

**ТИТУЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ vs. ЗАЛОГ: ВВЕДЕНИЕ В ПРОБЛЕМНОЕ ПОЛЕ:  
справка к научно-практическому круглому столу Юридического института «М-Логос»  
(24 октября 2018 года)**

Нередко на практике стороны вместо оформления предоставления долгового финансирования под залог того или иного имущества используют договорную конструкцию передачи имущества в обеспечительную собственность предоставляющего финансирование кредитора.

Обеспечительная собственность (титульное обеспечение, фидуция в обеспечительных целях, лат. - *fiducia cum creditore*, нем. – *Sicherungstreuhand*, фр. - *fiducie-sûreté*) – это договорная конструкция, которая позволяет кредитору обеспечить свое денежное требование к должнику за счет права собственности, а не права залога. По сути, речь идет о конкуренте залога и альтернативном варианте структурировать вещное обеспечение.

### **1. Поименованные варианты титульного обеспечения**

Российский закон допускает целый ряд поименованных вариантов титульного обеспечения. Все они могут быть отнесены к одной из двух моделей.

(а) *Обеспечительное удержание права собственности.* Первая из таких моделей состоит в том, что должник получает от кредитора или за счет кредитора от третьего лица вещь, на которую у должника не было ранее права собственности, и может далее владеть и пользоваться данной вещью, погашая свой денежный долг постепенно в рамках установленного графика, но право собственности задерживается за кредитором и переходит к должнику только тогда, когда он полностью расплатится с кредитором. Речь здесь идет в первую очередь о договоре выкупного лизинга (за исключением возвратного лизинга). Согласно п.2 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 N 17 «по общему правилу в договоре выкупного лизинга имущественный 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».

Также следует упомянуть и договор аренды с правом выкупа (ст.624 ГК), согласно которому арендодатель передает арендатору вещь во владение и пользование, а право собственности переходит к арендатору по окончании срока аренды или даже досрочно при условии внесения арендатором выкупного платежа (последний может производиться отдельно или растворяться в арендных платежах). Если цена выкупа в договоре установлена на уровне рыночной цены арендованного актива, эту конструкцию затруднительно отнести к титульному обеспечению (по сути, тут мы имеем просто аренду с предоставлением арендатору опциона на покупку актива). Но если из договора следует, что цена самой вещи считается целиком или в значительной степени внесенной при уплате всех арендных платежей в течение согласованного срока (например, когда цена самого выкупа, осуществляемого по истечении согласованного срока использования, носит символический характер), очевидно, что арендатор начинает постепенно выкупать вещь, внося арендные платежи, и ситуация становится крайне похожей на выкупной лизинг.

Также к этой категории относится и допускаемая законом конструкция договора купли-продажи вещей с условием об удержании за продавцом права собственности на переданную покупателю с отсрочкой (рассрочкой) платежа вещь с переходом к покупателю права собственности в момент полного погашения денежного долга (ст.491 ГК).

Во всех этих ситуациях лицо получает от кредитора или за счет кредитора во владение и пользование вещь, которую он на самом деле намеревается приобрести, а денежный долг по оплате этой вещи перед кредитором обеспечивается тем, что право собственности на вещь «задерживается» у кредитора. При дефолте должника кредитор удовлетворяется, изымая вещь у должника. Такие варианты можно обозначить как *обеспечительное удержание права собственности*.

В случае с оговоркой об удержании титула по ст.491 ГК в рамках купли-продажи или аренды с правом выкупа ближайшим аналогом является обеспеченный залогом долг не по займу, по постоплате переданного покупателю продавцом товара (то есть по сути коммерческий кредит). Что же до выкупного лизинга, стороны могли бы оформить ту же по сути экономическую операцию и через заем: покупкой заемщиком данного имущества у некоего поставщика за счет привлеченного займа и с установлением на купленное имущество права залога в пользу финансирующей стороны.

(б) *Обеспечительная передача права собственности*. Вторая модель состоит в том, что должник привлекает у кредитора денежные средства, а в качестве обеспечения передает кредитору имущество, которое ранее принадлежало самому должнику. Здесь как раз мы имеем дело с классической обеспечительной фидуцией. Такая конструкция в общем виде в нашем законе не урегулирована, но закон знает отдельные ее проявления.

Речь здесь в первую очередь идет об обеспечительном факторинге (п.2 ст.829 и п.2 ст.831 ГК), при котором фактор финансирует клиента, а его требования по возврату финансирования обеспечиваются тем, что клиент сразу уступает фактору свое денежные требования к третьим лицам с тем, чтобы в случае невозврата финансирования фактор мог получить удовлетворение, реализуя полученные им права кредитора за счет взыскания с третьих лиц причитающегося по обязательству в свою пользу или за счет дальнейшей продажи таких прав.

Кроме того, этой модели соответствует возвратный лизинг, допускаемый абз.4 п.1 ст.4 Закона о лизинге (то есть ситуация, когда собственник продает свою вещь лизинговой компании, на основании этой купли получает от лизинговой компании финансирование, а затем продолжает использовать вещь уже как лизингополучатель с условием о том, что полная выплата всех лизинговых платежей приводит к возврату к нему права собственности на данную вещь). Как отметил ВС РФ «продажа имущества с последующим одновременным принятием его в пользование по договору лизинга и необходимостью уплаты в течение определенного периода лизинговых платежей в целях обратного выкупа с экономической точки зрения является кредитованием покупателя продавцом... с временным предоставлением последнему титула собственника в качестве гарантии возврата финансирования и платы за него в виде процентов, что соответствует действующему законодательству» (Определение КЭС ВС РФ от 23.03.2017 по делу N 307-ЭС16-3765(4,5)). Признает такую конструкцию законной и Судебная коллегия по гражданским делам ВС РФ (Определение КГД ВС РФ от 5 ноября 2013 г. N 48-КГ13-5)

К этой же модели в ряде случаев близок договор РЕПО ценных бумаг (ст.51.3 Закона о рынке ценных бумаг), по которому одна сторона продает другой ценные бумаги, получая за них деньги, а через какое-то время обязана выкупить эти ценные бумаги. Такие сделки заключаются в различных целях (в том числе в чисто спекулятивных), но часто они направлены на привлечение финансирования под титульное обеспечение (выкупая обратно ценные бумаги, изначальный продавец фактически тем самым возвращает полученное по первой части сделки финансирование, а за счет превышения установленной цены выкупа надо ценой изначальной продажи еще и вознаграждает контрагента за предоставление возможности пользоваться полученным финансированием). Впрочем, назвать такой договор порождающим установление обеспечительной собственности не всегда легко. Дело в том, что в силу п.17 ст.51.3 Закона о рынке ценных бумаг по общему правилу сторона, приобретающая бумаги на первом этапе (на этапе финансирования), может ими свободно распоряжаться и не обязана держать их на своем счете, обратное должно быть установлено в договоре. Если блокировка бумаг не предусмотрена, квалификация этой конструкции в качестве обеспечительной собственностью становится проблематичной. В то же время если такая блокировка установлена и обеспечительная (а не спекулятивная) цель сделки очевидна, возникают основания говорить о титульном обеспечении денежного требования о возврате долгового финансирования.

Этот второй вариант (который можно обозначить как обеспечительную *передачу* права собственности) функционально еще более похож на заем, обеспеченный залогом, но с тем отличием, что долги получателя финансирования обеспечиваются передачей кредитору права собственности на имущество, ранее принадлежавшее должнику. Пока должник не вернет денежный долг, право собственности остается у кредитора. Когда же долг будет погашен, право собственности на предмет обеспечения возвращается должнику. Если же должник впадает в просрочку, кредитор может отказаться от возврата имущества, являвшегося объектом обеспечительной собственности, и удовлетвориться за счет окончательного оставления данного имущества в своей собственности, или за счет продажи его третьим лицам, не используя сложные процедуры обращения взыскания, которые ему бы пришлось соблюдать, если бы речь шла о залоге. В такой ситуации долг должника погашается за счет лишения его права требовать возврата объекта обеспечительной собственности.

## **2. Споры о допустимости титульного обеспечения.**

Уже несколько лет не прекращаются в российском праве споры о политико-правовой обоснованности обеспечительной собственности. Есть сторонники легализации в законе таких конструкций как удержание титула при купле-продаже, выкупной (в том числе возвратный) лизинг, аренда с правом выкупа, обеспечительные факторинг и РЕПО, а также допустимости использования обеспечительной собственности в любых иных случаях на основании тезиса о свободе договора и незакрытом перечне способов обеспечения, указанных в ГК (ст.329). Но есть и активные противники обеспечительной собственности, которые выступают *de lege ferenda* за отмену всех или некоторых допускаемых сейчас законом конструкций кредитования с титульным обеспечением, против легализации использования обеспечительной собственности как непоименованного способа обеспечения в любых иных ситуациях и предлагают обороту ограничить свой выбор различными институтами классического кредитования (в форме займа, банковского или коммерческого кредита) пол залог.

Аргументы и сторонников, и противников носят в основном политико-правовой характер. Сторонники упирают, помимо общих ссылок на конституционное значение принципа свободы договора, на а) неудобство залогового механизма, дороговизну и громоздкость процедур обращения взыскания на предмет залога, которые могут себе позволить сопровождать только сильные кредиторы с мощными юридическими службами, б) низкую эффективность механизмов продажи предмета залога с торгов, которая сейчас позволяет извлечь из заложенного имущества нередко намного меньше ее реальной стоимости, которую можно было бы извлечь при нормальной, не принудительной продаже, в) на возможность привлечения более дешевого финансирования за счет более мощного и эффективного обеспечения и ряд других аргументов.

Противники же предлагают оставить в качестве вещного обеспечения лишь залог, в отношении которого сформирован в законе и проработан на практике (в том числе судебной) массив норм, пытающихся сбалансировать интересы должника и кредитора. Они считают, что обход этого разработанного правового режима за счет использования вместо залога обеспечительной собственности приводит к разбалансировке отношений и ущемлению интересов должника, а также порождает правовой вакуум, который неизбежно придется заполнять путем применения по аналогии закона норм о залоге или конструирования каких-то новых и новых точечных решений, нацеленных на формирование сбалансированного и параллельного заемно-залоговому режиму финансирования с титульным обеспечением. Не проще ли заставить всех тех, кто желает привлечь финансирование или получить коммерческий кредит, используя вещное обеспечение, работать исключительно по отработанной заемно-залоговой модели? Отмечается также противниками и то, что обеспечительная собственность, взятая в чистом виде без необходимых адаптаций, оказывается более несправедливой по отношению к иным необеспеченным кредиторам должника, чем допускает более сбалансированный режим залога при банкротстве должника. Наконец, обращается внимание и на то, что конструкция титульного обеспечения лишает должника возможности использовать всю ценность своего имущества за счет последующего залога.

### **3. Анализ основных отличий залога и титульного обеспечения**

Есть ряд фундаментальных отличий заемно-залоговой модели финансирования и финансирования с использованием титульного обеспечения, на которые стоит обратить внимание прежде всего.

#### ***(а) Реализация обеспечительного потенциала конструкции на случай дефолта должника.***

Модель финансирования под титульное обеспечение, действительно, не предполагает погашение долга за счет обращения взыскания на предмет вещного обеспечения и продажи его с торгов для извлечения денежной стоимости. Обеспечительная собственность позволяет кредитору либо оставить предмет обеспечения себе и отказаться от его возврата на случай дефолта должника, либо произвести отчуждение актива от своего имени по самой удобной для кредитора процедуре в случае дефолта должника и максимально быстро превратить обеспечение в деньги, не соблюдая достаточно громоздкую и нередко дорогостоящую процедуру обращения взыскания на предмет залога. Впрочем, в случае с вещами, находящимися во владении должника, кредитору в обоих случаях в начале потребуются отобрать вещь для того, чтобы ее оставить себе или дальше спокойно продавать на обычных рыночных условиях, но в случае с имущественными правами или вещами, переданными во владение кредитору, положение последнего и вовсе крайне удобное.

В этом состоит основное преимущество титульного обеспечения, ради которого большинство таких сделок и заключается. На контрасте процедура обращения взыскания на предмет залога посредством продажи с публичных торгов очень затратна, длительна и малоэффективна (насколько нам известно, на практике предмет залога продается с торгов чаще всего по цене ниже оценки, которую дает ему оценщик для определения начальной цены продажи). Но оборотной стороной медали является то, что в рамках модели обеспечительной собственности может теоретически происходить нарушение принципа эквивалентности: присвоение кредитором имущества, ценность которого больше, чем сальдо долга, или оставление себе часть цены, полученной кредитором от продажи имущества третьему лицу, которая превышает сальдо долга. Применительно к залогоу это невозможно в силу императивного правила о *superfluum* (абз.2 п.3 ст.334 ГК), согласно которому «если сумма, вырученная в результате обращения взыскания на заложенное имущество, превышает размер обеспеченного залогом требования залогодержателя, разница возвращается залогодателю».

В принципе эта проблема решается. С одной стороны, можно установить подразумеваемое правило, согласно которому кредитор должен либо а) продать предмет обеспечения на разумных и рыночных условиях и вернуть должнику соответствующую сумму, превышающую сальдо обеспеченного долга, либо б) может оставить вещь себе, но если стоимость этого имущества, определяемая по результатам независимой оценки, оказывается больше размера долга, он должен вернуть должнику образующуюся разницу. Согласно п.3-4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 N 17 применительно к лизингу из природы отношений судебная практика вывела похожую альтернативу. На исключение возможности неосновательного обогащения фактора в рамках обеспечительного факторинга прямо указано в п.2 ст.831 ГК в отношении обеспечительного факторинга. Все это теоретически позволяет применять тот же подход по аналогии с необходимыми адаптациями ко всем иным вариантам титульного обеспечения. На крайний случай всегда имеется возможность заявить иск о возврате неосновательного обогащения.

В случае с имущественными правами должник, недовольный возникновением обогащения на стороне кредитора, должен будет сам его атаковать, заявляя иск о возврате соответствующей разницы. В отношении вещей, которые находятся во владении должника, кредитору для получения возможности продажи предмета обеспечения по нормальной рыночной цене придется в начале

отобрать вещь у должника<sup>1</sup>, а для этого потребуется подавать иск в суд (например, о выселении или отобрании своей движимой вещи). Должник в ряде случаев может заявить встречный иск о взыскании неосновательного обогащения.

В общем и целом, это очевидное и уже известное нашему праву решение, конечно, не снимает все проблемы: кредитор может продать предмет обеспечения, получить деньги, а далее впасть в банкротство и должнику денежное обогащение не вернуть. Но в целом острота кажущейся несправедливости титульного обеспечения в этом аспекте в некоторой степени снимается.

Но может возникнуть вопрос о эффективности механизмов продажи предмета вещного обеспечения кредитором или оценки актива привлекаемым независимым оценщиком для выявления реальной стоимости предмета вещного обеспечения в сравнении с эффективностью продажи имущества с торгов, характерного для залога.

Продажа предмета обеспечения кредитором порождает определенные проблемы. Кредитор не заинтересован продавать актив по максимальной цене, ему вполне достаточно найти покупателя, готового заплатить сумму, равную причитающемуся ему долгу; ведь все, что сверх этого, ему придется вернуть должнику. Ответом может быть право должника апеллировать к недобросовестности и неразумности поведения кредитора при отчуждении актива. Очевидно, что кредитор в такой ситуации имеет фидуциарные обязанности перед должником. Если будет доказано, что кредитор мог продать предмет обеспечения дороже, должник может претендовать на взыскание большей суммы. Сейчас похожая идея отражена в абз.2 п.4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 N 17 применительно к выкупному лизингу.

Что же насчет варианта определения избытка, подлежащего возврату должнику, не на основе реальной продажи актива кредитором, а на основе отчета оценщика? В ситуации, когда предметом титульного обеспечения является стандартизированный актив (например, акции публичной компании, облигации, типовая квартира и т.п.), описанный механизм выявления стоимости (оценка вместо торгов) представляется достаточно удобным и простым. Он выглядит лучше и дешевле, чем проведение торгов и не сильно уступает варианту продажи актива кредитором. Когда есть развитый рынок абсолютных аналогов, должник в рамках модели обеспечительной собственности достаточно хорошо защищен, не хуже, а то и лучше, чем в ситуации, когда актив надо было бы продавать с торгов. Например, при продаже с торгов предмета ипотеки тоже делается оценка для определения начальной продажной цены (подп. 3 п. 2 ст. 54 Закона об ипотеке), последняя устанавливается в размере 80% от этой определенной оценщиком цены, при повторных торгах, проводимых в ситуации неудачного проведения первых торгов (а это происходит по некоторым данным в большинстве случаев), начальная цена еще снижается на 15%. В итоге на практике в подавляющем числе случаев реальная цена покупки на торгах оказывается меньше цены, определенной оценщиком. При этом все это сопровождается значительными издержками и потерей времени.

Несколько отличается ситуация, когда речь идет об уникальном и сложном активе, в отношении которого нет рынка абсолютных аналогов (например, патент, доля в инновационной непубличной корпорации, право требование по обязательству и т.п.). Здесь оценка актива неким оценщиком является крайне условной, так как тот не может положиться на статистику цен на рынке абсолютных или крайне близких аналогов (то есть отсутствует объективное мерило стоимости) и вынужден использовать спекулятивные приблизительные методики; оценки разных экспертов в такой ситуации могут различаться кардинально. Впрочем, в отношении таких активов и торги не являются эффективным механизмом извлечения стоимости из предмета обеспечения, ибо чаще всего уникальные и сложные активы продаются на публичных торгах намного ниже своей нормальной рыночной цены, которую можно было бы извлечь при обычной продаже (из-за сжатых сроков, отсутствия заинтересованного участия организаторов торгов в тесном взаимодействии с потенциальными покупателями, невозможности получения заверений продавца и проведения нормального правового аудита и т.п.). Продажа на торгах, скажем, доли в ООО не позволит чаще

---

<sup>1</sup> В принципе, он может и продать голый титул на вещь, не принимая на себя обязательство передать вещь во владение. В таком случае не он, а покупатель будет истребовать вещь и должника. Но на практике такая модель зачастую будет предполагать значительную скидку в цене.

всего извлечь более половины ее нормальной цены, которую можно было бы получить, если бы долю продавал ее собственник в результате проведения нормальных переговоров. И это неудивительно, так как это принудительная продажа, проводимая в сжатые сроки, собственник в ней активное и заинтересованное участие не принимает, нормальный due diligence организовать не получится, собственник не даст заверений, и покупатель фактически покупает kota в мешке. Часто такие сложные активы покупают на торгах по крайне заниженной цене те, кто близко с ними знакомы (аффилированные с залогодателем лица). Так что здесь мы сравниваем два крайне неэффективных механизма при отсутствии иной, более совершенной альтернативы. Какой из них лучше, сказать сложно.

Тем не менее, как бы то ни было, выявление стоимости предмета обеспечения через оценку и возврат избытка в деньгах достаточно давно работает и в случае реализации прав залогодержателя при наличии в договоре соглашения о *lex commissoria* (праве залогодержателя присвоить себе предмет залога), допускаемого ст.350.1 ГК. Иначе говоря, уже с 2009 года сам залог более жестко не увязывается с продажей имущества с торгов. Так что в этом конкретном аспекте финансирование под залог и под титульное обеспечение перестали сильно различаться. Сторонники идеи торгов могут критиковать законодательное признание *lex commissoria*, но в заданных законодательных условиях запрещение титульного обеспечения только на основании того, что этот институт обходит необходимость проведения торгов, невозможно. Кстати, неудивительно, что в ряде зарубежных стран снятие запрета на *lex commissoria* влекло за собой одновременное законодательное признание конструкции обеспечительной фидуции (например, Франция в 2000-е годы); это вполне логично, ибо одновременное сосуществование запрета на *lex commissoria* в залоговом праве и свободы конструирования обеспечительной передачи права собственности вряд ли возможно с точки зрения системной согласованности права.

Но есть одно «но». В законе закреплена ряд императивных ограничений, которые установлены в патерналистских целях во имя охраны интересов граждан-залогодателей (запрет на внесудебное обращение взыскания на единственное жилье гражданина, а также запрет на согласование *lex commissoria* и условий о прямой продаже залогодержателем предмета залога в договорах, в которых залогодателем выступает гражданин, не выступающий как предприниматель). Вопрос о том, насколько разумны сами эти ограничения, может обсуждаться. Но в заданных условиях использование сторонами механизма обеспечительной собственности нередко предопределяется желанием обойти необходимость соблюдения этих ограничений. Здесь вполне может обсуждаться *de lege lata* запрет на обход этих императивных норм с использованием обеспечительной собственности в договорах с должниками-гражданами (п.1 ст.10 ГК), влекущий принудительную конверсию заключенной сторонами сделки в залог.

### ***(б) Последствия отчуждения предмета обеспечения***

В рамках титульного обеспечения кредитор может в ряде случаев нарушить условия договора и произвести отчуждение полученного в собственность имущества третьим лицам и оставить должника без возможности вернуть свое имущество. В случае с залогом должник остается собственником и такое развитие событий невозможно (за исключением редко используемого заклада движимых вещей). При залоге возникает зеркальный риск недобросовестности залогодателя и вывода им предмета залога путем отчуждения третьим лицам, но в отношении большинства ценных активов (акции, доли в ООО, недвижимость) это развитие событий блокируется за счет регистрации залога, а механизм публикации уведомлений о залоге значительно снижает такие риски и в отношении иных залоговых активов. Иначе говоря, при обычном залоге риск недобросовестности залогодателя не столь ярко себя проявляет, а залогодержатель просто не может произвести отчуждение (за исключением заклада), что создает для добросовестного залогодателя определенные гарантии в отношении того, что он не потеряет свой актив. В случае же с обеспечительной собственностью риск недобросовестности должника, передавшего свою собственность кредитору, как минимум, в случае с акциями, долями в ООО и недвижимостью исключен (как и в случае с залогом), но сам должник оказывается в уязвимом положении, рискуя потерять свой актив при недобросовестном его отчуждении формальным собственником (серьезный недостаток по сравнению

с залоговым режимом). Более того, на практике применительно к вариантам обеспечительного удержания права собственности (лизинг, аренда с правом выкупа, удержание титула по ст.491 ГК в купле-продаже) в договоре, как правило, и вовсе отсутствует какой-либо запрет на отчуждение обеспеченным кредитором права собственности на предмет обеспечения третьим лицам. Что если кредитор, обладающий формальным правом собственности, продаст предмет обеспечения третьим лицам (а также произведет отчуждение прав на это имущество иным образом)?

Этот дисбаланс, вытекающий из сути фидуциарной собственности, можно было бы теоретически решить, либо сформировав практику аннулирования сделок, совершенных обеспечительным собственником с третьими лицами, которые знали или должны были знать о том, что такое отчуждение будет влечь неминуемое нарушение договорных прав должника на передачу или возврат ему этого имущества (по правилам ст.10 и ст.168 ГК), либо за счет конструирования обременения недобросовестного покупателя правом ожидания должника на переход права собственности. В контексте ситуации с выкупным (в том числе возвратным) лизингом или арендой с правом выкупа вопрос решается просто, за счет отнесения этих конструкций к разновидности аренды: при продаже предмета аренды права арендатора не затрагиваются, просто покупатель становится на место арендодателя по правилам ст.617 ГК.

В ситуации удержания титула по купле-продаже движимой вещи фигура добросовестного покупателя вещи возникнет редко, ибо сама вещь не находится во владении кредитора. Так что аннулирование такой сделки по правилам ст.10 и ст.168 ГК в рамках доктрины недобросовестной интервенции в чужие договорные отношения вполне вероятно. В качестве альтернативного решения возможно признание недобросовестного покупателя обремененным правом ожидания должника на приобретение права собственности в момент выплаты последнего платежа по графику рассрочки. Это возможно за счет применения правил о выкупном лизинге по аналогии закона. Впрочем, вопрос о том, какой из вариантов более логичен, заслуживает обсуждения.

Теоретически две указанные модели защиты должника (аннулирование сделки по правилам ст.10 и ст.168 ГК или конструирование некоего следующего за вещью права ожидания) открыты и в отношении конструкций передачи в титульное обеспечение вещей (например, недвижимости) с сохранением владения за должником. Но в контексте обеспечительного факторинга или иных конструкций, при которых предметом титульного обеспечения являются имущественные права, возможно потребуются создание некоего реестра публикаций о передаче имущества в титульное обеспечение, в ином случае вполне возможно отчуждение имущества, являющегося предметом обеспечения, добросовестным третьим лицам. Более того, создание такого публичного реестра любых обеспечительных интересов (как залога, так и титульного обеспечения) в принципе желательно для оповещения контрагентов кредитора, что те или иные активы, которые формально принадлежат ему на праве собственности, на самом деле находятся у него на фидуциарной основе и обременены правом должника на возвращение/передачу этой собственности при условии полного погашения долга. Существование такого реестра минимизирует риски должника столкнуться с оппортунизмом кредитора, решившим продать предмет вещного обеспечения третьим лицам, и появлением фигуры добросовестного покупателя.

Не менее простой вопрос возникает и в отношении судьбы обеспеченного обязательственного требования в случае отчуждения предмета обеспечения третьему лицу. Если сформировать практику следования за правами на предмет титульного обеспечения права ожидания должника на получение/возврат права собственности (и по сути, сформировать институт права ожидания как непоименованного ограниченного вещного права), это оставляет не проясненным вопрос о том, переходит ли к новому собственнику предмета обеспечения и обеспеченное требование. Или возможна такая ситуация, когда новый собственник приобретет имущество, права на которое при погашении должником долга автоматически перейдет к должнику, но сам долг у должника останется перед изначальным кредитором?

Решение указанных проблем потребует некоторой настройки судебной практики и прояснения в ней конкретного варианта защиты должника (аннулирование сделки с недобросовестным покупателем или конструирование некоего следующего за вещью права ожидания на ее приобретение по результату погашения долга), а также вопроса о возможной неакцессорности при отчуждении прав

на предмет обеспечения. В ряде случаев, видимо, потребуются и законодательные решения (формирование публичного реестра таких обеспечительных конструкций). В принципе, все эти проблемы не выглядят нерешаемыми, но их решение потребует серьезных усилий. Вопрос состоит в том, стоит ли игра свеч с учетом того, что данная проблема сейчас более или менее сбалансированно решена в контексте залоговых правоотношений.

***(в) Переход обеспечительных прав при замене кредитора по обеспеченному долгу в контексте титульного обеспечения***

Залог носит акцессорный характер и при уступке обеспеченного требования (а также при переходе права в силу закона) к новому кредитору обязательственное право переходит вместе с правом залога (п.1 ст.384 ГК). Как в этом контексте работает механизм титульного обеспечения, не вполне понятно. Например, что если продавец, продавший оборудование с условием об удержании титула, уступает третьему лицу свое требование по оплате, переходит ли к этому третьему лицу право собственности на используемое покупателем оборудование? В ряде стран титульное обеспечение неакцессорно. Новый кредитор получит необеспеченное право, если не договорится с первоначальным кредитором об одновременном переносе на него титула собственника на предмет обеспечения. В российских реалиях никакой ясности по данному вопросу нет. В то же время п.1 ст.384 ГК сформулирован абстрактно: к новому кредитору по умолчанию переходят все обеспечительные права. Почему бы не применять эту норму и в тех случаях, когда обеспечением выступает право собственности? Вопрос требует проработки.

В одном из дел, рассмотренных ВС РФ, Суд не увидел оснований для перехода к третьему лицу, погасившему денежный долг лизингополучателя и получившему требование от лизингодателя в результате суброгации по правилам п.2 и п.5 ст.313 ГК, права собственности на предмет лизинга (Определение КГД ВС РФ от 19.06.2018 № 18-КГ18-90).

***(г) Риск банкротства обеспеченного кредитора.***

В рамках модели финансирования с титульным обеспечением возникает риск банкротства обеспечительного собственника, при котором данное имущество, казалось бы, оказывается в его конкурсной массе и должнику возвращено не будет. Данная перспектива делает положение должника крайне уязвимым. Эту проблему решить сложно, не признав на немецкий манер конструкции доверительной (фидуциарной) собственности, в рамках которой наличие у лица формальной собственности не означает, что при его банкротстве данное имущество будет затянато в его конкурсную массу (то есть по сути формирование двух имущественных масс под контролем одного лица), или не признав также непоименованное вещное право ожидания перехода (возврата) права собственности, которое обременяет имущество и следует за ним в том числе при продаже с торгов.

Применительно к лизингу в праве наметилось следующее решение. В п.2 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 N 17 функциональная и временная природа обеспечительной собственности применительно к выкупному лизингу была охарактеризована достаточно четко: «По общему правилу в договоре выкупного лизинга имущественный 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. По смыслу статьи 329 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) упомянутое обеспечение прекращается при внесении лизингополучателем всех договорных платежей...». Также опять же применительно к лизингу признаки того, что судебная практика начинает осознавать некоторую необычность права собственности в отношении предмета вещного обеспечения, можно увидеть и по ряду конкретных дел (см. напр., Постановление Президиума ВАС РФ от 14 мая 2013 г. N 17312/12). Но судебная практика не делает из этого вывода о том, что при банкротстве лизингодателя данное имущество из его конкурсной массы выпадает (то есть право не идет по пути конструирования доверительной собственности), вместо этого оно обременяет данную вещь правом аренды, а



следовательно и правом ожидания перехода права собственности, следующими за вещь. Иначе говоря, банкротство лизингодателя по договору выкупного лизинга с затыгиванием предмета обеспечения в конкурсную массу лизингодателя в принципе затронуть интересы должника не может. Данная вещь будет продана с торгов и должна приобретаться третьими лицами обремененной правами лизингополучателя (ст.617 ГК, п.2 ст.23 Закона о лизинге).

В случае с возвратным лизингом или аренды с правом выкупа арендная квалификация позволяет прийти к тому же выводу: имущество оказывается в конкурсной массе кредитора, но обременяется сохранением договорных прав должника (арендатора) при отчуждении предмета обеспечения, включая право должника на приобретение права собственности в случае выплаты всех положенных выкупных платежей.

То же, возможно, должно относиться к ситуации банкротства продавца по договору купли-продажи с условием об удержании титула (здесь ст.617 ГК может применяться по аналогии закона).

Но ситуация оказывается куда менее очевидной в ситуации банкротства фактора, стороны договора РЕПО, получившей акции на первом этапе исполнения сделки, или кредитора по любой иной сделке, структурирующей *передачу* имущества должника в обеспечительную собственность кредитора (за исключением, пожалуй, возвратного лизинга, где арендная квалификация предлагает принцип следования). Пока высшие суды не решились признать, что собственность кредитора в подобных ситуациях в целом носит лишь формальный, фидуциарный и не вполне настоящий характер (а следовательно предмет титульного обеспечения не входит в конкурсную массу кредитора) и не обрисовали комплексно правовой режим доверительной собственности (на манер немецкого или французского аналогов). Но нет ясности и в отношении применимости намеченной в отношении выкупного лизинга альтернативы затыгивания данного имущества в конкурсную массу кредитора, но его обременения правом ожидания должника на возврат права собственности с сохранением данного обременения при продаже предмета обеспечения с торгов третьим лицам. Суды пока не сформировали следующее за вещь право ожидания приобретения права собственности. Сложности здесь возникают во многом из-за доминирования в нашем праве (хотя нередко и оспариваемой) идеи о закрытом перечне вещных прав (*numerus clausus*). Если в случае с лизингом спасает конструирование лизинга в ГК как разновидности аренды, открывающее доступ к ст.617 ГК о следовании в аренде, а в случае с удержанием титула это решение можно вывести из аналогии закона (конструкции очень похожи), то в отношении вариантов *передачи* имущества в обеспечительную собственность (за исключением возвратного лизинга) применение все той же ст.617 ГК куда менее очевидно, а при последовательном проведении в жизнь идеи *numerus clausus* затруднительно и создать *de lege lata* на уровне судебной практики аналогичное следование прав за вещь.

В общем, вопрос крайне интересный и требующий прояснения. Не прояснив его и не сделав выбор одной из двух описанных моделей защиты должника, мы не можем сделать титульное обеспечение сбалансированным. В целом, вариант с расширением подхода, выработанного в отношении арендных вариаций титульного обеспечения (право следования), кажется менее болезненным и более простым решением, чем формирование концепции доверительной собственности.

Как бы то ни было, при реализации любого из двух описанных решений (признание конструкции доверительной собственности, предполагающей непопадание предмета обеспечения в конкурсную массу кредитора, или обременение предмета обеспечения следующим за правом собственности на данное имущество вещным по своей сути правом должника на приобретение права собственности после погашения долга) желательно принятие законодательного регулирования, устанавливающего правила опубличивания титульного обеспечения (например, за счет расширения нынешней системы регистрации уведомлений о залоге до масштабов системы регистрации уведомлений о любых вещных обеспечениях). Это важно, чтобы кредиторы обеспеченного кредитора могли понимать, что принадлежащее последнему на праве собственности имущества обладает природой титульного обеспечения.

#### **(д) Титульное обеспечение в ситуации банкротства должника.**

Фундаментальное отличие заемного долга, обеспеченного залогом, с одной стороны, и долга, обеспеченного за счет титульного обеспечения, с другой, проявляется при банкротстве должника. Если банкротится должник-залогодатель, заложенное имущество оказывается в конкурсной массе должника, продается под контролем арбитражного управляющего с торгов по процедурам, установленным в Законе о банкротстве, а кредитор по обеспеченному денежному требованию вынужден ждать, пока процедуры банкротства дойдут до стадии конкурсного производства и реализации конкурсной массы (на это может уйти не один месяц), и может не получить часть ему причитающегося в связи с тем, что законодательство о банкротстве принуждает его делиться частью стоимости, извлеченной из продажи заложенного имущества (в силу п.1-2 ст.138 Закона о банкротстве – 20-30%), с некоторыми другими кредиторами. Если же банкротится должник, передавший свое имущество в обеспечительную собственность кредитора, это имущество, казалось бы, не затыгивается в конкурсную массу должника, и кредитор оказывается в намного более выигрышном положении, чем иные кредиторы должника, включая залоговых кредиторов. Он может не ждать окончания конкурсных процедур, а удовлетвориться, продав имущество третьим лицам без какого-либо контроля со стороны конкурсного управляющего (если речь идет о находящихся во владении должника вещах, предварительно изъяв их из конкурсной массы), а также не должен делиться ничем с иными кредиторами должника.

Залог в определенной степени несправедлив, так как дает одному из кредиторов должника преимущество над другими, при этом субординация требований последних происходит без их согласия в нарушение принципа, согласно которому договор не может ухудшить права не участвующих в договоре третьих лиц. Но залог необходим современной финансовой системе и поэтому везде легализован. В то же время позитивное право пытается найти сложный баланс и в какой-то степени уменьшить последствия этой несправедливости при банкротстве должника за счет тонкой настройки режима залога (в том числе на стадии банкротства должника). Обеспечительная же собственность за счет «бегства» из этих правил о залоге позволяет попортить интересы необеспеченных кредиторов еще сильнее, то есть увеличить масштаб несправедливости по сравнению с залогом.

Возможным решением этой проблемы является принуждение кредитора вносить в конкурсную массу должника при банкротстве последнего соответствующую часть (те самые 20-30%, которые в рамках залогового режима следовало бы отдать другим кредиторам) рыночной и определенной на основе отчета независимого оценщика стоимости данного имущества, либо такую же часть суммы, полученной самим кредитором от реализации данного имущества третьим лицам. Альтернативное решение, известное многим странам, - в принципе возвращение актива в конкурсную массу должника с перекалфикацией прав кредитора в право залога (если мы признаем, что обеспечительная собственность не носит полноценный характер и на случай банкротства одной из сторон она трансформируется в залог). Вопрос о том, какой из вариантов является более приемлемым, требует дополнительного анализа.

***(е) Возможность максимально полного использования ценности предмета обеспечения для привлечения множественности долгов.***

Титульное обеспечение исключает возможность неоднократного использования предмета вещного обеспечения в целях извлечения с его использованием максимально возможного кредитного ресурса. Это отличает титульное обеспечение от правового режима залога, допускающего возможность последующего залога. Если, например, стоимость предмета вещного обеспечения равна 100, а сальдо долга всего 10, залогодатель мог бы взять новый кредит под последующий залог того же имущества. В случае с титульным обеспечением это невозможно. Безусловно, это следует отнести к недостаткам данной модели вещного обеспечения, но одного этого недостатка явно недостаточно, чтобы настроить правовую систему на борьбу с титульным обеспечением. Последующий залог сам по себе явление достаточно редкое. Кроме того, никто должника не заставляет выбирать такую модель обеспечения, при котором он будет лишен права установления последующего вещного обеспечения на тот же актив.

#### **4. Промежуточные итоги.**

Как мы видим, различия между заемно-залоговой моделью финансирования и финансированием с использованием обеспечительной собственности достаточно существенны. Их можно отчасти сглаживать, либо все сильнее либерализуя залоговый правовой режим, либо вводя те или иные правовые уточнения в работу конструкции титульного обеспечения во имя обеспечения разумного баланса интересов сторон (и во многом сближая ее с режимом залога). Без необходимых корректив ни одна из двух моделей не работает совершенно.

Нет консенсуса по данному вопросу и за рубежом. Разные страны отвечают на все эти сложнейшие проблемы по-разному. Одни относятся к обеспечительной собственности лояльно и допускают свободную ее конкуренцию с залогом. Другие с некоторыми исключениями запрещают, считая обходом правил о залоге. Третьи разрешают, но считают, что у кредитора не полноценная, а доверительная, фидуциарная собственность, и поэтому на случай банкротства должника затягивают это имущество в его конкурсную массу, применяя к нему залоговый режим, а при банкротстве кредитора выводят его из конкурсной массы кредитора, то есть считают, что на стадии банкротства не должно быть различий в режимах залога и обеспечительной собственности. Возможны и иные более нюансированные решения (например, более лояльное отношение к модели обеспечительного удержания собственности и одновременно применение режима залога в случае банкротства должника в остальных случаях титульного обеспечения).

Российское право пока не определилось. В тех случаях, когда закон по тем или иным относительно случайным причинам прямо допустил отдельные вариации титульного обеспечения (удержание титула, выкупной лизинг, обеспечительный факторинг, РЕПО), разрозненно и несистемно какие-то из указанных вопросов решаются, но большинство вопросов пока так и остаются без ответа.

#### **5. Передача права собственности на вещь в обеспечительных целях.**

Как мы видим, российский закон допускает множество конструкций, функционально реализующих модель титульного обеспечения. Модели удержания титула по купле-продаже, выкупного (невозвратного) лизинга и аренды с правом выкупа в общем и целом закрывают потребности в конструировании титульного обеспечения долга по постоплате приобретаемого имущества. Конструкции обеспечительного факторинга и обеспечительного РЕПО с блокировкой купленных по первой части сделки ценных бумаг – потребности передачи в обеспечительную собственность обязательственных прав и бездокументарных ценных бумаг. Но как быть если стороны желают сконструировать передачу кредитору в обеспечение привлекаемого долгового финансирования движимых вещей или недвижимости?

Такая потребность на практике возникает часто и в отношениях между гражданами с использованием в качестве предмета обеспечения жилой или иной недвижимости. Залоговый режим оказывается в глазах гражданина-займодавца слишком дорогим инструментом с точки зрения реализации прав кредитора на случай дефолта заемщика. Гражданам-кредиторам чисто психологически и экономически проще решиться дать другому гражданину в долг крупную сумму, если они понимают, что в обеспечение долга они получили титул собственника (как правило, речь идет о жилой недвижимости) и им не придется тратиться на юридическое сопровождение громоздкой и долгой процедуры обращения взыскания на предмет залога и продажу квартиры должника с публичных торгов. Мало кто из обычных граждан согласится дать заем своему знакомому, дальнему родственнику или коллеге на крупную сумму под залог квартиры, зная, через какие сложности на случай дефолта заемщика ему придется пройти при попытке обратиться взыскание на квартиру по правилам о залоге и инициировать проведение публичных торгов (и особенно если заемщик объявит себя банкротом). Кроме того, такой прием позволяет кредиторам, на первый взгляд, обойти ряд императивных ограничений в отношении свободы обращения взыскания на предмет залога (например, запрет на внесудебное обращение взыскания на единственное жилье гражданина, запрет на согласование *lex commissoria* в договорах, в которых залогодателем выступает гражданин, не выступающий как предприниматель, и др.), а также полностью, как кажется сторонам, исключает для

кредитора риск банкротства должника. Насколько этот расчет оправдывается, зависит от того, как такие конструкции будут восприниматься в судебной практике.

Как стороны оформляют такие отношения на практике, и как их воспринимают суды?

Во-первых, встречается использование уже упоминавшейся конструкции возвратного выкупного лизинга, допущенного Законом о лизинге (абз.4 п.1 ст.4 Закона). На настоящий момент этот закон (п.1 ст.3 ГК) не устанавливает никаких ограничений в отношении субъектного состава сторон договора лизинга. Это могут быть и простые граждане. Кроме того, Закон о лизинге (п.2 ст.3 ГК) допускает предоставление в лизинг любых непотребляемых вещей, включая здания и сооружения, а также квартиры и нежилые помещения (за исключением земельных участков и других природных объектов). Теоретически обычный гражданин может заключить с другим гражданином договор возвратного лизинга, по которому первый передает второму в собственность свою квартиру, но остается проживать в ней на условиях финансовой аренды, а полная выплата всех лизинговых платежей предоставит ему право требовать от кредитора совершения действий, направленных на регистрацию обратного перехода права собственности. ВС, сталкиваясь с такой ситуацией, признавал сделку законной как применительно к сугубо коммерческим отношениям (Определение КЭС ВС РФ от 23.03.2017 по делу N 307-ЭС16-3765(4,5)), так и в ситуации заключения сделки между гражданами (Определение КГД ВС РФ от 05.11.2013 № 48-КГ13-5).

Означает ли это, что возвратный лизинг и является тем самым универсальным инструментом передачи движимых и недвижимых вещей в обеспечительную собственность? Вопрос дискуссионный, равно как и дискуссионна сама идея именованная такой конструкции возвратным лизингом с подведением под правила ГК и Закона о лизинге о финансовой аренде. Если наше право в целом склонится к признанию законности таких обеспечительных конструкций, куда логичнее формировать генеральный институт фидуции в обеспечительных целях как самостоятельный договорный тип, а не придавать небольшой оговорке в Законе о лизинге о возможности выкупного возвратного лизинга такое явно незаслуженное значение.

Эта конструкция может показаться привлекательной для сторонников титульного обеспечения тем, что она является поименованной. Суду сложно опрокидывать эту конструкцию, опирающуюся на прямое указание в законе. Но, как представляется, исключить возникновение к ней у судов серьезных вопросов в ситуации, когда должником является гражданин, не выступающий как предприниматель, и особенно когда речь идет о передаче в обеспечительную собственность единственного жилья, нельзя, так как нельзя не увидеть, что эта конструкция позволяет обходить установленные в нормах о залоге императивные запреты на *lex commissoria* и условия о внесудебном обращении взыскание на имущество граждан.

Во-вторых, в рамках другой и крайне, на наш взгляд, сомнительной конструкции должник заключает с кредитором именно договор займа, а в обеспечение своего долга перерегистрирует на кредитора свою квартиру (или иное имущество) на основании договора купли-продажи, прописывая, а иногда просто подразумевая, что, если заемщик долг не вернет, кредитор может не возвращать объект обеспечительной собственности, а если должник долг вернет, то он имеет обязательственное право требовать обратного отчуждения прав собственности на данное имущество.

Здесь нет никаких сомнений в том, что речь идет о займе, и спор возникает только в отношении признания или непризнания свободы конструирования непоименованного обеспечения в виде обеспечительной передачи права собственности на основании договора купли-продажи вместо традиционного залога. В похожей ситуации Президиум ВАС РФ в Постановлении от 6 октября 1998 г. № 6202/97 увидел основания для применения правил о притворности сделки: он признал, что отчуждение имущества в обеспечение долга по кредитному договору прикрывает залог. КГД ВС РФ по одному делу в 2013 года признала правомерной квалификацию нижестоящим судом продажи недвижимости в целях обеспечения долга по договору займа в качестве притворной сделки (Определение КГД ВС РФ от 30 июля 2013 г. N 18-КГ13-72). Но по другому делу буквально через несколько месяцев та же Коллегия высказывалась, наоборот, в пользу допустимости такого непоименованного способа обеспечения долга заемщика и отвергла довод о притворности такой сделки (Определение КГД ВС РФ от 29 октября 2013 г. N 5-КГ13-113). В одном из недавних определений КГД ВС РФ отчуждение права собственности на квартиру в обеспечение долга заемщика

по договору займа вновь было признано притворной сделкой, прикрывающей залог (Определение КГД ВС РФ от 9 января 2018 г. N 32-КГ17-33).

По большому счету схема с куплей-продажей имущества в обеспечение заемного долга, действительно, выглядит нелепо: купля-продажа на самом деле прикрывает передачу собственности в целях обеспечения заемного долга - ту самую обеспечительную фидуцию, отдельные проявления которой нашли закрепление в различных поименованных конструкциях (например, обеспечительный факторинг), но общая модель которой в законе пока не представлена. И именно в эту непоименованную конструкцию суд и должен перекалфицировать ту самую куплю-продажу по правилам ст.170 ГК. Но вопрос стоит в отношении того, а законна ли сама прикрываемая непоименованная сделка передачи имущества в обеспечительную собственность? Не следует ли и ее признавать ничтожной как совершенную в обход правил о залоге и конвертировать правовые отношения в конечном итоге в обычный залог? Как мы видим, устойчивая практика пока не сложилась, но риск столкновения с негативным отношением судов высок. Сложится практика окончательно, видимо, тогда, когда в нашем праве возникнет определенность в отношении самой законности той самой обеспечительной собственности за рамками прямо признанных в законе ее разновидностей, а также сформируется четкое понимание в отношении допустимости обхода императивных правил о залоге, запрещающих внесудебное обращение взыскание на единственное жилье гражданина и *lex commissoria* в договорах залога, в которых залогодателем является гражданин, не выступающий как предприниматель, за счет использования непоименованных моделей обеспечительной передачи собственности.

В-третьих, в рамках еще одного встречающегося на практике варианта стороны не именуют свой договор займом, но оформляют отношения по модели, схожей с конструкцией РЕПО, только отчуждая не ценные бумаги, а ту же квартиру: иначе говоря, получение финансирования опосредуется договором продажи, а возврат – согласованной под условием внесения выкупной цены, в которую заложено и вознаграждение кредитора, обратной продажей права собственности. Чаще всего это делается путем заключения двух договоров купли-продажи, по первому из них квартира переоформляется на контрагента, уплачивающего за нее цену X, а в рамках второй через какое-то время эта квартира подлежит обратной продаже по цене X + n, где n – это де-факто вознаграждение за пользование полученным по первой сделке капиталом. При этом право пользоваться квартирой, как правило, сохраняет за собой изначальный собственник. Отбирать у него данное имущество (путем подачи иска о выселении) первый покупатель начинает только тогда, когда владелец не сможет заплатить за обратное приобретение данного имущества, и этот второй договор на обратную продажу будет расторгнут. Кредиторы, видимо, считают, что выселить бывшего собственника из ставшей своей квартиры им будет легче, чем обращаться на эту квартиру взыскание в судебном порядке.

Следует ли такие договоры перекалфицировать в заем, обеспеченный залогом? Этот вопрос в полной мере не решен, так как наше право в целом не определилось в вопросе о допустимости конструирования непоименованных в законе вариантов обеспечительной собственности в целом и в обеспечение долга гражданина, не выступающего в качестве предпринимателя, в частности. Судебная практика колеблется. Ранее подобные сделки становились предметом рассмотрения КГД ВС РФ, но однозначной позиции Коллегия не высказывала (Определение КГД ВС РФ от 25 марта 2014 г. N 18-КГ13-172). В Определении КГД ВС РФ от 21.11.2017 № 5-КГ17-197 Суд указал на наличие оснований для признания такого договора недействительным по правилам ст.10 и ст.168 ГК. Есть масса решений нижестоящих судов, которые признавали такие «РЕПО-образные» сделки с жильем по правилам ст.170 ГК в качестве притворных и прикрывающих заем, обеспеченный залогом квартиры.

Пока в нашем праве консенсус не выработан, а судебная практика, как мы видим, колеблется. В этих условиях говорить об однозначности перекалфикации таких сделок в заем, обеспеченный залогом, рано, но вероятность подобного развития событий с учетом самых последних актов КГД ВС РФ достаточно высока (как высока и вероятность того, что вследствие такой перекалфикации между сторонами останется заемный долг, но вместо обеспечительной собственности кредитор не получит и права залога).

Не исключено, что применительно ко всем трем вышеописанным моделям конструирования передачи должником своих вещей в собственность кредитора в обеспечение привлекаемого от кредитора денежного финансирования, суды, не запрещая такие договоры в целом и не вступая в конфликт с базовой идеей свободы договора, в будущем все же склоняться к негативному отношению к таким договорам, в тех случаях, когда речь идет о передаче своего имущества в обеспечительную собственность гражданами, не выступающими в качестве предпринимателями (или только в ситуации, когда речь идет о передаче такими гражданами прав на единственное жилье). Но возможно и утверждение более жесткого подхода с тотальным запретом всех, как минимум, подобных вариантов титульного обеспечения.

При этом если окончательно утвердится отрицательное отношение к описанным вариантам титульного обеспечения вообще или, как минимум, применительно к ситуации, когда вещи в обеспечительную собственность передает гражданин, не выступающий как предприниматель, практика может пойти а) по пути признания таких сделок притворными по ст.170 ГК с преквалификацией в ту сделку, которую стороны имели в виду (заем, обеспеченный залогом), б) по пути признания таких сделок совершенными в обход закона по сути с той же переквалификацией в обеспеченный залогом заем, а также в) по пути признания элемента титульного обеспечения в качестве недействительного по ст.10 и ст.168 ГК. Кажется более точным вариант «б», но анализ практики показывает, что он далеко не доминирует в решениях, в которых суды дают негативную оценку обеспечительной собственности. В любом случае, как представляется, было бы справедливо, чтобы переквалификация сопровождалась фиксацией в судебном решении преобразования права обеспечительной собственности в право залога (при недействительности по ст.10 и ст.168 ГК - по сути в результате конверсии недействительного титульного обеспечения в максимально приближенный законный аналог, коим является право залога). Это важно для того, чтобы кредитор, потерявший обеспечительную собственность, мог произвести регистрацию такого залога в ЕГРН или ином правоустанавливающем или реестре уведомлений о залоге. Сейчас на практике это происходит далеко не всегда. Вместе с тем блокирование конверсии и лишение кредитора того обеспечения, на которое он мог бы рассчитывать по закону вместо того, на который стороны согласились (то есть, права ипотеки в отношении квартиры заемщика вместо обеспечительной собственности на квартиру), было бы не совсем справедливым за исключением случаев, когда праву имеет смысл наказать кредитора (например, в ситуации вопиющих злоупотреблений, допущенных кредиторами в отношении заведомо неискушенных заемщиков, предоставивших титульное обеспечение под влиянием недобросовестного поведения займодавца).