

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ НОВОГО ЗАЛОГОВОГО ПРАВА

Роман Бевзенко, профессор РШЧП, к.ю.н.

1. Природа ареста по обязательственному иску

Помимо хорошо известных российскому праву случаев возникновения залога из договора или из закона, новеллы залогового права предусмотрели еще одно основание для возникновения права залога – это «судебный» залог. Речь идет о норме п. 5 ст. 334 ГК РФ, в соответствии с которой кредитор, чьи требования обеспечены арестом, наложенным судом или иным уполномоченным органом, рассматривается как залогодержатель арестованного имущества.

Очень интересна юридическая природа положения кредитора, чьи обязательственные требования обеспечиваются арестом. При аресте вещи происходит обособление некоторого имущества из имущественной массы должника, которое как бы предназначается кредитору для именно его, кредитора, удовлетворения. Это очень похоже на ... залог. И дальнейшая логика законодателя также свидетельствует о том, что права кредитора, по чьему требованию был наложен арест, крайне похожи на права залогодержателя.

Один из важнейших признаков залога - это следование залога за вещью, ценность которого служит кредитору для удовлетворения его требований. Пункт 2 ст. 174.1 ГК РФ вводит именно эту конструкцию для последствий продажи арестованного имущества.

Однако в залоге следование - лишь один из элементов конструкции залогового права, второй неизбежный элемент - это приоритет. Возникает такой вопрос: что будет с обеспеченным арестом кредитором, если должник либо приобретатель арестованного имущества впадает в банкротство? Следует ли считать, что такой кредитор имеет приоритет, аналогичный залоговому? Я думаю, что на этот вопрос должен быть дан положительный ответ. Объясняется это тем же, что и сам залог: право защищает активных, тех, кто первыми добивается лучшего обеспечения своих требований за счет имущества должника или третьего лица. Таковым является залогодержатель; таковым является и кредитор, добившийся наложения ареста на имущество должника. Как мне представляется, прямое указание в п. 5 ст. 334 ГК РФ о том, что кредитор, добившийся ареста, имеет права залогодержателя, означает, что такой приоритет ему предоставляется законом.

Однако защита активных (и сильных) кредиторов в некоторых случаях (прежде всего – при банкротстве должника) отступает перед иными группами кредиторов - недобровольными кредиторами (деликты в отношении жизни/здоровья); кредиторами, чьи требования являются социально-

значимыми (алиментные кредиторы, вкладчики банков и т.п.). Эти балансы обнаруживают себя в законодательстве о банкротстве. Разумно, на мой взгляд, если бы эти балансы проявляли себя и в случае с обеспечением требований кредитора путем ареста. Представляется, что отсылка к залоговому праву позволяет теперь решить и эту проблему.

Наконец, квалификация требований кредитора, по которым был наложен арест, как залоговых позволяет решить застарелую проблему конкуренции залогового и незалогового кредитора и проблему возможности ареста предмета залога по незалоговому требованию. До последнего времени такой арест не допускался, что было связано с иным пониманием эффекта ареста (ничтожность всего того, что сделано вопреки аресту). Однако если мы соглашаемся с тем, что арест - это своеобразный "судебный залог", то нет никаких препятствий для того, чтобы арестовывать уже заложенную вещь по требованию незалогового кредитора. В этом случае арест будет последующим залогом, обладатель которого должен в случае неисполнения по старшему залогоу присоединиться к старшему залоговому кредитору в процедуре обращения взыскания и реализации имущества. Если этого не произошло, младший залог (в том числе, видимо, и судебный) должен прекратиться, так как младший залоговый кредитор не может умалять требований старшего кредитору. А это очевидно имеет место если признать, что младший залог (в моем примере - судебный) сохранится и будет "обременять" продаваемое старшим залогодержателем имущество.

Разумеется, если арест - это судебный залог, то должны применяться и доктрины, связанные с защитой лица, которое приобрело имущество, не зная и не имея возможности знать о судебном залоге (аресте). Собственно, это и написано в п. 2 ст. 174.1 (кредитор, добившийся ареста, сохраняет «права, обеспеченные арестом» и при отчуждении арестованного имущества третьему лицу, «за исключением случаев, если приобретатель имущества не знал и не должен был знать о запрете»).

Интересен также вопрос об аресте чужой вещи. По идее, вследствие доктрины защиты добросовестного залогодержателя (абз. 2 и 3 п. 2 ст. 335 ГК РФ), обеспечение в пользу кредитора, который не знал и не мог знать о том, что вещь чужая (и она не выбыла от собственника против воли, например, находилась в аренде у должника, и он не раскрыл этот факт при наложении ареста) должно сохраниться.

Кроме того, заслуживает внимания и проблема публичности такого рода обременений (разнообразных арестов) в контексте реформы законодательства о регистрации уведомлений о залоге движимости. На мой взгляд, для этого нет никаких препятствий и такая практика у нотариусов (в частности, в г. Москве) уже имеется.

2. Защита добросовестного залогодержателя

Еще одна серьезнейшая и долгожданная новелла, содержащаяся в ст. 335 ГК РФ, это введение в наше залоговое право фигуры добросовестного залогодержателя, то есть, лица, которое не знало и не должно было знать о том, что вещь закладывается не собственником¹.

Прежде всего, требуется определить, а подлежит ли вообще защите право залога, установленное не собственником, имеются ли какие-либо веские политико-правовые соображения, по которым залогодержатель в подобной ситуации должен быть защищен?

Положительный ответ на этот вопрос может быть обоснован следующими доводами.

Во-первых, залог неразрывно связан с кредитом, подавляющее большинство залоговых сделок обеспечивают именно возврат кредита или займа. Причем даже используемая п. 5 ст. 488 ГК РФ залоговая конструкция защиты интересов продавца имущества, проданного с отсрочкой или рассрочкой платежа, также на самом деле защищает кредит, только понимаемый в широком, экономическом смысле этого слова – кредит, оказываемый продавцом покупателю и выражающийся во временном разрыве между обменом предоставлениями по договору купли-продажи.

Риск невозврата кредита имеет серьезное (хотя, разумеется, не первостепенное) влияние на ставку процента по кредиту. То есть, слабость или, напротив, прочность обеспечительных конструкций непосредственно сказывается на плате за кредит: чем выше вероятность, что кредитор, воспользовавшись обеспечительными правами, все-таки получит причитающееся, тем кредит дешевле, и, напротив, чем выше риски кредитора, тем кредит будет дороже. Получается, что, предпринимая меры по усилению юридических обеспечительных конструкций, законодатель (или суды) минимизирует риски кредиторов и тем самым создает почву для удешевления кредита.

¹ Установленное не собственником в пользу залогодержателя, знавшего об этом обстоятельстве, залоговое право (например, вор отдал в залог краденую вещь лицу, знавшему о том, что она краденая) не может признаваться и защищаться правом, так как это будет противно добрым нравам. Однако эту ситуацию не следует смешивать с описанной выше конструкцией залога будущих вещей, когда в момент заключения договора залога залогодержатель вполне осознает, что собственность на имущество еще не принадлежит залогодателю; но в момент установления залогового права на соответствующие вещи (передачи их во владение залогодержателю, наложение знаков, регистрации залогов и т.п.) залогодержатель, действуя осмотрительно, должен полагать, что имущество *уже принадлежит* залогодателю.

Во-вторых, отказ от защиты добросовестного залогодержателя в ситуации, когда последний мог полагаться на доказательства права собственности, предъявленные залогодателем (например, запись в ЕГРП) будет подталкивать залогодержателей к очень основательной и тщательной проверке титула залогодателя. В частности, изучению должна будет подлежать вся цепочка сделок (или иных юридических действий), в результате которых потенциальный залогодатель приобрел право собственности на закладываемую вещь². Разумеется, это может не просто затормозить кредит, но и вообще парализовать его.

В-третьих, нельзя забывать об оборотной экономической стороне невозврата кредитов, в том числе и тех, которые были обеспечены залогом. Банки (а именно они в подавляющем большинстве случаев являются залогодержателями), выдавая кредиты, делают это, в основном, за счет денежных средств, получаемых от вкладчиков. Соответственно, невозврат кредита влечет за собой неизбежные трудности, связанные с удовлетворением банком требований вкладчиков. В итоге выходит, что, защищая интересы банков-кредиторов, законодатель (или суды) не в последнюю очередь защищают и интересы их вкладчиков.

Таким образом, прочность залогового права и идеология защиты кредитора теснейшим образом связаны между собой. Именно поэтому в пограничных ситуациях, когда в основании залога есть какой-то порок, но этот порок «исцеляется» последующими обстоятельствами дела (например, залогодатель стал собственником, собственник дал согласие на уже состоявшийся залог его вещи и т.п.) разрешение коллизии интересов собственника и залогодержателя должен осуществляться в пользу залогодержателя.

Как быть в случае, когда оснований для конвализации залоговой сделки нет (то есть, залогодатель не приобрел впоследствии собственность на заложенное имущество)? И нет повода упрекнуть собственника в том, что он знал об акте обременения залогом его имущества, совершенном неуправомоченным лицом, но промолчал об этом?

В этом случае обоснованием защиты такого залогодержателя должны служить иные соображения, коренящиеся, в первую очередь, в обстоятельствах совершения сделки по установлению обеспечения. Мне представляется, что здесь в полной мере может иметь место применение идеи о том, что право должно защищать доверие участника оборота к внешним распознаваемым

² Тут вполне уместно будет вспомнить о таком юридическом изыске как *probatio diabolica*.

признакам наличия права (т.н. теория «видимости права», *Rechtsscheinteorie*). Именно этот тезис – о доверии легитимирующей функции владения движимостью – лежит в основе надления добросовестного покупателя, например, движимого имущества от неуправомоченного отчуждателя, владевшего проданной вещью, но не являвшегося ее собственником, правом собственности на приобретенное имущество³.

Для недвижимого имущества легитимирующим значением обладает запись в реестре⁴, причем в зависимости от устройства регистрационной системы (позитивная или негативная⁵) запись в реестре или сама по себе создает право, отменить которое возможно лишь в ограниченном числе случаев, или является знаком, видимостью права на недвижимое имущество, доверие которому также должно защищаться государством⁶. Поэтому лицо, положившееся при совершении любой сделки (необязательно только купли-продажи) на запись в реестре должно быть защищено возможностью ссылаться на собственную добросовестность.

Разумеется, на видимость права не может ссылаться лицо, которое имеет информацию о том, что видимость права и действительная принадлежность права не совпадают. То есть, ссылка на видимость права не может быть доступна недобросовестному лицу. Не может ссылаться на видимость права и тот, кто, действуя разумно и осмотрительно (в пределах той осмотрительности, которая принята по условиям оборота), имел достаточные основания предположить, что видимость права и действительная принадлежность права не совпадают.

Таким образом, для того, чтобы сослаться на видимость права, лицо должно доказать собственную *добросовестность*, то есть, то, что действия разумно и осмотрительно (так, как это принято по условиям оборота) оно имело

³ См. напр.: *Czeguhn I., Abrens C.* Fallsammlung zum Sachenrecht. Springer. 2006. Ss. 14, 26; Подр. см.: *Эртман П.* Основы учения о видимости права // Вестник гражданского права. 2011. № 4. Том 11. С. 285-314. В российской литературе: *Черепашин Б.Б.* Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя // Труды по гражданскому праву. С. 258-260; *Покровский П.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1997. С. 201; *Гойхбарг А.Г.* Хозяйственное право РСФСР. Том 1. Гражданский кодекс. М., 1923. С. 71; *Агарков М.М.* Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. М., 1994. С. 45; *Salomons A.* Good Faith Acquisition of Movables // Towards A European Civil Code. 4-th ed. 2011. Pp. 1077-1081).

⁴ *Эртман П.* Указ. соч. С. 314.

⁵ Scottish Law Commission. Discussion Paper on Land Registration: Registration, Rectification and Indemnity. Edinburg, 2005. Pp. X, 3–5.

⁶ Тем более, что регистрационной системе свойственен принцип легалитета, то есть, презумпции законности всех внесенных записей.

достаточные основания положиться на видимость права – владение движимостью, запись в реестре и т.п.

В отношении залогодержателя выполнение этого требования достигается теми же действиями, которые обычно совершает покупатель при проверке управомоченности продавца на продажу вещи: изучение наличия/отсутствия владения движимостью, наличия/отсутствия записи в реестре, изучение документов, свидетельствующих о правильном приобретении продавцом права собственности на имущество (для случаев совершения сделки с ценным имуществом или для случаев совершения сделки лицом, которое является особо компетентным в совершении определенного рода сделок) и т.п.

Другое важное ограничение возможности сослаться на видимость права – это возмездность сделки, при совершении которой лицом полагается на видимость права⁷. Несмотря на то, что с точки зрения теории видимости права не имеет значение, кто полагается на эту видимость – возмездный или безвозмездный приобретатель – целесообразность и справедливость требуют относиться к ним по-разному. В итоге, даже германское право, которое не содержит требования возмездности для конструкции приобретения права от неуправомоченного отчуждателя, предоставляет бывшему собственнику имущества, приобретенного добросовестным безвозмездным приобретателем, возможность требовать выдачи его как неосновательного обогащения⁸.

Вопрос о возмездности при установлении залогового права является неоднозначным. С одной стороны, при установлении залога залогодержатель не осуществляет в пользу залогодателя какого-либо встречного предоставления (именно за установление залога). С этой точки зрения, залогу вряд ли может быть квалифицирован как возмездная (*for value*) сделка. Однако с другой стороны, в установлении залога нет ничего общего с безвозмездными (*gratuitous*) сделками, так как ее совершение залогодателем не имеет намерение облагодать залогодержателя. Напротив, совершение такой сделки приближает залогодателя к желаемой цели – получению исполнения по основному договору (в первую очередь, получение кредита). Поэтому квалификация ситуации как получение права (залога) на безвозмездных началах решительно невозможна.

⁷ См.: Principles of European Law. Vol. 9. Acquisition and Loss of Ownership of Goods / Faber W., Lurger B. Oxford University Press, 2011. Pp. 892-893.

⁸ См. § 816 (1)(2) BGB. См. также: National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary / ed. by Wolfgang Faber, Brigitta Lurger. Sellier. European law publishers GmbH, Munich. 2011. Pp. 34, 75.

И, наконец, третий элемент состава, который позволяет заинтересованному лицу сослаться на видимость права, это установления обстоятельства выбытия вещи из владения собственника. Общеизвестно, что вещи краденые, а также выбывшие из владения собственника против его воли не поступают в собственность добросовестного покупателя. Это положение (как и положение о запрете безвозмездному приобретателю сослаться на видимость права) само по себе не согласуется с концепцией доверия видимости права, на что традиционно указывается в литературе⁹. Однако справедливость требует, чтобы при «взвешивании» интересов собственника, хотя и утратившего свое имущество, но не совершившего при этом каких-либо действий, которые могут быть поставлены ему в упрек, и добросовестного лица, положившегося на видимость права, поведение которого в общем-то тоже безупречно, приоритет в защите отдавался собственнику.

Объяснений этому выбору довольно много: это и известная концепция «наименьшего зла» (приобретатель хотя бы знает отчуждателя и потому может предъявить к нему иск об убытках, а собственник его не знает вовсе), и нежелание стимулировать воровство и скупку краденого, и теория распределения рисков и т.п.¹⁰ Важно то, что за некоторым незначительным исключением (деньги, ценные бумаги, имущество, купленное на публичных торгах или на организованном рынке) в описываемой ситуации предпочтение всегда отдается интересу собственника, а не лица, положившегося на видимость права.

Описанная выше логика должна теперь работать и в случае обсуждения последствий доверия залогодержателя к видимости права залогодателя: если была заложена краденая вещь, то справедливость требует, чтобы в условиях, когда каждое из лиц, участвующих в конфликте (залогодержатель и собственник), не совершало каких-либо действий, которые могли быть поставлены ему в упрек, приоритет в защите получил собственник.

Любопытно, что описанная концепция защиты добросовестного залогодержателя не является новеллой в полном смысле этого слова. Так, еще в 2011-2012 г. Президиум ВАС начал формировать практику, направленную как на защиту добросовестного залогодержателя¹¹ от собственников, так и на

⁹ *Wielung H.J.* Sachenrecht. B. 1. Sachen, Besitz und Recht an beweglichen Sachen. Springer, 2006. S. 368.

¹⁰ *Salomons A.* Op. cit. P. 1078.

¹¹ Постановления Президиума ВАС РФ № 2763/11 от 26.07.2011; № 16513/11 от 07.07.2012.

защиту собственников в случае если заложенное имущество выбыло от собственника помимо его воли¹².

3. «Тотальный» залог

Довольно интересные изменения залоговое право претерпело в части регулирования различных нетипичных ситуаций, связанных с предметом залога.

Первое, что обращает на себя внимание, это резкое снижение стандарта описания предмета залога в договоре залога, залогодателем по которому является субъект предпринимательской деятельности. Так, в соответствии с абз. 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ «... предмет залога может быть описан любым способом, позволяющим идентифицировать имущество в качестве предмета залога на момент обращения взыскания, в том числе путем указания на залог всего имущества залогодателя или определенной части его имущества либо на залог имущества определенных рода или вида»¹³.

Из этой нормы можно сделать вывод о том, что отечественный правопорядок признал такую форму обеспечения, которую можно условно обозначить как «тотальный залог», то есть, залог всего (или части) имущества залогодателя.

Обеспечительная конструкция, которая позволяет закладывать имущество без спецификации предмета залога, а путем указания на имущественную массу, принадлежащую установившему залог лицу, уже имеется в нашем залоговом праве, – это залог товаров в обороте (ср. ст. 357 ГК РФ). Однако тотальный залог и залог товаров в обороте не следует смешивать. Дело в том, что при залоге товаров в обороте имущество, которое составляет обеспечение, освобождается от обременения при выбытии из заложенной товарной массы (п. 2 ст. 357 Кодекса)¹⁴. При тотальном залоге эффект освобождения имущества,

¹² Постановления Президиума ВАС РФ № 9555/11 06.12.2011.

¹³ Норма вступает в силу с 1 января 2015 года (п. 2 ст. 3 Закона № 367-ФЗ от 21.12.2013).

¹⁴ Эта особенность залога товаров в обороте является в некотором смысле основанием утверждать, что вопреки своему наименованию залог товаров в обороте залогом не является. Залогу присущи два важных, неотъемлемых свойства: (а) следование за вещью и (б) приоритет, который он предоставляет залогодержателю в отношении других кредиторов. Таким образом, явление X – это явление, у которого имеются два существенных признака: (а) и (б). Если есть явление Y, у которого есть только признак (а), но признак (б) отсутствует, то с точки зрения правил формальной логики Y не есть X. По всей видимости, залог товаров в обороте следует рассматривать как соглашение собственника и кредитора о кредиторском приоритете при удовлетворении последнего из стоимости товаров, принадлежащих залогодателю, которое (при наличии, разумеется, публичности – см. след. раздел статьи) может быть противопоставлено другим кредиторам.

которое было заложено и отчуждено залогодателем, не наступает, и оно поступает в собственность приобретателя обремененным. Это объясняется тем, что для тотального залога законодатель не делает исключения из правил о следовании залога при отчуждении; отсутствует соответствующее указание и в ст. 352 Кодекса, устанавливающей основания для прекращения залога.

Тотальный залог отчасти напоминает известную обеспечительную конструкцию *floating charge* (плавающее обеспечение), которая получила широкое распространение в западных юрисдикциях. Однако различия между тотальным залогом и плавающим обеспечением довольно серьезные.

Во-первых, плавающее обеспечение как обременение проявляет себя не с момента установления, а с т.н. момента кристаллизации, который наступает по общему правилу при просрочке должника. В случае с тотальным залогом идея совсем другая – с момента установления залога имущество считается обремененным.

Во-вторых, плавающее обеспечение не представляет полноценного приоритета кредитору, выговорившему себе такое обеспечение. Так, если на отдельное имущество будет впоследствии установлено фиксированное обеспечение (*fixed charge*), то оно даже будучи более поздним по времени будет иметь приоритет перед более ранним плавающим обеспечением. Ничего похожего при тотальном залоге не наблюдается: правила о залоговом старшинстве не знают исключений для тотального залога¹⁵.

Тотальный залог, будучи зарегистрированным в реестре, имеет эффект не только против третьих лиц-кредиторов залогодателя, предоставляя залогодержателю приоритет при удовлетворении его требований из стоимости *всего (либо части)* имущества залогодателя, но и при приобретении третьими лицами имущества залогодателя, установившего тотальный залог. Это связано с тем, что всякое третье лицо может получить информацию о том, что его контрагент установил залог на *все* свое имущество из нотариального реестра уведомлений о залоге; поэтому всякий приобретатель от залогодателя должен рассматриваться как знающий о том, что он приобретает заложенное имущество. Следовательно, залог будет сохраняться. В связи с этим тотальный

¹⁵ См. подр. о конструкции *floating charge*, напр.: *Butter M.* Recognition of English Fixed and Floating Charges in German Insolvency Proceedings under the New European Regulation on Insolvency Proceedings // 2 J. Corp. L. Stud. 213 2002; *Ferran E.* Floating Charges. The Nature of the Security // The Cambridge Law Journal, Vol. 47, No. 2 (Jul., 1988); *Pennington R.* The Genesis of the Floating Charge // The Modern Law Review, Vol. 23, No. 6 (Nov., 1960); *Worthington S.* Floating Charges. An Alternative Theory // The Cambridge Law Journal, Vol. 53, No. 1 (Mar., 1994).

залог легко представить себе в виде некоего «купола», который как бы опускается на имущество залогодателя и все активы, которые попали либо попадут под этот «купол» автоматически обременяются залогом; из-под этого «купола» они также выходят обремененными.

Мне однако представляется, что такое решение законодателя, не знающее исключений, является слишком жестким и не учитывающий реалии совершения некоторых сделок, в первую очередь – гражданами-потребителями. Разумеется, и они имеют возможность ознакомиться с реестром уведомлений о залоге при заключении сделок по приобретению дорогостоящей¹⁶ мебели, техники и т.п. Однако вряд ли можно всерьез представить себе, что потребители будут делать. И дело здесь даже не столько в том, что потребитель – сторона, обладающая слабой переговорной позицией. Скорее, в стандарт потребительского поведения, предшествующего заключению сделки, никогда не входило (и, думаю, никогда не будет входить) изучение каких-либо сторонних информационных ресурсов. Потребители черпают всю информацию, имеющую отношение к сделке от своего контрагента. Более того, жестко регулируемые информационные обязанности продавца по отношению к потребителю – один из фундаментальных, основополагающих принципов потребительского права, составляющих его стержень. Немыслимо представить себе, чтобы в обязанность продавца не входило бы предоставление покупателю-потребителю информации о том, что он приобретает заложенную вещь. В связи с этим, как представляется, обычно доверие покупателя к информации о товаре, предоставляемой продавцом, столь велико, что представить себе потребителя, осуществляющего независимый поиск информации об обременениях просто невозможно.

Я убежден, что, несмотря на то, что законодатель не сделал изъятие для действия тотального залога против граждан-потребителей, суды самостоятельно выработают защиту покупателей заложенного имущества в описанной ситуации¹⁷.

Разумеется, тотальный залог, даже будучи зарегистрированным в нотариальном реестре уведомлений о залоге, не может породить залоговые права в случаях, когда для возникновения залога требуется особая, правоустанавливающая регистрация (например, ипотека, залог ценных бумаги и

¹⁶ Очевидно, что описываемая проблема будет иметь место лишь в случае приобретения дорогостоящего движимого имущества. Для имущества незначительной стоимости издержки по поиску приобретателей и обращению взыскания

¹⁷177 Что, собственно, один раз уже произошло (ср. п. 25 Постановления Пленума ВАС РФ № 10 по вопросу о защите добросовестного покупателя заложенного имущества).

т.п. – см. об этом ниже). Это связано с тем, что для такого рода залогов требуется спецификация заложенного имущества (описание заложенной недвижимой вещи и т.д.), чего, разумеется, нет и не может быть при тотальном залоге. Поэтому, например, даже будучи представленным в орган по государственной регистрации прав на недвижимое имущество, такой договор не может стать основанием для государственной регистрации ипотеки.