**Тезисы вводного доклада на круглом столе «Лизинговая операция: как распутать клубок противоречий» (02 февраля 2012г.)**

**Докладчик - А.В. Егоров, к.ю.н., руководитель Аппарата – администратор ВАС РФ**

*«Любая сторона несёт риск, корреспондирующий её интересу»*

К.-В. Канарис

1. Две теории лизинга: арендная и кредитная.

1.1. Арендная теория.

Данная теория господствует в российском праве, прежде всего, на уровне ГК. Она хорошо всем известна (как правило, - и только она), поэтому не требует подробного описания. Лизинг представляет собой немного не типичный договор, в основе своей арендный, но с добавлением элементов купли-продажи ввиду наличия права выкупа в подавляющем большинстве случаев.

Данная теория представляет собой попытку поместить лизинг в рамки, не отвечающие его внутренней природе. Арендный платёж зависит от времени пользования вещью, а лизинговый платёж зависит от издержек (зависимость от времени имеется только в части процентов за пользование деньгами). Механизм расчёта лизинговых платежей принципиально иной, чем арендных. В арендных платежах имеет значение среднерыночная ставка оплаты за пользование аналогичной вещью, в лизинге размер платежа определяется иначе. Берётся сумма, которую вкладывает лизингодатель, определяется срок её возврата (т.е. срок пользования кредитом), устанавливается процентная ставка, заранее высчитывается совокупный размер процентов за расчётное время пользования кредитом, прибавляется вознаграждение лизингодателя. Полученная сумма делится на число периодических выплат. При этом нередко по аналогии с аннуитетными платежами в кредитном секторе в составе первых лизинговых платежей содержится больше процентов за пользование, чем возвращаемого основного долга.

Это означает следующее. Если продлевается договор аренды, то размер выплат арендатора увеличивается. Если же увеличивается время лизинга, то размер каждой лизинговой выплаты должен снизиться.

Второй аспект – непонятно, почему лизинг это финансовая аренда. Обычно говорят о закупке товара для передачи в лизинг, которая выглядит как особенность именно лизинга. В этом вроде бы и заключается финансирование. Но это не точно.

Теоретически нет препятствий для того, чтобы и любой арендодатель закупал товар, который он намерен передать в аренду, в т.ч. после достижения предварительных договорённостей с арендатором. В общем-то главная задача арендодателя – обзавестись предметом аренды. Для этого не требовалось выдумывать конструкцию лизинга. И поэтому по ГК внимание читателя отвлекается на второстепенные вопросы, такие как хитрая схема покупки товара, когда покупает один, а права по сделке может реализовать другой. Более того, нельзя забывать, что приобретение товара у третьего лица по природе своей не является необходимым признаком договора лизинга (хотя именно так дело обстоит согласно ГК РФ). Возможен т.н. возвратный лизинг (товар приобретается у будущего лизингополучателя и передаётся ему обратно в лизинг).

Наконец, лизинг принципиально отличается от аренды с точки зрения распределения рисков: а) риск последующей гибели или ухудшения предмета лизинга (этот вопрос решается чётко иначе, чем в аренде, где арендодатель обязан гарантировать состояние вещи, пригодное для её использования); б) обязанность отвечать за нарушения, допущенные продавцом товара возлагается на того, кто его выбирает (как правило, это лизингополучатель – арендатор).

1.2. Квалификация как смешанного договора, сочетающего в себе черты кредита и ведения чужого дела (кредитная теория).

Лизинговая операция в том её экономическом содержании, которые было описано выше, очень похожа на посреднические договоры, в которых имеет значение возмещение расходов, – договоры поручения, комиссии и агентирования. Но прежде всего на договор комиссии. Комиссионер (лизингодатель) закупает по заданию комитента (лизингополучателя) товар, необходимый последнему, но дополнительно кредитует его в части возмещения издержек на закупку товара. По общему правилу эти издержки должны были бы возмещаться немедленно, но комиссионер позволяет их возмещать ему со значительной рассрочкой, разумеется, начисляя, на сумму кредита проценты. На этих процентах он, прежде всего, и зарабатывает (комиссионное вознаграждение играет вторичную роль).

Будет закупочная цена ниже – тому повезёт, будет выше – наоборот.

При таком понимании становится понятно, почему, собственно, лизингополучатель должен что-то заплатить при досрочном расторжении договора (и при этом прекращается начисление только процентов на будущее время). Из этого же объяснимы и те выводы, что лизингодатель как распорядитель чужого дела не принимает на себя каких-либо рисков (гибели вещи и т.п.).

Все эти характеристики, которые с позиций аренды выглядят странными отступлениями, если не глупостями, складываются на основе концепции ведения чужого дела в согласованное целое.

1.3. Выводы.

Налицо противоречие формы (аренда) и содержания (кредитование, осложнённое элементами ведения чужого дела). В этом противоречии скрывается первопричина всех расхождений в судебной практике. Без перехода на полноценную кредитную схему лизинговой операции с одновременными существенными корректировками ГК РФ эти противоречия, по-видимому, снять не удастся.

Судебная практика ранее стояла на чисто арендной теории, но в новейшей практике Президиума ВАС РФ можно усматривать зарождение первых признаков перехода на кредитную теорию (постановления от 18.05.2010 г. № 1729/10, от 12.07.2011 №17389/10). Основные вопросы – как долго этот переход продлится, и состоится ли он в принципе.

Однако последовательное применение арендной теории приводит к тому, что нарушаются интересы, прежде всего, лизингодателей. Например, лизингодатель участвует в покупке объекта своими ресурсами на 80% (800 тыс.), а лизингополучатель на 20% (200 тыс.). Потом лизингополучатель прекращает платить, договор расторгается, лизингополучатель (как собственник) забирает себе объект, но он никому не нужен, кроме лизингополучателя (находится где-нибудь в тайге, так, что разобрать его, вывезти и продать совершенно не рентабельно). Его готов кто-то купить не дороже, чем за 500 тыс. Налицо прямые потери лизингодателя на 300 тыс. (не говоря уже о неполученной прибыли), виновата в которых будет исключительно арендная теория лизинга (раз предмет возвращён, значит, нет больше пользования, значит, лизингополучатель не обязан более вносить никаких платежей).

Необходимо двигаться к тому, чтобы рассматривать лизинг как одну из форм кредитования, при которой кредитор не выдаёт заёмщику деньги, на которые тот сам купит конкретную вещь и передаст её в залог кредитору, а вкладывает эти деньги сам в указанную вещь и передаёт их заёмщику вместе с ней (как бы внутри её). Выглядит это всё как передача вещи, хотя реально это передача сокрытых в вещи денег.

Это поможет применять большинство наработок, придуманных в кредитной (прежде всего, в банковской) сфере. Собственно, почему крупнейшие лизинговые компании это дочки крупных банков (Сбербанка, ВТБ и проч.)?

При этом целесообразно рассмотреть опыт Германии, в которой основополагающим признаком договора лизинга назван принцип амортизации. Конечно, и «нормальный» арендодатель, продавец и т.п. стремится к полной амортизации своей закупочной цены и сопутствующих расходов, но исключительно его внутренняя проблема - получится ли у него это и каким образом; в договоре лизинга, напротив, обоюдная воля сторон направлена именно на полную амортизацию, так что последняя поднимается от обычного расчётного фактора на уровень содержания договора.

При рассмотрении данного вопроса может представлять интерес позиция Президиума ВАС РФ из постановления от 5.07.2011 г. № 2346/11.

2. Насколько честной является конструкция лизинга?

2.1. Однако самое сложное в лизинге не только отмеченное выше противоречие между формой и содержанием, но и второе противоречие – между обеспечительным интересом лизингодателя и объёмом предоставляемых ему прав. В каком-то смысле он получает сверхобеспечение (право собственности на предмет лизинга) там, где он мог бы довольствоваться залогом. В этом плане можно адресовать к обсуждению фидуциарной передачи собственности, проходившему на аналогичном круглом столе в 2011 г. (<http://www.privlaw.ru/rshchp.php>).

Самое лучшее доказательство - возвратный лизинг, в котором нет ничего иного, кроме как кредитование под обеспечительную передачу собственности.

Поэтому позиция германской доктрины о том, что собственность лизингодателя не является разновидностью обеспечительной собственности, вызывает серьёзные сомнения. Думается, в России требуется занимать прямо противоположный подход.

Экономический смысл лизинговой конструкции для лизингополучателя понятен, он изначально не платит полную цену, а платит по мере того, как зарабатывает. В общем-то, этой цели можно было достигнуть, взяв обычный кредит, однако перед последним лизинг имеет то преимущество, что финансирование составляет до 100% стоимости предмета лизинга (так происходит в Германии, а в России обыкновенно лизингополучатель платит авансовый платёж в размере, сопоставимом с тем, сколько собственных средств вкладывает в покупку вещи, приобретаемой по целевому кредиту, заёмщик, - от 20 до 30 %). Кроме того при лизинге преследуются балансовые и налоговые цели.

Нередко в Германии предмет лизинга в конце действия договора имеет значительную остаточную стоимость, при реализации которой лизингодателю тоже кое-что достаётся. Но о судьбе предмета лизинга по окончании договора встречаются самые разные формулировки, содержание которых сильно зависит от подзаконных актов министерства финансов ФРГ; в большинстве случаев лизингополучатель приобретает либо опцион на продление договора на выгодных условиях или притязание на существенную часть выручки от реализации предмета лизинга.

Таким образом, в Германии лизинг выгоден участникам оборота, прежде всего, своими экономическими (налоговыми) преимуществами, плюс к этому они, как могут, смягчают противоречие, складывающееся вследствие сверхобеспечения лизингодателя. В России ни о каких смягчениях сейчас речь не идёт, поэтому некоторые экономические преимущества лизинга завлекают предпринимателей, рассчитывающих на нормальное развитие событий. Но потом при ненормальном развитии событий они (прежде всего, лизингополучатели) сталкиваются с тем перекосом баланса интересов сторон в пользу лизингодателя, который мы условно называем сверхобеспечением.

2.2. Выводы

Имея в виду родство экономической природы лизинга и кредитования, целесообразно стремиться к тому, чтобы распределение рисков в лизинге было таким же, как в кредитовании. Иными словами, лизингодатель должен по сути иметь залоговое право, а не право собственности на предмет лизинга.

Это будет означать, что лизингодатель не вправе сам распоряжаться предметом лизинга (в т.ч. передавать его в залог). Обеспечение лизингодателя должно быть акцессорным, т.е. с полным исполнением обеспеченного обязательства по внесению лизинговых платежей лизингодатель должен получать собственность автоматически (по сути должно прекращаться залоговое обременение), без какой-либо дополнительной сделки со своей стороны, для которой могут быть препятствия, в том числе банкротство лизингодателя. Наконец, при банкротстве лизингополучателя лизинговое имущество должно включаться в его конкурсную массу, а лизингодатель должен иметь статус залогового кредитора.

Поскольку пока ничего из вышесказанного не реализуется на практике, постольку, строго говоря, если лизингодатели страдают от того, что господствует арендная теория, то лизингополучатели страдают от того, что никто не умеет нормально обращаться с нетворчески воспринятым из-за рубежа сверхобеспечением.

3. Роль правовой природы договора при решении практических казусов

3.1. Риск непередачи товара лизингополучателю вследствие нарушения, допущенного продавцом

3.1.1. Арендная теория

Не может объяснить никак иначе, кроме как через произвол законодателя, почему лизингополучатель (арендатор) несёт риск неисправности поставщика товара (формально в законе о лизинге сказано, что этот риск несёт тот, кто выбрал продавца, но на практике не заметны договоры, по условиям которых продавца выбирал бы лизингодатель, пусть фактически так происходит нередко)

3.1.2. Кредитная теория

Даёт простое объяснение, сводящееся к тому, что лизингодатель действует, закупая товар, в чужом интересе. Хозяином дела в данной закупке является лизингополучатель. С этой точки зрения понятно, почему риск возлагается на него. Однако если в ходе взаимоотношений с продавцом товара лизингодатель допустит виновное нарушение, он должен отвечать. Как известно, вопрос о распределении риска должен иметь место, когда нет вины ни одной из сторон. Как только имеется нарушитель, потери другой стороны должны возлагаться на него. Немного с другой аргументацией, но в конечном счёте очень похоже – см. постановление Президиума ВАС РФ от 12.07.2011 № 17748/10

3.2. Гибель или кража товара в ходе исполнения договора, отдельно по вине лизингополучателя или по вине третьих лиц

3.2.1. Арендная теория.

Если в утрате предмета лизинга виноват лизингополучатель, то по общим правилам, характерным для аренды, он должен был бы заплатить стоимость утраченного предмета, однако в силу прямой нормы закона о лизинге (ст.26) он не освобождается от исполнения своих обязательств по договору, т.е. должен продолжать вносить периодические платежи, в состав которых входит плата за пользование кредитом за будущее время. Это решение не вполне справедливо. У лизингополучателя должна быть возможность рассчитаться с кредитом досрочно в такой ситуации, если у него есть такая финансовая возможность, и сэкономить проценты за будущее время. В Германии считается, что с исчезновением цели финансирования интерес лизингодателя в извлечении прибыли из данного проекта более не заслуживает защиты.

Если предмет лизинга утрачен по вине третьих лиц (украден, повреждён в ДТП и т.д.), то согласно ст.669 ГК РФ риск этого несёт арендатор (лизингополучатель). Что конкретно означает эта норма, сложно сказать. По-видимому, лизингополучатель должен возместить лизингодателю стоимость утраченного имущества (притом, что лизинговые платежи могут быть выплачены к этому моменту на 90%).

3.2.2. Кредитная теория.

Независимо от того, кто виноват в утрате предмета лизинга – лизингополучатель или третьи лица, лизингодатель имеет право на возмещение суммы кредита, вложенного им в покупку указанного предмета. Этот риск вполне тождествен риску гибели предмета залога как обеспечения в кредитной операции, который несёт залогодатель (заёмщик), ведь по факту гибели предмета залога он не освобождается от своих обязательств по возврату займа.

При этом лизингополучатель должен располагать возможностью рассчитаться с кредитом досрочно и сэкономить на уплате процентов за будущее время.

Так происходит в Германии: если предмет лизинга погиб, обе стороны вправе потребовать досрочного расторжения договора. Будущие лизинговые взносы дисконтируются, вознаграждение на будущее время исключается. Идея о риске на стороне лизингополучателя соответствует элементарной максиме справедливости, согласно которой выгода и корреспондирующий ей риск должны по возможности относиться к одной и той же стороне договора.

3.3. Распоряжение предметом лизинга в ходе лизинговой операции со стороны лизингодателя, в частности передача в залог

3.3.1. Арендная теория.

Формально, являясь собственником, лизингодатель не имеет препятствий к тому, чтобы передать предмет, участвующий в лизинговой операции, в залог. Следовательно, лизингополучатель, исправно внесший все лизинговые платежи, включая заключительный выкупной платёж, может столкнуться с неприятной ситуацией, в которой некий банк (залогодержатель) может претендовать на существенную сумму за счёт предмета лизинга как залога.

Могут быть разные способы решения данной проблемы, однако, по-видимому, наиболее приемлемым является следующий.

Согласно п.2 ст.23 Закона о лизинге к приобретателю прав лизингодателя в отношении предмета лизинга в результате удовлетворения взыскания в обязательном порядке переходят не только права, но и обязательства лизингодателя, определенные в договоре лизинга.

Эта норма, по-видимому, не просто воспроизводит содержание ст.617 ГК РФ (о переходе прав и обязанностей по договору аренды к новому собственнику арендованной вещи), но идёт дальше неё. В силу п.2 ст.23 Закона о лизинге на приобретателя должны переходить также обязательства лизингодателя в части выкупа предмета лизинга, т.е. его обязательства как продавца. Это означает, что лизингополучатель, которому осталось заплатить, допустим, 100 рублей за вещь, объективно стоящую на рынке 1 млн., не будет нести риска того, что данная вещь обременена залоговым правом на 1 млн.

Это справедливо в отношениях между лизингодателем и лизингополучателем, однако такое решение достаточно серьёзно ставит под угрозу права и интересы третьих лиц (кредиторов лизингодателя), причём это касается не только залогодержателей, но и остальных кредиторов. Поэтому с политико-правовой точки зрения его нельзя приветствовать.

3.3.2. Кредитная теория.

Если приравнивать лизинг к кредитованию под залог, то неизбежно следует отрицать право лизингодателя на распоряжение предметом лизинга, т.к. залогодержатель не вправе сдавать предмет в последующий залог, это право есть только у залогодателя (таковым по существу является лизингополучатель).

3.4. Введение процедур банкротства лизингодателя ранее даты реализации права выкупа лизингополучателем.

3.4.1. Арендная теория.

Если подходить формально, то введение процедуры банкротства лизингодателя уничтожает лизинговую конструкцию и даёт лизингополучателю взамен «ожидания собственности» ничем не обеспеченное обязательственное право требования к лизингодателю. Вещь подлежит возврату лизингополучателем в конкурсную массу (от договора лизинга конкурсный управляющий, разумеется, заявит отказ как от невыгодной сделки по ст.102 Закона о банкротстве), требование лизингополучателя о выкупе не может быть реализовано, поскольку в деле о банкротстве участвуют только денежные требования, а за рамками дела о банкротстве никакие имущественные требования невозможны (ст.63, 126 Закона о банкротстве).

3.4.2. Кредитная теория.

Если исходить из того, что главным является требование лизингодателя к лизингополучателю о возврате кредита и процентов за пользование им, то именно это требование должно входить в конкурсную массу лизингодателя. Следовательно, погасив данное требование, лизингополучатель должен не «получать» вещь из конкурсной массы, а «освобождать» собственную вещь от наложенного на неё до той поры обременения.

3.5. Расчёты сторон в случае расторжения договора в середине срока, в частности проблема возврата части выкупной цены.

3.5.1. Арендная теория.

В рамках арендной теории возможны разные подходы, в зависимости от степени их формальности. Супер-формальный подход гласит – если за вещь стоимостью 9 млн. была установлена выкупная цена 10 рублей, то в случае, когда лизингополучатель заплатил 8,5 млн. и столкнулся с нехваткой денежных средств (попал в просрочку), лизингодатель может спокойно расторгнуть договор, забрать себе вещь, которая может стоить, например, 4 млн., и не возвращать ни копейки лизингополучателю.

Менее формальный подход, более отвечающий справедливости, вырабатывается в настоящее время Президиумом ВАС РФ. В нём речь идёт о том, что при досрочном расторжении договора лизинга необходимо учитывать, что в составе лизинговых платежей есть какая-то часть, уплачиваемая «за пользование» предметом лизинга, а какая-то – в счёт выкупной цены. И даже обозначенная в договоре выкупная цена (она, как правило, минимальна), до уплаты которой дело по договору ещё не дошло, не препятствует возврату части лизинговых платежей. Это вызывает ожесточённую критику сторонников безграничной защиты лизинговых компаний, напоминающих всем про принцип свободы договора[[1]](#footnote-1). Тем не менее, глобально позиция Президиума может быть поддержана с учётом следующего.

Если бы право лизингополучателя на выкуп было классическим опционом, то он приобретал бы право выкупить вещь по её объективной, а не остаточной стоимости (таков смысл пункта 1 статьи 624 ГК РФ). И стороны могли бы договориться о зачёте арендных платежей в счёт выкупной цены только постфактум, в момент выкупа, но не заранее (п.2 ст.624 ГК). При этом состоялась бы некая сделка, напоминающая новацию с обратной силой в сочетании с п.2 ст.425 ГК о праве сторон договориться, что условия заключённого ими договора применяются к их отношениям, возникшим до заключения договора. К сожалению, отсутствуют сравнительно-правовые исследования на этот счёт, которые могли бы помочь понять указанную конструкцию и уяснить, является ли она традиционной для зарубежных стран или суть продукт отечественного правотворчества.

В этом плане договор лизинга идёт ещё дальше. Как только выкупная цена ставится в зависимость от полной уплаты всех «арендных» платежей за срок действия договора, по существу соглашение сторон предстаёт как изначальная договорённость о том, что какая-то часть платежей за пользование зачисляется в счёт выкупной цены (без указания на то, какая именно часть). Собственно, так и трактует подобное условие Президиум ВАС РФ в новейшей практике.

Таким образом, во всех случаях, когда стороны договариваются о выкупной цене в 1 т.р. при общей стоимости предмета лизинга, исчисляемой миллионами, они всё же имеют в виду только одно – цена определена столь низкой только при условии предварительного внесения всех обусловленных лизинговых платежей (т.е. достижения цели лизингодателя, направленной на получение процентов и возвращение основной суммы кредита). Таким образом, экономически (по существу хозяйственных отношений) и юридически (согласно воле сторон) номинальная выкупная цена в конце договора лизинга не является оторванной от лизинговых платежей.

3.5.2. Кредитная теория

Основным достоинством данной теории является то, что она обеспечивает именно баланс интересов сторон и не направлена исключительно против лизингодателя, как происходит в случае с арендной теорией.

По смыслу кредитной теории в случае расторжения договора лизинга при неполной выплате лизинговых платежей должен происходить заключительный (компенсационный) платёж. В зависимости от обстоятельств, он производится в пользу лизингодателя или лизингополучателя, имея в виду основной интерес лизингодателя, направленный на возврат предоставленного кредитования и согласованных процентов за фактическое время пользования кредитом. В числе обстоятельств учитываются: оставшаяся непогашенной сумма основного кредита, проценты, приходящиеся на будущее время, рыночная стоимость предмета лизинга и то, какой из сторон он достаётся.

Далее необходимо проиллюстрировать сказанное в общем виде на конкретных примерах.

А. Сумма кредита 1 млн. Вещь куплена за 1,3 млн. (300 тыс. добавил лизингополучатель). Процентная ставка 20% годовых (т.е. в первый год - 200 тыс.). Срок договора 10 лет. Лизинговый платёж – 1 раз в год в размере одной десятой от суммы кредита (100 тыс.) и процентов, приходящихся на оставшуюся сумму кредита в каждом году (т.е. в первом году 200 тыс., во втором 180, в третьем 160 и т.п.).

Через 5 лет погашено 500 тыс. кредита и все начисленные проценты, но лизингополучатель больше платить не может. Вещь стоит 700 тыс. Она возвращается лизингодателю. Следовательно, последний должен выплатить лизингополучателю 200 тыс. выгоды, получаемой помимо правовой цели договора.

Б. Те же условия примера, но вещь стоит 200 тыс. В этом случае лизингополучатель должен доплатить 300 тыс., несмотря на то, что никакого «пользования» предметом лизинга больше нет.

Установление цены предмета лизинга должно осуществляться по соглашению сторон (не заранее, а конкретно – в момент нарушения). Если сторонам не удалось договориться, они могут согласовать какого-либо оценщика. Если и этого не произошло, имущество должно быть продано способом, обеспечивающим выяснение рыночной цены (прежде всего, на торгах).

1. См. Громов С.А. Коренной поворот в практике применения законодательства о лизинговой деятельности // Вестник ВАС РФ. 2011. № 11 с.74-103, № 12 с. 113-154. [↑](#footnote-ref-1)