет об отлагательно обусловленной традиции, вещном договоре, который вступает в действие с наступлением отлагательного условия – оплаты товара или наступления иного обстоятельства¹⁰⁴. Условной сделкой выступает традиция, а не сам договор купли-продажи, поскольку наступление условия касается вещно-правового последствия – перехода права собственности¹⁰⁵.

При этом предмет обязательства продавца не изменяется, что нельзя сказать о способе: если обычно исполнение производится путем действия продавца, передающего вещь в собственность, то в рассматриваемом случае

¹⁰³ Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. München und Leipzig, 1918. Bd. 2. Halfter 2. S. 273; Крашенинников Е. А. Фактический состав сделки // Очерки по торговому праву. Ярославль, 2004. Вып. 11. С. 8. Прим. 11. Цит. по: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный). 2-е издание / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2016 (автор комментария – Ю.В. Байгушева). Вместе с тем договор о передаче вещи в собственность, который является распорядительной сделкой, снабжен отлагательным условием. См. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный). 2-е издание / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2016 (автор комментария – Ю.В. Байгушева).

¹⁰⁴ См., например: Алферова Ю.Н. Согласование оговорки о сохранении права собственности // Вестник гражданского права. 2015. № 5 // СПС «Консультант Плюс»; Алферова Ю.Н. Понятие оговорки о сохранении права собственности // Вестник гражданского права. 2014. № 3 // СПС «консультант Плюс». К.И. Скловский проводит параллель между оговоркой о сохранении права собственности за продавцом и оговоркой *lex commissoria*. Последняя представляла собой отлагательное либо отменительное условие. См.: Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М.: Статут, 2010. // СПС «Консультант Плюс», Скловский К. О праве на отчуждение имущества без передачи владения // Хозяйство и право, № 8, 2003 // СПС «Консультант Плюс». Аналогичная позиция выражена в западной литературе. См.: Dalhuisen J.H. Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law. Vol. 3: Financial Products, Financial Services and Financial Regulation. Bloomsbury Publishing, 2016. P. 74.

¹⁰⁵ Грачев В. В. Передача проданной вещи с оговоркой о сохранении права собственности за продавцом // Сборник научных статей в честь 60-летия Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2011. С. 132-133.

помимо этих действий требуется еще наступление условия – оплаты вещи покупателем или иного условия. Прекращение обязательства в результате исполнения происходит после приобретения покупателем полного права собственности на вещь, при этом данное обстоятельство не зависит от продавца.

Договором может быть установлена сумма от стоимости товара, при оплате которой покупатель освобождается от обязанности вернуть вещь по требованию продавца (например, при оплате более половины стоимости). И наоборот, стороны могут установить, что частичная оплата товара будет служить только платой за пользование товаром¹⁰⁶.

До уплаты покупной цены продавец остается собственником вещи, а покупатель приобретает условное право собственности. Это право относится в немецкой доктрине к числу прав ожидания (*Anwartschaftsrechte*) и состоит в возможности приобрести при наступлении условия полное право собственности. Хотя в законе и установлен запрет на распоряжение товаром покупателем, условным правом собственности на товар он может свободно распоряжаться¹⁰⁷.

В случае нарушения запрета на распоряжение товаром вещь может быть приобретена добросовестно¹⁰⁸ на основании специального фактического состава (ст. 302 ГК РФ). В то же время покупатель должен будет возместить продавцу убытки от неправомерного отчуждения. Что касается случаев, когда покупатель допускает переработку товара, в результате которой произошло смешение вещей, оговорка о сохранении права собственности теряет свое действие для переработанной вещи и не применяется в

¹⁰⁶ Определение ВАС РФ от 14.06.2012 № ВАС-7390/12 по делу № А21-1483/2011.

¹⁰⁷ Крашенинников Е.А. Правовое положение сторон отлагательно обусловленной сделки во время состояния подвешенности // Очерки по торговому праву. Ярославль, 2005. Вып. 12.С. 17.

¹⁰⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: Учебно-практический комментарий (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2010 // СПС «Консультант плюс».

отношении новой вещи. Вместе с тем не ограничивается право продавца на дальнейшее распоряжение товаром¹⁰⁹.

В качестве способа защиты продавца предусмотрено его право требовать возврата товара в случае, если оплата от покупателя не поступит. Однако это не исключает право продавца требовать исполнения покупателем обязанности по оплате товара¹¹⁰.

Широкое применение оговорки о сохранении права собственности за продавцом объясняется тем, что с ее помощью кредитор, передавший вещь должнику, страхует себя от риска обращения взыскания на проданное имущество со стороны иных кредиторов должника (например, банка, предоставившего кредит покупателю). Поскольку право собственности остается за продавцом, на вещь не может быть обращено взыскание, и она не попадет в конкурсную массу должника¹¹¹.

В отечественном законодательстве также обращается внимание на кредитную природу подобных конструкций, о чем свидетельствуют правила о коммерческом кредите (ст. 823 ГК РФ, п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 13, Пленума ВАС РФ № 14 от 08.10.1998 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами»), который по своему содержанию представляет собой условие другого возмездного договора об авансе, предварительной оплате, отсрочке и рассрочке оплаты товаров, работ или услуг. Не являясь самостоятельной договорной конструкцией, коммерческий кредит выступает усложнением иного возмездного договора, который сохраняет выбранную сторонами природу.

¹⁰⁹ Определение ВАС РФ от 04.02.2008 № 493/08 по делу № А13-2280/2007.

¹¹⁰ Определение ВАС РФ от 02.03.2010 № ВАС-1973/10 по делу № А56-39045/2008, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 22.03.2012 по делу № А46-10354/2011, Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 13.12.2012 по делу № А31-6541/2010.

¹¹¹ Грачев В.В. Указ. соч. С. 138.

Коммерческий кредит и договоры заемной направленности сближает временное несовпадение между сроком предоставления исполнений. С экономической точки зрения, на этот временной промежуток покупателю предоставляется кредит: ему дается возможность использования денежных средств до момента оплаты. Таким образом, коммерческий кредит можно рассматривать как заем. Данные сходства позволяют регулировать эти конструкции одинаковыми правилами главы 42 ГК РФ.

Таким образом, российское законодательство допускает две модели регулирования для сторон купли-продажи в случае, если оплата происходит после передачи товара. По общему правилу, право собственности переходит к покупателю с момента передачи товара, при этом продавец получает законное право залога на переданную вещь в обеспечение своих интересов (залоговая модель). Стороны могут пойти дальше и отдельно оговорить, что право собственности на товар перейдет с момента оплаты товара (модель обеспечения путем удержания права собственности). Такое регулирование является доказательством того, что российский законодатель допускает свободную конкуренцию этих двух конструкций.

В доктрине оговорка о сохранении права собственности представляется как несущая обеспечительную функцию и предоставляющая продавцу дополнительные гарантии удовлетворения его имущественных интересов на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения покупателем обязательства по оплате товара или иного обязательства по договору купли-продажи (простая оговорка) или обязательства по оплате товара, а также иных обязательств по договору купли-продажи (расширенная оговорка)¹¹². Она является не поименованным в ст. 329 ГК РФ способом обеспечения исполнения обязательства. Ее обеспечительная функция состоит в том, что,

¹¹² Ланина О.В. Оговорка о сохранении права собственности в договорных обязательствах. М., 2014; Ланина О.В. Обеспечительная функция оговорки об удержании правового титула кредитором: опыт ведущих правовых порядков современности // Вестник гражданского права. 2011. № 6. С. 102 – 119.

сохраняя за собой право собственности и на проданную вещь, продавец тем самым побуждает покупателя к надлежащему исполнению его обязанности уплатить продавцу задолженную денежную сумму¹¹³.

¹¹³ Алферова Ю.Н. Оговорка о сохранении права собственности за продавцом. Дис. ... канд. юрид. наук. СПб, 2015. С. 25.

4.2. Аренда с правом выкупа (*hire purchase*)

Альтернативой соглашению о сохранении права собственности за продавцом, имеющей те же экономические последствия, может служить включение в договор аренды права арендатора на выкуп арендуемого имущества по номинальной стоимости, которое, как правило, может быть реализовано только после уплаты арендатором посредством регулярных арендных платежей, составляющих большую часть условной стоимости товара¹¹⁴.

В некоторых случаях, когда оборудование арендуется на весь срок его эксплуатации, договор аренды эквивалентен соглашению о сохранении правового титула даже без права выкупа¹¹⁵. Эти различные варианты соглашений об удержании правового титула призваны обеспечить должнику возможность получения финансовых средств для приобретения имущества.

Аренда с правом выкупа является типом арендного соглашения с правом, но не с обязанностью для арендатора приобрести право собственности на арендуемое имущество за номинальную цену в конце действия договора аренды. Арендатор в самом начале их отношений платит первичный взнос, который представляет значительную сумму. Периодические платежи и первичный взнос вместе составляют стоимость товара плюс проценты¹¹⁶. В течение действия договора арендодатель обладает правом собственности на сдаваемое в аренду имущество, которое переходит к арендатору только по истечении срока аренды, если договор досрочно не будет прекращен. При этом арендатор не может изменять каким-либо образом предмет аренды, что крайне важно для арендодателя в случае, если арендатор не исполнит своих обязанностей по уплате арендных

¹¹⁴ Philip R. Wood *Op. cit.* P. 674-675; Beale H., Bridge M., Gullifer L., Lomnicka E. *Op. cit.* P. 255-260.

¹¹⁵ Соответствует пониманию финансовой аренды в иностранных правовых порядках.

¹¹⁶ Leasing as a financing technique: overview / Practical Law Finance. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/1-202-1444>.

платежей, и первому придется возвращать обратно предмет аренды. В коммерческой практике такой вид аренды обычно больше используется в потребительских отношениях, нежели в отношениях между предпринимателями, для приобретения автотранспорта. Часто встречается, что арендодатель взаимосвязан с производителем предмета аренды. Аренда с выкупом схожа по своей сущности с финансовой арендой, арендатор имеет право купить предмет аренды, например, за существенно меньшую цену, когда арендные платежи покроют затраты и проценты¹¹⁷.

В российском законодательстве эта конструкция также получила закрепление в законе (ст. 624 ГК РФ). Арендатор имеет факультативное право на выкуп, то есть только если это прямо предусмотрено законом или договором, по умолчанию такого права нет. В то же время условие о зачете (незачете) выкупной цены в счет арендной платы не является существенным: по умолчанию выкупная цена не входит в состав арендной платы. По мнению ряда исследователей, ситуация, при которой в силу договора арендные платежи являются целиком выкупными, должна быть исключена. Часть платежей должна сохранить качество арендной платы, в противном случае существующие между сторонами отношения перестанут быть арендными¹¹⁸.

Договор аренды с правом выкупа арендованного имущества не сводится к договору финансовой аренды (лизинга), а является родовым понятием по отношению к нему. При этом и по договору аренды с правом выкупа имущества, и по договору лизинга выкуп арендованного имущества остается правом, а не обязанностью арендатора. В этом состоит отличие договора аренды с правом выкупа вообще и договора лизинга в частности от договора аренды и последующей продажи, предполагающего обязательный

¹¹⁷ Beale, Hugh; Bridge, Michael; Gullifer, Louise; Lomnicka, Eva Op. cit. P. 255-256.

¹¹⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2005. С. 271 (автор комментария - А.А. Иванов).

переход права собственности от продавца к покупателю¹¹⁹.

¹¹⁹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: Учеб.-практ. коммент. (постатейный), под ред. А.П. Сергеева // СПС «Консультант плюс».

4.3. Финансовая аренда (*finance leasing*)

В литературе финансовая аренда рассматривается в качестве альтернативы условной продаже и аренде с правом выкупа для случаев, когда товары имеют ограниченный срок эксплуатации, и арендатору не интересно становится собственником этого имущества, поскольку для него достаточно владеть и использовать товар в течение срока его эксплуатации¹²⁰.

Финансовая аренда представляет собой способ финансирования посредством покупки кредитором имущества вместо предоставления денег в заем и использования права собственности на актив для обеспечения займа. В финансовой аренде займодавец (лизингодатель) в лице специализированной финансовой организации покупает имущество, как правило, у его производителя на основе банковского кредита и сдает его в аренду в основном на срок эксплуатации имущества заемщику (лизингополучателю). Возможны вариации, когда производитель сам выступает в качестве лизингодателя. В качестве альтернативы производитель может продать оборудование специальному финансирующему субъекту и получить быстрее покупную цену, а финансирующий субъект будет сдавать оборудование лизингополучателю.

Финансовая аренда ставит лизингодателя в более выгодное положение, нежели займодавца, поскольку предмет лизинга не может быть предметом обеспечения для кого-либо из кредиторов лизингополучателя. Согласно условиям договора финансовой аренды лизингополучатель платит лизингодателю лизинговые платежи, включающие капитальные затраты и полную стоимость займа.

В международной практике эту конструкцию называют «большой билет» для приобретения высокоценного оборудования, самолетов, кораблей,

¹²⁰ Beale H., Bridge M., Gullifer L., Lomnicka E. Op. cit. P. 260.

поездов, автотранспортных средств, портовых контейнеров, нефтегазового оборудования и т.д.¹²¹.

Данный способ финансирования широко используется, поскольку представляет собой более дешевую альтернативу кредитованию в обычном банке и предоставляет налоговые льготы и амортизационные отчисления по сравнению с альтернативой приобретения имущества в собственность.

Сходство финансовой аренды с условной куплей-продажей и арендой с правом выкупа заключается в том, что все три вида сделок используют удержание права собственности на имущество кредитором, что представляет собой обеспечительную функцию, направленную на обеспечение периодических платежей. При этом договор финансовой аренды остается договором аренды, оборудование остается собственностью финансирующего субъекта – лизингодателя и не может перейти в собственность лизингополучателя по такому договору. Если лизингополучателю дано право или на него наложена обязанность выкупить предмет лизинга, то должны быть использованы конструкции аренды с выкупом и купли-продажи соответственно. Тем не менее, лизингополучателю часто дается право получить часть выручки при продаже предмета лизинга, и в этом случае нет никаких отличий от других двух типов финансирования приобретения имущества¹²².

В каждом случае основным условием лизинга является возможность лизингодателя получить лизинговые платежи равные капитальным затратам и сумме равной процентам. В течение действия договора лизингополучатель обязан содержать предмет лизинга в хороших условиях, поддерживать его рабочее состояние. По окончании договора лизинга он может продолжать арендовать вещь за минимальную плату или получить большую часть

¹²¹ Philip R. Wood Op. cit. P. 700.

¹²² Beale, Hugh; Bridge, Michael; Gullifer, Louise; Lomnicka, Eva Op. cit. P. 261.

выручки при продаже имущества третьему лицу¹²³. При прекращении договора лизинга лизингодатель или лизингополучатель как представитель лизингодателя продает предмет лизинга, лизингополучателю уплачивается остаток за вычетом комиссии за продажу, полученный путем вычета из стоимости предмета лизинга неуплаченных платежей. В случае банкротства лизингополучателя лизингодатель согласно условиям договора лизинга продает оборудование и отдает лизингополучателю остаток, полученный от выручки за вычетом невыплаченных лизинговых платежей¹²⁴.

При этом стоит понимать, что на лизингополучателя, несмотря на то, что он собственником не является, ложатся риски, связанные со страхованием, утратой, причинением ущерба и недостатками в предмете лизинга, т.е. он несет все выгоды и потери собственника. Даже при утрате, повреждении или конфискации лизингополучатель обязан продолжать выплачивать лизинговые платежи. В качестве преимущества можно отметить использование предмета лизинга в течение всего срока эксплуатации, а также при прекращении договора получение излишка над неуплаченными платежами от суммы продажи¹²⁵.

Финансовую аренду следует отличать от операционного лизинга. В финансовой аренде лизингополучатель несет дополнительно все риски и доходы от права собственности. В качестве риска лизингополучатель берет имущество без гарантий относительно состояния и соответствия от финансирующего субъекта, при этом он все равно должен сохранять имущество, оберегать и продолжать платить лизингодателю платежи, даже если имущество будет утеряно, повреждено или конфисковано¹²⁶. Что касается выгод, то лизингополучатель полностью владеет имуществом и использует его весь срок эксплуатации. В случае, если оно продается при

¹²³ Leasing as a financing technique: overview / Practical Law Finance. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/1-202-1444>.

¹²⁴ Philip R. Wood Op. cit. P. 700.

¹²⁵ Id.

¹²⁶ Olympic Airlines SA v ACG Acquisition XX LLC [2013] EWCA Civ 369.

неисполнении лизингополучателем своей обязанности по выплате платежей, он получает любые излишки после вычета неуплаченной им суммы.

В случае операционного лизинга все риски и доходы на лизингодателе. Обычно лизингодатель гарантирует состояние и соответствие имущества, сохраняет и страхует его. Операционный лизинг не типичен для использования в течение всего срока эксплуатации, поэтому лизингодатель забирает предмет лизинга обратно после короткого периода действия договора и может снова его сдать другому лизингополучателю. В отличие от аренды с правом выкупа от лизингополучателя не ожидается, что он выкупит данное имущество в конце периода действия договора. Очевидно, что здесь может быть множество градаций между финансовой арендой и операционным лизингом в зависимости от того, как распределяются риски и выгоды.

Финансовая аренда используется преимущественно для самолетов, кораблей, земли, зданий или промышленных предприятий. Как правило, главным преимуществом является налоговые выгоды, которые предоставляют ряд национальных законодательств¹²⁷.

Кроме этого, к преимуществам лизинга относятся возможность требовать возврата предмета лизинга в случае неисполнения лизингополучателем своей обязанности, в отличие от позиции залогодержателя; пользование дорогостоящим оборудованием с возможным дальнейшим приобретением его в собственность без серьезных начальных затрат лизингополучателя; отсутствие лимитов на принятие заемных средств, установленных в уставных документах, заключенных лизингополучателем кредитных договорах и т.п.

К недостаткам лизинга, как правило, относят отсутствие права собственности у лизингополучателя до тех пор, пока не будут выплачены все лизинговые платежи (на этот момент уже заканчивается срок эксплуатации

¹²⁷ Philip R. Wood Op. cit. P. 674.

имущества), а также большой риск неисполнения лизингополучателем своих обязательств в связи с длинным заемным периодом.

В отечественной практике используется конструкция финансовой аренды с последующим выкупом. Можно предположить, что причины не востребоваемости оперативного лизинга кроются, во-первых, в требовании, установленном в законе (ст. 665 ГК РФ), о необходимости совершения лизингодателем сделки, направленной на приобретение предмета лизинга, т.е. после прекращения первого договора лизинга лизингодатель уже не сможет отдать в последующий лизинг приобретенное имущество, во-вторых, в позиционировании себя лизингодателем как исключительно финансирующей стороны, приобретающей имущество в качестве предмета лизинга по индивидуальному указанию лизингополучателя.

Квалификация лизинга в качестве сделки, направленной на финансирование приобретения, в российской доктрине довольно распространена¹²⁸. Например, согласно позиции А.В. Тепкиной, лизинговые правоотношения, несмотря на их законодательное отнесение к аренде, не носят типично арендный характер, поскольку в лизинговых правоотношениях на первый план выходит инвестиционная составляющая. Лизинговые правоотношения, при которых исполнение обязательства лизингополучателя по возврату инвестиции обеспечено самим предметом лизинга, являются обеспечительными¹²⁹.

Данный подход был поддержан на уровне Пленума ВАС РФ, а именно в Постановлении от 14.03.2014 № 17 «Об отдельных вопросах, связанных с

¹²⁸ См.: Егоров А.В. Лизинг: аренда или финансирование? // Вестник ВАС РФ. 2012. № 3. С. 36 – 60; Громов С.А. Коренной поворот в практике применения законодательства о лизинговой деятельности // Вестник ВАС РФ. 2011. № 11. С. 74 - 103, № 12. С. 113 – 155; Громов С.А. Обеспечительная функция права собственности лизингодателя на предмет лизинга // СПС «Консультант плюс»; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: Учеб.-практ. коммент. (постатейный), под ред. А.П. Сергеева // СПС «Консультант плюс».

¹²⁹ Тепкина А.В. Защита прав лизингодателя при обеспечительном лизинге. Дис. ... канд. юрид. наук. Элиста, 2015. С. 11.

договором выкупного лизинга», где в п. 2 указано, что интерес лизингодателя заключается в размещении и последующем возврате с прибылью денежных средств, а имущественный интерес лизингополучателя - в приобретении предмета лизинга в собственность за счет средств, предоставленных лизингодателем, и при его содействии. Приобретение лизингодателем права собственности на предмет лизинга служит для него обеспечением обязательств лизингополучателя по уплате установленных договором платежей, а также гарантией возврата вложенного.

Там же нашел решение вопрос, касающийся банкротства лизингодателя. В пункте 2 указанного Постановления говорится, что по смыслу ст. 329 ГК РФ обеспечение прекращается при внесении лизингополучателем всех договорных платежей, в том числе в случаях, когда лизингодатель находится в процессе банкротства либо уклоняется от оформления передаточного акта, договора купли-продажи и прочих документов.

В пункте 3.1 упомянутого Постановления рассматривается еще одна проблема, связанная с расторжением договора лизинга: расторжение договора выкупного лизинга порождает необходимость соотнести взаимные предоставления сторон по договору, совершенные до момента его расторжения (сальдо встречных обязательств), и определить завершающую обязанность одной стороны в отношении другой согласно закрепленным в Постановлении правилам.

Представляется интересным то, что положения о банкротстве лизингодателя и лизингополучателя содержались в ст. 24 проекта ФЗ «О лизинге», однако в окончательную редакцию закона не попали. В частности устанавливалось, что на предмет лизинга, полученный лизингополучателем по договору лизинга и находящийся на балансе лизингополучателя, не может быть обращено взыскание в случае банкротства лизингополучателя или угрозы банкротства, а при банкротстве лизинговой компании:

а) при надлежащем исполнении обязательств по договору лизинга лизингополучателем на предмет лизинга, находящийся в пользовании, не может быть наложено взыскание. При этом будущие платежи могут быть переданы по решению суда кредиторам лизинговой компании;

б) при ненадлежащем исполнении обязательств по договору лизинга лизингополучателем на предмет лизинга, находящийся в пользовании, может быть обращено взыскание по решению суда¹³⁰.

Обеспечительный характер лизинга, а также договора купли-продажи с условием о сохранении права собственности подтверждается вектором законопроектной работы, ведущейся на сегодняшний день. Так, Министерством финансов Российской Федерации был подготовлен проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части создания реестра уведомлений о сделках и обременениях в единой информационной системе нотариата»¹³¹, в котором предлагается на базе действующего реестра уведомлений о залоге движимого имущества вносить в реестр уведомлений о сделках с движимым имуществом и обременениях движимого имущества в единой информационной системе нотариата сведения о правах на движимое имущество двух видов: переданное покупателю по договору купли-продажи с сохранением права собственности на имущество за продавцом и переданное лизингополучателю по договору лизинга.

На указанный законопроект было подготовлено экспертное заключение Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и

¹³⁰ Проект Федерального закона «О лизинге» № 96700490-2. Режим доступа: URL: http://asozd2.duma.gov.ru/arhiv/a_dz_2.nsf/ByID/841F6F8E2E145A5943256EE9004E5B55?OpenDocument.

¹³¹ Проект Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части создания реестра уведомлений о сделках и обременениях в единой информационной системе нотариата». Режим доступа: URL: http://minfin.ru/common/upload/npa_projects/Zakonoproekt_chistyuy.docx.

совершенствованию гражданского законодательства¹³². В заключении отмечается, что несмотря на то, что действующее законодательство не содержит указания, что данные конструкции являются способами обеспечения исполнения обязательств, идею придать публичность названным конструкциям как проявляющим обеспечительный характер стоит поддержать.

Реестр обеспечительных прав является одним из основных факторов эффективного функционирования обеспечительных сделок. Ведение такого реестра является способом уведомления третьих лиц о возможном наличии обеспечения в отношении имущества. В связи с этим система реестра обеспечительных прав отличается от правоустанавливающей системы государственной регистрации (например, реестра прав на недвижимое имущество) тем, что не носит правоустанавливающего (правоподтверждающего) характера¹³³.

Цели описанных изменений аналогичны целям публичного учета залога: публичный учет залогов обладает вспомогательной функцией для уведомления потенциального приобретателя предмета залога о том, что вещь обременена правами залогодержателя, а также помогает разрешить вопросы о приоритете в отношении предмета залога одного обеспеченного кредитора перед другим.

При этом законопроект не лишен недостатков с точки зрения технического воплощения (например, индивидуализация имущества в реестре, доступность для сторон внесения соответствующих уведомлений), правовых рисков (например, презумпция, что третье лицо знает о

¹³² Экспертное заключение по проекту Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части создания реестра уведомлений о сделках и обременениях в единой информационной системе нотариата». Режим доступа: URL: http://privlaw.ru/wp-content/uploads/2016/06/5_2_zakl_03_2016.docx.

¹³³ Батуева А.Д. Система реестра обеспечительных прав // Проблемы регистрации прав, фиксации и удостоверения юридических фактов гражданского права: сборник статей / А.Д. Батуева, Ю.В. Виниченко, С.А. Громов и др.; отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2013 // СПС «Консультант Плюс».

существовании указанных договоров только с момента совершения соответствующей записи в реестре уведомлений).

При этом стоит отметить, что сравнительно недавно Федеральным законом от 03.07.2016 № 360-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» были внесены изменения в статью 10 Федерального закона «О финансовой аренде (лизинге)». Данный закон был дополнен положением о необходимости внесения лизингодателем сведений о заключении договора финансовой аренды в Единый федеральный реестр сведений о фактах деятельности юридических лиц (в частности сведений о договоре, сроках, лизингодателе и лизингополучателе, предмете лизинга). Как эти два реестра будут коррелировать между собой в части информации о договорах лизинга и целесообразность повторного внесения аналогичной информации вызывает вопросы, однако разработчиками проекта это не разъясняется.

4.4. Обеспечительная уступка права требования (*security assignment*)

Все рассмотренные выше сделки осуществлялись с материальными активами. Обеспечительная уступка права требования имеет дело с нематериальными активами, вместе с тем уже описанные черты титульного обеспечения применимы и в этом случае с учетом того, что речь идет о праве требования¹³⁴. Финансирование под уступку права требования имеет множество форм, но выделяются три главных вида, которые имеют место в практике. Первые две - факторинг и дисконтирование, способные привлечь деньги из дебиторской задолженности при поставке. Третья модель, секьюритизация, является более сложным механизмом, существо которого заключается в том, что продаются права требования оригинатором специально созданному агенту, который привлекает деньги посредством выпуска оборотоспособных ценных бумаг¹³⁵.

Секьюритизация представляет собой факторинг в отношении больших и сложных объектов¹³⁶. Все активы оформляются как комплекс и продаются специально созданному агенту, обычно зарегистрированному в нейтральной налоговой юрисдикции. Этот агент выпускает ценные бумаги, которые обеспечиваются правами требования из совершенных поставщиком сделок. Капитал, полученный от ценных бумаг, отдается поставщику и используется для его деятельности¹³⁷.

Факторинг обеспечивает привлечение краткосрочного финансирования, когда компания продает свою дебиторскую задолженность

¹³⁴ См.: Сарбаш С.В. Основные черты обеспечительной уступки денежного требования в гражданском праве России // Гражданское право современной России / Сост. О.М. Козырь и А.Л. Маковский. М., 2008. С. 156 – 179; Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2003.

¹³⁵ Beale, Hugh; Bridge, Michael; Gullifer, Louise; Lomnicka, Eva Op. cit. P. 287.

¹³⁶ Philip R. Wood Op. cit. P. 28.

¹³⁷ Guy Liddle Vendor financing. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/6-101-7105>.

или другие права требования за неоплаченные поставленные товары или оказанные услуги своим потребителям факторинговой компании (фактору) по сниженной цене (примерно 75 % от стоимости, указанной в счет-фактуре) для быстрого получения денежных средств. Экономический эффект уступки такой же как, если бы имел место заем от факторинговой компании, обеспеченный кредиторской задолженностью. Факторинговая компания взимает дополнительно плату за свои услуги и проценты на кредиторскую задолженность. Фактор несет ответственность за взыскание задолженности. Из полученной от потребителя суммы фактор вычитает сумму, предоставленную в заем поставщику, проценты на эту сумму и плату за свои услуги, оставшееся отдается поставщику. Существуют требования, непригодные для факторинга, например, когда платеж зависит от обстоятельств в будущем или платежи связаны с личной сферой потребителя услуг. Факторинг включает уступку задолженности, а также будущих долгов. Это достаточно полезный инструмент для бизнеса, который не имеет достаточно эффективных и информационных ресурсов, которые помогли бы ему взыскать задолженность¹³⁸.

Выделяются следующие виды факторинга¹³⁹:

- 1) нераскрываемый (*undisclosed*) – должник не знает о состоявшейся уступке (например, если потребитель узнает, что поставщик пользуется услугами фактора, это может плохо отразиться на репутации поставщика);
- 2) раскрываемый (*disclosed*) – должник предупрежден о состоявшейся уступке;
- 3) без ответственности за неисполнение (*non-recourse*) – фактор берет на себя кредитный риск в случае неплаты долга должником;
- 4) с ответственностью за исполнение (*recourse*) – поставщик сохраняет на себе риск неплатежа, при этом фактор может при неплатеже

¹³⁸ Factoring and invoice discounting / Practical Law Finance. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/0-201-5981>.

¹³⁹ Id.

продать право требования обратно поставщику. Плата, взимаемая фактором, снижается, поскольку отражает этот риск.

Отличием между факторингом и дисконтированием выступает то, что при первом фактор берет на себя ответственность за взыскание долга, во втором – поставщик. При факторинге фактор уплачивает поставщику, как правило, 75 % от суммы задолженности за вычетом своего вознаграждения, после того как в его адрес будет произведен платеж от потребителя, фактор платит поставщику оставшиеся 25 % (за вычетом процентов). Что касается дисконтирования, то поставщик изначально уплачивает ежемесячный процент на неуплаченную задолженность согласно предварительному соглашению. Фактор в дисконтировании как и в факторинге уплачивает поставщику 75 % от суммы задолженности, за вычетом своего вознаграждения. При этом он никак не взаимодействует с потребителем, взыскание полностью остается на поставщике. Потребитель уплачивает напрямую поставщику сумму долга, которая последним передается фактору. Далее поставщику возвращаются фактором оставшиеся 25 % за вычетом процентов. Дисконтирование больше используется крупным бизнесом¹⁴⁰.

Рассматриваемые механизмы являются крайне важными для управления денежными потоками компании. В случае факторинга и дисконтирования поставщик, как правило, берет на себя обязанность возместить недостачу после взыскания или выкупить дефектный долг, если при реализации фактором права требования он не получает полную стоимость. Такая ситуация может произойти по двум причинам: во-первых, долг может быть запрещен к уступке, спорным или предметом зачета, во-вторых, должник не может или не хочет погасить долг¹⁴¹.

В Германии в случае обеспечительной уступки права требования отпадает необходимость в уведомлении должника, предусмотренном для

¹⁴⁰ Factoring and invoice discounting / Practical Law Finance. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/0-201-5981>.

¹⁴¹ Beale, Hugh; Bridge, Michael; Gullifer, Louise; Lomnicka, Eva Op. cit. P. 615.

передачи в залог. Обеспечительная уступка совершается как скрытая цессия, она действительна даже тогда, когда кроме цессионария и cedenta о ней никто не знал¹⁴². Несмотря на то, что должник часто не уведомляется о заключенной уступке права требования, цессионарий может разрешить cedentu принять платеж от его имени от должника¹⁴³. Если в нарушение оговорки об обеспечении кредитор распоряжается уступленным требованием, уступая его еще до наступления оснований для реализации, то такое распоряжение будет действительным, однако он будет обязан возместить своему должнику убытки, причиненные виновным нарушением своей обязанности из обеспечительной оговорки¹⁴⁴.

Что касается понимания данной конструкции в отечественном праве, то оно более узкое. Само финансирование под уступку денежного требования не рассматривается в качестве обеспечения, однако в ряде случаев оно признается таковым, если конструкция используется для обеспечения другого обязательства (основного долга) (абз. 2 п. 1 ст. 824 ГК РФ). В этом договоре, когда требование уступается в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом, последний имеет право на суммы, полученные от должника лишь в размере задолженности клиента. Надлежащую реализацию этого правила обеспечивает установленная обязанность финансового агента предоставить клиенту отчет (п. 2 ст. 831 ГК РФ).

Если полученные денежные суммы превышают размер задолженности клиента, финансовый агент должен вернуть ему излишек. И, наоборот, в случае, когда указанные суммы не покрывают размера задолженности клиента, он обязан возместить финансовому агенту остаток долга. Размер задолженности, который финансовый агент вправе удержать в свою пользу,

¹⁴² Вебер Х. Обеспечение обязательств. М., 2009. С. 394.

¹⁴³ Rahmatian A. A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law. Режим доступа: URL: www.iuscomp.org/gla/literature/rahmatian.htm.

¹⁴⁴ Вебер Х. Обеспечение обязательств. М., 2009. С. 395.

включает сумму не возвращенного клиентом кредита, процентов по нему, убытков, причиненных просрочкой исполнения, а также расходов по взысканию задолженности клиента¹⁴⁵.

Следует отметить, что во всех рассматриваемых нами ранее положениях закона, посвященных сделкам титульного обеспечения, вопросы о предоставлении отчета и возвращении остатка не были затронуты.

Однако представленное в законе регулирование также нельзя назвать достаточным, несмотря на его прогрессивность, очевидны некоторые недостатки. Во-первых, не разрешена ситуация, когда срок исполнения по уступленному обязательству наступает ранее срока исполнения по обеспеченному обязательству, что порождает вопрос об обеспечительной способности такого требования. При этом никаких указаний насчет того, каким должно быть требование, выступающее в качестве обеспечения, в законе не содержится. Во-вторых, ни слова не говорится о последствиях исполнения должником обеспеченного уступкой обязательства, т.е. об обязанности кредитора совершить обратную уступку.

¹⁴⁵ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: Учеб.-практ. коммент. (постатейный), под ред. А.П. Сергеева // СПС «Консультант Плюс».

4.5. Продажа с обратным выкупом (РЕПО) (*sale and repurchase (repo)*)

В сфере ценных бумаг встречается три типа основных договоров по передаче ценных бумаг на условиях обратной передачи через определенное время: продажа с обратным выкупом (РЕПО) (*sale and repurchase (repo)*), продажа и обратная покупка (*sell/buy-back*) и кредитование ценными бумагами (*securities lending*)¹⁴⁶. При заключении этих соглашений, как правило, используются стандартизированные формы в качестве генерального соглашения с соответствующими приложениями. Классическое РЕПО представляет собой продажу ценных бумаг с условием, что ценные бумаги будут выкуплены позднее по выкупной цене, равной первоначальной цене продажи с отдельным дополнительным платежом, равным проценту по специальной ставке¹⁴⁷.

РЕПО может заключаться на определенный срок, а может не иметь точного срока выкупа и продлеваться сторонами. При этом выкупная цена не аналогична первоначальной цене продажи, а состоит из совокупности первоначальной цены продажи и процента. Таким образом, процентный элемент не является отдельной дополнительной составляющей¹⁴⁸.

Кредитование ценными бумагами отличается от РЕПО и по коммерческим целям, и по правовым характеристикам. Если к РЕПО обращаются при необходимости получить наличные деньги, то целью кредитования ценными бумагами является, с позиции заемщика, получение самих ценных бумаг без покрытия. Такие сделки не включают продажу для последующего получения цены продажи и процентов. Это просто передача

¹⁴⁶ Абашеева Е.Н. Римское право на страже интересов финансового рынка, или *fiducia* как надежная гавань для плавающих маржевых сумм // Об обеспечении обязательств: Сборник статей к юбилею С.В. Сарбаша. М., 2017. С. 13.

¹⁴⁷ *Stock lending / Practical Law Finance*. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/2-201-9445>.

¹⁴⁸ *Id.*

ценных бумаг против обязательства получателя передать их обратно позднее и заплатить фиксированную плату за заем. Наряду с этой платой никакого денежного предоставления не осуществляется¹⁴⁹.

Право голоса по переданным ценным бумагам передается от займодавца заемщику. Займодавец сохраняет право потребовать вернуть обратно ценные бумаги, хотя это редко используется, как в случаях, когда передача осуществляется третьим лицам. Заемщик (получатель ценных бумаг) передает займодавцу другие ценные бумаги или деньги как обеспечение. Прибыль, которая начисляется на обеспечение, передается заемщику, когда заемные ценные бумаги будут возвращены. За передачу ценных бумаг заемщиком платится займодавцу вознаграждение. Заемщик обязан вернуть ценные бумаги или их эквивалент по требованию или в конце согласованного срока. Такая конструкция может быть использована в случае, когда временно ценные бумаги являются более нужными для заемщика, нежели для займодавца, а также для увеличения ликвидности ценных бумаг, по административным или налоговым причинам. При этом займодавец берет на себя риск изменения цены на переданные ценные бумаги. Однако существенным недостатком таких сделок являются возможные злоупотребления с целью влияния на голосование и контроль компании¹⁵⁰.

РЕПО используются в отношении капиталовложений (ценных бумаг), а также драгоценных металлов¹⁵¹. Первоначальный продавец продает ценные бумаги финансовому субъекту и соглашается выкупить их, например, через шесть месяцев, по цене равной изначальной продаже с добавлением суммы, равной начисленным процентам за пользование. Продавец может передать ценные бумаги (*delivered out repos*), а может владеть ими от имени покупателя (*hold-in-custody*). РЕПО государственных ценных бумаг обычно

¹⁴⁹Goode R. M. *Legal Problems of Credit and Security* Third Edition, London: Sweet & Maxwell, 2003. P. 218-219.

¹⁵⁰ Stock lending / Practical Law Finance. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/2-201-9445>.

¹⁵¹ Philip R. Wood Op. cit. P. 672-673.

используется центральными банками, чтобы осуществить поддержку финансирования для банков. Как правило, данные сделки покрывают большие суммы денежных средств.

Обратной передаче подлежат те же самые ценные бумаги, эквивалентные ценные бумаги или рыночная цена ценных бумаг. Первоначальная цена продажи составляет примерно 80% рыночной цены ценных бумаг. Такое уменьшение известно как «фактор риска»: если первоначальный продавец не исполняет обязанность по выкупу и ценные бумаги опускаются в цене, покупатель должен будет продать их на рынке. Если продавец не выкупает ценные бумаги, покупатель может продать их на рынке и возложить на покупателя выплату разницы между рыночной ценой и ценой выкупа¹⁵². Если же рыночная цена превышает выкупную, то покупатель должен возратить остаток¹⁵³. Таким образом, хотя покупатель становится формальным собственником ценных бумаг по условиям РЕПО, продавец несет все значительные выгоды и риски, относящиеся к ценным бумагам, например, такие как падение рыночной цены¹⁵⁴.

В случае если первоначальный продавец становится банкротом, первоначальный покупатель может использовать право выкупа первоначального продавца, перепродать актив как собственник и требовать недостачи между ценой перепродажи и выкупной ценой как убытков от первоначального продавца¹⁵⁵. В случае нарушения договора ненарушающая сторона может требовать досрочного прекращения договора согласно условиям стандартизированной документации. Обязательство покупателя вернуть эквивалент ценных бумаг заменяется обязанностью выплатить

¹⁵² Philip R. Wood Op. cit. P. 716.

¹⁵³ Id. P. 721.

¹⁵⁴ Beale, Hugh; Bridge, Michael; Gullifer, Louise; Lomnicka, Eva Op. cit. P. 270.

¹⁵⁵ Philip R. Wood Op. cit. P. 672-673.

текущую рыночную цену. Последнее зачитывается против сумм, которые первоначальный продавец должен по выкупу (ликвидационный неттинг)¹⁵⁶.

Следует отметить, что Федеральный суд Австралии подтвердил действительность положений о передаче права собственности в таких сделках и отклонил довод, что такие сделки должны быть переквалифицированы в обеспеченный залогом заем¹⁵⁷.

В российском праве РЕПО регламентированы в статье 51.3 Федерального закона «О рынке ценных бумаг». По общему правилу, первоначальный покупатель по договору РЕПО обязан передать продавцу ценные бумаги того же эмитента, удостоверяющие тот же объем прав, в том же количестве, что и ценные бумаги, переданные первоначальному покупателю. Предусмотрено, что к договору РЕПО применяются соответственно общие положения ГК РФ о купле-продаже, если это не противоречит специальным правилам и существу договора РЕПО. Однако более четких указаний, что происходит при банкротстве или невыполнении договора сторонами, в законе не содержится.

Вместе с тем в научной литературе никем не отрицается кредитная составляющая РЕПО с обеспечением. Операция РЕПО представляет собой сделку, состоящую из двух частей - продажи и последующей покупки ценных бумаг через определенный срок по заранее установленной цене, где каждая из сторон выполняет в пользу другой обязательство по продаже ценных бумаг. Ее целью выступает временное предоставление заемных финансовых средств за плату¹⁵⁸.

Г. Адамович подчеркивает, что в рассматриваемой сделке уплата покупной цены по первому договору экономически равнозначна выдаче кредита, разность между ценой второго и первого договоров представляет

¹⁵⁶ Beale, Hugh; Bridge, Michael; Gullifer, Louise; Lomnicka, Eva Op. cit. P. 271, 613.

¹⁵⁷ Beconwood Securities Pty Ltd v Australia and New Zealand Banking Group Limited [2008] FCA 594.

¹⁵⁸ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. М., 2003. Т. 2. С. 490.

собой плату за пользование банковским кредитом, а временной интервал между сроками платежа за товар по первому и второму договорам фактически является сроком кредитования. Имущество, выступающее в качестве предмета договора купли - продажи, выполняет функцию обеспечения возврата кредита, аналогичную той, которую выполняет залог¹⁵⁹.

По мнению Е.А. Павлодского, сложность правовой интерпретации договора РЕПО заключается в том, что речь идет все-таки не о двух договорах купли-продажи, а об одном договоре, состоящем из двух частей - двух взаимосвязанных сделок. Однако по существу они являются видом заемной операции¹⁶⁰.

С точки зрения экономической природы сделки РЕПО - это не что иное, как кредитование под залог ценных бумаг (прямое РЕПО) или заем ценных бумаг под залог денежных средств (обратное РЕПО). Разница в цене между первой и второй частями сделки РЕПО - это, по сути, и есть плата за пользование кредитом¹⁶¹.

С.В. Сарбаш полагает, что признание обеспечительного характера РЕПО наиболее целесообразно для того, чтобы кредитора можно было обязать возратить в соответствующих случаях должнику разницу между стоимостью не выкупленной должником вещи и размером его долга¹⁶².

На уровне высших судебных инстанций рассматривалось несколько дел, связанных с РЕПО. В первом деле¹⁶³, имевшем место в 1998 году, когда коммерческая практика была еще не развита и закон не регламентировал

¹⁵⁹ Адамович Г. О некоторых способах обеспечения кредитных обязательств // Хозяйство и право. 1996. № 9.

¹⁶⁰ Павлодский Е.А. РЕПО - гражданско-правовой договор // Журнал российского права. 2008. № 3.

¹⁶¹ Аверченко Н.Н. Правовая природа сделок РЕПО и льготный характер их налогообложения // Закон. 2008. № 3.

¹⁶² Сарбаш С.В. Некоторые проблемы обеспечения исполнения обязательств // Вестник ВАС РФ. 2007. № 7

¹⁶³ Постановление Президиума ВАС РФ от 06.10.1998 № 6202/97.

подобные сделки, ВАС РФ совершенно справедливо усмотрел в трех сделках взаимосвязанность (два договора купли-продажи, выступающие в качестве неотъемлемой части договора о предоставлении кредитной линии) и указал на обеспечительный характер договора и невозможность придать им самостоятельное правовое значение. В то же время суд сделал вывод, что передача акций должна рассматриваться как сделка, прикрывающая залог акций, за счет которого банк вправе был получить удовлетворение в случае невозврата в срок кредита. Применяя ст. 170 ГК РФ, суд сделал вывод, что к указанным отношениям должны применяться правила о залоге.

По прошествии десяти лет ВАС РФ опять рассматривал дело с РЕПО¹⁶⁴. Согласно фактическим обстоятельствам дела в одном договоре предусмотрели продажу и выкуп облигаций, сопровождающиеся переводом денежных средств в адрес лиц, отчуждающих их. Со стороны займодавца и заемщика были допущены нарушения заключенного ими договора, в результате которых заемщик оставил за собой и сумму займа, и служащие обеспечением облигации. В отношении заемщика было введено внешнее управление, займодавец обратился в суд с требованием о включении его в реестр требований кредиторов. Суд при разрешении данного дела указал на образовавшееся обогащение заемщика как результат его неисполнения договора. Выводов о притворности сделки и необходимости применения правил о залоге, предположительно по причине наличия соответствующей нормативной базы, суд уже не делает.

В российской литературе при анализе последнего дела о возврате «излишка» в сделке РЕПО высказана позиция о том, что судебной практике следует сближать правовой режим договора РЕПО и займа под залог, предоставляя должнику (покупателю по второй сделке купли-продажи) право требовать от кредитора (продавца по второй сделке) возмещения

¹⁶⁴ Постановление Президиума ВАС РФ от 14.10.2008 № 12886/07 по делу № А45-12751/06-4/244-9.

неосновательного обогащения в превышающем размере, исходя из общей обеспечительной цели, которую преследовали стороны в сделке РЕПО¹⁶⁵.

Например, П.В. Хлюстов предлагает в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» включить норму, устанавливающую, что в случае банкротства одной из сторон договора РЕПО, экономической целью которого является кредитование денежными средствами под обеспечение в виде ценных бумаг, к ценным бумагам, переданным по первой части договора РЕПО покупателю, подлежит применению правовой режим залога – покупатель приравнивается к залогодержателю¹⁶⁶.

Кроме того, было замечено, что сделка РЕПО, приспособленная под обеспечение, если она не содержит специального положения о защите интересов должника, представляет опасность необоснованного обогащения кредитора и нарушения прав других кредиторов должника, в особенности при банкротстве последнего. Обеспечительный эффект такой сделки наступает тогда, когда должник не уплачивает покупную цену при обратном выкупе. В этом случае в силу существенности этого нарушения кредитор может отказаться от договора. Часто договор прямо предусматривает: непоступление выкупного платежа к определенному сроку является основанием для прекращения договора. Таким образом, кредитор остается собственником переданного ему имущества, за счет стоимости которого и удовлетворяет свой интерес по собственному усмотрению (он может продать это имущество, оставить его себе, т.е. распорядиться по собственному усмотрению). Если выкупной платеж, в который, по существу, входят капитальная сумма и проценты, менее действительной (рыночной)

¹⁶⁵ Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: избранные постановления за 2008 год с комментариями (автор комментария – Егоров А.В.) // СПС «Консультант плюс». В поддержку высказана позиция: Хлюстов П.В. Договор репо: проблема формирования конкурсной массы // Закон. № 3. 2013 // СПС «Консультант плюс».

¹⁶⁶ Хлюстов П.В. Договор репо в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 13.

стоимости, то соответствующее превышение стоимости и есть экономически необоснованное обогащение кредитора, хотя юридически оно основательно. В случае банкротства должника другие его кредиторы могли бы рассчитывать на поступление излишка в конкурсную массу и соответственно на его раздел. Именно такой режим и создает залоговое право при обеспечении возврата долгов. Если правоотношения сторон при наличии у них цели обеспечения рассматривать, не придавая юридического значения этой цели по правилам о купле-продаже, защита интересов иных кредиторов должника, пожалуй, могла быть найдена лишь в специальных правилах законодательства о банкротстве об оспаривании сделок, да и то не во всех случаях, а в рамках «периода подозрительности». Вне банкротства для иных кредиторов вообще не находится правовых средств по защите их законного интереса. Изложенное показывает, что предпочтительнее, в надлежащих случаях, рассматривать такую сделку как обеспечительную, предоставив иным кредиторам должника защиту в отношении части рыночной цены невыкупленного должником имущества, которая превышает размер притязаний кредитора¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Сарбаш С.В. Обеспечительная передача правового титула // СПС «Консультант Плюс».

4.6. Договор *sui generis*, включающий конструкцию обеспечительной передачи права собственности

Рассмотренные выше виды договоров имеют законодательное закрепление, поскольку они во многом охватывают основной массив популярных на практике сделок по привлечению финансирования с использованием титульного обеспечения. Однако это не означает, что титульное обеспечение не может использоваться в иных договорах, разработанных самими сторонами в силу возможности заключения непоименованных договоров (ст. 218, п. 2 ст. 421 ГК РФ), несмотря на отсутствие специальных норм в отечественном законодательстве¹⁶⁸.

В иностранных правопорядках отдельные положения законов или даже целые законы (например, во Франции, Польше, Индонезии, Малайзии) посвящены обеспечительной передаче правового титула. Обеспечительная передача права собственности представлена в Германии и в тех странах, которые восприняли схожий подход. Она базируется на особом обеспечительном соглашении, не предусмотренном гражданским законодательством, и собственно на передаче правового титула. При этом вещь преимущественно остается у должника, но может передаваться и кредитору. Кредитор обязан передать (возвратить) правовой титул должнику в случае надлежащего исполнения обязательства. В случае ненадлежащего исполнения обязательства кредитор вправе потребовать передачи ему владения вещью и реализовать ее по действительной (рыночной) цене, но не присвоить, если только об этом не будет достигнуто соглашение с должником после неисполнения обязательства. Превышающие размер требований кредитора суммы, вырученные от реализации вещи, подлежат уплате должнику. В случае недостаточности вырученных сумм должник

¹⁶⁸ Цит. по: Sergei V. Sarbash, *Transfer of Ownership for the Purpose of Security: What Is Its Place in Russian Law*, 24 *Rev. Cent. & E. Eur. L.* 279 (1998); Гонгало Б. М. *Обеспечение исполнения обязательств*. М., 1999. С. 147.

продолжает оставаться обязанным перед кредитором, если соглашением не предусмотрено иное. Как собственник кредитор защищен от притязаний других кредиторов должника на соответствующее имущество. При банкротстве должника правовое положение кредитора приравнивается к залоговому кредитору. Банкротство кредитора не освобождает его от исполнения условий договора, если только он не будет признан недействительным по специальным основаниям, предусмотренным законодательством о банкротстве¹⁶⁹.

Немецкая фидуциарная передача права собственности (иногда ее также называют обеспечительной передачей права собственности) изначально рассматривалась как залог в форме передачи имущества с условием обратной передачи при выплате долга. Она была удобной фикцией, поскольку фидуциарная передача по своему коммерческому содержанию и правовой природе является обеспечением, например, кредитор в случае неисполнения должником обязательства должен рассчитаться за любой излишек. В данной конструкции должник оставляет владение согласно положениям об опосредованном владении (§ 930 *BGB*), которое оговаривается в соглашении сторон. Конструкция была развита судебной практикой примерно в 1900-х годах и является модернизированным и удобным усовершенствованием устаревшей идеи залога как абсолютной передачи владения кредитору с последующей обратной передачей должнику, когда последний заплатит¹⁷⁰.

В Германии на этот счет долго шли споры о допустимости обеспечительной передачи. Судебная практика подтвердила допустимость обеспечительной передачи, поскольку пришла к выводу, что законодатель не предполагал запрета на обеспечительную передачу собственности посредством опосредованного владения¹⁷¹.

¹⁶⁹ Сарбаш С.В. Указ. соч.

¹⁷⁰ Philip R. Wood Op. cit. P. 490.

¹⁷¹ Вебер Х. Указ. соч. С. 210-211.

Передача в обеспечительную собственность является сделкой, основанной на доверии (*Treuhandgeschäft*). В случае передачи обеспечительной собственности доверенное лицо приобретает полную собственность на вещь, которой, однако, в силу соглашения об обеспечении, заключенного с доверителем, он не вправе свободно распоряжаться. Так как соглашение об установлении доверительных отношений не имеет вещного характера, то доверенному лицу ничто не препятствует распорядиться полученным имуществом. Неважно, будет оно действовать добросовестно или нет, в любом случае оно приобрело имущество у управомоченного лица¹⁷².

Важным аспектом, который должен быть принят во внимание, является избыточное обеспечение, которое влечет недействительность как соглашения об обеспечении, так и передачи собственности. Избыточное обеспечение может быть определено через оценку в отдельных случаях. Главной чертой избыточного обеспечения является непропорциональность стоимости обеспеченного требования к чрезвычайно высокой стоимости предмета обеспечения и несоблюдение баланса интересов посредством ущемления прав должника. Через принятие избыточного обеспечения кредитор ограничивает свободу должника в принятии бизнес решений, в заблуждение вводятся другие кредиторы относительно финансового положения должника¹⁷³.

Договор об обеспечительной передаче должен содержать оговорку об освобождении вещей в случае переобеспечения (*Freigabeklausel*). Если есть малейшая возможность признать дарением, то германский суд обязательно признает обеспечительную передачу недействительной. Сложным является соотношение обеспечительной передачи с запретом оставлять имущество у

¹⁷² Вебер Х. Указ. соч. С. 220-221.

¹⁷³ Цит. по: Peter Glezl Pledge over movable items and rights, Security by transfer of ownership in Germany and Slovakia – comparative analysis. Режим доступа: URL: www.gbv.de/dms/buls/734905238.pdf.

себя в собственности (*Verfallverbot*). В Швейцарии есть высокий риск признания обеспечительной передачи недействительной, так как она может быть приравнена к оставлению предмета залога за собой, которое в Швейцарии запрещено и не признается швейцарскими судами. Поэтому кредитор не может оставить предмет обеспечения за собой, а должен обратиться взыскание на него в обычном порядке обращения взыскания на заложенное имущество¹⁷⁴.

По общему правилу положения о реализации залога к обеспечительной передаче не применимы¹⁷⁵. При реализации имущества в случае неисполнения должником своей обязанности из выручки, которая получена кредитором от продажи предмета обеспечения, должна быть вычтена сумма требования кредитора таким образом, чтобы обеспечить погашение долга. Если выручка оказывается больше, чем размер требования, то получатель обеспечения должен передать разницу предоставившему обеспечение. Правда, до этого он может вычесть из нее связанные с реализацией расходы, поскольку их должен нести должник. Это объясняется тем, что реализация стала результатом действий последнего. Получатель обеспечения представляет должнику отчет, подтверждающий сумму выручки от продажи и расходы на реализацию. Если же, напротив, выручка, полученная от реализации переданного в обеспечение имущества, оказалась недостаточной, чтобы в полном размере удовлетворить требования кредитора, то за обеспечителем сохраняется долг в размере оставшейся неуплаченной суммы. Это остаточное требование, однако, не является более обеспеченным¹⁷⁶. В

¹⁷⁴ Зикун И.И. Концепция глобального обеспечения в гражданском праве зарубежных стран// Опыты цивилистического исследования: Сборник статей / Д.В. Гудков, И.И. Зикун, А.А. Зябликов и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М., 2016 // СПС «Консультант Плюс»; Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М., 2012 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁷⁵ Kieninger Eva-Maria Security Rights in Movable Property in European Private Law. Cambridge, 2004. P. 439.

¹⁷⁶ Вебер Х. Указ.соч. С. 232-233.

случае банкротства обеспечителя получатель обеспечения наделяется лишь правами залогодержателя¹⁷⁷.

Для сравнения приведем опыт Нидерландов, где установлен запрет на фидуциарную передачу права собственности, при котором передача права собственности для целей обеспечения не допускается (ст. 3:84 (3) ГК Нидерландов (*Burgerlijk Wetboek*))¹⁷⁸. Данное нововведение появилось в 1992 году с принятием нового гражданского кодекса. В то время на практике широко использовались договоры продажи с обратной арендой, поэтому нововведение входило в противоречие с действительной коммерческой практикой. В связи с этим Верховный Суд Нидерландов (*Hoge Raad*) подтвердил действительность договора продажи и обратной аренды в целях обеспечения, обосновывая это возможностью конструирования непосессорных обеспечительных прав, возможностью использования права собственности в качестве обеспечения при удержании права собственности и нуждами коммерческой практики¹⁷⁹. В Республике Беларусь указанный способ обеспечения обязательств получил официальное закрепление в ст. 149 Банковского кодекса Республики Беларусь «Перевод на кредитодателя правового титула на имущество»¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Там же. С. 239.

¹⁷⁸ Vliet, L.P.W., Erp, J.H.M. (2002). Real and personal security, Dutch National Report on «Present and Future of Real and Personal Security», Netherlands Reports to the XVI International Congress of Comparative Law (pp. 115-126). Brisbane/Antwerpen; Verhagen H.L.E. Ownership-based fund management in the Netherlands //Hayton D. Extending the Boudaries of Trust and Similar Ring-Fenced Funds, Kluwer Law International, 2002. P. 106; Jeroen M. J. Chorus, P. H. M. Gerver, E. H. Hondius Introduction to Dutch Law, Kluwer Law International, 2006. P. 105.

¹⁷⁹ Milo J.M. Country Report: The Netherlands // 18 Colum. J. Eur. L. Online 67 // Режим доступа: URL: <https://advance.lexis.com/api/permalink/519c7607-60e8-4a57-9df8-9ad3bc359406/?context=1000516>.

¹⁸⁰ Елисеев В.С. Способы обеспечения исполнения обязательств и государственное регулирование сельского хозяйства: межотраслевой аспект (в сравнительном анализе законодательства России, Беларуси и Украины) // Гражданское право. 2010. № 4 // СПС «Консультант Плюс».

ГЛАВА 2. КРИТИЧЕСКИЕ ЗАМЕЧАНИЯ В ОТНОШЕНИИ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Несмотря на отмечаемые выгоды, которые дает титульное обеспечение, в то же время оно подвергается широкой критике. Далее будут проанализированы основные доводы противников данной конструкции и степень их обоснованности.

§1. КОНКУРЕНЦИЯ ЗАЛОГА И ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Большая часть возражений относительно конструкции титульного обеспечения касается того, что посредством такого обеспечения обходятся императивные правила о залоге, направленные на защиту баланса интересов сторон соглашения и третьих лиц. Такая критика предсказуема, поскольку, как уже ранее указывалось, сам институт титульного обеспечения использовался как антипод залога.

Правила о залоге преодолеваются путем предоставления кредитору больших прав, нежели ему нужно для целей обеспечения. 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 должника¹⁸¹.

Вместе с тем интересы кредитора и должника удачно сбалансированы в институте залога¹⁸². Залог предполагает наличие особой процедуры реализации имущества - публичных торгов (ст. 350 ГК РФ), в рамках которой

¹⁸¹ Останина Е.А. Зависимость правовых последствий сделки от отлагательного и отменительного условий: научно-практическое пособие. М., 2010 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁸² Егоров А.В. Конкуренция залогодержателя и иных кредиторов по российскому и германскому праву // Вестник ВАС РФ. 2011. № 5. С. 54.

оно становится доступно для большего числа потенциальных приобретателей¹⁸³, которые могут предложить наибольшую цену для данного имущества.

Титульное обеспечение как фидуциарная сделка предполагает определенные договоренности между кредитором и должником, о которых третьим лицам, как правило, неизвестно. Актив, выступающий предметом обеспечения, формально принадлежит кредитору, а фактически используется должником. Таким образом, может создаваться видимость кредитоспособности, поскольку должник фактически владеет имуществом, а на самом деле оно принадлежит финансирующему субъекту¹⁸⁴. Последний аргумент менее критичен для прав требования, поскольку последние представляют собой нематериальный актив и «ложную видимость» создавать не могут.

Наличие скрытого обременения ослабляет позиции кредиторов должника, а третьим сторонам из-за отсутствия публичности приходится полагаться на информацию, предоставляемую им покупателем, или тратить время и средства на сбор сведений из других источников¹⁸⁵.

В связи с этим во многих правовых системах залог движимых вещей невозможен, пока залогодержатель не получит фактического владения (запрет на непоссессорный залог). В Великобритании договор аренды с правом выкупа был развит во многом благодаря потребителюскому финансированию в XIX веке. Развитие романо-германской фидуциарной передачи было прямым откликом невозможности непоссессорного залога и необходимости составления описи имущества. Австрия и Швейцария являются примерами тех правовых систем, которые не имеют непоссессорного залога. Австрийское законодательство не позволяет непоссессорный залог,

¹⁸³ Беляева О.А. Правовые проблемы аукционов и конкурсов. М., 2011 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁸⁴ Beale H., Bridge M., Gullifer L., Lomnicka E. Op. cit. P. 770-771.

¹⁸⁵ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 51-55; Finch V. Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles. Cambridge University Press, 2002. P.115.

поэтому финансовая аренда может быть использована для преодоления этого правила¹⁸⁶.

Около одной трети правопорядков требуют направления уведомления должнику для того, чтобы уступка была действительной в случае банкротства cedent¹⁸⁷. Только в нескольких случаях это правило меняется в отношении уступок прав требования посредством продажи в отличие от уступки для цели обеспечения. Страной, где уступка для продажи свободна от обязательного уведомления, является Франция, для секьюритизации – Аргентина, Бразилия, Чили, Франция, Греция, Италия, Япония, Португалия, Испания, Тайвань и Таиланд¹⁸⁸.

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.

Стоимость имущества, предоставленного в качестве предмета титульного обеспечения, как правило, превышает сумму основного долга, поскольку среднестатистический кредитор настаивает на выборе в качестве предмета реального обеспечения имущества, цена которого будет примерно равна или превышать обеспечиваемый долг, дабы создать полноценную гарантию своих прав в дальнейшем.

Ввиду природных свойств имущества и рыночных условий практически невозможно сделать так, чтобы стоимость предмета обеспечения была строго равна обеспечиваемому долгу. Например, по

¹⁸⁶ Philip R. Wood Op. cit. P. 677-678.

¹⁸⁷ Id.

¹⁸⁸ Id.

российскому праву превышение стоимости предмета залога над размером долга возможно и никак не ограничивается.

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. Согласно п. 3 ст. 334 ГК РФ если сумма, вырученная в результате обращения взыскания на заложенное имущество, превышает размер обеспеченного залогом требования залогодержателя, разница возвращается залогодателю, при этом оглашение об отказе залогодателя от права на получение указанной разницы ничтожно. Также согласно ст. 350.1 ГК РФ в случае, если стоимость оставляемого за залогодержателем или отчуждаемого третьему лицу имущества превышает размер неисполненного обязательства, обеспеченного залогом, разница подлежит выплате залогодателю.

Целью такого регулирования является предупреждение абсолютного обращения взыскания на актив, если стоимость актива превышает сумму задолженности. Сумма, превышающая долг, должна возвращаться должнику и быть доступна для необеспеченных кредиторов.

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. Неисполнение обязанности отчитаться за полученный остаток иногда наказывается в договорах посредством наложения штрафа и обязанности выплаты убытков¹⁸⁹.

Аналогичная проблема возникает при банкротстве, когда согласно формальной логике вещь, выступающая в качестве обеспечения, должна

¹⁸⁹ Id. P. 679.

попасть в конкурсную массу кредитора, ибо он является ее собственником, при банкротстве должника необеспеченные кредиторы не получают того, на что они могли бы рассчитывать при залоге, тем самым кредитор, получивший такое обеспечение, имеет самый сильный приоритет среди всех кредиторов должника.

Согласно ст. 131 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» все имущество должника, имеющееся на дату открытия конкурсного производства и выявленное в ходе конкурсного производства, составляет конкурсную массу должника. Таким образом, в случае банкротства должника предмет обеспечения будет передан кредитору, а в случае банкротства последнего он останется в конкурсной массе кредитора. При залоге ситуация кардинальным образом меняется. Согласно п. 7.1 ст. 16 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» требования конкурсных кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом имущества должника, учитываются в реестре требований кредиторов в составе требований кредиторов третьей очереди. Согласно п. 4 ст. 134 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом имущества должника, удовлетворяются за счет стоимости предмета залога. Согласно ст. 138 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» из средств, вырученных от реализации предмета залога, только около 70-80 % направляется на погашение требований кредитора по обязательству, обеспеченному залогом имущества должника, но не более чем основная сумма задолженности по обеспеченному залогом обязательству и причитающихся процентов.

Из этого следует, что при банкротстве должника предмет залога будет реализован на торгах, и только часть вырученных средств пойдет на удовлетворение требований залогового кредитора. В случае же банкротства

кредитора предмет залога в таком случае не подлежит включению в его конкурсную массу.

Если говорить о судьбе титульного обеспечения в банкротстве по российскому законодательству, то нужно отметить, что специальных норм на этот счет не предусмотрено, к способам обеспечения оно законом не отнесено, значит, к сделкам титульного обеспечения применяется общий режим без каких-либо изъятий.

При таком формальном подходе к титульному обеспечению имущество рассматривается как актив кредитора. Поскольку должник не имеет права собственности на имущество, так как его обязательство еще полностью не исполнено, то имущество не может попасть к нему в конкурсную массу. Формальному подходу следует и российская судебная практика, оставляя без внимания обеспечительную природу договоров, опосредующих титульное обеспечение¹⁹⁰. Даже если обязательство было исполнено, но на момент исполнения уже имели место банкротные процедуры, подход не меняется.

Таким образом, одним из объяснений, почему стороны используют такие конструкции, может быть желание кредитора использовать недобросовестно в своем интересе все выгоды от передачи права собственности (не соблюдать определенный порядок реализации имущества, не отдавать остаточную стоимость имущества после удовлетворения своих притязаний, в случае банкротства должника не участвовать в этой процедуре и не отдавать актив в его конкурсную массу, воспользоваться невозможностью обращения взыскания на предмет обеспечения другими кредиторами должника и т.д.). Совершенно верно в литературе подмечено, что по надежности фидуция

¹⁹⁰ Определение ВАС РФ от 29.03.2012 № ВАС-3144/12 по делу № А43-6831/2011, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 05.05.2012 по делу № А43-12059/2011, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 04.02.2011 по делу № А43-11908/2010, Постановление ФАС Поволжского округа от 27.01.2011 по делу № А55-11902/2010, Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 09.02.2012 по делу № А43-21260/2011, Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 31.07.2012 по делу № А43-9010/2012, Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 06.08.2012 по делу № А27-4505/2012.

должна быть признана одним из самых надежных способов обеспечения исполнения обязательств¹⁹¹.

Вместе с тем на сегодня в российском праве предусмотрена возможность не обращать взыскание на предмет залога на основании указанных выше норм. Речь в данном случае идет об оставлении залогодержателем предмета залога за собой, так называемой *lex commissoria*.

В Древнем Риме *lex commissoria* использовалась, несмотря на различные законодательные ограничения. Нововведение императора Константина о запрете применения *lex commissoria* было направлено на борьбу с ростовщичеством, которое легко обходилось при помощи *lex commissoria*: в залог просто принималась недвижимость, цена которой покрывала и основной долг, и проценты. При Юстиниане была установлена возможность обращаться к императору с просьбой о передаче заложенной вещи в собственность кредитора¹⁹². Г. Дернбург отмечает, что в римском праве продажа залога имела целью справедливую ликвидацию, а *lex commissoria* – быструю ликвидацию¹⁹³.

В отечественном праве присвоение залогодержателем предмета залога в случае неисполнения должником обеспеченного обязательства было основным способом обращения взыскания на заложенное имущество как минимум с XIV века. Только в 1800 году было окончательно установлено, что взыскание на заложенное имущество обращается путем продажи с публичных торгов¹⁹⁴.

На сегодняшний день в ГК РФ предусмотрена *lex commissoria*. Согласно п. 2 ст. 350.1 ГК РФ если залогодателем является лицо, осуществляющее

¹⁹¹ Хаметов Р., Миронова О. Обеспечение исполнения обязательств: договорные способы // Российская юстиция. 1996. N 5 // СПС «Гарант».

¹⁹² Рыбалов А.О. *Lex commissoria* в современном праве // Вестник ВАС РФ. 2013. № 3 // СПС «Консультант Плюс», Wigmore J.H. The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas // Harvard Law Review. Vol. 11, No. 1 (Apr. 25, 1897). P. 29.

¹⁹³ Дернбург Г. Пандекты. Т. I, ч. 2, нем. изд.. Вещное право. 1900. С. 307.

¹⁹⁴ Рыбалов А.О. Присвоение предмета залога залогодержателем в современном российском праве // Закон. 2013. № 3. С. 44-45.

предпринимательскую деятельность, соглашением между залогодателем и залогодержателем может быть также предусмотрено, что реализация заложенного имущества осуществляется путем (1) оставления залогодержателем предмета залога за собой, в том числе посредством поступления предмета залога в собственность залогодержателя, по цене и на иных условиях, которые определены указанным соглашением, но не ниже рыночной стоимости; (2) продажи предмета залога залогодержателем другому лицу по цене не ниже рыночной стоимости с удержанием из вырученных денег суммы обеспеченного залогом обязательства. В случае, если стоимость оставляемого за залогодержателем или отчуждаемого третьему лицу имущества превышает размер неисполненного обязательства, обеспеченного залогом, разница подлежит выплате залогодателю.

Согласно ст. 55 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в случае, если договор об ипотеке предусматривает условие об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке и сторонами договора являются юридическое лицо и (или) индивидуальный предприниматель, в обеспечение обязательств, связанных с предпринимательской деятельностью, одним из способов реализации предмета ипотеки может быть оставление залогодержателем заложенного имущества за собой. При обращении взыскания на заложенное имущество оставляется залогодержателем за собой с зачетом в счет покупной цены требований залогодержателя к должнику, обеспеченных ипотекой, по цене, равной рыночной стоимости такого имущества, определенной в порядке, установленном законодательством Российской Федерации об оценочной деятельности.

Вместе с тем в банкротстве *lex comissoria* все равно будет проигрывать титульному обеспечению.

В Модельных правилах европейского частного права (*Model Rules of European Private Law*) предусмотрено, что при банкротстве должника

кредитор может вернуть актив из конкурсной массы должника, при этом он должен отчитаться за все платежи, произведенные покупателем, и износ проданных товаров должен быть учтен¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Art. IX.-1:103, p. 4454-4455. См. перевод на русский язык: Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М., 2013.

§2. НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Очевидно, что обеспечительная передача права собственности во многом походит на залог, поэтому не может не возникнуть вопрос о том, самостоятельный и законный ли это обеспечительный инструмент или же залог, прикрытый конструкцией титульного обеспечения с целью обойти ряд императивных положений о залоге¹⁹⁶.

Как мы уже отмечали, изначально доктрина фидуциарных сделок была разработана для того, чтобы обеспечительная передача права собственности была признана не фиктивной сделкой, а действительной, поскольку стороны намеренно выбирали правовой инструмент, который дает больше, чем достаточно для достижения выбранной сторонами цели¹⁹⁷.

Впоследствии презумпция действительности обеспечительной передачи права собственности была воспринята дореволюционными цивилистами. Г. Дернбург выделял сделки притворные (заключенные для вида, участники которых не желают того, о чем высказываются вовне), замаскированные (притворные сделки, прикрывающие серьезные намерения сторон) и фидуциарные сделки. В фидуциарных сделках, которые немецкий цивилист считал действительными, строго различаются внешние и внутренние отношения. С внешней стороны фидуциарию дается положение собственника вещи или кредитора права требования и тем самым для него создается полная легитимация для осуществления права. С внутренней же стороны фидуциарий остается простым уполномоченным, и вещь, и право требования являются для него чужими¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Евдокимова Е.А. Залог против обеспечительной передачи права собственности // Вестник Федерального арбитражного суда Московского округа, № 3, 2013. С. 46-47.

¹⁹⁷ Coing H. *Europäisches Privatrecht II. 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privat-rechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern.* München, 1989. Цит. по: Istvan Sandor *Overview of the Legal Models of Trust Management in Private Law.* Режим доступа: URL: http://www.kre.hu/portal/doc/sic/2008/sic3_015_sandor.pdf. P. 165.

¹⁹⁸ Дернбург Г. *Пандекты. Том I. Общая часть.* М., 1906. С. 274.

В том же ракурсе в российской научной литературе обосновывалось, что фидуциарные сделки являются действительными и их следует отличать от иных недействительных сделок.

Г.Ф. Дормидонтов отмечает, что с мнимыми и притворными действиями не следует смешивать фидуциарные сделки, которые имеют место, например, когда для большего обеспечения залогодержателя передают ему заложенную вещь в собственность или, желая поручить другому лицу взыскание по обязательству, уступают ему обязательственное требование. Все эти случаи раньше, пишет Г.Ф. Дормидонтов, подводили под понятие притворных или прикрытых сделок и квалифицировали как простой залог, простую доверенность, и только по прошествии некоторого времени в немецкой юридической литературе и в судебной практике установился противоположный взгляд, согласно которому в данных случаях надо видеть не притворное, с обманным намерением совершаемое действие, а серьезно задуманную юридическую сделку¹⁹⁹.

Фидуциарные сделки отличаются от притворных тем, что стороны не скрывают своего истинного намерения, а от мнимых сделок тем, что в то время как в мнимых действиях совершенное сторонами во внешнем действии имеет место лишь для видимости и не влечет своих нормальных последствий, в фидуциарных сделках внешнее действие юридически вполне действительно, влечет все свои нормальные последствия и лишь по особому соглашению сторон, основанному на доверии к добросовестности управомоченного, эти последствия не наступают, а заменяются другими, соответствующими истинному намерению сторон. Характерно для этих сделок именно то, что ограничение нормальных последствий сделки ставится здесь в зависимость от порядочности и честности лица, получающего правомочие по сделке²⁰⁰.

¹⁹⁹ Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895. С. 91-92.

²⁰⁰ Там же. С. 96.

Ю.С. Гамбаров в рамках рассмотрения случаев сознательного противоречия между волей и ее изъявлением выделяет фидуциарные сделки, которые помимо объявленных ими последствий имеют целью произвести еще другие, остающиеся скрытыми для третьих лиц последствия²⁰¹.

Фидуциарные сделки, по мнению Ю.С. Гамбарова, отчасти похожи на притворные, но принципиально отличаются от последних. Притворные сделки никогда не стремятся к юридическим последствиям выраженных сторонами волеизъявлений, а фидуциарные сделки не только стремятся, но и производят эти последствия, которые служат средством для достижения преследуемой сторонами цели. Фидуциарные сделки вполне законны, представляя собой серьезные волеизъявления, направленные на удовлетворение заслуживающих юридической защиты интересов²⁰².

Свои критические замечания высказывал Н.Л. Дювернуа относительно фидуциарных или, как он их еще называл, «симулированных сделок», видя в них лазейки для недобросовестных участников оборота. Ученый указывает, что «это суть совершенно легальные, но искусственно и иной раз невпопад прилаженные к отношениям, для коих они не подходят, юридические формы. Это то же, что платье не впору. Никто в этом не виноват, кроме тех, кому это нужно и кто не умеет себе устроить надлежащего выбора готовых образцов. Если не во что облачиться, приходится брать платье не впору или не по сезону, лишь бы вовсе не остаться в деле серьезном без всякого юридического облачения»²⁰³.

По мнению ученого, в этих сделках фидуциарного типа можно увидеть суррогат не образовавшегося специфического института залога, представительства, а вовсе не модификацию подлинного института. Например, для института представительства существенно, чтобы сделка,

²⁰¹ Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Том I. Часть общая. СПб, 1911. С. 734.

²⁰² Там же. С. 736.

²⁰³ Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2: Учение о вещах. Учение о юридической сделке. М., 2004 // СПС «Гарант».

совершаемая представителем, произвела прямо и непосредственно весь свой эффект в сфере правоотношений представляемого, а не наоборот²⁰⁴.

Таким образом, основной предпосылкой выделения фидуциарных сделок является то, что их в доктрине традиционно отличают от притворных сделок²⁰⁵.

На сегодняшний день эта доктрина забыта и не применяется на практике. 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 залога²⁰⁶.

Например, в определении Приморского краевого суда такая квалификация обосновывается следующим.

Оценивая указанные обстоятельства, судебная коллегия полагает, что суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу об удовлетворении исковых требований, поскольку при подписании договора действительная воля сторон была направлена не на заключение договора купли-продажи, а на обеспечение возврата

²⁰⁴ Там же.

²⁰⁵ Васильченко А.П. Цессия для целей взыскания // Вестник гражданского права. 2008. № 2. С. 83.

²⁰⁶ Апелляционное определение Верховного Суда Республики Башкортостан от 30.06.2015 по делу № 33-8399/2015, Апелляционное определение Смоленского областного суда от 16.06.2015 по делу № 33-1839, Апелляционное определение Пермского краевого суда от 12.10.2015 по делу № 33-10398/2015, Апелляционное определение Вологодского областного суда от 15.02.2013 № 33-561/2013; Апелляционное определение Челябинского областного суда от 27.09.2013 по делу № 11-9657/2013; Апелляционное определение Верховного Суда Республики Алтай от 27.11.2013 по делу № 33-887; Постановление Президиума Тюменского областного суда от 14.11.2013 № 44-г-63/2013; Апелляционное определение Московского городского суда от 16.09.2016 по делу № 33-32119/2016; Апелляционное определение Верховного Суда Удмуртской Республики от 30.03.2016 по делу № 33-1162/16; Определение Приморского краевого суда от 19.09.2016 по делу № 33-9866/2016; Апелляционное определение Верховного Суда Республики Калмыкия от 17.03.2016 по делу № 33-27/2016; Определение Московского городского суда от 28.10.2015 № 4г/3-8938/2015.

П. денежных средств Ш. по договору займа, путем передачи квартиры в залог.

Так же из материалов дела усматривается, что указанная в договоре купли-продажи от 20.08.2013 между сторонами цена приобретаемого по договору жилого помещения значительно ниже рыночной стоимости квартиры.

Кроме того, судебная коллегия учитывает, что сторонами указанного договора не произведена фактическая передача квартиры, поскольку истица проживала в спорном жилом помещении, что и не оспаривается самим ответчиком в апелляционной жалобе²⁰⁷.

В определении Санкт-Петербургского городского суда рассматривается дело, где договор купли-продажи и договор найма с правом выкупа были заключены для оформления обеспеченного залогом займа.

Судом первой инстанции установлено, что между Г.Т. и З.Ю.А. заключен договор купли-продажи квартиры, по условиям которого истец приобрел квартиру. При этом в то же день между З.Ю.А. и Г.Т. был заключен договор найма вышеуказанного жилого помещения с правом его выкупа.

Судом первой инстанции установлено, что договор купли-продажи является притворной сделкой и прикрывает собой договор залога недвижимого имущества, так как истинной волей сторон при заключении договора купли-продажи было обеспечение займа залогом недвижимого имущества²⁰⁸.

²⁰⁷ Определение Приморского краевого суда от 18.11.2015 по делу № 33-10561/2015.

²⁰⁸ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 25.10.2016 № 33-20711/2016 по делу № 2-26/2016.

Согласно п. 2 ст. 170 ГК РФ притворная сделка, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, в том числе сделку на иных условиях, ничтожна. К сделке, которую стороны действительно имели в виду, с учетом существа и содержания сделки применяются относящиеся к ней правила.

Данной позиции также придерживается Верховный Суд РФ, поддержав доводы апелляционной инстанции в нижеприведенном деле.

Отменяя решение суда первой инстанции, судебная коллегия по гражданским делам Краснодарского краевого суда, исследовав и оценив доказательства, пришла к выводу, что договор купли-продажи квартиры является притворной сделкой, поскольку фактически между сторонами заключен договор займа с залогом имущества в виде спорной квартиры.

При этом суд апелляционной инстанции указал на то, что действия по получению Ч. денежных средств у Р., регистрация договора купли-продажи в Управлении Федеральной службы государственной регистрации кадастра и картографии и получение Д. свидетельства о государственной регистрации права собственности были произведены одновременно. Практически в то же время между сторонами был заключен предварительный договор купли-продажи спорной квартиры, где Ч. был покупателем, а Д. - продавцом. Кроме того, фактически квартира передана Д. не была, в настоящее время ответчики зарегистрированы в спорном жилом помещении, проживают в нем, оплачивают коммунальные платежи²⁰⁹.

Однако, на удивление, в решениях Верховного Суда РФ можно встретить и прямо противоположные размышления на этот счет.

²⁰⁹ Определение Верховного Суда РФ от 30.07.2013 № 18-КГ13-72.

При определении того, был ли между сторонами заключен договор, каким является содержание его условий и как они соотносятся между собой, совпадает ли волеизъявление сторон с их действительной общей волей, а также является ли договор мнимой или притворной сделкой, суду необходимо применить правила толкования договора, установленные статьей 431 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Таким образом, основной способ толкования условий договора состоит в выяснении буквального значения содержащихся в договоре слов и выражений. Однако вопреки изложенным выше положениям закона суд апелляционной инстанции не указал, по какой причине он отверг буквальное содержание договора займа.

Соответственно использование другого способа толкования условий договора - выяснение действительной общей воли сторон с учетом цели договора - допустимо в том случае, если применение основного способа толкования не позволило определить содержание условий договора.

В кассационной жалобе К. утверждал, что между ним и С. был заключен именно договор займа, по условиям которого в качестве способа обеспечения возврата денежных средств К. предоставляет квартиру, принадлежащую ему на праве собственности. При этом он полагал, что заключенный между ним и С. договор купли-продажи спорной квартиры являлся притворной сделкой.

При таких обстоятельствах Судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда следовало выяснить смысл договора в целом, сопоставив, как соотносятся между собой условия договора займа о том, что в качестве залога в обеспечение возврата денежных средств К. предоставляет квартиру, которую обязуется переоформить договором купли-продажи на С., может

ли такой договор купли-продажи являться притворной сделкой, учитывая, что 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 этот вопрос не был предметом исследования и оценки судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда²¹⁰.

Иногда такие сделки признаются недействительными как совершенные под влиянием обмана²¹¹.

Таким образом, в российском праве риск признания сделки недействительной имеется только при использовании обеспечительной передачи права собственности как сделки *sui generis*, что влечет применение к ней правил о залоге. При использовании иных сделок такого риска не возникает, поскольку они, как правило, поименованы в законодательстве.

В иностранных правопорядках перекалфикация титульного обеспечения в обеспеченный залогом заем также является проблемой. Если это происходит, то получается, что титульное финансирование превращается

²¹⁰ Определение Верховного Суда РФ от 29.10.2013 № 5-КГ13-113.

²¹¹ Апелляционное определение Челябинского областного суда от 30.09.2016 по делу № 11-14337/2016.

в обеспеченный заем, удержание титула - непоссесорный залог, факторинг - залог прав требования, РЕПО - залог ценных бумаг в целях обеспечения займа, предоставленного продавцу, финансовая аренда – заем, обеспеченный залогом приобретенного имущества, это же происходит с для аренды с правом выкупа и продажи с обратной арендой.

Такая переквалификация сделки может иметь существенные последствия как для должника, так и для кредитора, например, сделка может быть признана недействительной по причине отсутствия публичной регистрации (Великобритания), вступить в конфликт с обязательством должника не устанавливать обременения, нарушить лимит, установленный для должника, по заемным обязательствам, вступить в конфликт с законами по предупреждению ростовщичества или изменить предполагаемое налоговое регулирование²¹².

Вместе с тем возможна переквалификация для определенных целей, без затрагивания других аспектов, например, в Великобритании возможна переквалификация титульного обеспечения только в рамках банкротных процедур, без необходимости выполнять регистрационные требования, в Германии – в отношении финансовой аренды без затрагивания налоговой сферы²¹³.

Основная задача переквалификации подключить те механизмы, которые направлены на защиту интересов, охраняемых правилами о залоге, например, публичные торги, отнесение предмета обеспечения в конкурсную массу должника, возврат должнику любого остатка после реализации имущества, недопущение нарушений равенства при банкротстве, наличия

²¹² Harding P.C., Johnson C.A. *Mastering Collateral Management and Documentation: A Practical Guide for Negotiators*. Pearson Education, 2002. P. 36; Yeowart G., Parsons R., Murray E., Patrick H. *Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral*. Edward Elgar Publishing, 2016. P. 9; Philip R. Wood *Op. cit.* P. 691.

²¹³ Philip R. Wood *Op. cit.* P. 692.

скрытого собственника, необоснованного приоритета кредитора, которому предоставлено право собственности²¹⁴.

Одним из подходов является то, что из-под переквалификации освобождаются сделки, совершенные на финансовом рынке (США, Франция)²¹⁵.

Таким образом, решение о недействительности конструкции титульного обеспечения и последующем применении к ней правил о залоге в иностранных правопорядках решается законодателями и правоприменителями дифференцированно в зависимости от сферы применения и типа титульного обеспечения.

²¹⁴ Id.

²¹⁵ Id.

ГЛАВА 3. СОВРЕМЕННЫЕ ПОДХОДЫ К РЕГУЛИРОВАНИЮ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

§1. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ПОДХОД К РЕГУЛИРОВАНИЮ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

How many legs does a dog have if you call the tail a leg?
Four. Calling a tail a leg doesn't make it a leg.
*Abraham Lincoln*²¹⁶

Титульное обеспечение безусловно сходно с залогом в своем содержании, и поэтому вопрос заключается в том, должны ли на него распространяться запреты и ограничения, относящиеся к залогом. Правопорядки отвечают на этот вопрос по-разному: одних из них склоняются к переквалификации в залог таких конструкций, другие – нет, третьи – поддерживают переквалификацию только для процедур банкротства²¹⁷.

Мировое восприятие титульного обеспечения чрезвычайно неоднозначно. Оно не имеет систематики и различается в зависимости от договорных типов. Например, в английском праве и большинстве правопорядков, находящихся под влиянием английского права, все формы титульного обеспечения воспринимаются без переквалификации в залог, то есть намерение сторон и форма превалируют над содержанием. Они также не подлежат публичной регистрации как залог²¹⁸.

В качестве общего правила правопорядки, которые благосклонно относятся к обеспечениям, так же относятся к титульному обеспечению, поскольку они беспокоятся о доступности финансирования приобретения имущества, с перспективой улучшения условий кредита. Те правопорядки, которые не благосклонны к такой обеспечительной тенденции, усиливают

²¹⁶ «Сколько лап у собаки, если хвост называть лапой? Четыре. Называя хвост лапой, он лапой не становится» *Авраам Линкольн*

²¹⁷ Philip R. Wood Op. cit. P. 53.

²¹⁸ Id. P. 29.

позицию необеспеченных кредиторов, они не готовы поддержать финансирование с обеспечительной передачей права собственности как законный метод обхода старого обеспечительного режима²¹⁹.

Рост числа таких сделок, их популярность на практике дают основания задуматься над тем, так ли необходима переквалификация. Проблема состоит в том, необходимо ли предоставить сторонам свободу или ограничивать эти сделки, т.е. выбрать между стимулированием финансирования под предоставление в собственность имущества или защитой необеспеченных кредиторов должника путем ограничения самых защищенных кредиторов, получивших титульное обеспечение²²⁰.

Довольно интересные размышления на этот счет содержатся в Руководстве. Касательно регулирования передачи титула в нем предлагается два принципиально разных варианта действий. Руководство, в свою очередь, придерживается второго варианта²²¹.

Первый вариант – это признать обеспечительную передачу правового титула с менее жесткими требованиями к ней и более серьезными последствиями, не применяя тем самым общего обеспечительного режима. Этот вариант укрепит позиции кредитора, получившего обеспечение в виде права собственности, и ослабляет позиции лица, предоставляющего его, и других кредиторов должника.

Второй вариант – признать обеспечительную передачу правового титула, но при этом согласовать предъявляемые к ней требования и ее последствия с соответствующей регламентацией для обеспечений. Этого можно добиться двумя способами: либо определить перечень допустимых сделок, связанных с передачей правового титула, распространив на них действующий обеспечительный режим, и запретить все прочие сделки, либо установить, что сделки, связанные с обеспечительной передачей правового

²¹⁹ Id. P. 692.

²²⁰ Id. P. 670.

титула, являются сделками, к которым должны применяться правила об обеспеченных. И в том, и в другом случае количество плюсов для получателя такого обеспечения и соответствующих минусов для третьих лиц уменьшается.

Довольно интересные размышления на этот счет содержатся в Руководстве. Касательно регулирования передачи титула в нем предлагается два принципиально разных варианта действий. Руководство, в свою очередь, придерживается второго варианта²²².

Касательно удержания права собственности в Руководстве предусматривается также несколько вариантов. Первый из них заключается в сохранении статуса удержания права собственности в качестве особого механизма. При таком подходе на него не должны распространяться требования, касающиеся обеспечений.

Второй, несколько отличный от первого, вариант, состоит в сохранении статуса удержания права собственности в качестве особого механизма, предназначенного исключительно для обеспечения обязанности по уплате стоимости соответствующего товара.

Третий вариант заключается в рассмотрении соглашения об удержании права собственности в качестве соглашения об установлении обеспечения. В этом случае все вопросы применения данного механизма будут регулироваться правилами, действующими в отношении обеспечений.

Четвертый вариант состоит в том, чтобы удержание права собственности по-прежнему считать отдельной сделкой, но полностью уравнивать его с обеспечительными сделками. Руководство советует придерживаться именно этого подхода²²³.

В международной практике распространено мнение, что финансирование приобретения заслуживает специального, «удобного»

²²² UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 51-53.

²²³ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 51-55.

режима, поскольку оно несет выгоду для экономического развития и благосостояния²²⁴.

В Англии и в правовых системах, подверженных ее влиянию, удержание права собственности не подпадает под требования об обязательной регистрации для залога²²⁵. Оговорка может охватывать не только покупную цену, но также другие суммы задолженности перед продавцом²²⁶. Распространение оговорки на перепродажу теоретически возможно, но может быть проигнорировано третьими лицами – добросовестными последующими покупателями. Распространение удержания титула на выручку от последующей продажи теоретически возможно, но суды многократно признавали недействительными такие оговорки по причине отсутствия регистрации, а именно рассматривая их как залог, который недействителен без регистрации в специальном реестре²²⁷. Противоположную позицию можно встретить в решении австралийского суда²²⁸.

Кроме этого, английские суды применяют так называемый тест на содержание (*substance test*), посредством которого некоторые договорные конструкции будут рассматриваться как залоговые, если они по своему содержанию являются таковыми. Это означает, что если стороны написали одно, а сделали другое, то сделка будет перекалифицирована согласно тому, как они действовали, а не согласно тому, что они написали. Тем не менее, важно понимать, что стороны не свободны в определении природы сделки,

²²⁴ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) // http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. Comment to IX.–1:103, p. 4454-4455.

²²⁵ Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Ltd [1976] 1 WLR 676.

²²⁶ Armour v Thyssen Edelstahlwerke AG [1990] 3 AZR 481

²²⁷ Pfeiffer Weinkellerei - Weinenkauf GmbH v Arbutnot Factors Ltd [1988] 1 WLR 150; Tatung (UK) Ltd v Galex Telesure Ltd [1988] 5 BCC 325; Compaq Computer Ltd v Abercorn Group Ltd [1991] BCC 484.

²²⁸ Associated Alloys Pty Ltd v Metropolitan Engineering and Fabrications Pty Ltd [2000] HCA 25.

как они хотели бы. Они могут быть свободны в закладывании содержания договора, прав и обязанностей, но в конечном счете суд переквалифицирует сделку согласно ее природе с учетом прав и обязанностей сторон²²⁹.

В Бельгии удержание права собственности регулируется ст. 101 Закона о банкротстве (*Bankruptcy Act 1997*), которая требует, чтобы все товары сохранялись в изначальном своем состоянии во владении у должника и не были перемешаны с иными товарами. При неоплате покупатель теряет свое притязание на товары. В случае банкротства должника продавец может вернуть товары от арбитражного управляющего без соблюдения какой-либо особой судебной процедуры. Продавец должен в таком случае заявить о его праве собственности до того момента, пока суд определит все заявленные требования. Управляющий может выступать против требований продавца посредством предложения платежа непогашенной задолженности. Управляющий также имеет право удержания расходов, которые он произвел. Право продавца на удержание не действует на последующую продажу должником активов третьей стороне²³⁰.

Во Франции не существует требований относительно регистрации оговорки о сохранении права собственности. Удержание может распространяться на выручку от продажи товаров покупателем и страховое возмещение²³¹.

В Германии удержание права собственности было разработано в судебной практике. Здесь также отсутствуют требования по регистрации. Удержание может распространяться на товары, проданные поставщиком, а также выручку от продажи. Посредством договорных условий возможно распространить оговорку на товары, в которые проданные товары были трансформированы. Предмет обеспечения при обеспечительной передаче права должен быть реализован с торгов по правилам реализации заложенного

²²⁹ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, Eva Lomnicka Op. cit. P. 12-13.

²³⁰ Philip R. Wood Op. cit. P. 696-697.

²³¹ Id.

имущества, что подтверждено Верховным Судом Германии. При этом в случае банкротства кредитора или должника собственником является все-таки должник²³².

В Австрии оговорка об удержании права собственности рассматривается как право залога при банкротстве в §10 (*Konkursordnung*)²³³.

В Италии удержание права собственности не имеет силы против кредиторов, если отсутствует письменный документ с датой совершения (ст. 1523-1524 Гражданского кодекса). Удержание права собственности на оборудование выше определенной стоимости необходимо зарегистрировать в специальном судебном реестре.

В Дании сохранение права собственности за кредитором закреплено в разделе 34 Закона о продаже товаров (*Sale of Goods Act*). Согласно указанным положениям покупатель не может перепродавать товары. Последующий покупатель будет иметь преимущества перед первоначальным продавцом, если последующий приобретатель добросовестен, а также продавец знал или должен был знать, что покупатель перепродал товары. Удержание права собственности не должно регистрироваться, за исключением удержания права собственности на транспорт²³⁴.

В Испании сохранение титула не популярно на практике, поскольку продавец должен регистрировать его в Реестре движимых вещей согласно Закону о продаже в рассрочку и финансировании (*Instalment Sale and Financing Act 1998*) и этот механизм не распространяется на перепроданные

²³² Зикун И.И. Конструкция титульного обеспечения в гражданском праве: основные проблемы // Вестник гражданского права. 2016. № 2 // СПС «Консультант Плюс». В случае банкротства должника кредитор продать имущество или в случае обеспечительной уступки взыскать долг с третьего лица, однако в контексте банкротного законодательства эти процедуры должны быть проведены специальным управляющим (§§ 50, 51 *Insolvenzordnung*). Kohler J. Property Law // Zekoll J. Introduction to German Law. Kluwer Law International, 2005. P. 245.

²³³ Faber W. National report on the transfer of movables in Austria. Walter de Gruyter, 2008. P. 132.

²³⁴ Id.

покупателем товары. В Испании договоры РЕПО, продажи и обратной аренды, финансовой аренды, до сих пор являются предметом споров о том, должны ли они считаться обеспечением²³⁵.

В Бразилии удержание правового титула на товары возможно, но оно должно быть зарегистрировано в публичном реестре²³⁶.

В Швейцарии оговорка об удержании титула возможна, но для того, чтобы она была действительна против кредиторов и третьих лиц, она должна быть зарегистрирована в специальном агентстве по адресу покупателя. Если адрес изменяется, продавец должен произвести перерегистрацию в течение трех месяцев. В связи с требованием о регистрации такая оговорка не часто используется²³⁷.

Директива ЕС о противодействии при просрочке оплаты в коммерческих сделках 2000 г. (2000/35/ЕС) (*EU Directive on combating late payments in commercial transactions of 2000*) требует от всех стран предпринять необходимые шаги для внедрения в законодательство положений, где продавец может удерживать право собственности на товары, проданные до того, как покупатель заплатит, и продавец должен вернуть их, если платеж не состоялся²³⁸.

Данные различия в подходах являются проявлением давнего спора о том, что должно превалировать: форма или содержание. При выборе первого варианта форма или намерение сторон превалирует над содержанием. Сделка не перекалфицируется, несмотря на то, что она сходна в коммерческом эффекте с залогом. Стороны должны использовать регулирование, принятое для купли-продажи или аренды, и не ссылаться на арендные платежи как на

²³⁵ Philip R. Wood Op. cit. P. 699.

²³⁶ Id. 697.

²³⁷ Philip R. Wood Op. cit. P. 696.

²³⁸ Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions / EC of the European Parliament and of the Council. Режим доступа: URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32011L0007>.

процент или на цену перепродажи как основную сумму плюс проценты. Они должны в последующем использовать подходящие условия, показывающие, что сделка не является ложной. Цель данного подхода способствует кредитованию, обеспечиваемому правом собственности. Во втором случае содержание превалирует над формой, поэтому сделки должны соответствовать правилам о залоге²³⁹.

Функциональный подход (*functional, integrated and comprehensive approach*), предлагаемый в Руководстве, объясняется следующим²⁴⁰. В XX веке потребности предприятий в кредитах зачастую не удовлетворялись из-за отсутствия правового регулирования, опираясь на которое заемщики могли бы предоставлять обеспечительные права займодавцам и другим кредиторам. В некоторых случаях законом прямо запрещалось предоставлять обеспечительные права в отношении определенных видов имущества. В других случаях необходимых правовых инструментов просто не существовало. Иногда сторонам удавалось разработать для достижения своих целей тот или иной правовой инструмент, но он оказывался неэффективным, дорогостоящим и сложным в использовании. Такая ситуация привела к формированию договорной практики, которая впоследствии нашла отражение в законодательстве. Она стимулировала создание целого ряда механизмов, основанных на передаче правового титула, и способствовала широкому использованию соглашений об удержании титула и модификации различных вариантов такого удержания в целях повышения его эффективности как правового инструмента, обеспечивающего исполнение обязательств²⁴¹.

Столкнувшись со сложностями и пробелами, обусловленными применением такого специального подхода к обеспечительным правам в

²³⁹ Philip R. Wood Op. cit. P. 693 – 694.

²⁴⁰ Fleisig H.W. Reforming Collateral Laws to Expand Access to Finance. World Bank Publications. 2006. P.54.

²⁴¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 55.

целях удовлетворения потребностей предприятий в кредитах, к середине XX века некоторые государства пришли к пониманию необходимости реформирования законодательства, связанного с обеспечительными правами. Функциональный подход был результатом такого переосмысления. Исходной посылкой была констатация того, что в основе различных видов непосессорного залога, посессорного залога и других инструментов, связанных с передачей или удержанием правового титула, лежит ряд общих принципов, направленных на достижение одних и тех же экономических результатов²⁴².

Основная идея данного подхода состоит в том, что экономическое содержание должно превалировать над правовой формой. Идея трансформирующего подхода впервые возникла в США, где в течение многих лет торговля между штатами или провинциями сдерживалась наличием разных режимов, регулирующих предоставление обеспечения²⁴³.

Идея составителей статьи 9 ЕТК была в том, чтобы соединить различные виды обеспечения в единую систему²⁴⁴. В ней не проводится различий между залогом и условной куплей-продажей, несмотря на их разное юридическое оформление (§ 9-109 ЕТК), поскольку они служат достижению аналогичных экономических целей²⁴⁵. Таким образом, ЕТК призывает рассматривать договорные конструкции функционально, и если они фактически направлены на обеспечение исполнения обязательств, применять к ним единое регулирование²⁴⁶.

²⁴² Id.

²⁴³ Raymond A.H. Cross-Border Secured Transactions: Ongoing Issues and Possible Solution // *Elon Law Review*. Vol. 2:87. 2011. P. 92; Kettering K.C. Harmonizing Choice of Law in Article 9 with Emerging International Norms. *Gonzaga Law Review*. Vol. 46:2. 2010. P.240.

²⁴⁴ Cuming R.C.C. Internationalizing secured financing law // Goode R.M., Cranston R. *Making Commercial Law: Essays in Honour of Roy Goode*. Clarendon Press, 1997. P. 505.

²⁴⁵ McCormack G. *Secured Credit and the Harmonisation of Law: The Uncitral Experience*. Edward Elgar Publishing. 2011. P. 81.

²⁴⁶ Sami S., Chowdhury H. *Funding and Security* // Empel M. *Financial Services in Europe: An Introductory Overview*. Kluwer Law International, 2008. P. 183; Akseli O. *International Secured*

ЕТК, являющийся унификацией торгового права США, который на сегодняшний день приняли все 50 штатов, устанавливает единое обеспечительное право, объединяя многочисленные посессорные и непосессорные обеспечительные права, включая права, вытекающие из передачи и удержания правового титула, которые были предусмотрены ранее законами штатов²⁴⁷.

Идея такого функционального подхода была воспринята рядом других государств. К созданию, действию в отношении третьих лиц, приоритетности и реализации прав, вытекающих из обеспечительной передачи правового титула, применяются те же правила, что и к залогу (Канада, Австралия, Новая Зеландия, Индия)²⁴⁸.

Transactions Law: Facilitation of Credit and International Conventions and Instruments. Routledge. 2011. P. 208, 227, 243; Stanesku C.G. Self-Help, Private Debt Collection and the Concomitant Risks: A Comparative Law Analysis. Springer. 2015. P.22; Olekhov I. Security Interests in Personal Property: the Perspectives of Harmonisation. Режим доступа: URL: http://www.iuscommune.eu/html/prize/pdf/2002_Olekhov%20.pdf; McCormack G. Secured Credit Under English and American Law. Cambridge University Press, 2004. P.207; Kaplan A. Partial Satisfaction Under the UCC // Vol. 61.1992. P. 221; Lawrence H.W., Henning W.H., Freyermuth R.W. Understanding Secured Transactions. LexisNexis. 2012. P. 20; Davies W. Romalpa thirty years on – still an enigma? Hertfordshire Law Journal 4(2), 2-23. P.16; Kozolchyk B., Furnish D.B. The OAS Model Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis. Режим доступа: URL: <http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20157943/Kozolchyk-Furnish%20-%20OAS%20-%20FINAL.pdf>. P. 59; Wood R.J. The Concept of a Security Interest: The Canadian Experience. Режим доступа: URL: <http://bfsla.org/wp-content/uploads/papers/2011/Concept%20of%20a%20Security%20Interest.%20The%20-%20The%20Canadian%20Experience%20-%20Wood.pdf>; Tajti T. Testing the Equivalence of the New Comprehensive Australian Personal Property Securities Act, Its Segmented European Equivalents and the Draft Common Frame of References. Bond Law Review. 24.1. 2012. P. 858; Baird D.G. Security Interests Reconsidered. Virginia Law Review. Vol. 80:2249. 1994. P. 2262; Sigman H.C., Kieninger E.-M. Op.cit. P. 18.

²⁴⁷ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 56.

²⁴⁸ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 59. Аналогичные подходы были приняты в Канаде (см. Cuming R.C.C. Internationalizing secured financing law // Goode R.M., Cranston R. Making Commercial Law: Essays in Honor of Roy Goode. Clarendon Press, 1997. P. 508; Bridge M.G., Macdonald R.A., Simmonds R.L., Walsh C. Formalism, functionalism and understanding the law of secured transactions // McGill Law Journal. Volume 44. 1999. P. 569) и Австралии (см. McCracken S. Personal Property Securities Legislation: Analyzing the New

Во многом аналогичный подход положен в основу разработанного Организацией американских государств Межамериканского типового закона об обеспеченных сделках (*Model Inter-American Law on Secured Transactions*)²⁴⁹, а также разработанного Европейским банком реконструкции и развития Типового закона об обеспеченных сделках (*Model Law on Secured Transactions*)²⁵⁰, предусматривающих возможность создания конкретного обеспечительного права и приравнивающего удержание права собственности к залогу²⁵¹.

Такой подход к обеспечению имеет ряд важных преимуществ. Во-первых, все нормы, касающиеся обеспечительных прав, могут быть объединены в один текст, что позволяет обеспечить системный, согласованный и транспарентный подход к регулированию обеспечительных сделок.

Во-вторых, обеспечительные конструкции, основанные на праве собственности, такие как обеспечительная передача права собственности и его удержание, могут предоставить должникам возможность использовать стоимость приобретенных ими активов для получения дополнительных кредитов.

В-третьих, это сведет к минимуму коллизии и путаницу по поводу приоритетности прав различных кредиторов, участвующих в таких сделках.

Lexicon. *Adelaide Law Review*. 35. 2014. P. 71), где они нашли воплощение в Законах об обеспечении движимого имущества (*Personal Property Security Act*).

²⁴⁹ Model Inter-American Law on Secured Transactions / Organization of American States. Режим доступа: URL: http://www.oas.org/dil/cidip-vi-securedtransactions_eng.htm.

²⁵⁰ Model Law on Secured Transactions/ European Bank for Reconstruction and Development. Режим доступа: URL: <http://www.ebrd.com/downloads/research/guides/secured.pdf>.

²⁵¹ Кроме того, американский подход также оказал влияние на Единый закон об обеспечении (*Uniform Act on Security Interests*), принятого Организацией по гармонизации коммерческого права в Африке (*Organization for the Harmonization in Africa of Business Law (OHADA)*), и Модельные правила европейского частного права (*Draft Common Frame of Reference*), подготовленные Группой по изучению Европейского гражданского кодекса (*Study Group on a European Civil Code*). Röver J.-H. The EBRD's Model Law on Secured Transactions and its Implications for an UNCITRAL Model Law on Secured Transactions. *Unif. Law Rev.* 2010. 15 (2). P. 483.

В-четвертых, такой подход способствует конкуренции среди кредиторов, создавая равные условия финансирования для продавцов, арендодателей и займодавцев²⁵².

Кредитор и должник, которые рассматривают возможность предоставить или получить обеспеченный заем, не должны при этом тщательно изучать разные условия обеспечительных механизмов и оценивать их преимущества и недостатки. В отношении регистрации, очередности и реализации обеспечительных прав действуют в таком случае одни и те же правила²⁵³.

Наличие единого режима для обеспечительных прав упрощает задачу для конкурсного управляющего в деле о банкротстве, которому необходимо составить реестр кредиторов, что позволит снизить расходы, связанные с применением обеспечительных прав, и, соответственно, общую стоимость обеспеченного кредита²⁵⁴.

Кроме того, в условиях рыночной экономики создание равных возможностей для всех кредиторов усиливает конкуренцию между ними, тем самым потенциально увеличивая объем имеющихся кредитных ресурсов и уменьшая их стоимость. Самым эффективным методом обеспечения конкуренции в области предоставления кредита на условиях, предлагаемых кредитором, является принятие норм, обеспечивающих достижение эквивалентных результатов. Правовой режим будет более ясным и вызовет меньше споров, если он не будет проводить формальной дифференциации между правами различных кредиторов.

В связи с вышеизложенным Руководство рекомендует взять на вооружение единый подход (*unitary approach*) к обеспеченным сделкам²⁵⁵.

²⁵² UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 56.

²⁵³ Gullifer L., Payne J., Corporate Finance Law: Principles and Policy. Bloomsbury Publishing, 2015. P.351.

²⁵⁴ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 56-57.

²⁵⁵ Veneziano A. Attachment / Creation of a Security Interest // Eidenmüller H., Kieninger E.-M. The Future of Secured Credit in Europe. Walter de Gruyter. 2008. P. 126; Dubovec M. UCC

При создании и введении его в действие предлагается использовать один из двух вариантов²⁵⁶.

Первый из них предполагает сохранение и использование названий прежних обеспечительных механизмов, таких как залог, залог товаров в обороте, обеспечительная передача правового титула и удержание правового титула. При этом создание и реализация должны регулироваться одними нормами, в то время как для других целей (например, для целей налогообложения и бухгалтерского учета) они могут по-прежнему оставаться разными конструкциями. Такой подход позволяет сохранить концептуальное разнообразие обеспечительных механизмов, но требует наличия единого набора норм, касающихся создания, действия в отношении третьих лиц, приоритета и реализации²⁵⁷.

Другой, более кардинальный вариант, предполагает упразднение всех видов обеспечительных сделок, а после этого объединение их в единое понятие реального обеспечения. Все обеспеченные сделки должны при этом регулироваться одним и тем же набором норм, поскольку будет существовать только один вид обеспечения²⁵⁸.

Не избежал единый подход и критических замечаний в свой адрес. Критика сводится главным образом к тому, что данный подход в значительной мере игнорирует или же вовсе не учитывает намерения сторон²⁵⁹. Проблема в данном случае заключается в непредсказуемости для сторон и невозможности прогнозирования применимого регулирования их

Article 9 Registration System for Latin America. *Arizona Journal of International and Comparative Law*. Vol. 28. № 1. 2011. P. 118; Veneziano A. The Role of Party Autonomy in the Enforcement of Secured Creditor's Rights: International Developments. *Penn State Journal of Law & International Affairs*. Vol. 4. № 1. 2015. P. 345; Garro A.M. The Creation of a Security Right and its Extension to Acquisition Financing Devices. *Unif. L. Rev.* 2010. P. 388.

²⁵⁶ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (2007). P. 57.

²⁵⁷ Id.

²⁵⁸ Id. 58.

²⁵⁹ McCormack, G. (2011) American Private Law Writ Large?: The UNCITRAL Secured Transactions Guide, *International and Comparative Law Quarterly*, 60, pp.597-625.

отношений, особенно это касается сделок, которые имеют пограничный характер²⁶⁰.

Аналогичные соображения содержатся в Директиве 2002/47/ЕС Европейского Парламента и Совета от 6 июня 2002 г. касательно финансовых обеспечительных соглашений. Пункт 3 Введения говорит о том, что должен быть создан единый режим Сообщества для предоставления ценных бумаг и денежных средств в качестве обеспечения как в рамках конструкции традиционного обеспечения (залога), так и в рамках передачи титула, включая соглашения об обратном выкупе (РЕПО). Это окажет содействие финансовому рынку в интеграции и оптимизации затрат, а также финансовой системе Сообщества в стабильности, поддерживая таким образом сферу оказания услуг и свободное движение капитала на едином рынке финансовых услуг²⁶¹.

Применительно к сделкам по финансированию приобретения в Модельных правилах европейского частного права применяются общие правила, действующие для обеспечительного права, за исключением некоторых разделов²⁶². Отмечается, что большинство национальных правопорядков в части законодательства о банкротстве, принудительном исполнении не придают сделкам по финансированию приобретения статуса, эквивалентного праву собственности²⁶³.

При неисполнения должником своего обязательства в Модельных правилах европейского частного права предлагаются следующие последствия при финансировании приобретения. При неисполнении должником своей обязанности по выплате кредитор возвращает предмет обеспечения себе. В то же время кредитор обязан вернуть платежи,

²⁶⁰ Philip R. Wood Op. cit. P. 693 – 694.

²⁶¹ Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements.

²⁶² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Art. IX.–1:104, p. 4458.

²⁶³ Id.

полученные за имущество. Также кредитор должен получить справедливую компенсацию за использование и уменьшение стоимости имущества. При расторжении первоначального договора, опосредующего финансирование приобретения товаров, если кредитор впоследствии заключает договор на более выгодных условиях в отношении этих же товаров, то образовавшаяся выгода принадлежит кредитору, а не бывшему должнику, поскольку новый договор заключен отдельно и независимо от расторгнутого²⁶⁴.

В Директиве 2002/47/ЕС Европейского Парламента и Совета от 06 июня 2002 г. касательно финансовых обеспечительных соглашений не проводится разграничения между принудительной реализацией залога и титульного обеспечения (ст. 4). При этом в ст. 6 указано, если основание для принудительной реализации наступает тогда, когда какое-либо обязательство кредитора не исполнено, необходимо применить правило о ликвидационном неттинге (ст. 2). Это означает, что:

1) срок по обязательствам сторон наступает досрочно, таким образом, обязательства подлежат немедленному исполнению и выражаются в уплате сумм, представляющую их приблизительную текущую стоимость, либо прекращаются и заменяются обязательством уплатить такую сумму; и/или

2) делается расчет задолженности каждой стороны друг перед другом, и итоговая сумма подлежит уплате стороной, с которой причитается более крупная сумма в отношении другой стороны²⁶⁵.

В Руководстве отмечается, если титульное обеспечение не отнесено законом к обеспечительным правам, реализация прав кредитора при неисполнении должником своего обязательства сводится к заявлению кредитором о своем праве собственности на предмет обеспечения. Так,

²⁶⁴ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Art. IX.-7:301.

²⁶⁵ Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements.

например, после неисполнения обязательств покупателем продавец, удерживающий право собственности, может расторгнуть договор купли-продажи и потребовать возврата принадлежащего ему имущества. В этом случае продавец, как правило, также обязан возвратить денежные средства, уже уплаченные должником. Расчет этой суммы производится на основании требования о возврате всех денежных средств, полученных от должника, за вычетом стоимости аренды имущества, и суммы, на которую уменьшилась стоимость имущества в результате его использования должником²⁶⁶.

Продавец обычно не обязан отчитываться перед покупателем за любые выгоды, полученные от последующей перепродажи имущества, однако в то же время продавец, если договором не предусмотрено иное, не вправе взыскивать с покупателя любую недостачу сверх какого-либо прямого ущерба в результате нарушения покупателем положений договора купли-продажи²⁶⁷.

Поскольку кредитор является собственником имущества, в отношении которого заявляется требование о возврате, его нельзя заставить продать это имущество, как если бы он был просто залогодержателем.

Положение арендодателя обычно несколько иное. Аренда представляет собой длящийся договор. Арендатор владеет и пользуется имуществом, а арендодатель имеет право на получение арендных платежей. Расторжение договора аренды означает, что арендатор утрачивает право на приобретение арендуемого имущества в конце срока договора аренды. Это также означает, что арендодатель удержит в полном объеме все полученные арендные платежи и что арендатор будет обязан вернуть имущество арендодателю. Вместе с тем, арендодатель не вправе требовать возмещения убытков за естественную амортизацию переданного имущества. Ущерб может взыскиваться только за чрезмерную амортизацию²⁶⁸.

²⁶⁶ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 369.

²⁶⁷ Id.

²⁶⁸ Id.

Поскольку Руководство настаивает на том, что механизмы, функционально преследующие обеспечительные цели, должны иметь единообразный режим регулирования, то в Руководстве предлагается предоставить должнику право обязать кредитора продать имущество, а не просто заявить о своем праве собственности для восстановления владения имуществом и его последующего отчуждения. Достижение полной эквивалентности обеспечительных механизмов будет означать, что должники и другие заинтересованные лица смогут заставить кредитора, удерживающего право собственности, продать предмет обеспечения, как если бы он был залогодержателем, финансирующим должника. Предлагается также обязать кредитора отчитываться за остаток после продажи имущества. Эта опция даст возможность кредиторам более тщательно контролировать процесс реализации и тем самым повысит вероятность получения максимально возможной стоимости предмета обеспечения²⁶⁹.

Вторым практическим вопросом касательно действия механизма титульного обеспечения является его действие при возбуждении банкротных процедур в отношении кредитора либо должника. Законодательство об обеспечении исполнения обязательств и законодательство о банкротстве служат разным интересам и целям, которые иногда могут пересекаться, если при открытии производства по делу о банкротстве затрагиваются интересы должника и кредитора по обеспечительному обязательству. Цель законодательства об обеспечении исполнения обязательств заключается в стимулировании финансирования под обеспечение, поскольку последнее снижает риск неисполнения обязательства. Оно позволяет использовать полную стоимость имущества для получения кредита и направить его на достижение текущих задач. В случае неисполнения обязательства должником законодательство об обеспечении исполнения обязательств призвано удовлетворить требования обеспеченного кредитора за счет стоимости

²⁶⁹ Id.

обремененного имущества и направлено на эффективную реализацию прав отдельных кредиторов с тем, чтобы максимально повысить вероятность того, что взятые по отношению к ним обязательства в случае неисполнения можно было погасить за счет реализации стоимости обремененного имущества²⁷⁰.

В законодательстве о банкротстве преследуется цель максимально сохранить и при возможности повысить стоимость имущества должника, учитывая интересы всех его кредиторов, а также обеспечить справедливое распределение стоимости имущества между ними. Этим целям способствует предотвращение конкуренции между кредиторами в связи с индивидуальными обязательственными отношениями между каждым отдельным кредитором и должником в реализации их прав в отношении их общего должника. В силу этих причин положения законодательства о банкротстве могут различным образом затрагивать права обеспеченных кредиторов²⁷¹.

Принципиальное значение для обеспеченных кредиторов имеет судьба обеспечения при банкротстве. Его режим может варьироваться в банкротном производстве в зависимости от характеристики конкретного обеспечения, т.е. учитывается то, как оно понимается в законодательстве об обеспечениях.

В Руководстве отмечается, что в активы, образующие имущественную массу банкрота, следует включать активы должника, в том числе его интересы в обремененных активах и активах третьих лиц²⁷².

Одной из предпосылок использования конструкций титульного обеспечения является желание кредитора максимально защитить себя в случае, если должника признают банкротом. Они действуют таким образом,

²⁷⁰ Id. P. 439, 442.

²⁷¹ Decision of the United Nations Commission on International Trade Law and the resolution of the General Assembly (resolution 59/40 of 2 December 2004), the UNCITRAL Insolvency Guide, annex II. The UNCITRAL Insolvency Guide, annex III the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency and its Guide to Enactment / UNCITRAL // www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

²⁷² UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. P. 439, 442.

что имущество полностью изымается из-под действия банкротных процедур должника и бронируется за кредитором, оставляя других кредиторов должника, безусловно имеющих интересы в этом имуществе, без рычагов влияния на данную ситуацию. Получается, что исходная цель находит на практике свое воплощение²⁷³.

В Руководстве указывается, что к любым сделкам, которые ведут к возникновению конструкций, функционально выполняющих задачи обеспечения, в банкротстве должны применяться одинаковые положения²⁷⁴. Такое регулирование полностью отвечает целям и задачам банкротного законодательства, а именно равноценному распределению активов и удовлетворению требований кредиторов должника, а также недопущению несправедливой конкуренции между ними.

Таким образом, как мы видим, международным трендом в решении вопроса о соотношении залога и титульного обеспечения является применение правил о залоге как традиционном обеспечении к сделкам, функционально используемым в качестве обеспечения.

²⁷³ Id. P. 438.

²⁷⁴ Id.

§2. РОССИЙСКИЙ ПОДХОД К РЕГУЛИРОВАНИЮ ТИТУЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Решение вопроса о титульном обеспечении в России на сегодняшний день складывается следующим образом.

Согласно п. 1 ст. 329 ГК РФ исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием вещи должника, поручительством, независимой гарантией, задатком, обеспечительным платежом и другими способами, предусмотренными законом или договором. Из данной нормы следует, что перечень обеспечительных конструкций неисчерпывающий, и стороны сами могут создать отличный от поименованных в законе способов способ обеспечений, самостоятельно определив свои права и обязанности.

Кроме того, в силу ст. 421 ГК РФ стороны свободны в заключении договоров. Они могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом. Также стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров. При этом условия договора определяются по усмотрению сторон.

Указанные положения закона развивают правила ст. 1 ГК РФ, устанавливающие, что гражданское законодательство основывается на признании свободы договора и недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, участники гражданского оборота приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе и свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора.

Таким образом, при буквальном прочтении закона *de lege lata* ничто не запрещает сторонам обеспечивать свои обязательства посредством передачи или удержания права собственности.

Тем не менее сложности начинаются тогда, когда в наше поле зрения попадает поименованный в законе способ обеспечения – залог. Согласно ст. 334 ГК РФ в силу залога кредитор по обеспеченному залогом обязательству имеет право в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит заложенное имущество. Залог, как и титульное обеспечение, является реальным обеспечением, и сходство этих двух конструкций неоспоримо.

При этом, как мы уже указывали в главе 2 настоящей работы, залог имеет ряд особенностей, закрепленных в законодательстве, которые защищают должника и его кредиторов в случае нарушения должником принятых на себя обязательств (п. 3 ст. 334 ГК РФ, ст. 350.1 ГК РФ, ст. 138 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» и др.). При использовании титульного обеспечения такой защиты у должника и его кредиторов нет, поскольку эти нормы на них не распространяет, за исключением случаев, если они сами включают в договор аналогичные положения.

Сходство залога и титульного обеспечения может породить следующие вопросы.

Согласно п. 3 ст. 1 ГК РФ и п. 3 ст. 307 ГК РФ при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Возможно, когда стороны устанавливали в соглашении титульное обеспечение обязательства, кредитор или обе стороны действовали недобросовестно, поскольку, в отличие от залога, в конструкции титульного обеспечения защитных норм для должника и его кредиторов нет. Однако согласно п. 5 ст. 10 ГК РФ добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются.

Данное сходство может также поднять вопрос, а не является ли титульное обеспечение обязательств обходом закона. Согласно ст. 10 ГК РФ не допускаются действия в обход закона с противоправной целью.

Запрет на обход закона означает запрет на использование формально не запрещенной в конкретных обстоятельствах правовой конструкции ради достижения цели, отрицательное отношение законодателя к которой следует из установления запрета на использование иной правовой конструкции, достигающей ту же цель. Это ситуация, когда закон формально запрещает какое-либо конкретное действие, но путем толкования данного запрета можно прийти к выводу, что закон запрещает не столько само это действие (или правовую форму, в которую оно облекается), сколько результат, к которому данное действие приводит. И если можно сделать такой вывод, то запрещенными этим законом должны считаться любые действия, приводящие к достижению того же самого результата, а не только действия, формально упомянутые в норме²⁷⁵.

Выделяются следующие признаки, раскрывающие содержание запрета на обход закона: (1) строгая императивность нормы права вне зависимости от особенностей юридической техники; (2) нормативное правило обеспечивает достижение публично значимого результата, которому отдается приоритет перед частными интересами; (3) результату придается правовое значение только в том случае, если он достигнут строго определенным образом, то есть посредством использования лишь той правовой конструкции, которая предусмотрена подразумеваемо строгой императивной нормой закона²⁷⁶.

В сделках, совершенных в обход закона, нет расхождения между волей и выраженным волеизъявлением и стороны стремятся к достижению того

²⁷⁵ Егоров А.В. Обход закона: использование дозволенной правом формы ради запрещенной правом цели // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 2 (4) // СПС «Консультант Плюс».

²⁷⁶ Сергеев А.П., Терещенко Т.А. Сделки в обход закона vs. притворные и мнимые сделки: отдельные вопросы квалификации // Арбитражные споры. 2015. № 2 // СПС «Консультант Плюс».

правового результата, на который направлена сделка. Поэтому основную трудность квалификации составляет обоснование противоречия содержания сделки подразумеваемой императивной норме закона, которая обеспечивает защиту публичного интереса²⁷⁷.

На вопрос, направлено ли использование обеспечительной передачи права собственности на обход специальных норм о залоге, в науке отсутствует однозначный ответ²⁷⁸.

Например, А.Г. Карапетов отвечает на него положительно. Распространение такой конструкции в обороте, по его мнению, есть признак неудовлетворенности кредиторов правовым режимом, который предоставляет залоговое право. Вариант обеспечительной передачи права собственности предоставляет кредитору больший объем прав и позволяет кредитору присвоить себе предмет обеспечения без соблюдения процедуры обращения взыскания и без необходимости возвращать разницу между текущей рыночной ценой на данный предмет и размером непогашенного долга. Кроме того, такая договорная конструкция значительно улучшает положение кредитора в случае банкротства должника, поскольку при банкротстве должника предмет обеспечительной передачи права собственности не входит в конкурсную массу должника. Тяжело представить какие-либо иные причины неиспользования классического института залога²⁷⁹.

Таким образом, стороны могли выбрать титульное обеспечение для того, чтобы обойти нормы закона о залоге. Последствием такого признания будет то, что суд откажет лицу в защите принадлежащего ему права полностью или частично.

²⁷⁷ Там же.

²⁷⁸ Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М., 2012 // СПС «Консультант Плюс».

²⁷⁹ Там же.

Руководствуясь этой же логикой, можно пойти дальше и признать данную сделку недействительной как нарушающую требования закона и при этом посягающую на права и охраняемые законом интересы третьих лиц (интересы кредиторов должника) на основании п. 2 ст. 168 ГК РФ.

Также приведем уже упоминавшийся состав недействительности – притворные сделки (п. 2 ст. 170 ГК РФ). Б.М. Гонгало полагает, что объясняет квалификацию обеспечительной передачи права собственности судами в качестве притворных традиционными представлениями о фидуции как разновидности залога. ГК РФ, содержащий большое число норм о залоге, фидуцию не предусматривает. Кроме того, очевидно, что соглашение о фидуции достигается для того, чтобы избежать обращения взыскания на имущество, которым обеспечивается исполнение обязательства²⁸⁰.

Притворные сделки относятся к сделкам с пороками воли, поскольку волеизъявление сторон, облеченное в надлежащую форму, расходится с их внутренней волей. Выделяются следующие отличительные признаки притворных сделок: (1) стремление сторон замаскировать путем совершения соответствующей сделки свои подлинные намерения; (2) несовершение сторонами тех действий, которые предусматриваются данной сделкой, то есть использование конструкции сделки вопреки ее назначению²⁸¹.

На основании изложенных характеристик притворных сделок можно сделать следующие выводы о разграничении притворных сделок и сделок, совершенных в обход закона: (1) сделки, совершенные в обход закона, направлены на достижение отраженного в них правового результата и отражают волю сторон, однако их содержание незаконно и нарушает не только императивную норму, но и публичный интерес. Формально сделка выглядит как законная, однако незаконна по своей сути; (2) притворные сделки, напротив, законны по своему содержанию, но не имеют основания ввиду того, что воля не соответствует закрепленному в сделке

²⁸⁰ Гонгало Б.М. Обеспечение исполнения обязательств. М., 1999. С. 147.

²⁸¹ Сергеев А.П., Терещенко Г.А. Указ. соч.

волеизъявлению, то есть нежелание сторонами того результата, на который сделка направлена²⁸².

В таком случае титульное обеспечение как сделка, которая совершена с целью прикрыть залог, ничтожна. В качестве последствия будет выступать применение правил относительно залога.

С точки зрения отдельных авторов, практика признания судом сделок обеспечительной купли-продажи притворными направлена на недопущение злоупотреблений, но не учитывает право сторон своей волей и в своих интересах определять любые не противоречащие законодательству условия договора. В условиях формального подхода к принципу свободы договора в России и существования многочисленных законодательных ограничений только закрепление в законе регулирования правоотношений в рамках обеспечительной купли-продажи может решить эту проблему²⁸³.

Кроме этого, не стоит забывать о таком составе недействительности как кабальные сделки (сделки на крайне невыгодных условиях, которую лицо было вынуждено совершить вследствие стечения тяжелых обстоятельств, чем другая сторона воспользовалась), упомянутые в ст. 179 ГК РФ. Легко представить себе ситуацию, когда должник согласился на титульное обеспечение, например, в отношении своей квартиры, в связи с тяжелым финансовым положением, в то время как на условиях залога кредитор отказывался предоставлять финансирование.

Для некоторых случаев нормы о договоре присоединения (договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом), закрепленные в ст. 428 ГК РФ, будут также актуальны. Согласно данной норме присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или

²⁸² Там же.

²⁸³ Улезко А. Обеспечительная купля-продажа: притворная сделка или способ обеспечения, не поименованный в законе? // Legal insight. 2013. № 5. С. 52-53.

изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора. Финансирующий субъект может предлагать заемщикам только вариант титульного обеспечения, закрепленный в его типовом договоре, что у заемщика не будет возможности настоять на выборе залоговой модели. Однако по прошествии определенного времени с момента заключения договора заемщик может предложить изменить договор, дополнив его правилами, аналогичными залоговому регулированию, поскольку имеющиеся в договоре правила о титульном обеспечении лишают эту сторону прав, обычно предоставляемых залоговой моделью, и содержит явно обременительные для заемщика условия.

Приведенные примеры показывают, что отсутствие запрета обеспечивать обязательства путем передачи или удержания права собственности иллюзорно. При той свободе, которая дается сторонам для выстраивания своих правоотношений, в российском праве имеется достаточное количество широких норм, с помощью которых можно будет эту свободу ограничить. При этом прогнозировать, какой сценарий выберет правоприменитель, довольно сложно²⁸⁴.

²⁸⁴ При этом анализ истории права является в данном вопросе недостаточным. Решение вопроса о допустимости или недопустимости обеспечительной передачи права собственности находится в крайне слабой причинно-следственной взаимосвязи с тем, признавалась ли данная конструкция в римском праве или нет. Исторический опыт крайне важен, но недостаточен при принятии государством конкретных регулятивных решений об ограничении или допущении тех или иных проявлений договорной свободы (см. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. М., 2012 // СПС «Консультант Плюс»).

Таким образом, можно прийти к выводу о том, что велики риски непризнания российским правом обеспечительной передачи права собственности *sui generis*.

Вместе с тем можно резюмировать совершенно иное отношение к разновидностям обеспечительной передачи права собственности, которые закреплены в законе (купля-продажа с оговоркой о сохранении права собственности за продавцом, аренда с правом выкупа, финансовая аренда, обеспечительная уступка права требования, РЕПО). Несмотря на те же недостатки, что и в обеспечительной передаче права собственности *sui generis* (отсутствие специальной процедуры взыскания на предмет обеспечения, в том числе в банкротстве), за которые последняя платит порой своей действительностью, в перечисленных конструкциях правоприменители не видят ничего запретного, и вопрос об их недействительности не стоит.

В российской цивилистической науке к институту титульного обеспечения относятся крайне настороженно и скептически. Категоричной позиции придерживается А.В. Егоров, обосновывая, что залоговая конструкция, не допускающая существенного разнообразия, но обеспечивающая достаточный баланс интересов сторон, лучше, нежели сложная и гибкая система, ориентированная на приоритет свободы договора, но грозящая массовыми ущемлениями прав должников²⁸⁵.

В каждой ситуации, когда кредитору в обеспечение своего денежного обязательства передается право собственности, могла бы быть использована залоговая конструкция. В связи с этим необходимо выбирать ту модель, где отражен наиболее удачный компромисс между интересами кредиторов и

²⁸⁵ Егоров А.В. Тезисы к дискуссии на тему: «Залог и обеспечительная передача собственности: допускать ли конкуренцию конструкций?». Режим доступа: URL: http://www.m-logos.ru/publications/kruglyi_stol_rshchp_zalog_i_obespechitel'naya_peredacha_sobstvennosti_dopuskat_li_konqrenciu_konstrukcy_20_oktyabrya_2011_g/. Напротив, Р.С. Бевзенко не видит никаких препятствий в наличии в обороте залоговой и титульной моделей обеспечения. См. Бевзенко Р.С. Титульное обеспечение и доктрина акцессорности // Об обеспечении обязательств: Сборник статей к юбилею С.В. Сарбаша. М., 2017. С. 55.

должников, который как раз найден в регулировании залога. В связи с этим лучше использовать уже испробованный на практике механизм залога, нежели наткнуться на пробелы и недоработки действующего законодательства о титульном обеспечении²⁸⁶.

Аналогичные соображения высказывает П.П. Згонников, указывая, что конструкция фидуциарного залога вообще не гарантирует интересы должника, но зато в полной мере гарантирует интересы кредитора²⁸⁷.

Таким образом, в отечественном гражданско-правовой науке широко отмечается возможность распространения залогового режима на создаваемые участниками гражданского оборота конструкции обеспечительной передачи права собственности.

В качестве законодательных предложений предлагается принять во внимание международные тренды и создать единое обеспечительное право на основе законодательства о залоге для конструкций, выполняющих функцию обеспечения при кредитовании²⁸⁸.

Вторым возможным вариантом является использование аналогии закона на основании п. 1 ст. 6 ГК РФ. Поскольку титульное обеспечение прямо не урегулировано российским законодательством, можно было бы применять нормы, регулирующие сходные отношения по аналогии закона, а именно нормы, регулирующие залог. Однако такой вариант предпочтителен для

²⁸⁶ См. Егоров А.В. Залог vs. обеспечительная передача права: нужна ли обороту конкуренция? / Актуальные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею Павла Владимировича Крашенинникова / Отв. ред. Б.М. Гонгало, В. Ем. М., 2014. С. 78-127; Бевзенко Р.С., Егоров А.В. Поправки о залоге. Новые возможности для маневра. М, 2015. С. 237-280.

²⁸⁷ Згонников П.П. Некоторые проблемы реализации вещных прав, обеспечивающих надлежащее исполнение обязательств // Юрист. 2016. N 5 // СПС «Консультант Плюс».

²⁸⁸ Евдокимова Е.А. Сверхстаршинство определенной категории залогодержателей: сравнительно-правовое исследование // Закон. 2015. N 7. С. 191 - 202. В литературе имеются сомнения насчет того, возможно ли применение единого обеспечительного подхода в континентальном праве: Tajti T. Could Continental Europe Adopt a Uniform Commercial Code Article 9 – Type Secured Transactions System? The Effects of the Differing Legal Platforms // Adelaide Law Review. 35. 2014.

титульного обеспечения *sui generis*, поскольку многие виды титульного обеспечения закреплены в законе и неурегулированными их вряд ли можно назвать.

При этом если предположить, что нареканий правоприменителей касательно действительности конструкции титульного обеспечения *sui generis* не будет, то возникает несколько вопросов касательно выбора способов защиты. Во-первых, возможна ситуация, когда должник исполнил основное обязательство, однако кредитор отказывается передать право собственности на предмет обеспечения. В таком случае должник вправе предъявить кредитору требование о передаче ему в собственность предмета обеспечения, ссылаясь на заключенное между кредитором и должником соглашение. Во-вторых, должник может столкнуться с ситуацией, когда кредитор неправомерно произвел отчуждение предмета обеспечения без должных на то оснований. Последствия таких действий будут аналогичны последствиям двойной продажи: на основании ст. 398 ГК РФ должник вправе потребовать от кредитора возмещения убытков.

Как мы увидели, 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.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Титульное обеспечение представляет собой правовую конструкцию, в рамках которой путем передачи права собственности кредитору или удержания им права собственности, обеспечивается исполнение обязанности должника по погашению долга. Можно выделить ряд сделок, которые подпадают под это понятие: продажа с оговоркой о сохранении права собственности, аренда с правом выкупа, финансовая аренда, обеспечительная уступка права требования, РЕПО и др.

Во всех перечисленных сделках «затушеван» обеспечительный элемент, фактически они представляют собой финансирование под передачу или удержание права собственности и могут быть заменены обеспеченным залогом займом. Форма сделки в данном случае служит лишь прикрытием для ее кредитной составляющей.

Отечественное законодательство не признает за такими сделками обеспечительного характера. Регулирование в отношении каждой сделки выбирается в зависимости от формы, в которую она облечена (купля-продажа или аренда). При этом данные правила отличаются друг от друга и не содержат ответа на множество возникающих практических вопросов.

Только после столкновения с рядом сложностей и пробелов, обусловленных непродуманностью этих обеспечительных механизмов, стало понятно, что соглашение между должником и кредитором, которому в обеспечительных целях предоставлено полноценное право собственности, бьет не только по интересам должника, но и по интересам его кредиторов. К такому результату преимущественно привело блокирование применения норм о залоге и отсутствие детального регулирования.

В иностранных правопорядках обсуждается вопрос, причислять ли титульное обеспечение к залоговому. Данный вопрос является основанием для многочисленных споров, поскольку положительный ответ означает

применение к титульному обеспечению требований, устанавливаемых законом для залога.

Поскольку в основе залога и сделок, связанных с удержанием и передачей права собственности, лежит ряд общих принципов, направленных на достижение одних и тех же экономических результатов, сокрытие истинного содержания под искусственной оболочкой не должно путать и сбивать с толку при правовом регулировании титульного обеспечения. В связи с этим защита участников договоров, опосредующих титульное обеспечение, а также третьих лиц может быть достигнута только за счет системного и обдуманного законодательного регулирования, учитывающие справедливые интересы сторон и третьих лиц. Такой подход был поддержан и стал основной идеей различных международных документов, в которых указывается, что содержание должно превалировать над формой.

Распространенным подходом к обеспечительным сделкам в мировом масштабе на данный момент является функциональный подход, который позволяет рассматривать формально различные сделки, выполняющие экономическую функцию реального обеспечения, независимо от их формы как обеспечительные механизмы.

Российское законодательство и судебная практика стоят на формалистских позициях на сегодняшний день, не всегда видя в отдельных сделках титульного обеспечения кредитную и обеспечительную составляющие. Проведение аналогий с детально урегулированным залогом могло бы снять возникающие проблемы.

БИБЛИОГРАФИЯ

Международные документы:

1. Decision of the United Nations Commission on International Trade Law and the resolution of the General Assembly (resolution 59/40 of 2 December 2004), the UNCITRAL Insolvency Guide, annex II. The UNCITRAL Insolvency Guide, annex III the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency and its Guide to Enactment. Режим доступа: URL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.
2. Model Inter-American Law on Secured Transactions. Режим доступа: URL: http://www.oas.org/dil/cidip-vi-securedtransactions_eng.htm.
3. Model Law on Secured Transactions. Режим доступа: URL: <http://www.ebrd.com/downloads/research/guides/secured.pdf>.
4. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Режим доступа: URL: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.
5. UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (2007). Режим доступа: URL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/Guide_securedtrans.htm

1.

Нормативные акты, законопроекты и заключения на законопроекты:

6. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 05.05.2014) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, N 32, ст. 3301.
7. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 N 14-ФЗ (ред. от 28.12.2013) // Собрание законодательства РФ, 29.01.1996, N 5, ст. 410.

8. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 N 117-ФЗ (ред. от 19.12.2016) // Собрание законодательства РФ, 07.08.2000, N 32, ст. 3340.

9. Проект Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части создания реестра уведомлений о сделках и обременениях в единой информационной системе нотариата». Режим доступа: URL: http://minfin.ru/common/upload/nra_projects/Zakonoprojekt_chistyuy.docx.

10. Проект Федерального закона «О лизинге» № 96700490-2. Режим доступа: URL: http://asozd2.duma.gov.ru/arhiv/a_dz_2.nsf/ByID/841F6F8E2E145A5943256EE9004E5B55?OpenDocument.

11. Федеральный закон от 22.04.1996 N 39-ФЗ (ред. от 28.12.2013) «О рынке ценных бумаг» // Собрание законодательства РФ, N 17, 22.04.1996, ст. 1918.

12. Федеральный закон от 16.07.1998 N 102-ФЗ (ред. от 23.06.2016) «Об ипотеке (залоге недвижимости)» // «Собрание законодательства РФ», 20.07.1998, N 29, ст. 3400.

13. Федеральный закон от 29.10.1998 N 164-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О финансовой аренде (лизинге)» // «Собрание законодательства РФ», 02.11.1998, N 44, ст. 5394.

14. Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 12.03.2014) «О несостоятельности (банкротстве)» // Собрание законодательства РФ, 28.10.2002, N 43, ст. 4190.

15. Федеральный закон от 03.07.2016 N 360-ФЗ (ред. от 30.11.2016) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ», 04.07.2016, N 27 (часть II), ст. 4293.

16. Экспертное заключение на проект Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части создания реестра уведомлений о сделках и обременениях в единой информационной системе нотариата». Режим доступа: URL: http://privlaw.ru/wp-content/uploads/2016/06/5_2_zakl_03_2016.docx.

Судебная практика:

17. Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 13, Пленума ВАС РФ № 14 от 08.10.1998 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами».

18. Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 17 «Об отдельных вопросах, связанных с договором выкупного лизинга».

19. Постановление Президиума ВАС РФ от 06.10.1998 № 6202/97.

20. Определение ВАС РФ от 04.02.2008 № 493/08 по делу № А13-2280/2007.

21. Постановление Президиума ВАС РФ от 14.10.2008 № 12886/07 по делу № А45-12751/06-4/244-9.

22. Определение ВАС РФ от 02.03.2010 № ВАС-1973/10 по делу № А56-39045/2008.

23. Определение ВАС РФ от 09.02.2012 № ВАС-324/12 по делу № А45-3786/2011.

24. Определение ВАС РФ от 29.03.2012 № ВАС-3144/12 по делу № А43-6831/2011.

25. Определение ВАС РФ от 14.06.2012 № ВАС-7390/12 по делу № А21-1483/2011.

26. Определение Верховного Суда РФ от 30.07.2013 № 18-КГ13-72.

27. Определение Верховного Суда РФ от 29.10.2013 № 5-КГ13-113.

28. Постановление ФАС Поволжского округа от 27.01.2011 по делу № А55-11902/2010.
29. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 04.02.2011 по делу № А43-11908/2010.
30. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 22.03.2012 по делу № А46-10354/2011.
31. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 05.05.2012 по делу № А43-12059/2011.
32. Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 09.02.2012 по делу № А43-21260/2011.
33. Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 31.07.2012 по делу № А43-9010/2012.
34. Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 06.08.2012 по делу № А27-4505/2012.
35. Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 13.12.2012 по делу № А31-6541/2010.
36. Апелляционное определение Вологодского областного суда от 15.02.2013 № 33-561/2013.
37. Апелляционное определение Челябинского областного суда от 27.09.2013 по делу № 11-9657/2013.
38. Постановление Президиума Тюменского областного суда от 14.11.2013 № 44-г-63/2013.
39. Апелляционное определение Верховного Суда Республики Алтай от 27.11.2013 по делу № 33-887.
40. Апелляционное определение Смоленского областного суда от 16.06.2015 по делу № 33-1839.
41. Апелляционное определение Верховного Суда Республики Башкортостан от 30.06.2015 по делу № 33-8399/2015.

42. Апелляционное определение Пермского краевого суда от 12.10.2015 по делу № 33-10398/2015.
43. Определение Московского городского суда от 28.10.2015 № 4г/3-8938/2015.
44. Определение Приморского краевого суда от 18.11.2015 по делу № 33-10561/2015.
45. Апелляционное определение Верховного Суда Республики Калмыкия от 17.03.2016 по делу № 33-27/2016.
46. Апелляционное определение Верховного Суда Удмуртской Республики от 30.03.2016 по делу № 33-1162/16.
47. Апелляционное определение Московского городского суда от 16.09.2016 по делу № 33-32119/2016.
48. Определение Приморского краевого суда от 19.09.2016 по делу № 33-9866/2016.
49. Апелляционное определение Челябинского областного суда от 30.09.2016 по делу № 11-14337/2016.
50. Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 25.10.2016 № 33-20711/2016 по делу № 2-26/2016.

Иностранные нормативные акты:

51. Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements. Режим доступа: URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32002L0047>.
52. Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions. Режим доступа: URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32011L0007>.
53. Companies Act 2006. Режим доступа: URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf;

54. Sale of Goods Act 1979. Режим доступа: URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/544>.

55. Financial Collateral Arrangements (No.2) Regulations 2003. Режим доступа: URL: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2003/3226/regulation/3/made>.

56. Law Commission Consultation Paper № 176, Company security interests: a consultative report (2004). Режим доступа: URL: http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/cp176_Company_Security_Interests_Consultative_Report.pdf.

57. Law Commission Consultation Paper № 164, Registration of Security Interests: Company Charges and Property Other than Land - A Summary of the Consultation Paper (2002). Режим доступа: URL: http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/cp164_Company_Security_Interests_Consultation.pdf.

58. Uniform Commercial Code. Режим доступа: URL: <http://www.law.cornell.edu/ucc>.

Иностранная судебная практика:

59. Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Ltd [1976] 1 WLR 676.

60. Armour v Thyssen Edelstahlwerke AG [1990] 3 AZR 481.

61. Associated Alloys Pty Ltd v Metropolitan Engineering and Fabrications Pty Ltd [2000] HCA 25.

62. Beconwood Securities Pty Ltd v Australia and New Zealand Banking Group Limited [2008] FCA 594.

63. Borden (UK) Ltd v Scottish Timber Products Ltd [1981] Ch 25, CA.

64. Clough Mill Ltd v Martin [1985] 1 WLR 111.

65. Compaq Computer Ltd v Abercorn Group Ltd [1991] BCC 484.

66. Lee v Butler [1893] 2 QB 318.

67. McEntire v Crossley Bros [1895] AC 457.

68. Olympic Airlines SA v ACG Acquisition XX LLC [2013] EWCA Civ 369.
69. Pfeiffer Weinkellerei-Weineinkauf GmbH & Co v Arbutnot Factors Ltd [1988] 1 WLR 150.
70. Re Bond Worth Ltd [1980] Ch 228.
71. Re Robertson (1878) 9 Ch D 419.
72. Sandhu (t/a Isher Fashions UK) v Jet Star Retail Ltd & Ors [2011] EWCA Civ 459.
73. Tatung (UK) Ltd v Galex Telesure Ltd [1988] 5 BCC 325.

Монографии, учебники и учебные пособия на русском языке:

74. Абашеева Е.Н. Римское право на страже интересов финансового рынка, или *fiducia* как надежная гавань для плавающих маржевых сумм // Об обеспечении обязательств: Сборник статей к юбилею С.В. Сарбаша. М., 2017.
75. Абрамова Е.Н., Аверченко Н.Н., Арсланов К. М. Комментарии к Гражданскому Кодексу Российской Федерации. Часть вторая: учебно-практический комментарий / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2010.
76. Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. III: Права обязательственные. СПб., 1901.
77. Батуева А.Д. Система реестра обеспечительных прав // Проблемы регистрации прав, фиксации и удостоверения юридических фактов гражданского права: сборник статей / А.Д. Батуева, Ю.В. Виниченко, С.А. Громов и др.; отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2013.
78. Бевзенко Р.С., Егоров А.В. Поправки о залоге. Новые возможности для маневра. М., 2015.
79. Бевзенко Р.С. Титульное обеспечение и доктрина акцессорности // Об обеспечении обязательств: Сборник статей к юбилею С.В. Сарбаша. М., 2017.

80. Беляева О.А. Правовые проблемы аукционов и конкурсов. М., 2011.
81. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2001.
82. Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963.
83. Вебер Х. Обеспечение обязательств. М., 2009.
84. Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1. СПб, 1911.
85. Гонгало Б. М. Обеспечение исполнения обязательств. М., 1999.
86. Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М., 2004.
87. Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть / Под ред. Е.А. Суханова. М., 2008.
88. Гражданское право: учебник в 3 т. Т. 2 / Под ред. С.А. Степанова. М., 2011.
89. Гражданское право: Учебник / О.В. Гутников, А.С. Гутникова, С.Д. Радченко и др.; под ред. О.Н. Садикова. Т. 1. М., 2006.
90. Грачев В. В. Передача проданной вещи с оговоркой о сохранении права собственности за продавцом //Сборник научных статей в честь 60-летия Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2011.
91. Дыдынский Ф.М. Институты Гая (текст и перевод). Варшава, 1892.
92. Дедиков С.В. Научно-практический комментарий к главе 48 «Страхование» ГК РФ // Законное регулирование страхового бизнеса. Документы и комментарии. № 3, 4, III, IV квартал 2007.
93. Дернбург Г. Пандекты. Общая часть. Т. 1. М., 1906.
94. Дернбург Г. Пандекты. Т. 2. Вещное право. СПб, 1905.
95. Дождев Д.В. Римское частное право. М., 2006.

96. Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895.
97. Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2: Учение о вещах. Учение о юридической сделке. М., 2004.
98. Егорова М.А. Односторонний отказ от исполнения гражданско-правового договора. М., 2010.
99. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. М., 2012.
100. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М., 2012.
101. Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. М., 1999.
102. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2005.
103. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный). 2-е издание / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2016.
104. Коммерческое (предпринимательское) право: учеб.; в 2 т. Т. 2 / Под ред. В.Ф. Попондопуло. М., 2009.
105. Крашенинников Е.А. Общая характеристика предоставлений / Очерки по торговому праву. Вып. 13. Ярославль, 2001.
106. Крашенинников Е.А. Правовое положение сторон отлагательно обусловленной сделки во время состояния подвешенности // Очерки по торговому праву. Вып. 12. Ярославль, 2005.
107. Ланина О.В. Оговорка о сохранении права собственности в договорных обязательствах. М., 2014.
108. Мейер Д.И. Русское гражданское право. Петроград, 1914.

109. Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М., 2013.
110. Муромцев С.А. Гражданское право древнего Рима. М., 1883.
111. Новоселова Л.А. О соотношении обязательства гаранта и обеспечиваемого обязательства // Основные проблемы частного права. Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского / отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М., 2010.
112. Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2003.
113. Останина Е.А. Зависимость правовых последствий сделки от отлагательного и отменительного условий: научно-практическое пособие. М., 2010.
114. Павлодский Е.А. Договоры организаций и граждан с банками. М., 2000.
115. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. М., 2002.
116. Покровский И.А. История римского права. М., 2004.
117. Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: избранные постановления за 2008 год с комментариями / Под ред. А.А. Иванова. М., 2012.
118. Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М., 2008.
119. Сарбаш С.В. Основные черты обеспечительной уступки денежного требования в гражданском праве России // Гражданское право современной России / Сост. О.М. Козырь и А.Л. Маковский. М., 2008.
120. Сарбаш С.В. Удержание правового титула кредитором. М., 2007.
121. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М., 2010.

122. Советское гражданское право: Учеб. Т. I / Под ред. В.П. Грибанова и С.М. Корнеева. М., 1979.

123. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 2. М., 2003.

Научные статьи и диссертации на русском языке:

124. Аверченко Н.Н. Правовая природа сделок РЕПО и льготный характер их налогообложения // Закон. 2008. № 3.

125. Адамович Г. О некоторых способах обеспечения кредитных обязательств // Хозяйство и право. 1996. № 9.

126. Алферова Ю.Н. Оговорка о сохранении права собственности за продавцом. Дис. ... канд. юрид. наук. СПб, 2015.

127. Алферова Ю.Н. Понятие оговорки о сохранении права собственности // Вестник гражданского права. 2014. № 3.

128. Алферова Ю.Н. Согласование оговорки о сохранении права собственности // Вестник гражданского права. 2015. № 5.

129. Васильченко А.П. Цессия для целей взыскания // Вестник гражданского права. 2008. № 2.

130. Галкова Е.В. Обеспечительная передача титула по германскому праву // Закон. 2016. № 11.

131. Гримм Д.Д. Проблема вещных и личных прав в древнеримском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 3.

132. Громов С.А. Коренной поворот в практике применения законодательства о лизинговой деятельности // Вестник ВАС РФ. 2011. № 11, № 12.

133. Громов С.А. Обеспечительная функция права собственности лизингодателя на предмет лизинга // Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве: Сборник статей. М., 2010.

134. Дождев Д.В. Комиссорная оговорка при залоге: проблема совместимости правовых конструкций // Частное право и финансовый рынок:

сборник статей / Л.С. Балеевских, М.Л. Башкатов, В.А. Белов и др.; отв. ред. М.Л. Башкатов. Вып. 2. М., 2014.

135. Евдокимова Е.А. Залог против обеспечительной передачи права собственности // Вестник Федерального арбитражного суда Московского округа. 2013. № 3.

136. Евдокимова Е.А. Сверхстаршинство определенной категории залогодержателей: сравнительно-правовое исследование // Закон. 2015. № 7.

137. Егоров А.В. Залог vs. обеспечительная передача права: нужна ли обороту конкуренция? // Актуальные проблемы частного права: сборник статей к юбилею Павла Владимировича Крашенинникова: Москва - Екатеринбург, 21 июня 2014 г. / В.В. Витрянский, С.Ю. Головина, Б.М. Гонгало и др.; отв. ред. Б.М. Гонгало, В.С. Ем. М., 2014.

138. Егоров А.В. Конкуренция залогодержателя и иных кредиторов по российскому и германскому праву // Вестник ВАС РФ. 2011. № 5.

139. Егоров А.В. Лизинг: аренда или финансирование? // Вестник ВАС РФ. 2012. № 3.

140. Егоров А.В. Обход закона: использование дозволенной правом формы ради запрещенной правом цели // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 2 (4).

141. Егоров А.В. Тезисы к дискуссии на тему: «Залог и обеспечительная передача собственности: допускать ли конкуренцию конструкций?». Режим доступа: URL: http://www.m-logos.ru/publications/kruglyi_stol_rshchp_zalog_i_obespechitel'naya_peredacha_s_obstvennosti_dopuskat_li_konqrenciu_konstrukcy_20_oktyabrya_2011_g/.

142. Елисеев В.С. Способы обеспечения исполнения обязательств и государственное регулирование сельского хозяйства: межотраслевой аспект (в сравнительном анализе законодательства России, Беларуси и Украины) // Гражданское право. 2010. № 4.

143. Згонников П.П. Некоторые проблемы реализации вещных прав, обеспечивающих надлежащее исполнение обязательств // Юрист. 2016. № 5.
144. Зикун И.И. Конструкция титульного обеспечения в гражданском праве: основные проблемы // Вестник гражданского права. 2016. № 2.
145. Зикун И.И. Концепция глобального обеспечения в гражданском праве зарубежных стран // Опыты цивилистического исследования: Сборник статей / Д.В. Гудков, И.И. Зикун, А.А. Зябликов и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М., 2016.
146. Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Прекращение полномочия // Вестник ВАС РФ. 2012. № 11.
147. Крашенинников Е. А. Фактический состав сделки // Очерки по торговому праву. Ярославль, 2004. Вып. 11.
148. Ланина О.В. Обеспечительная функция оговорки об удержании правового титула кредитором: опыт ведущих правовых порядков современности // Вестник гражданского права. 2011. № 6.
149. Павлодский Е.А. РЕПО - гражданско-правовой договор // Журнал российского права. 2008. № 3.
150. Рассказова Н.Ю. Независимая ипотека в проекте изменений ГК РФ // Закон. 2013. № 3.
151. Рассказова Н.Ю. Регулирование обеспечительных отношений, возникающих при обременении правами кредитора движимого имущества: европейский опыт // Вестник ВАС РФ. 2011. № 11.
152. Ровный В.В. Заметки о фидуциарном договоре. Безусловность *fiducia* // Сибирский юридический вестник. 2015. № 4.
153. Рыбалов А.О. *Lex commissoria* в современном праве // Вестник ВАС РФ. 2013. № 3.
154. Рыбалов А.О. Присвоение предмета залога залогодержателем в современном российском праве // Закон. 2013. № 3.

155. Сарбаш С.В. Некоторые проблемы обеспечения исполнения обязательств // Вестник ВАС РФ. 2007. № 7.
156. Сарбаш С.В. Обеспечительная передача правового титула // Вестник гражданского права. 2008. № 1.
157. Сергеев А.П., Терещенко Т.А. Сделки в обход закона vs. притворные и мнимые сделки: отдельные вопросы квалификации // Арбитражные споры. 2015. № 2.
158. Синицын С.А. Обеспечительная собственность, или институт залогового приобретения по гражданскому праву Эстонии // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 4. Том 1.
159. Скловский К. О праве на отчуждение имущества без передачи владения // Хозяйство и право. 2003. № 8.
160. Тепкина А.В. Защита прав лизингодателя при обеспечительном лизинге. Дис. ... канд. юрид. наук. Элиста, 2015.
161. Теплов Н.В. Лизинг сквозь призму статьи 670 ГК РФ // Закон. 2012. № 7.
162. Хаметов Р., Миронова О. Обеспечение исполнения обязательств: договорные способы // Российская юстиция. 1996. № 5.
163. Хлюстов П.В. Договор репо в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013.
164. Хлюстов П.В. Договор репо: проблема формирования конкурсной массы. Закон. 2013. № 3.
165. Улезко А. Обеспечительная купля-продажа: притворная сделка или способ обеспечения, не поименованный в законе? // Legal iN@sight. 2013. № 5.

Научная и учебная литература на иностранных языках:

166. Akkermans B. *Property Law* // Hage J., Akkermans B. *Introduction to Law*, Springer, 2014.
167. Akseli O. *International Secured Transactions Law: Facilitation of Credit and International Conventions and Instruments*. Routledge. 2011.
168. Baird D.G. *Security Interests Reconsidered*. *Virginia Law Review*. Vol. 80:2249. 1994.
169. Beale H., Bridge M., Gullifer L., Lomnicka E. *The Law of Security and Title-Based Financing*, Oxford University Press, 2012.
170. Bridge M.G., Macdonald R.A., Simmonds R.L., Walsh C. *Formalism, functionalism and understanding the law of secured transactions* // *McGill Law Journal*. Volume 44. 1999.
171. Buckland W.W. *A Manual of Roman Private Law*. Cambridge University Press, 2012.
172. Buckland W.W., McNair A.D. *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*. CUP Archive. 1965.
173. Chorus J. M. J., Gerver P. H. M., Hondius E. H. *Introduction to Dutch Law*, Kluwer Law International, 2006.
174. Coing H. *Europäisches Privatrecht II. 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privat -rechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*. München, 1989.
175. Cuming R.C.C. *Internationalizing secured financing law* // Goode R.M., Cranston R. *Making Commercial Law: Essays in Honour of Roy Goode*. Clarendon Press, 1997.
176. Dalhuisen J.H. *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law Volume 3: Financial Products, Financial Services and Financial Regulation*. Bloomsbury Publishing, 2016.
177. Davies W. *Romalpa thirty years on – still an enigma?* *Hertfordshire Law Journal* 4(2), 2-23.

178. Dubovec M. UCC Article 9 Registration System for Latin America. *Arizona Journal of International and Comparative Law*. Vol. 28. № 1. 2011.
179. Faber W. National report on the transfer of movables in Austria. Walter de Gruyter, 2008.
180. Factoring and invoice discounting. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/0-201-5981>.
181. Finch V. *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*. Cambridge University Press, 2002.
182. Fleisig H.W. *Reforming Collateral Laws to Expand Access to Finance*. World Bank Publications. 2006.
183. Furnish D.B. *The OAS Model Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis*. Режим доступа: URL: <http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20157943/Kozolchuk-Furnish%20-%20OAS%20-%20FINAL.pdf>.
184. Garro A.M. The Creation of a Security Right and its Extension to Acquisition Financing Devices. *Unif. L. Rev.* 2010.
185. Glezl P. Pledge over movable items and rights, Security by transfer of ownership in Germany and Slovakia – comparative analysis. Режим доступа: URL: www.gbv.de/dms/buls/734905238.pdf.
186. Goebel R.J. Reconstructing the Roman Law of Real Security, (1961-2) 36 *Tul LR* 29.
187. Goode R. M. *Legal Problems of Credit and Security* Third Edition, London: Sweet & Maxwell, 2003.
188. Gullifer L. *Goode on Legal Problems of Credit and Security*. Forth Edition, London: Sweet & Maxwell, 2008.
189. Gullifer L., Payne J., *Corporate Finance Law: Principles and Policy*. Bloomsbury Publishing, 2015.
190. Harding P.C., Johnson C.A. *Mastering Collateral Management and Documentation: A Practical Guide for Negotiators*. Pearson Education, 2002.

191. Kaplan A. Partial Satisfaction Under the UCC. Vol. 61.1992.
192. Kettering K.C. Harmonizing Choice of Law in Article 9 with Emerging International Norms. *Gonzaga Law Review*. Vol. 46:2. 2010.
193. Kieninger E.-M. Security Rights in Movable Property in European Private Law. Cambridge, 2004.
194. Kohler J. Property Law // Zekoll J. Introduction to German Law. Kluwer Law International, 2005.
195. Lawrence H.W., Henning W.H., Freyermuth R.W. Understanding Secured Transactions. LexisNexis. 2012.
196. Leasing as a financing technique: overview / Practical Law Finance // Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/1-202-1444>.
197. Liddle G. Vendor financing // Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/6-101-71054>.
198. Mangachev I.P. Fiducia cum creditore contracta in EU law. Режим доступа: URL: <http://eprints.nbu.bg/321/1/SSRN-id1474199-1.pdf>.
199. McCormack G. American Private Law Writ Large? // The UNCITRAL Secured Transactions Guide, *International and Comparative Law Quarterly*, 60. 2011.
200. McCormack G. Pressured by the paradigm. The Law Commission and company security interests // *Personal Property Security Law Reform in the UK: Comparative Perspectives* ed. by John de Lacy. P. 89.
201. McCormack G. Secured Credit and the Harmonisation of Law: The Uncitral Experience. Edward Elgar Publishing. 2011.
202. McCormack G. Secured Credit Under English and American Law. Cambridge University Press, 2004.
203. McCracken S. Personal Property Securities Legislation: Analyzing the New Lexicon. *Adelaide Law Review*. 35. 2014.
204. Milo J.M. Country Report: The Netherlands // 18 *Colum. J. Eur. L.* Online 67 // Режим доступа: URL:

<https://advance.lexis.com/api/permalink/519c7607-60e8-4a57-9df8-9ad3bc359406/?context=1000516>.

205. Mousourakis G. *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer Science & Business Media, 2012.

206. Murzea C. *Real Contracts in Roman Law*. Режим доступа: URL: http://www.ugb.ro/Juridica/Issue2EN/7_Contractele_reale.Murzea.EN.pdf.

207. Olekhov I. *Security Interests in Personal Property: the Perspectives of Harmonisation*. Режим доступа: URL: http://www.iuscommune.eu/html/prize/pdf/2002_Olekhov%20.pdf.

208. Quasi-security: overview. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/0-520-7302>.

209. Rahmatian A. *Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law*. Режим доступа: URL: www.iuscomp.org/gla/literature/rahmatian.htm.

210. Raymond A.H. *Cross-Border Secured Transactions: Ongoing Issues and Possible Solution* // *Elon Law Review*. Vol. 2:87. 2011.

211. Regelsberger R. *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, AcP 63. 1880.

212. Retention of title. Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/3-107-4003>.

213. Röver J.-H. *The EBRD's Model Law on Secured Transactions and its Implications for an UNCITRAL Model Law on Secured Transactions*. *Unif. Law Rev.* 2010. 15 (2).

214. Sami S., Chowdhury H. *Funding and Security* // Empel M. *Financial Services in Europe: An Introductory Overview*. Kluwer Law International, 2008.

215. Sandor I. *Overview of the Legal Models of Trust Management in Private Law*. Режим доступа: URL: http://www.kre.hu/portal/doc/sic/2008/sic3_015_sandor.pdf.

216. Sarbash S.V. Transfer of Ownership for the Purpose of Security: What Is Its Place in Russian Law, 24 Rev. Cent. & E. Eur. L. 279 (1998).
217. Sigman H.C., Kieninger E.-M. Cross-border Security Over Tangibles. Sellier european law publishers. 2007.
218. Stanesku C.G. Self-Help, Private Debt Collection and the Concomitant Risks: A Comparative Law Analysis. Springer. 2015.
219. Stec P. Fiducia in an Emerging Economy // Modern Studies in Property Law: Volume 2 (Hart Publishing, Oxford 2003).
220. Stock lending / Practical Law Finance // Режим доступа: URL: <http://uk.practicallaw.com/2-201-9445>.
221. Tajti T. Could Continental Europe Adopt a Uniform Commercial Code Article 9 – Type Secured Transactions System? The Effects of the Differing Legal Platforms // Adelaide Law Review. 35. 2014.
222. Tajti T. Testing the Equivalence of the New Comprehensive Australian Personal Property Securities Act, Its Segmented European Equivalent and the Draft Common Frame of References. Bond Law Review. 24.1. 2012.
223. Tan C.H. Quasi-Security Interests in Loan Agreements: An Overview. Singapore Academy of Law Journal, Vol. 5. 1993.
224. Tracht M.E. Leasehold Recharacterization in Bankruptcy: A Review and Critique. Режим доступа: URL: <http://www.nyls.edu/faculty/wp-content/uploads/sites/148/2013/09/Tracht-Leasehold-Recharacterization-in-Bankruptcy.pdf>.
225. Tuhr A. Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. Tubingen, 1924. Halfte. 1.
226. Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Munchen und Leipzig, 1918. Bd. 2. Halfte 2.
227. Turner R.W. The Equity of Redemption, Cambridge University Press, 2013.

228. Veneziano A. Attachment / Creation of a Security Interest // Eidenmüller H., Kieninger E.-M. The Future of Secured Credit in Europe. Walter de Gruyter. 2008.

229. Veneziano A. The Role of Party Autonomy in the Enforcement of Secured Creditor's Rights: International Developments. Penn State Journal of Law & International Affairs. Vol. 4. № 1. 2015.

230. Verhagen H.L.E. Ownership-based fund management in the Netherlands // Hayton D. Extending the Boundaries of Trust and Similar Ring-Fenced Funds, Kluwer Law International, 2002.

231. Vliet L.P.W., Erp J.H.M. Real and personal security, Dutch National Report on «Present and Future of Real and Personal Security», Netherlands Reports to the XVI International Congress of Comparative Law. Brisbane/Antwerpen. 2002.

232. Wigmore J.H. The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas // Harvard Law Review. Vol. 11, No. 1 (Apr. 25, 1897).

233. Wood Ph. R. Comparative law of security interests and title finance, Volume 2, Sweet & Maxwell, 2007.

234. Wood R.J. The Concept of a Security Interest: The Canadian Experience. Режим доступа: URL: <http://bfsla.org/wp-content/uploads/papers/2011/Concept%20of%20a%20Security%20Interest,%20The%20-%20The%20Canadian%20Experience%20-%20Wood.pdf>.

235. Zwilve W.J. A labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods // Kieninger E.-M. Security Rights in Movable Property in European Law. Cambridge. 2004.