

**ТЕЗИСЫ**  
**контрдоклада на круглом столе**  
**"Лизинговая операция:**  
**как распутать клубок противоречий?"**  
(2 февраля 2012 г.)

контрдокладчик – С. А. Громов, канд. юрид. наук,  
руководитель юридической дирекции  
ЗАО "Балтийский лизинг"

*Если в ссуду дается товар как капитал, то он является лишь замаскированной формой денежной суммы.*

К. Маркс

*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 скрытых в вещи денег.*

А. В. Егоров

Ключевой тезис [основного доклада А. В. Егорова](#) следует решительно поддержать, однако в отношении ряда частных соображений есть существенные уточнения или возражения.

**1. Термин "лизинг" следует воспринимать как обозначение двух принципиально различных хозяйственных операций**

**1.1. Лизинг с неполной окупаемостью (амортизацией)**

1.1.1. Этот вариант лизинга не предполагает полной амортизации предмета лизинга в течение срока действия договора, а также не предполагает переход права собственности на актив по истечении указанного срока.

В течение этого периода лизингодатель не рассчитывает за счет лизинговых платежей возместить полностью затраты, связанные с приобретением имущества.

Не возмещенную в составе лизинговых платежей часть таких затрат лизингодатель планирует компенсировать за счет повторной сдачи актива внаем или его продажи по рыночной стоимости на вторичном рынке.

Следовательно, для широкого распространения лизинга с неполной амортизацией необходим развитый цивилизованный вторичный рынок разнообразного имущества. Сейчас в России можно говорить о существовании только развитого вторичного рынка транспортных средств и спецтехники.

Операции лизинга данного вида совершаются в России нечасто и преимущественно в сфере передачи внаем крупным компаниям легкового транспорта, используемого для предоставления их работникам в качестве служебного.

Этот вид лизинга (в отличие от освещаемого ниже) в действительности является разновидностью аренды. Лизинговые платежи являются встречным предоставлением, совершаемым именно ввиду владения и пользования имуществом.

1.1.2. Признаком, позволяющим отграничить данный вариант лизинга от обычной аренды, является элемент приобретения арендодателем сдаваемого внаем имущества.

Нельзя согласиться с А. В. Егоровым в том, что приобретение имущества у третьего лица не является необходимым признаком договора лизинга.

В случае приобретения имущества перед исполнением обычного договора аренды, а также в рамках возвратного лизинга такое приобретение нельзя считать целевым инвестированием.

В первом случае в предмет договора не входит обязанность лизингополучателя возместить в составе лизинговых платежей хотя бы часть расходов на приобретение предмета лизинга.

Во втором случае по существу имеет место не инвестиционное кредитование, а кредитование на пополнение оборотных средств под обеспечение в виде личного имущества.

В этом с экономической точки зрения заключается разница между лизингом и внешне сходными хозяйственными операциями, сопровождающимися приобретением имущества, впоследствии сдаваемого внаем.

**1.2. Лизинг с полной окупаемостью (амортизацией)**

1.2.1. Эта хозяйственная операция сводится по существу к кредитованию лизингодателем лизингополучателя посредством оплаты имущества, специально приобретаемого для предоставления во владение и пользование лизингополучателю. Предполагается, что в течение срока действия договора лизингополучатель, внося лизинговые платежи, в их составе полностью возместит лизингодателю затраты на приобретение имущества, а также уплатит сверх того вознаграждение.

1.2.2. Неточным является проведение А. В. Егоровым полной аналогии между вознаграждением лизингодателя и процентами по кредиту (займу).

Проценты представляют собой плату за пользование денежными средствами. В то же время в тех случаях, когда имущество с экономической точки зрения приобретается лизингодателем не за счет "собственных", а за счет "заемных" средств<sup>1</sup>, плата за пользование денежными средствами, так же, как и сумма основного долга, проходит через имущественную сферу лизингодателя лишь транзитом. Но и сверх процентных платежей у лизингодателя должно остаться определенное вознаграждение. Оно связано не с использованием денежными средствами, а с платой за трудозатраты, приложенные лизинговой компанией.

Подавляющая часть всех трудозатрат лизингодателя, связанных с лизинговой операцией, приходится на начальную стадию ее реализации (проверка контрагентов, согласование условий договоров лизинга и купли-продажи, поиск и привлечение адекватных финансовых ресурсов, осмотр, принятие и передача предмета лизинга, обеспечение его страхования, в ряде случаев – выполнение всего цикла операций, связанных с импортом имущества).

<sup>1</sup> Преимущественно критический настрой автора данного доклада в отношении надзорной практики 2011 г. по лизинговым делам не исключает высокой оценки вклада ВАС РФ в нивелирование [постановлением Президиума ВАС РФ от 14.12.2004 № 4149/04](#) деструктивных последствий [определения КС РФ от 08.04.2004 № 169-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ООО "Пром Лайн" на нарушение конституционных прав и свобод положением пункта 2 статьи 171 Налогового кодекса Российской Федерации](#).

1.2.3. Данный вариант лизинга является формой кредитования, что исключает допустимость применения к нему классических норм о найме вещей. На восприятие договора лизинга как титульного финансирования, кредитования приобретения активов, рассматриваемых одновременно в качестве вещного обеспечения, основана логика [Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования \(Кейптаун, 2001 г.\)](#). Этими же соображениями был обусловлен подход к регулированию финансового лизинга в [первоначальной редакции Закона о лизинге \(1998 г.\)](#).

1.2.4. Даже с позиций действующего законодательства, если взять любую частную норму, присущую классическому найму (обязанность арендодателя передать вещь арендатору, ответственность арендодателя перед арендатором за качество сданной внаем вещи, обязанности арендодателя по поддержанию надлежащего состояния вещи, зависимость платы от фактического пользования, возможность найма без определения срока и т. п.), окажется, что она в силу специальных норм § 6 гл. 34 ГК РФ или [Закона о лизинге \(в ред. 2002 г.\)](#) вообще не применима к данному варианту лизинга либо применима лишь отчасти.

В имеющемся специальном законодательном регулировании лизинга (§ 6 гл. 34 ГК РФ и Законе о лизинге) нет ни одной ясной нормы, которая бы прямо противоречила кредитному варианту лизинга.

1.2.5. Все неясности возникают только при появлении маловразумительной правоприменительной практики, которую надзорная инстанция вместо введения в адекватное русло только дезориентирует.

Ссылка на [постановление Президиума ВАС РФ от 05.07.2011 № 2346/11](#) в контексте значения полной амортизации предмета лизинга для выявления специфики кредитного варианта лизинга не вполне уместна. Этим постановлением хромающая на обе ноги арендная трактовка лизинга, изложенная в [постановлении Президиума ВАС РФ от 12.07.2011 № 17389/10](#), подкреплена дополнительной клюкой. Но клюка получилась корявенькая: она смещает в пользу казны акценты в преимущественно устоявшейся практике амортизации лизингового имущества в бухгалтерском учете и обложения его налогом на имущество организаций – в нарушение принципа толкования неясностей налогового законодательства в пользу налогоплательщика (п. 7 ст. 3 НК РФ) и в противоречии с правовой позицией, изложенной в п. 4.1 мотивировочной части [постановления КС РФ от 20.07.2011 № 20-П по делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 93<sup>4</sup> Бюджетного кодекса Российской Федерации, части 6 статьи 5 Федерального закона "О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования бюджетного процесса и приведении в соответствие с бюджетным законодательством Российской Федерации отдельных законодательных актов Российской Федерации" и статьи 116 Федерального закона "О федеральном бюджете на 2007 год" в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации](#).

### 1.3. Сходства указанных вариантов лизинга

Эти два вида лизинга роднят:

– включение в предмет договора обязательств лизингодателя приобрести определенное имущество, подлежащее передаче в пользование лизингополучателю;

– перенос рисков нарушения продавцом обязательств, возникших из договора купли-продажи данного имущества, на сторону, выбравшую предмет лизинга и продавца;

– перенос риска случайных утраты и повреждения имущества с собственника (лизингодателя, арендодателя, кредитора) на его контрагента (лизингополучателя, арендатора, должника).

Элемент приобретения имущества лизингодателем во исполнение обязательств, возникших из договора, является ключевым признаком договора лизинга.

На объединении ввиду указанного сходства в рамках лизинговой операции двух разнородных по существу вариантов (кредитного и арендного) построена логика [Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге \(Оттава, 1988 г.\)](#) и [Модельного закона УНИДРУА о лизинге \(2008 г.\)](#), а также § 6 "Финансовая аренда (лизинг)" гл. 34 ГК РФ.

Указанным сходством обусловлено традиционное для российских доктрины и практики смешение обоих вариантов и применение к кредитному варианту лизинга подходов, присущих классическому найму. При этом происходит необоснованное объединение двух предоставлений (предоставления имущества в пользование, с одной стороны, и уплаты лизинговых платежей, с другой) в одну синаллагматическую конструкцию (договор аренды), тогда как на самом деле эти два предоставления являются элементами хотя и тесно взаимосвязанных, но разных синаллагматических конструкций.

### 1.4. Дифференциация указанных вариантов лизинга

Примерами корректной дифференциации данных вариантов лизинга являются:

– подходы к разграничению "истинной аренды" (true lease) и "замаскированной обеспечительной конструкции" (disguised security interest) в американской доктрине и практике на основании норм ст. [2A "Lease"](#) и [9 "Secured Transactions"](#) ЕТК США<sup>2</sup>;

– подходы к разграничению операционной и финансовой аренды в п. 10, 11 [международного стандарта финансовой отчетности 17 "Аренда"](#).

### 1.5. Выводы

1.5.1. Нужно противопоставлять не арендную и кредитную трактовки лизинга, а арендный и кредитный варианты лизинга, корректно выявлять в отношении каждой хозяйственной операции ее вид и применять к каждой операции правила, рассчитанные именно на данный вид, не допуская смешения.

1.5.2. Для разрешения споров, возникающих из кредитного варианта лизинговых отношений, на основе соответствующего сути отношений подхода существенные корректировки законодательства не требуются.

При недостаточности специальных норм о лизинге (§ 6 гл. 34 ГК РФ и Закона о лизинге) для адекватного разрешения споров выбор подлежащих применению общих норм (из § 1 "Общие положения" гл. 34 ГК РФ, разд. III или I ГК РФ, а также гл. 60 ГК РФ о неосновательном обогащении), соответствующих хозяйствен-

<sup>2</sup> Подробнее см.: [Abatemarco M. J., Sabino A. M. "True Lease" versus Disguised Security Interest: Is the United Trilogy Truly the Last Stand? // U. C. C. L. J. 2008, Vol. 40, No. 4, P. 445–513.](#)

ной логике лизинговых операций, вполне мог бы обес­печиваться на уровне судебной практики.

1.5.3. После появления [постановления Президиума ВАС РФ от 18.05.2010 № 1729/10 законопроект Минэкономразвития России о внесении изменений в законодательство о лизинге](#) был скорректирован с учетом изменившейся практики, но получил отрицательную оценку ИЦЧП и ИЗиСП.

"Экспертное" заключение ИЦЧП по законопроекту по степени понимания проблематики и качеству аргументации оставляло желать много лучшего.

1.5.3. Стремление А. В. Егорова усматривать в новейшей практике Президиума ВАС РФ "зарождение первых признаков перехода на кредитную теорию" свидетельствует о попытке выдать желаемое за действительное.

Большинство формулировок мотивировочных частей постановлений 2010–2011 гг. подчеркивают арендный характер лизинговых операций<sup>3</sup>.

Поэтому на вопрос "как долго этот переход продлится" оптимистичный ответ дать сложно, ибо движение по этому пути идет, к сожалению, в соответствии с заголовком книги В. И. Ленина – "Шаг вперед, два шага назад".

1.5.4. Надежды пока можно возлагать только:

– на [постановление от 06.12.2011 № 9860/11](#) (о допустимости включения в договор лизинга условия об отсутствии у лизингодателя обязанности возратить лизингополучателю аванс по договору лизинга при его расторжении), мотивировка которого (ко дню отправки данного доклада организаторам круглого стола) еще не размещена на сайте ВАС РФ; а также

– на результаты рассмотрения в ВАС РФ дел:

- [№ А56-2946/2011 \(ВАС-16533/11\)](#) о допустимости залога предмета лизинга;

- [№ А40-100067/2009 \(ВАС-13135/2011\)](#) об определении стороны, выбравшей продавца предмета лизинга;

- [№ А07-2067/2010 \(ВАС-16848/11\)](#) о возможности перехода права собственности на лизинговое имущество к сублизингополучателю до внесения всей выкупной цены имущества лизингополучателем.

1.5.5. С учетом появившейся в 2010–2011 гг. надзорной практики, явно не адекватной хозяйственной логике лизинговых операций, корректировка сложившихся подходов в рамках судебного толкования возможна только путем принятия постановлений Пленума ВАС РФ.

Если такая корректировка произойдет, актуальным станет вопрос соотношения правовых позиций, изложенных в более ранних постановлениях Президиума ВАС РФ, и правоположений, сформулированных в более поздних постановлениях Пленума ВАС РФ, – насколько нижестоящим судам будет позволено играть на разночтениях между этими актами?

## 2. Посреднический элемент в лизинге

Еще М. И. Брагинский обратил внимание на сходства в конструкциях лизинга, поручения и комиссии. "Все три договора предполагают принятие на себя сто-

<sup>3</sup> Особенно характерно в этом отношении [постановление Президиума ВАС РФ от 12.07.2011 № 17748/10](#): "получая лизинговые платежи, лизингодатель предоставляет другой стороне встречное исполнение – предоставляет лизингополучателю на срок лизинга право владеть приобретенным лизингодателем предметом лизинга и использовать его. Таким образом, лизинговый платеж является оплатой данного права за определенный период".

роной обязанности заключить сделку с третьим лицом, результатом которой, прямым или косвенным, служит возникновение прав и обязанностей у контрагента. Различие между этими договорами состоит, в частности, в основании возникновения соответствующих прав и обязанностей. Так, в то время как в договоре комиссии указанный результат наступает в силу совершенной комиссионером передачи прав и обязанностей (комитенту), в договоре поручения это же происходит непосредственно в силу полномочий, которыми доверитель наделил поверенного, в договоре лизинга он наступает в силу закона"<sup>4</sup>.

А. В. Егоров усматривает существенное сходство лизинга (его кредитного варианта) с конструкцией комиссии.

Между тем, если сравнивать с лизингом конструкции комиссии и поручения, последнее окажется ближе к лизингу. В силу абз. 1 п. 1 ст. 670 ГК РФ арендатор (лизингополучатель) имеет права и несет обязанности, предусмотренные Кодексом для покупателя (кроме обязанности оплатить приобретенное имущество), как если бы он был стороной договора купли-продажи. Арендатор (лизингополучатель) вправе предъявлять непосредственно продавцу имущества, являющегося предметом договора финансовой аренды (лизинга), требования, вытекающие из договора купли-продажи, заключенного между продавцом и арендодателем (лизингодателем), в частности в отношении качества и комплектности имущества, сроков его поставки, и в других случаях ненадлежащего исполнения договора продавцом.

Таким образом, в результате заключения лизингодателем договора купли-продажи с продавцом непосредственно у лизингополучателя возникают права и обязанности в отношении продавца.

Возникновение прав и обязанностей у принципала из сделки, совершенной посредником, свойственно конструкции поручения (п. 1 ст. 971 ГК РФ).

Конструкции комиссии, напротив, свойственно возникновение прав и обязанностей в отношении контрагента лишь у посредника (а не у принципала), даже если принципал назван в сделке или вступает с контрагентом в непосредственные отношения по исполнению сделки (абз. 2 п. 1 ст. 990 ГК РФ).

Кроме того, для лизинга (согласно сложившейся на сегодня коммерческой практике) не характерна свойственная конструкции комиссии обязанность посредника исполнить поручение на наиболее выгодных для принципала условиях. Условия купли-продажи предмета лизинга (включая цену) в подавляющем большинстве случаев исчерпывающим образом согласовываются лизингодателем с лизингополучателем. Поэтому в лизинговых операциях отсутствует деление дополнительной выгоды на началах, предусмотренных ч. 2 ст. 992 ГК РФ<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002. С. 419.

<sup>5</sup> Производители пользующейся широким спросом автотехники нередко предоставляют лизинговым компаниям, закупающим существенное ее количество в течение определенного времени, скидки на свою продукцию по сравнению с розничными ценами для обычных покупателей, что позволяет таким лизинговым компаниям (преимущественно крупным) предлагать своим потенциальным клиентам более выгодные финансовые условия и составляет конкурентное преимущество.

### 3. Проблема "сверхобеспечения" в лизинге

А. В. Егоров наряду и наравне с проблемой противоречия между экономическим содержанием конструкции лизинга (кредит) и его правовой формой (аренда) выделяет также другую проблему – противоречия между обеспечительным интересом лизингодателя и объемом предоставляемых ему прав.

В качестве второй фундаментальной эта проблема представляется сильно преувеличенной, а в частных проявлениях – всего лишь частным следствием первой и по существу единственной проблемы (противоречия между содержанием и формой).

#### 3.1. Проблема предоставления кредитору чрезмерно сильного права

В сфере регулирования имущественного оборота одной из основных целей является не поиск умозрительно элегантных конструкций, а содействие экономической эффективности распределения материальных благ, включая средства производства.

Тезис о чрезмерности предоставления кредитору права собственности верен лишь постольку, поскольку верен тезис о том, что полноценное право собственности на актив необходимо должнику. Между тем верность второго тезиса далеко не очевидна.

Более того, еще Аристотель отметил: "сущность богатства заключается более в пользовании, чем в обладании: ведь операции над предметами владения и пользование ими и составляют богатство"<sup>6</sup>.

Согласно современной законодательной дефиниции, предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ).

Таким образом, совершенно не доказано, что должнику следует предоставлять для производственного использования актива именно право собственности на него. Ему вполне достаточно права, близкого к праву usufructуария на вещь, полученную в пользование. Например, в Японии именно к usufructу приравнивается право должника на пользование вещью, которая для обеспечения исполнения обязательства передана в собственность кредитору, предоставившему заем на ее приобретение (решение Верховного Суда от 2 июня 1955 г.)<sup>7</sup>.

Общим местом в литературе по обязательственному праву является утверждение о том, что слабой стороной в обязательственном отношении является кредитор. Поэтому его заинтересованность в получении более сильного права на объект вещного обеспечения заслуживает внимания.

Рассуждения о том, является ли собственность лизингодателя обеспечительной, обретут практическую значимость лишь тогда, когда наша доктрина укажет признаки и свойства обеспечительной собственности, обоснует и предложит специальные правила (изъятия из общих норм о праве собственности), и эти рекомендации окажутся востребованными хотя бы прогрессивной судебной практикой. Пока российская доктрина

обеспечительной собственности представлена в основном трудами С. В. Сарбаша<sup>8</sup>.

А. В. Егоров ратует за отождествление права лизингодателя на предмет лизинга с залоговым правом. Это предложение явно нуждается в тщательном и всестороннем обосновании. Его последовательная реализация приведет к свертыванию лизинговой деятельности, основанной на обеспечительном институте, который в ряде существенных аспектов отличается от залога.

До появления первой квазизалоговой обеспечительной конструкции можно было бы абстрактно порассуждать о том, достойны ли существования такие инструменты, и, возможно, принять отрицательное решение на будущее. Сейчас, когда на базе таких конструкций выросли целые сегменты рынка, явно востребованные хозяйственным оборотом, корректнее (и честнее) вопрос ставить иначе: настолько ли ужасны квазизалоговые инструменты, что из любви к чистоте классических институтов эти элементы инфраструктуры экономики следует безжалостно ликвидировать?

#### 3.2. Вопрос акцессорности обеспечительного права лизингодателя

Одним из важнейших свойств акцессорности права является зависимость действительности акцессорного (обеспечительного) права от действительности основного (обеспечиваемого) требования.

Договор лизинга (порождающий обязательства лизингополучателя по внесению лизинговых платежей) ввиду тех или иных обстоятельств может оказаться недействительным. В силу начала акцессорности это должно поставить под сомнение действительность права собственности лизингодателя на предмет лизинга, что вряд ли уместно.

Если же мы для этого аспекта акцессорности сделаем исключение, сама акцессорность станет настолько неполноценной, что поставит под вопрос уместность использования данного термина.

Кроме того, важнейшее проявление акцессорности А. В. Егоров видит в автоматизме перехода права собственности на предмет лизинга от лизингодателя к лизингополучателю по внесении им всей суммы лизинговых платежей.

Между тем у лизингодателя могут быть заслуживающие внимания причины уклоняться от передачи имущества в собственность лизингополучателю. Наиболее актуальный пример – одно лицо по двум договорам лизинга с одной лизинговой компанией получает в финансовую аренду разное имущество: по одному – автомобили, используемые в качестве служебного транспорта руководителя фирмы, по другому – технологическое оборудование, которое невозможно без несоизмеримых затрат (т. е. увеличения балансовой стоимости) и снижения рыночной стоимости демонтировать, изъять, перевезти и реализовать на вторичном рынке. При внесении всех платежей за транспорт (даже в случае его досрочного выкупа) и наличии задолженности по платежам за оборудование у лизингодателя есть вполне объяснимое желание придержать транспорт в собственности до погашения задолженности по договору лизинга оборудования.

<sup>6</sup> Аристотель. Риторика I 5 1361 а 24.

<sup>7</sup> Вагацума С., Ариидзуми Т. Гражданское право Японии: В 2 кн. Кн. 1. М., 1983. С. 235.

<sup>8</sup> Сарбаш С. В.: 1) Удержание правового титула кредитором. М., 2007. 160 с.; 2) Обеспечительная передача правового титула // Вестник гражданского права. 2008. № 1. С. 7–93 (при этом автор воздержался от анализа лизинга).

Признание аксессуарности права лизингодателя на предмет лизинга лишает его такой возможности и стимулирует избирательность должника в исполнении денежных обязательств, что правопорядок вряд ли должен поощрять.

Возможность в рамках конструкции лизинга отступления от традиционного для залогового права начала специальности следует признать преимуществом лизинга.

### 3.3. Право лизингодателя на распоряжение предметом лизинга, включая передачу в залог

3.3.1. До сих пор право лизингодателя передать предмет лизинга в залог всерьез не подвергалось сомнению. В то же время констатировалось, что в силу п. 2 ст. 23 Закона о лизинге передача предмета лизинга в залог не угрожает интересам лизингополучателя.

В подтверждение этой точки зрения можно привести постановления Президиума ВАС РФ от 16.09.2008 № 4904/08 и № 8215/08. Из них следует, что к приобретателю предмета лизинга в период действия договора лизинга переходят также обязанности лизингодателя, включая обязанность передать предмет лизинга в собственность лизингополучателю по внесению им всей предусмотренной договором денежной суммы.

А. В. Егоров полагает, что норма п. 2 ст. 23 Закона о лизинге справедлива в отношениях между лизингодателем и лизингополучателем, но ставит под угрозу права и интересы третьих лиц (кредиторов лизингодателя), – как залогодержателей, так и остальных кредиторов, а также что при кредитной трактовке лизинга лизингодатель, обладая по существу статусом залогового кредитора, вообще не должен иметь права передавать имущество в залог.

3.3.2. Права и интересы залоговых кредиторов нельзя признать подвергающимися угрозе. При обращении взыскания на предмет залога (предмет лизинга) к приобретателю переходят права получения лизинговых платежей, "обремененные" обязательствами перед лизингополучателем, включая обязанность передать имущество ему в собственность.

Кредиторы лизинговых компаний (преимущественно банки) не могут не знать, что принимают в залог лизинговое имущество, наделенное особым правовым режимом. Поэтому в интересах кредиторов принимать лизинговое имущество в залог только одновременно с правами требования лизинговых платежей по соответствующему договору лизинга (представляющими, собственно, основной актив в этой ситуации) и только по оценке, равной сумме лизинговых платежей (с соответствующим дисконтом)<sup>9</sup>.

3.3.3. Каким образом в случае с залогом предмета лизинга могут дополнительно (т. е. по сравнению с ситуацией, когда лизинговое имущество не заложено или заложено, но на иных началах) пострадать интересы незалоговых кредиторов лизингодателя, неясно. Они с самого начала должны понимать, что рассчитывать на удовлетворение их требований за счет лизингового имущества (в части, превышающей остаток лизинговых платежей в отношении соответствующих активов) им не приходится – вне зависимости от того, обременено оно дополнительно каким-либо залогом или нет.

3.3.4. Вероятна передача для пересмотра в порядке надзора [дела № А56-2946/2011 \(ВАС-16533/11\)](#). При разрешении этого дела апелляционный и кассационный суды ограничительно истолковали п. 2 ст. 18 Закона о лизинге, указав, что предмет лизинга может быть заложен только в обеспечение обязательства возвратить кредит, предоставленный на его приобретение, причем залог может быть опорожен несоблюдением правила об уведомлении лизингодателем лизингополучателя о правах третьих лиц на предмет лизинга (ч. 2 ст. 613 ГК РФ, п. 3 ст. 18 Закона о лизинге).

Мотивировка указанных судебных актов не выдерживает никакой критики, но заставляет задаться вопросом о допустимости залога предмета лизинга с политико-правовой точки зрения.

Чьи интересы страдают в случае допущения залога, остается неясным.

Подстраховки требует только ситуация банкротства лизинговой компании.

3.3.5. Слабое место в вопросе о залоге предмета лизинга – это невозможность его залога по инициативе лизингополучателя.

(Кстати, в [первоначальной редакции Закона о лизинге \(1998 г.\)](#) предусматривалось, что лизингополучатель может передать в залог предмет лизинга с разрешения лизингодателя (п. 1 ст. 14). Эта норма была объектом уничтожительной критики, в т. ч. со стороны В. В. Витрянского<sup>10</sup>, но рациональное зерно в этой конструкции было.)

Теоретически за лизингополучателем можно было бы признать право ожидания. Его ценность зависела бы от двух факторов – 1) соотношения выплаченных и оставшихся лизинговых платежей; 2) имущественного положения лизингополучателя. Это право вполне могло бы стать самостоятельным предметом залога. При этом за залогодержателем можно было бы признать право самостоятельно внести лизинговые платежи при допущении просрочки лизингополучателем (по аналогии с п. 2 ст. 313 ГК РФ).

### 3.4. Судьба предмета лизинга при банкротстве лизингополучателя

Предложение А. В. Егорова включать при банкротстве лизингополучателя предмет лизинга в его конкурсную массу противоречит положению п. 1(а) ст. 7 [Оттавской конвенции](#) о том, что вещные права лизингодателя на оборудование имеют силу против арбитражного управляющего лизингополучателя, а также против его кредиторов, получивших исполнительный документ.

### 3.5. Частные проблемы "сверхобеспечения"

А. В. Егоров утверждает, что лизингополучатели страдают от всеобщей неспособности нормально обращаться с нетворчески воспринятым из-за рубежа сверхобеспечением.

Между тем все проблемы проистекают скорее из того, что судебная практика до сих пор вообще не воспринимает лизинговое имущество как обеспечение. Как только оно будет признано таковым, проблема сверхобеспеченности исчезнет сама собой.

<sup>9</sup> Другой вопрос, что сейчас правовое регулирование залога прав и порядок обращения взыскания на них крайне малоэффективны.

<sup>10</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества. М., 2000. С. 582.

## 4. Решение практических казусов

### 4.1. Возложение риска неисправности продавца на выбравшую его сторону

А. В. Егоров полагает, что только кредитно-комиссионная трактовка лизинга позволяет логично объяснить возложение риска неисправности продавца на лизингополучателя. Он также одновременно ставит под сомнение достоверность утверждения в договоре лизинга о выборе продавца лизингополучателем.

4.1.1. Возложение риска неисправности продавца на выбравшую его сторону и без привлечения кредитной трактовки (т. е. и в рамках арендного варианта лизинга) может быть объяснено на основе принципа *culpa in eligendo*<sup>11</sup>.

4.1.2. Неисправность продавца – это риск, который имеет место в любой лизинговой операции. Именно он и возложен на выбравшую продавца сторону (п. 2 ст. 22 Закона о лизинге). А. В. Егоров отмечает, что разрешение споров на основе распределения риска должно иметь место только в отсутствие нарушений. Если нарушение допущено именно продавцом, это нивелирует правовое значение нарушения в действиях сторон договора лизинга. В [постановлении Президиума ВАС РФ от 12.07.2011 № 17748/11](#) нарушение в поведении лизингодателя выявлено искусственно – путем формулирования не признававшейся правопорядком ранее обязанности лизингодателя (проявить осмотрительность и осторожность при оплате) и последующей констатации ее неисполнения.

Кроме того, именно в этом постановлении арендная трактовка лизинга получает наиболее явно сформулированное подкрепление, перечеркивающее любые попытки решить отдельные дела по существу с опорой на понимание лизинговой операции как особой формы кредитования (см. выше).

4.1.3. Вероятна передача для пересмотра в порядке надзора [дела № А40-100067/2009 \(ВАС-13135/2011\)](#), в котором под сомнение ставится достоверность утверждения в договоре лизинга о выборе продавца лизингополучателем.

Сомнения судей ВАС РФ, согласно [определению от 28.11.2011](#), основаны на упоминании в п. 1.1 договора лизинга составленной лизингополучателем "письменной заявки на получение предмета лизинга" и ее отсутствии в материалах дела.

Между тем в практике делопроизводства и документооборота большинства лизинговых компаний *лизинговая заявка* – это стандартизированная форма, как правило, размещенная на сайте лизинговой компании, в которую облачается первое обращение клиента с указанием минимальных данных (о самом клиенте, о планируемом к приобретению имуществе и о его продавце), необходимых коммерческому подразделению для начала работы.

С точки зрения динамики договорных обязательств лизинговая заявка – это приглашение сделать оферту (п. 1 ст. 437 ГК РФ), поскольку этот документ не содержит таких существенных условий будущего дого-

вора лизинга, как общая сумма лизинговых платежей, а также сроки внесения и размеры каждого платежа.

При заключении договора содержание лизинговой заявки по существу "поглощается" более подробными условиями договора, поэтому отпадает даже необходимость в сохранении заявки. Пункт 1.1 спорного договора, исходя из общепринятой практики лизинговых компаний, следует толковать как ссылку на уже имеющийся документ, который с заключением договора утрачивает самостоятельное значение, а не на документ, подлежащий с совершенно непонятной целью составлению в будущем.

Если такую заявку толковать как "недостающее звено" в цепи волеизъявлений, приводящих к заключению договора лизинга, то сам документ, подписанный сторонами, должен трактоваться как оферта лизингодателя лизингополучателю, а заявка – как отсроченный акцепт. Нет акцепта – нет договора. Зачем, спрашивается, в отсутствие договора лизингополучатель вносил аванс и прочие платежи, а также получал имущество (оказавшееся впоследствии дефектным)?

Во всяком случае отсутствие заявки не может опровергнуть выбор продавца лизингополучателем. Что характерно, неисправный должник заявил возражение, основанное на дефекте лизингового имущества, лишь при предъявлении ему притязания о погашении просроченной задолженности и возврате спорного имущества.

Абстрагируясь от конкретной ситуации, следует отметить, что у лизинговых компаний крайне редко есть стимул навязать клиенту определенного продавца. Если требование или возражение лизингополучателя основано на выборе продавца лизингодателем, это обстоятельство относимыми и допустимыми доказательствами должен обосновать лизингополучатель.

### 4.2. Утрата предмета лизинга

4.2.1. Если лизингополучатель виноват в утрате предмета лизинга, то именно в силу вины должника законодательное решение о сохранении за ним обязательства по внесению лизинговых платежей (ст. 26 Закона о лизинге) – за вычетом той их составляющей, которая приходится на компенсацию расходов, исключаются самим фактом утраты имущества (ср. п. 1 ст. 28 Закона о лизинге), – следует признать справедливым.

4.2.2. Если вины ни одной из сторон в утрате предмета лизинга нет, подлежат применению нормы ст. 669 ГК РФ, п. 1 ст. 22 Закона о лизинге, возлагающие риск утраты имущества на лизингополучателя.

Это как минимум должно:

1) означать обязанность лизингополучателя возместить лизингодателю не возмещенную в составе ранее внесенных лизинговых платежей часть первоначальной стоимости имущества;

2) исключать без(д)умную практику констатации прекращения обязательств лизингополучателя невозможностью исполнения (п. 1 ст. 416 ГК РФ). Денежное обязательство, каковым является обязательство вносить лизинговые платежи, вообще не может прекращаться невозможностью исполнения<sup>12</sup>.

4.2.3. Спорный вопрос – в какой мере в случае утраты предмета лизинга по обстоятельствам, за которые

<sup>11</sup> См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 1: Общие положения. М., 2000. С. 379.

Содержание принципа *culpa in eligendo* см.: Жирнов Р. А. Доктрина *culpa in eligendo* в российском частном праве: риск выбора лица, привлеченного к участию в исполнении обязательства: Дис. ... магистра права. М., 2009.

<sup>12</sup> Трактовка этой нормы, содержание и объем понятия "обязательство", используемого в формулировке п. 1 ст. 416 ГК РФ, заслуживают отдельного детального обоснования.

не отвечает лизингодатель, последний вправе претендовать на причитающееся ему вознаграждение.

В качестве основной статьи расходов, устраняемых утратой имущества, в случае немедленного возмещения лизингополучателем его стоимости следует рассматривать процентные расходы (см. выше, п. 1.2.2), т. к. лизинговая компания при утрате предмета лизинга, одновременно являющегося, как правило, предметом залога в обеспечение обязательств по кредитному договору, досрочно возвращает кредит за счет средств, полученных от лизингополучателя.

Если лизинговая компания финансировала приобретение имущества за счет "собственных средств" или возвращает кредит банку до получения возмещения стоимости имущества от лизингополучателя, последний должен уплатить лизингодателю проценты на остаточную стоимость предмета лизинга до даты ее фактического возмещения лизингополучателем.

Наконец, к моменту утраты предмета лизинга наиболее трудозатратная часть того, что должна была сделать лизинговая компания, уже выполнена. Поэтому за лизингодателем следует признать право на получение той части лизинговых платежей, которая приходится собственно на его вознаграждение (полностью или в существенной части), т. е. без учета процентной составляющей.

#### **4.3. Банкротство лизингодателя до приобретения лизингополучателем предмета лизинга в собственность**

4.3.1. По мнению А. В. Егорова, банкротство лизингодателя уничтожает лизинговую конструкцию, предмет лизинга подлежит возврату лизингополучателем в конкурсную массу, т. к. арбитражный управляющий заявит отказ от сделки по ст. 102 Закона о банкротстве, а требование лизингополучателя о выкупе не может быть реализовано.

4.3.2. Само по себе введение процедур банкротства в отношении лизинговой компании прекращения договора лизинга не влечет.

На основании ст. 102 Закона о банкротстве внешний управляющий может отказаться от сделок, если:

- 1) такие сделки препятствуют восстановлению платежеспособности должника; или
- 2) исполнение должником таких сделок повлечет за собой убытки для должника по сравнению с аналогичными сделками, заключаемыми при сравнимых обстоятельствах.

Конкурсный управляющий может отказаться от сделки только по второму основанию (абз. 4 п. 3 ст. 129 Закона о банкротстве).

Оба этих основания являются оценочными, подлежат доказыванию. Ничто не препятствует утверждению в практике подхода, исключающего отказ арбитражного управляющего лизинговой компании от договоров лизинга.

Смысла допускать отказ арбитражного управляющего от подобных договоров нет. Такой отказ повлечет возникновение у лизингополучателей требований о возмещении убытков, причиненных отказом, которые следует признать текущими, т. е. подлежащими удовлетворению до удовлетворения реестровых требований. Т. о., вероятность улучшения положения конкурсных кредиторов лизинговой компании вследствие отказа арбитражного управляющего от договоров лизинга невысока.

4.3.3. Включение в конкурсную массу лизинговой компании лизингового имущества даст возможность выручить от его реализации (с сохранением прав лизингополучателя) только сумму, сопоставимую с остатком лизинговых платежей.

4.3.4. При внесении лизинговых платежей до реализации лизингового имущества в составе конкурсной массы может возникнуть сложность с передачей предмета лизинга в собственность лизингополучателю, если признать саму передачу правоустанавливающим действием, направленным на исполнение обязательства. Сейчас практика в интересах лизингополучателя признает такую передачу (при доказанности полного внесения лизинговых платежей) символическим действием, совершение которого не является обязательным элементом состава, влекущего переход права.

#### **4.4. Досрочное расторжение договора и изъятие имущества**

4.4.1. Представляется совершенно очевидным, что после досрочного расторжения договора лизинга и изъятия лизингодателем предмета лизинга у лизингополучателя необходимо:

- 1) установить реальный финансовый результат лизинговой операции; и
- 2) в соответствии с ним определить одно сальдовое обязательство одной из сторон в пользу другой:
  - а) либо возместить лизингодателю убытки, причиненные расторжением договора лизинга вследствие его существенного нарушения лизингополучателем;
  - б) либо вернуть лизингополучателю неосновательное обогащение, образовавшееся в имущественной сфере лизингодателя в случае получения им в общей сложности более того, на что он рассчитывал при заключении договора лизинга.

Этот подход прямо следует из положений п. 2, 3 ст. 13 [Оттавской конвенции](#), согласно которой:

- 1) в случае существенного нарушения договора лизинга лизингополучателем лизингодатель вправе:
  - а) расторгнуть договор;
  - б) восстановить владение оборудованием;
  - в) потребовать возмещения убытков в таких суммах, которые поставили бы лизингодателя в положение, в котором он находился бы при выполнении лизингополучателем договора лизинга в соответствии с его условиями;
- 2) договором может устанавливаться порядок исчисления таких убытков, который подлежит применению, если оно не ведет к взысканию убытков, существенно превышающих в размере предусмотренные изложенным выше подходом.

Этот же принцип ("сам по себе факт допущенного лизингополучателем нарушения договора лизинга не может повлечь за собой получение лизингодателем таких благ, которые поставили бы его в лучшее положение, чем то, в котором он находился бы при выполнении лизингополучателем договора в соответствии с его условиями") провозглашен в постановлениях Президиума ВАС РФ [от 12.07.2011 № 17389/10](#) и [от 25.07.2011 № 3318/11](#).

4.4.2. Вместо логичного и последовательного введения в практику этого самоочевидного и элементарно простого в применении принципа надзорная инстанция в постановлениях [от 18.05.2010 № 1729/10](#) и [от 12.07.2011 № 17389/10](#) предлагает едва ли не алхимические рецепты:

1) поиск или расчет одних искусственных величин (вроде:

а) срока полезного использования имущества на основании [Классификации основных средств](#), утверждаемой для фискальных целей (точнее, исключительно для исчисления амортизации при расчете расходов, уменьшающих налогооблагаемую базу по налогу на прибыль организаций);

б) содержащейся в лизинговых платежах выкупной цены предмета лизинга;

в) естественного износа имущества, образовавшегося в период временного владения и пользования предметом лизинга);

2) совершение над ними нигде не описанных арифметических действий, имеющих целью

3) вычисление других искусственных величин (вроде размера неосновательного обогащения лизингодателя без учета понесенных им убытков).

Именно в этой альтернативной здравому смыслу арифметике заключается "менее формальный подход, более отвечающий справедливости", о котором пишет А. В. Егоров.

4.4.3. Попытки на основе последовательного анализа текстов актов Президиума ВАС РФ указать на то, что простой, понятный, справедливый и не вызывающий каких-либо возражений принцип взыскания сальдо подменен нумеролого-каббалистическими экзерсисами, в увлечении которыми надзорная инстанция поправа едва ли не с десяток фундаментальных постулатов гражданского права (включая принцип свободы договора<sup>13</sup>), объявляются А. В. Егоровым "ожесточенной критикой сторонников безграничной защиты лизинговых компаний".

Суть критики как раз сводится к тому, что надзорная инстанция пытается одновременно прийти к кажущемуся ей справедливому решению спора, возникшего из кредитных (по существу) отношений, но при этом сохранить их арендную трактовку и обосновать искомое решение (т. е. подогнать его под ответ) через неуклюжее жонглирование арендной терминологией.

Результатом этой внутренне противоречивой интеллектуальной операции становится возможность (и, как уже показывает печальная практика, действительность) взыскания в пользу лизингополучателя "неосновательного обогащения" с лизинговой компании даже в ситуации, когда последняя понесла убытки в результате расторжения договора лизинга, изъятия и реализации предмета лизинга.

4.4.4. Реализация имущества на торгах – это та непрозрачная и неэффективная в современных условиях отечественного правопорядка процедура, от которой есть обоснованное желание отступить.

Коль скоро это позволено даже залогодержателю, нет никаких оснований навязывать процедуру торгов лизингодателю.

В результате кризиса лизинговые компании стали профессиональными специалистами в реализации даже низколиквидного имущества.

В лизинговых компаниях создаются профильные подразделения, на которые возлагаются функции реализации изъятого имущества на вторичном рынке. Квалификация их работников ничуть не уступает квалификации служащих специализированных организаций, осуществляющих сбыт на торгах имущества, на которое обращено взыскание в ходе исполнительного производства.

Коммерческая заинтересованность в извлечении максимальной выручки от продажи изъятых активов стала наиболее эффективным стимулом приложения энергичных усилий к реализации имущества по максимальной цене.

Нет никаких политико-правовых оснований подменять эффективный коммерческий механизм забюрократизированным порядком, вызывающим стойкое раздражение у всех, кто с ним сталкивается.

Если лизингополучатель, у которого изымается имущество, будучи более осведомленным о состоянии рыночной конъюнктуры на рынке ранее эксплуатировавшегося им имущества, полагает, что оно может быть реализовано по более высокой цене, он вполне может порекомендовать лизингодателю покупателя. Разумный лизингодатель никогда не откажется от возможности реализовать изъятые активы подороже.

4.4.5. С предыдущим тезисом связано сомнение в разумности и справедливости присуждения лизингополучателю всей суммы "неосновательного обогащения", т. е. положительного сальдо лизинговой операции.

С точки зрения грамотного установления стимулов следует задуматься о распределении этого сальдо, являющегося результатом усилий лизингодателя, между обеими сторонами в экономически обоснованной пропорции.

4.4.6. Современное состояние правового регулирования последствий расторжения договора лизинга игнорирует очевидную необходимость внедрения механизмов ускоренного изъятия предмета лизинга у лизингополучателя в случае очевидного нарушения им обязательств по внесению лизинговых платежей.

Этой цели служат положения [Кейптаунской конвенции](#). В случае неисполнения обязательства по соглашению о лизинге лизингодатель может прекратить действие такого соглашения и вступить во владение объектом, к которому относится это соглашение, или установить контроль над ним либо обратиться в суд с ходатайством о вынесении распоряжения, предписывающего какое-либо из указанных действий (ст. 10).

Договаривающееся Государство (участник Конвенции) обеспечивает, чтобы кредитор имел возможность до вынесения окончательного решения по его требованию безотлагательно получить от суда защиту в форме одного или нескольких из нижеприведенных видов постановлений: о сохранении объекта и его стоимости; о передаче объекта во владение, под контроль или на хранение; о запрещении изменения местонахождения объекта (ст. 13).

Аналогичные правила без оставления за судом свободы усмотрения относительно целесообразности применения обеспечительных мер в подобной ситуации целесообразно укоренить в российской практике.

<sup>13</sup> При этом никем не доказано, что на рынке лизинговых услуг наличествуют традиционно признаваемые в доктрине и практике предпосылки допустимости ограничения свободы договора (попытка включить в договор условия, освобождающие должника от ответственности за нарушение договора; монопольное положение стороны, формулирующей условия соглашения, на рынке соответствующих услуг; отсутствие у противостоящей ей стороны реальной свободы выбора, возможности влиять на определение условий договора или должной компетентности; риск нарушения договором интересов других лиц (напр., ограничение конкуренции), правительственная политика поддержки хозяйствующих субъектов определенных категорий и т. п.).