
ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ БАНКОВСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

*Под редакцией доктора юридических
наук, профессора Е.А. Суханова*

Москва
Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР»
1997

ББК 67.99(2)2

Правовое регулирование банковской деятельности. Под ред. проф. Е.А. Суханова — М.: Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР», 1997. — 448 с.

ISBN 5-89158-005-5

Книга представляет собой сборник статей по проблемам правового регулирования банковской сферы. Ее структура последовательно отражает все основные аспекты юридического оформления деятельности банков и других кредитных учреждений. Читателю дается возможность представить полную картину правовой регламентации этой важной сферы рыночной экономики.

После анализа правовой организации банковской деятельности, включающей правовое положение Центрального банка РФ и коммерческих банков, рассматриваются виды банковских сделок, предусмотренные новым ГК РФ: договор факторинга, договор доверительного управления имуществом, договор займа, кредитный договор, договоры банковского вклада и банковского счета.

Значительное внимание в книге уделено правовому регулированию расчетов, включая расчеты во внешнеэкономических контрактах, а также банковским операциям с ценными бумагами.

Отдельные главы сборника посвящены гражданско-правовому обеспечению исполнения банковских сделок (поручительству и банковской гарантии, залугу и удержанию, страхованию в сфере банковской деятельности), нотариальной и судебной защите интересов участников банковской деятельности, налоговым отношениям в банковской сфере.

Непосредственное участие многих авторов статей в законопроектной работе и правоприменительной деятельности, в том числе в качестве арбитров третейских судов, дало возможность усилить практическую направленность содержания сборника.

Сборник адресуется студентам, аспирантам и преподавателям юридических факультетов вузов, а также юристам-практикам.

ISBN 5-89158-005-5

© Коллектив авторов, 1997.

© Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР», 1997.

Оглавление

Предисловие	7
Краткие сведения об авторах сборника	10
Раздел I. Правовая организация банковской деятельности	11
Глава 1. Правовое положение банков и иных кредитных организаций.....	11
Глава 2. Особенности правового положения Центрального банка Российской Федерации	20
§ 1. Банк России как центральный государственный банк.....	20
§ 2. Административные полномочия Банка России и совершенствование управления кредитной системой	29
§ 3. Опыт построения первого уровня кредитной системы во Франции	67
Раздел II. Гражданско-правовые сделки с участием банков.....	75
Глава 3. Обязательства с участием банков, предусмотренные второй частью Гражданского кодекса РФ 1996 года	75
§ 1. Виды банковских сделок, предусмотренных второй частью ГК РФ 1996 года	75
§ 2. Договор финансирования под уступку денежного требования (договор факторинга).....	79
§ 3. Договор доверительного управления имуществом.....	85

Глава 4. Банковские сделки в Гражданском кодексе РФ 1996 года.....	96
§ 1. Договор займа	96
§ 2. Кредитный договор.....	111
§ 3. Договор банковского вклада.....	126
§ 4. Договор банковского счета	140
Глава 5. Правовое регулирование расчетов в Гражданском кодексе РФ 1996 года	167
§ 1. Расчеты платежными поручениями.....	167
§ 2. Расчеты по аккредитиву	174
§ 3. Расчеты по инкассо	180
§ 4. Расчеты чеками	182
Глава 6. Применение аккредитивной формы расчетов во внешнеэкономических контрактах.....	186
Глава 7. Банковские операции с ценными бумагами.....	208
§ 1. Эмиссионные операции.....	211
§ 2. Кредитные операции.....	221
§ 3. Обслуживание обращения ценных бумаг	241
§ 4. Учет и переучет векселей, флуот векселей и чеков	244
§ 5. Купля-продажа ценных бумаг	250
§ 6. Фондовые биржевые операции	253
§ 7. Операции с государственными ценными бумагами.....	258
§ 8. Депотные операции.....	262
Раздел III. Гражданско-правовое обеспечение исполнения банковских сделок	265
Глава 8. Поручительство и банковская гарантия	265
§ 1. Поручительство.....	265
§ 2. Банковская гарантия	286
Глава 9. Залог и удержание во второй части Гражданского кодекса РФ 1996 года	302
Глава 10. Страхование в сфере банковской деятельности	319
Раздел IV. Нотариальная и судебная защита интересов участников банковской деятельности.....	345
Глава 11. Нотариальная форма защиты прав субъектов банковской деятельности	345
§ 1. Общие положения о нотариальной форме защиты прав.....	345

§ 2. Исполнительная надпись нотариуса.....	349
§ 3. Протест векселей.....	365
Глава 12. Рассмотрение третейскими судами споров с участием банков.....	376
§ 1. Компетенция и виды третейских судов.....	376
§ 2. Организация и порядок деятельности третейских судов.....	378
§ 3. Исполнение решений третейский судов.....	386
§ 4. Международный коммерческий арбитраж	390
Глава 13. Исполнение актов арбитражных судов и иных органов.....	394
§ 1. Исполнительное производство в новом законодательстве	394
§ 2. Проблемы кодификации правил об исполнительном производстве.....	400
§ 3. Порядок обращения взыскания на имущество предприятия-должника	406
Раздел V. Налоговые отношения и банковская деятельность.....	423
Глава 14. Взаимосвязь гражданско-правовых и налоговых отношений в банковской деятельности	423



Предисловие

Настоящая коллективная работа является вторым, переработанным и дополненным изданием книги с аналогичным названием, открывшей серию научно-практических изданий «Библиотеки ЮрИнфоР» в 1994 г. Как и предыдущее издание, она представляет собой сборник статей по проблемам правового регулирования банковской деятельности, в основу которых положены лекции для юристов и других работников банков, читаемые авторами в рамках постоянно действующего курса Института актуального образования ЮрИнфоР-МГУ. В качестве авторов статей данного сборника и соответственно лекторов по указанному курсу в основном выступают профессора, преподаватели и выпускники юридического факультета МГУ.

Содержание сборника объединяет не только единая проблематика, но и необходимая последовательность в изложении материала, соответствующие программе курса «Правовое обеспечение банковской деятельности». Поэтому сборник имеет как научно-познавательное и учебное, так и практическое значение. В нем освещаются и комментируются достаточно сложные правовые институты, конструкции и категории, лежащие в основе правового регулирования банковской деятельности. Непосредственное участие многих авторов сборника в законопроектной работе и правоприменительной деятельности, в том числе в качестве арбитров третейских судов, позволяет усилить также практическую направленность его содержания. Поэтому в настоящем сборнике анализируется складывающаяся практика применения законодательства о банковской деятельности и содержатся необходимые практические рекомендации.

Структура работы построена так, чтобы последовательно охватить все основные аспекты юридического оформления деятельности банков и других кредитных учреждений и таким образом дать читателю возможность представить достаточно цельную картину правовой регламентации этой важной сферы рыночной экономики. В центре этой системы находятся различные банковские сделки — юридическая форма основной банковской деятельности. Оформление и исполнение таких сделок, способы обеспечения их надлежащего исполнения и защиты прав их участников, а также правовой статус банков и других кредитных организаций как непременных субъектов финансового оборота составляют предмет гражданского права. Этим объясняется как название, так и основная направленность содержания данного сборника.

Принятие и введение в действие первой и второй частей нового Гражданского кодекса России и последовавшее затем обновление всего массива банковского законодательства, включая новые редакции законов о банках и банковской деятельности и о Центральном банке РФ, принятие закона об акционерных обществах и др., сделало необходимым их глубокое, тщательное изучение. Новое законодательство, приспособленное к потребностям формирующегося рыночного оборота и рассчитанное на значительную инициативу его участников, вместе с тем ставит достаточно четкие и жесткие рамки различным злоупотреблениям, которыми еще изобилует отечественный финансовый рынок. Квалифицированное, грамотное использование этого законодательства эффективно содействует достижению экономических целей участников финансового рынка и одновременно охраняет их имущественные интересы от посягательств недобросовестных контрагентов.

В ряде случаев авторы сборника вступают в полемику и высказываемые ими точки зрения, разумеется, не всегда следует считать абсолютно бесспорными. Новое законодательство и практика его применения иногда ставят весьма сложные, нетрадиционные для нашего формирующегося правопорядка вопросы, пока не всегда имеющие окончательные ответы. Но в любом случае авторы достаточно тщательно аргументируют свою позицию и квалифицированный читатель может самостоятельно оценить убедительность их доводов. В книге, таким образом, дается доктринальное (научное), т. е.

неофициальное толкование законодательства и практики его применения.

Изложенным определяется и значение настоящей работы, которая, по мнению авторского коллектива, предоставляет в распоряжение заинтересованного читателя необходимую современную информацию о правовом регулировании банковской деятельности. В качестве практического и учебного пособия она безусловно будет полезна как работникам банков и других кредитных организаций, так и многим юристам, экономистам и бухгалтерам, а также студентам и аспирантам юридических и экономических вузов, изучающим правовое оформление имущественных, в том числе финансовых, отношений.

Ответственный редактор сборника — профессор Е.А. Суханов, заведующий кафедрой гражданского права, декан юридического факультета МГУ.

Краткие сведения об авторах сборника

- В. Н. Аргунов (глава 11)
В. А. Белов (глава 7)
М. И. Брагинский (глава 9)
В. В. Витрянский (глава 5)
Л. Г. Ефимова (глава 2)
Л. И. Корчевская (глава 10)
А. Я. Курбатов (глава 14)
Т. П. Лазарева (глава 6)
В. В. Молчанов (глава 12)
Л. А. Новоселова (глава 4, глава 8)
Е. А. Суханов (общая редакция, предисловие, глава 3)
А. Е. Шерстобитов (глава 1)
В. М. Шерстюк (глава 13)

Раздел I.

Правовая организация банковской деятельности

Глава 1. Правовое положение банков и иных кредитных организаций

Построение современной банковской системы России как двухуровневой предполагает решение на каждом из этих уровней целого ряда специфических задач¹. Правовой статус и компетенция единого и единственного субъекта первого уровня банковской системы России — Центрального банка Российской Федерации (Банка России) — определяется Конституцией Российской Федерации, Федеральным законом от 26 апреля 1995 г. «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»², а также Федеральным законом от 3 февраля 1996 г. «О банках и банковской деятельности»³. Согласно действующему

¹ Об анализе этих задач подробнее см.: Основы законодательства капиталистических стран о банковской системе. М. 1992. С. 5 — 39; Ж. Матук. Финансовые системы Франции и других стран. М. 1994. Т. 1. Кн. 1. С. 255 — 321; Л.Г. Ефимова. Банковское право. М. 1994. С. 8; Г.А. Тосунян. Банковское дело и банковское законодательство в России: опыт, проблемы, перспективы. М. 1995. С. 216 — 287 и др.

² Собрание законодательства РФ. 1995. № 18. Ст. 1593; 1996. № 1. Ст. 3, 7; № 2. Ст. 55.

³ Собрание законодательства РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

законодательству Банк России является органом, осуществляющим управление банковской системой страны.

Субъекты второго уровня, т. е. банки и иные кредитные организации, в качестве основных задач имеют прежде всего осуществление сделок с клиентами и организацию межбанковского рынка расчетов и кредитных ресурсов. Кроме того, значительной спецификой отличается совершение сделок с ценными бумагами и иностранной валютой.

Для решения указанных задач необходима управляемость и на втором уровне банковской системы, причем отнюдь не меньшая, чем на первом. Однако управляемость на втором уровне банковской системы достигается в основном с помощью гражданско-правовых средств. В связи с этим в отличие от средств и методов управления, применяемых на первом уровне банковской системы и являющихся, бесспорно, в основном административно-правовыми, на втором уровне решение важнейших задач осуществляется методами, присущими гражданскому праву.

Гражданское право представляет собой опорную отрасль частного права¹, поэтому весьма важным представляется решение вопроса о том, каково должно быть соотношение частных и публично-правовых интересов, а следовательно, и частного-правовых и публично-правовых начал при обеспечении: во-первых, управляемости на втором уровне банковской системы; во-вторых, решения важнейших задач, стоящих перед этим уровнем банковской системы.

Исходя из того, что правовое положение субъектов второго уровня, а также правовое регулирование их деятельности является неотъемлемой составной частью правовой регламента-

¹ В пореформенный период необходимость возвращения к делению права на публичное и частное была четко сформулирована учеными, представляющими разные ветви правовой науки. См., например: С.С. Алексеев. Гражданское законодательство демократической России как выражение идеалов и принципов частного права. Международная научно-практическая конференция «Гражданское законодательство Российской Федерации: состояние, проблемы, перспективы». Концепция гражданского законодательства Российской Федерации и тезисы докладов. М. 1994. С. 15; Е.А. Суханов. Система частного права. Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1994. № 4. С. 26 — 33; Ю.А. Тихомиров. Публичное право. М. 1995. С. 1 — 81.

ции организации и функционирования важнейшей сферы рыночных отношений — кредитно-финансовых отношений, следует прийти к выводу о приоритете частно-правовых начал над публично-правовыми¹.

Второй уровень банковской системы составляют банки и иные кредитные организации. Включение в банковскую систему не только собственно банков, но и иных кредитных организаций является традиционным. Поэтому для формулировки обоснованных предложений по построению второго уровня банковской системы необходимо решить проблему разграничения банков и иных кредитных организаций. Такое разграничение необходимо в целях определения сферы действия норм банковского законодательства и степени его распространения на иные кредитные институты. Разделение субъектов второго уровня банковской системы вызвано более строгим подходом как законодателя, так и Центрального банка России к правовому регулированию деятельности собственно банков, поскольку она связана с повышенным риском для вкладчиков, а их неустойчивость оказывает цепное негативное влияние на стабильность денежной системы государства в целом.

В ранее действовавшей редакции закона о банках и банковской деятельности не содержалось каких-либо критериев разграничения и выделения «иных кредитных учреждений»². В оперативной деятельности Центральный банк России исходил из того, что коммерческим банком является учреждение, привлекающее вклады населения и небанковских организаций и размещающее их на условиях возвратности и платности от своего имени. Основной упор при этом делался именно на привлечение вкладов населения, хотя такой подход вряд ли можно признать оправданным, поскольку с правовой точки зрения источник привлеченных средств не может иметь решающего значения для выделения особой категории — «банк».

В связи с этим в настоящее время можно предложить пре-

¹ Г. А. Тосунян. Указ. соч. С. 230 — 231.

² Следует иметь в виду, что в Федеральном законе «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» термин «иные кредитные учреждения» был обоснованно заменен на «иные кредитные организации». Этот же термин используется в настоящее время и в Федеральном законе «О банках и банковской деятельности».

жде всего необходимость включения в определение банка его характеристики как организации, привлекающей вклады, которые могут быть истребованы вкладчиком в любое время, и размещающего средства на коммерческой основе (на условиях возвратности, платности и срочности). Организации, чья деятельность не может быть определена указанным образом, в частности, размещающие собственные, а не заемные средства, либо размещающие средства на безвозмездной основе, либо вкладывающие средства без условия об их возврате, относятся к категории иных кредитных организаций.

Вместе с тем разграничение на втором уровне банковской системы банков и иных кредитных организаций целесообразно проводить в зависимости от осуществления ими различных видов операций, отнесенных законодательством к категории банковских операций. При этом организация обязана иметь лицензию и пройти регистрацию в качестве банка, если она выполняет такие банковские операции, как привлечение вкладов, предоставление кредитов на коммерческой основе, т. е. на основе возвратности, платности, срочности и (как вариант) осуществляет расчетно-кассовое обслуживание клиентов¹.

Указанное сочетание видов деятельности является тем минимумом и тем необходимым сочетанием, которое определяет собственно банк. Помимо этого сочетания банк дополнительно может осуществлять любые иные виды банковских операций. Представляется, что в законодательстве нет необходимости закреплять принцип специализации банков. Выбор круга операций и сферы деятельности должен самостоятельно определяться учредителями банка и его акционерами (пайщиками).

Иные кредитные организации могут выполнять одну или несколько банковских операций в совокупности, кроме сочетания, характерного для банка, указанного ранее. При этом иная кредитная организация не должна регистрироваться как банк, но должна получить лицензию на осуществление конкретной банковской операции или нескольких операций.

¹ Американские исследователи обычно не выделяют последнюю группу банковских операций для характеристики банка (см., например: Э. Рид, Р. Коттер, Э. Гилл, Р. Смит. Коммерческие банки. М. 1983. С. 210 — 211).

Большой интерес в этом смысле представляет анализ Федерального закона «О банках и банковской деятельности». Прежде всего следует подчеркнуть, что в прежней редакции, принятой еще в 1990 году, Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР» к 1995 году вступил в вопиющее противоречие с новым Гражданским кодексом Российской Федерации и иным российским законодательством и требовал незамедлительной модернизации. В качестве иллюстрации можно привести справедливую критику определения понятия «банк» как учреждения с точки зрения новейшего кодифицированного гражданского законодательства, данную в работе Г.А. Тосуняна¹. Автор, проанализировав нормы части 1 ГК Российской Федерации 1994 года, приходит к обоснованному выводу о том, что банк является коммерческим юридическим лицом, которое на основании лицензии Банка России вправе привлекать вклады (депозиты), выдавать кредиты, осуществлять расчеты, выполнять другие банковские операции, а также совершать иные сделки, не противоречащие закону и целям деятельности, указанным в его уставе².

Согласно ст. 1 Федерального закона «О банках и банковской деятельности», банком признается кредитная организация, которая имеет исключительное право осуществлять в совокупности такие банковские операции, как: привлечение во вклады денежных средств граждан и юридических лиц, размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности, открытие и ведение банковских счетов граждан и юридических лиц.

Наряду с банком в Федеральном законе «О банках и банковской деятельности» выделяется небанковская кредитная организация, под которой понимается кредитная организация, имеющая право осуществлять отдельные банковские операции, предусмотренные данным законом. При этом допустимые сочетания банковских операций для такого рода кредитных организаций должны устанавливаться Банком России. Представляется, что используемый в Федеральном законе «О Цен-

¹ Г. А. Тосунян. Банковское дело и банковское законодательство в России: опыт, проблемы, перспективы. С. 232 — 237.

² Там же. С. 237.

тральном банке Российской Федерации (Банке России)» термин «иные кредитные организации» является гораздо более удачным, поскольку определение небанковской кредитной организации как кредитной организации, совершающей отдельные банковские операции, является просто нелогичным. Следовательно, в целом законодатель продолжает идти именно по пути определения банка и иной кредитной организации через банковские операции.

Определение банка и иной кредитной организации через совокупность банковских операций настоятельно требует определения сущности самой банковской операции. В литературе по этому вопросу были высказаны различные точки зрения¹. Но если Л.Г. Ефимова полагает, что от обычных гражданско-правовых сделок банковские отличает лишь включение в понятие банковской операции ряда фактических действий, связанных с их бухгалтерским оформлением, т. е. с юридической точки зрения не отличает вообще ничего, то М.М. Агарков подчеркивал именно юридические особенности банковских операций. Из трех приведенных им различий банковских операций и других сделок банков и иных кредитных организаций в настоящее время сохранили свое значение два: во-первых, распространение только на банковские операции действия банковской тайны; во-вторых, наличие специального источника права, т. е. ст. 5 Федерального закона «О банках и банковской деятельности», а также большого числа нормативных актов Банка России². Таким образом, именно М.М. Агарков наиболее близко подошел к раскрытию смысла категории «банковская операция» с точки зрения права.

Для того, чтобы наиболее полно ответить на вопрос о сущности категории «банковская операция», необходимо вернуться к вопросу о том, что банковская система современной России представляет собой единую двухуровневую систему, в которой первый (верхний) уровень, представленный Центральным банком России, осуществляет регулирование и управ-

¹ См., например: М.М. Агарков. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. М. 1994. С. 50 — 51; Л.Г. Ефимова. Банковское право. С. 32 — 34.

² Согласно п. 5 ст. 4 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации», Банк России устанавливает правила проведения банковских операций.

вление вторым (нижним) уровнем, который и составляют банки и иные кредитные организации. Согласно специальному банковскому законодательству для регулирования и управления деятельностью субъектов второго уровня банковской системы, необходимо:

во-первых, обязательное лицензирование деятельности, связанной с осуществлением банковских функций;

во-вторых, подчинение банков и иных кредитных организаций общим правилам и нормам, регулирующим порядок проведения банковских операций (кредитование, расчеты, иные услуги);

в-третьих, осуществление надзора за банками и иными кредитными организациями со стороны Банка России в рамках, предоставленных ему законом полномочий;

в-четвертых, установление для банков и иных кредитных организаций системы экономических нормативов, статистической и бухгалтерской отчетности.

Все эти меры направлены на обеспечение стабильности кредитно-финансовой системы государства в целом и банковской системы в частности, т. е. призваны обеспечивать удовлетворение публичных интересов¹ в сфере банковской деятельности.

Но в этом случае возникает вопрос о том, для чего собственно необходимо установление целой системы мер (средств) государственно-управленческого характера, если не для того, чтобы обеспечить с минимальным риском совершение именно банковских операций, способствовать специализации действующих в банковской сфере предпринимательских структур, сосредоточении их на осуществлении именно банковской деятельности и, следовательно, на осуществлении банковских операций.

¹ Ю. А. Тихомиров трактует публичные интересы как общественные, без удовлетворения которых невозможно, с одной стороны, реализовать частные интересы, с другой — обеспечить целостность, устойчивость и нормальное развитие организаций, государств, наций, социальных слоев, наконец, общества в целом. Это официальные интересы, имеющие поддержку государства и правовую защиту. Следовательно, публичный интерес представляет собой признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит условием и гарантией ее существования и развития (Ю. А. Тихомиров. Публичное право. С. 54 — 55).

Кроме того, наряду с перечисленными ранее мерами государственно-управленческого характера эти же цели преследуют и ряд мер, являющихся гражданско-правовыми. Так, согласно п. 1 ст. 49 ГК РФ 1994 года, коммерческие организации как юридические лица по общему правилу обладают общей правоспособностью. Исключения составляют отдельные виды коммерческих организаций, предусмотренные законом. Для банков и иных кредитных организаций установление специальной правоспособности предусматривается ст. 5 Федерального закона «О банках и банковской деятельности». При этом само построение указанной статьи с очевидностью свидетельствует, что основная цель установления специальной правоспособности банков и иных кредитных организаций состоит также в обеспечении их специализации на осуществлении банковской деятельности (или отдельных ее видах) и соответственно на совершении банковских операций.

Наконец, в отличие от общего правила о государственной регистрации юридических лиц в органах юстиции (ст. 51 ГК Российской Федерации)¹, согласно ст. 4 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации», Банку России предоставлено право осуществлять государственную регистрацию банков и иных кредитных организаций, что позволяет ему не только предъявлять особые требования к порядку и условиям создания этих юридических лиц, но и весьма оперативно реагировать на любые изменения в банковской сфере². Итак, комплекс мер как административно-правового, так и

¹ Следует иметь в виду, что согласно ст. 8 Федерального закона от 30 ноября 1994 г. «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3302), впредь до принятия закона о регистрации юридических лиц, применяется действующий порядок их регистрации. Однако и после принятия такого закона вряд ли целесообразно передавать регистрацию банков органам юстиции.

² См.: Методические указания «О создании и деятельности коммерческих банков на территории РСФСР» от 13 февраля 1991 г. (Введены в действие Приказом ЦБ РСФСР от 26 февраля 1991 г. № 02-15 с 15 марта 1991 г.), действующие в редакции письма ЦБ РФ от 14 марта 1996 г. № 252, телеграммы Банка России от 11 февраля 1994 г. № 42-94; от 25 января 1993 г. № 8-93; от 4 марта 1994 г. № 58-94; от 27 декабря 1994 г. № 221-94; от 20 июня 1995 г. № 176; письма Банка России от 1 октября 1991 г. № 4; от 21 декабря 1992 г. № 15-4-1/4246 от 17 февраля 1995 г. № 145 и др.

гражданско-правового характера, направленных на обеспечение надежности и финансовой устойчивости банков и иных кредитных организаций при осуществлении банковской деятельности и, следовательно, при совершении банковских операций, показывает, что имеются основания к самим банковским операциям отнести только те сделки, которые составляют существо банка¹, т. е. сделки по привлечению денежных средств граждан и юридических лиц, размещению указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности и срочности, открытию и ведению счетов граждан и юридических лиц².

Для всех этих сделок характерен разрешительный порядок совершения, необходимость лицензирования деятельности, связанной с их совершением, а также установление надзора и контроля за законностью их совершения.

Таким образом, представляется, что с юридической точки зрения категория «банковская операция» имеет право на существование только с точки зрения публичных интересов в сфере банковской деятельности. Другими словами, с точки зрения гражданского права «банковская операция» не имеет ничего особенного по сравнению с понятием гражданско-правовой сделки.

Иное дело, когда речь идет об управлении и регулировании организации и деятельности субъектов второго уровня банковской системы со стороны центрального банка государства. Здесь категория «банковская операция», достаточно точно определенная и научно обоснованная, позволяет определить сами границы управляющего воздействия центрального банка страны, а следовательно, и создать саму возможность обеспечения приоритета частных интересов и соответственно частного правового регулирования в сфере банковской деятельности.

¹ По словам М.М. Агаркова, данная классификация осуществляется в соответствии с функциями банка (М.М. Агарков. Указ. соч. С. 52).

² Следует оговориться, что отстаивая в целом весьма узкий подход к понятию «банковская операция», нельзя не отметить, что на практике имеются отдельные сделки, не вписывающиеся в приведенную классификацию, но в силу самой своей природы позволяющие отнести их к категории «банковских операций». Такова, в частности, банковская гарантия (ст. ст. 368 — 379 ГК РФ).

Глава 2. Особенности правового положения Центрального банка Российской Федерации

§ 1. Банк России как центральный государственный банк

Центральный банк Российской Федерации является главным банком России и в соответствии со ст. 2 Федерального закона РФ от 26 апреля 1995 г. «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О Центральном банке РСФСР (Банке России)»¹ (далее — Закон о Банке России) его уставный капитал и иное имущество находится в собственности Российской Федерации. Правовое положение Банка России имеет свои особенности. С одной стороны, он является юридическим лицом (ст. 2) и может совершать определенные гражданско-правовые сделки с кредитными организациями, государством, иными клиентами, специально перечисленными в законе (ст. 45, 47). С другой стороны, он же наделен широкими властными полномочиями по управлению денежно-кредитной системой Российской Федерации (см., например, ст. ст. 35, 55, 56, 58 — 61, 70, 71, 74, 75).

Таким образом, Банк России имеет двойственную правовую природу. Он одновременно является органом государственного управления специальной компетенции и юридическим лицом, осуществляющим хозяйственную деятельность. В этом отношении правовое положение Банка России имеет много общего с правовым положением государственных банков, существовавших до начала реформы банковской системы. Однако есть и существенные отличия. Дореформенные банки контролировали деятельность только своей клиентуры, а Банк России осуществляет, главным образом, надзор и контроль за деятельностью кредитных организаций.

Анализируя особенности юридической личности Центрального банка Российской Федерации, отдельные авторы попытались установить, является ли Банк России предприятием (т. е. коммерческой организацией) или учреждением (т. е. некоммерческой организацией), которое вправе заниматься предпринимательской деятельностью. В. Белов, например,

¹ Собрание законодательства. 1995. № 18. Ст. 1592.

пришел к весьма неоднозначному ответу на этот вопрос. По его мнению, «применительно к обязательственным правоотношениям Банк России может быть назван как предприятием, так и учреждением, что зависит от конкретного типа отношений. Применительно же к праву на переданное ему собственником имущество и другим вещным правоотношениям Банк России не может рассматриваться ни как предприятие, ни как учреждение, поскольку он не наделен ни правом оперативного управления, ни в полной мере правом полного хозяйственного ведения»¹. Этот вывод обладает той степенью неопределенности, которая не позволяет понять взгляд его автора на правовое положение Банка России и по сути не является ответом на поставленный вопрос. Между тем он все же нуждается в решении. Для этого необходимо выяснить, обладает ли ЦБ РФ теми особенностями, которые характерны для некоммерческих или коммерческих организаций. Поскольку ЦБ РФ не является собственником закрепленного за ним имущества, то можно поставить вопрос еще уже: является ли Банк России государственным учреждением или унитарным предприятием.

Для этого необходимо сначала установить, какие отличительные черты учреждения и унитарного предприятия предусмотрены в ГК РФ. В соответствии со ст. ст. 50 и 120 ГК РФ учреждение как разновидность некоммерческих организаций обладает следующими признаками: 1) не преследует цели извлечения прибыли в качестве основной цели своей деятельности; 2) не распределяет полученную прибыль между участниками; 3) может быть создано для осуществления управленческих функций, 4) обладает имуществом на праве оперативного управления; 5) отвечает по своим обязательствам находящимися в его распоряжении денежными средствами, а при их недостаточности субсидиарную ответственность по его долгам несет собственник.

В соответствии со ст. ст. 50, 113 ГК РФ унитарное предприятие — это коммерческая организация, которая: 1) преследует цель извлечения прибыли в качестве основной цели своей деятельности; 2) его имущество находится в государственной или муниципальной собственности и является неделимым, т. е.

¹ Бизнес и банки. 1993. № 49. С. 5.

не может быть распределено по вкладам (долям, паям), в том числе между работниками предприятия; 3) его органом управления является руководитель, который назначается собственником; 4) оно отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим ему имуществом; 5) не несет ответственности по обязательствам собственника его имущества. Унитарные предприятия бывают двух видов: основанные на праве хозяйственного ведения и основанные на праве оперативного управления. Унитарные предприятия первого вида обязаны обладать минимальным уставным фондом; имеют право создавать в качестве юридического лица другое унитарное предприятие путем передачи ему в установленном порядке части своего имущества в хозяйственное ведение (дочернее предприятие); собственник имущества предприятия, основанного на праве хозяйственного ведения, не отвечает по обязательствам предприятия, за исключением случаев, предусмотренных п. 3 ст. 56 ГК РФ. По долгам унитарного предприятия, основанного на праве оперативного управления, субсидиарную ответственность несет Российская Федерация, т. е. собственник.

В соответствии со ст. 294 ГК РФ право хозяйственного ведения — это право владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом собственника в пределах, установленных законом или иными правовыми актами. В отношении такого имущества собственник — учредитель сохраняет правомочия, предусмотренные п. 1 ст. 295 ГК РФ. Он вправе создать предприятие, включая назначение директора, утверждение устава и определение объема правоспособности, реорганизовать и ликвидировать его (только в этой ситуации допускается изъятие имущества предприятия без согласия последнего), осуществлять контроль за использованием по назначению и сохранностью принадлежащего предприятию имущества. В соответствии с п. 2 ст. 295 из правомочия распоряжения изъята возможность самостоятельного, без предварительного согласия собственника (в лице соответствующего комитета по управлению имуществом), распоряжения недвижимостью. Продажа, сдача в аренду или в залог, внесение в качестве вклада в уставной или складочный капитал обществ и товариществ и иные формы отчуждения и распоряжения недвижимым имуществом не допускаются.

В соответствии со ст. 296 ГК РФ право оперативного

управления — это право владеть, пользоваться и распоряжаться закрепленным за учреждением имуществом собственника в пределах, установленных законом, в соответствии с целями деятельности учреждения, заданиями собственника и назначением имущества. Собственник вправе изъять у субъекта права оперативного управления излишнее, неиспользуемое или используемое не по назначению имущество и распоряжаться им по своему усмотрению (п. 2 ст. 296 ГК РФ). Казенное предприятие не вправе отчуждать или иным образом распоряжаться ни движимым, ни недвижимым имуществом собственника без его специального согласия, если только речь не идет о производимой им продукции. Собственник устанавливает также и порядок распределения доходов казенного предприятия, не согласуя его с самим предприятием. Это отличает правомочия собственника от аналогичных правомочий по отношению к обычному унитарному предприятию, где он вправе получить лишь часть прибыли от своего имущества. Что касается учреждения, то оно вообще лишено права распоряжения, в том числе и отчуждения закрепленным за ним имуществом или имуществом, полученным по смете, если только речь не идет о денежных средствах, расходуемых им по смете в соответствии с их целевым назначением. Таким образом, учреждение даже с согласия собственника не вправе отчуждать закрепленное за ним как движимое, так и недвижимое имущество собственника. При возникновении такой необходимости оно вправе просить собственника, чтобы он сам (от своего имени) произвел отчуждение принадлежащего ему имущества¹.

Теперь посмотрим, имеются ли у ЦБ РФ признаки учреждения или унитарного предприятия, рассмотренные выше.

В соответствии со ст. 3 Закона о Банке России получение прибыли не является целью деятельности ЦБ РФ. Казалось бы, в правовой природе ЦБ РФ найден основной признак некоммерческой организации. Однако это не так. В Законе о Банке России имеется внутреннее противоречие между приведенной выше нормой и нормой части второй ст. 2, где на ЦБ РФ воз-

¹ Е. А. Суханов. Право хозяйственного ведения, право оперативного управления. В кн.: Комментарий к первой части Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. М. 1995. С. 263 — 264.

лагается обязанность осуществлять свои расходы за счет собственных доходов. Следовательно, Банк России не может полностью освободить себя от деятельности, направленной на извлечение прибыли. В противном случае он окажется без финансирования и все возложенные на него управленческие задачи — нерешенными. Поэтому придется признать, что Банк России поневоле вынужден зарабатывать средства к существованию, а редакция ст. 3 Закона о Банке России является в лучшем случае неточной. Более того, нельзя закрывать глаза на тот факт, что прибыль Банка России настолько высока, что позволяет собственнику — государству изымать у него достаточно крупные суммы и направлять их в бюджет. Так, согласно ст. 13 Федерального закона РФ от 31 декабря 1995 г. «О федеральном бюджете на 1996 год»¹, ЦБ РФ обязан перечислить в федеральный бюджет 5000,0 млрд. рублей. Эта сумма составляет подавляющую часть доходов государства, которые оно предполагает получить в 1996 году от всего имущества, находящегося в федеральной собственности (5326,0 млрд. руб.). Итак, мы установили, что часть прибыли Банка России изымается собственником. Следовательно, основным признаком некоммерческой организации отсутствует.

Банк России, действительно, создан для управления денежно-кредитной системой Российской Федерации. На первый взгляд, это характерно для учреждения. Однако управленческие функции ЦБ РФ составляют основное содержание его административных полномочий, которые сейчас не рассматриваются. Мы анализируем особенности предпринимательской деятельности Банка России, т. е. изучаем вторую сторону его «двуединой» природы. Управленческие функции у ЦБ РФ имеются, однако они не добавляют ничего нового к характеристике Банка России как юридического лица, занимающегося предпринимательской деятельностью.

Банк России создан государством, которое является его собственником. Оно же, в лице Государственной Думы, назначает председателя этого банка. Банк России подотчетен Государственной Думе.

В отношении закрепленного за ним имущества Банк Рос-

¹ Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 21.

сии обладает следующими полномочиями. Во-первых, он может осуществлять полномочия по владению, пользованию и распоряжению этим имуществом в соответствии с целями и в порядке, которые установлены Законом о Банке России. Таким образом, ЦБ РФ обладает специальной, а не общей правоспособностью, что характерно как для унитарных предприятий, так и для учреждений. Во-вторых, в соответствии со ст. 2 Закона о Банке России изъятие и обременение обязательствами имущества Банка России без согласия Банка России не допускается. В-третьих, государство не отвечает по обязательствам Банка России, а Банк России — по обязательствам государства, если они не приняты на себя такие обязательства или если иное не предусмотрено Федеральным законом. Эти полномочия не характерны для права оперативного управления. Они более соответствуют праву хозяйственного ведения. Следует признать, что полномочия Банка России в отношении закрепленного за ним имущества в отдельных случаях даже несколько шире, чем это характерно для права хозяйственного ведения. Например, в определенных законом пределах Банк России вправе создавать другие организации и наделять их имуществом (ст. ст. 16, 4, 8 Закона о Банке России) без согласия собственника. Однако в этом нельзя усмотреть противоречие между Законом о Банке России и Гражданским кодексом РФ. Поскольку соответствующее полномочие Банку России предоставлено законом, то согласие собственника, т. е. государства, которое в лице Государственной Думы приняло этот закон, предполагается предоставленным заранее. Аналогично статья 16 Закона о Банке России предоставляет ЦБ РФ право без согласия собственника принимать решение о купле и продаже недвижимости для обеспечения деятельности Банка России, его учреждений, организаций и служащих. Закон о Банке России не раскрывает все без исключения полномочия Банка России в отношении закрепленного за ним имущества. Например, остается неясным вопрос, вправе ли ЦБ РФ самостоятельно, т. е. без согласия собственника, передавать в аренду находящиеся на его балансе здания. На наш взгляд, в этих случаях следует применять общие нормы ГК РФ о праве хозяйственного ведения.

Анализ полномочий ЦБ РФ, реализуемых в процессе осуществления им банковской деятельности, показывает, что он

является государственным унитарным предприятием, основанным на праве хозяйственного ведения. Банк России занимается предпринимательской деятельностью, получает от нее прибыль, часть которой перечисляет в бюджет.

Таким образом, Банк России является уникальным в своем роде образованием, которое, с одной стороны, является органом государственного управления специальной компетенции, а с другой — государственным унитарным предприятием, т. е. коммерческой организацией. Нетрудно догадаться, что обе половинки его «двуединой» природы должны неизбежно оказывать друг на друга соответствующее влияние. Иногда оно бывает благотворным, а порой — не совсем.

Во-первых, Банк России не может, подобно коммерческим банкам, заниматься только извлечением прибыли. Как мы убедились выше, официально перед ним стоит совсем другая задача. Поэтому главной особенностью правового положения Банка России в настоящее время является то, что осуществление его административных прав и хозяйственной деятельности, если пренебречь частностями, в конечном счете нацелены на управление денежно-кредитной системой РФ. Заключая гражданско-правовые сделки с кредитными организациями, он прежде всего оказывает соответствующее целенаправленное воздействие на развитие системы кредитных организаций и определяет кредитно-денежную политику в государстве. Условия, на которых заключаются такие сделки, вырабатываются Банком России в рамках общей государственной денежно-кредитной политики. По сути дела, управление денежно-кредитной системой Российской Федерации Банк России осуществляет двумя способами: во-первых, с помощью властных предписаний (административно-командные методы), во-вторых, экономическими методами, т. е. путем совершения различных сделок с кредитными организациями. Если условно «взвесить» обе половинки «двуединой» правовой природы Банка России, то необходимо признать, что Банк России — прежде всего орган государственного управления, а уж затем — коммерческая организация. В зарубежных странах подчас бывает наоборот. Во Франции, например, Банк де Франс — это прежде всего банк, занимающийся банковской деятельностью, а уж потом — орган управления кредитной системой. Учитывая, что он оказывает государству ряд услуг,

в частности ведет счета Казны, оно предоставило ему определенные льготы — например, право эмиссии банкнот. Влияние «административной» природы Банка России на «предпринимательскую» может проявиться также в том, что в отличие от обычной коммерческой организации Банк России может оказывать на каком-то этапе банковские услуги себе в убыток. Однако ЦБ РФ не может полностью освободить себя от зарабатывания прибыли. Поэтому он вынужден как-то компенсировать такие запланированные им потери. Есть немало случаев, когда Банк России абсолютно недобросовестно использует свои властные полномочия для достижения целей коммерческого характера. Так, известно, что Банк России довольно часто игнорирует исполнение решений арбитражных судов, вынесенных против него. Это обстоятельство позволило журналу «Коммерсантъ» сделать следующий несколько эмоциональный вывод: «Если ГУ ЦБ по Москве выполнит все решения арбитражей о взыскании с него в пользу истцов штрафов за задержку в зачислении их денег, то оно будет близко к банкротству»¹. Так, Московским городским арбитражным судом был удовлетворен иск Экабанка к ЦБ РФ. «Это решение вступило в законную силу, но Центробанк, как водится, его не выполнил. Он стал искать справедливости в Высшем арбитражном суде, одновременно отозвав у Экабанка лицензию на банковские операции»².

На наш взгляд, не следует стыдливо замалчивать, что ЦБ РФ — коммерческая организация. Это замечание относится не к литературе, где такой вывод уже давно сделан³, а к тем сотрудникам, главным образом Банка России, которые жестко отстаивают точку зрения, что ЦБ РФ — только орган государственного управления и ничего больше. Именно эта ошибочная позиция и была отражена в ст. 3 Закона о Банке России.

¹ Коммерсантъ. 1995. № 33. С. 64.

² Там же.

³ Л. Г. Ефимова, Л. А. Новоселова, Г. А. Тосунян, О. Н. Шерстобитова, А. Е. Шерстобитов. Правовое регулирование организации и деятельности банковской системы Российской Федерации в условиях рыночной экономики (исходные принципы). М. 1994. С. 33; Л. Г. Ефимова. Правовая природа Центрального банка Российской Федерации. Хозяйство и право. 1994. № 5. С. 17; Г. А. Тосунян. Банковское дело и законодательство России: опыт, проблемы, перспективы. М. 1995. С. 225.

Не следует бояться коммерческой деятельности Центрального банка. На наш взгляд, ее достаточно просто ограничить, чтобы избежать различных злоупотреблений.

Центральный банк Российской Федерации — юридическое лицо, осуществляющее банковские операции. В соответствии со ст. ст. 45 и 47 Закона о Банке России клиентами ЦБ РФ, которым он вправе оказывать банковские услуги, могут быть кредитные организации (как российские, так и иностранные), государство (Правительство РФ, представительные и исполнительные органы государственной власти), органы местного самоуправления, а также их учреждения и организации, государственные внебюджетные фонды, воинские части, военнослужащие и служащие Банка России. Банк России также вправе обслуживать клиентов, не являющихся кредитными организациями, в регионах, где отсутствуют кредитные организации.

Закон существенно ограничил перечень банковских операций, оказываемых Банком России своим клиентам. В этом отношении у обычного коммерческого банка оказалось гораздо больше свободы выбора, чем у Центрального банка Российской Федерации. Эти ограничения коснулись, главным образом, кредитных операций и выбора обеспечения выданного кредита. Например, ЦБ РФ не вправе выдавать кредиты на срок более одного года без обеспечения, если иное не предусмотрено Федеральным законом о федеральном бюджете, пролонгировать выданные кредиты. Банк России может покупать и продавать простые и переводные векселя, имеющие, как правило, товарное происхождение, причем срок их погашения не должен быть более шести месяцев. Он не вправе совершать сделки с негосударственными облигациями, депозитными сертификатами и другими ценными бумагами, если срок их погашения превышает один год.

Перечень банковских операций, осуществляемых Банком России, содержится в ст. 45 Закона о Банке России. Он не является исчерпывающим. ЦБ РФ вправе осуществлять другие банковские операции от своего имени, если это не запрещено законом. В качестве обеспечения выданного им кредита Банк России может использовать, главным образом, залог золота и других драгоценных металлов, иностранной валюты, векселей в российской и иностранной валюте со сроками погашения до

шести месяцев, государственных ценных бумаг. Списки векселей и государственных ценных бумаг, пригодных для обеспечения кредитов Банка России, определяется Советом директоров. В случаях, установленных Советом директоров, обеспечением могут выступать другие ценности, а также гарантии и поручительства.

В ст. 48 Закона о Банке России содержится ряд других ограничений деятельности ЦБ РФ. Банк России не имеет права осуществлять банковские операции с юридическими лицами, не имеющими лицензии на проведение банковских операций, и физическими лицами. Вместе с тем он может осуществлять банковское обслуживание военнослужащих, служащих Банка России и иных лиц в случаях, установленных федеральными законами. ЦБ РФ не вправе приобретать доли (акции) кредитных и иных организаций, за исключением акций (долей) организаций, обеспечивающих деятельность ЦБ РФ, его учреждений, организаций и служащих. Исключения могут устанавливаться федеральными законами. ЦБ РФ может приобретать акции (доли) международных организаций, которые занимаются развитием сотрудничества в денежно-кредитной, валютной, банковской сферах, в том числе между центральными банками иностранных государств.

Банк России не вправе также осуществлять операции с недвижимостью, за исключением случаев, связанных с обеспечением деятельности ЦБ РФ, а также заниматься торговой и производственной деятельностью, за исключением случаев, предусмотренных Федеральным законом. На сегодняшний день никаких исключений из этого правила закон не предусматривает.

§ 2. Административные полномочия Банка России и совершенствование управления кредитной системой

На сегодняшний день Банк России остается единственным органом управления денежно-кредитной системой Российской Федерации. Его административные полномочия очень широки и многообразны. На наш взгляд, такое положение не всегда оправданно.

Административные полномочия Банка России можно условно разделить на две группы: осуществляемые им в интере-

сах государства или в интересах кредитной системы Российской Федерации. К первой относится деятельность Банка России по организации валютного контроля, надзора и контроля за деятельностью кредитных организаций и т. п., к последней — деятельность по организации системы межбанковских расчетов, хранению средств обязательных резервов и т. п. Очень часто интересы государства и кредитной системы совпадают и взаимно переплетаются. Например, надзор за деятельностью кредитных организаций должен привести к укреплению кредитной системы Российской Федерации, в чем последняя также заинтересована. Именно поэтому дальнейший анализ административных полномочий Банка России будет происходить без учета этой классификации.

Административные функции Банка России включают в себя организаторскую функцию, функцию защиты гражданского оборота, интересов вкладчиков и других кредиторов коммерческих банков и нормотворческую функцию. Последняя непосредственно связана с первыми двумя.

1. Организаторская функция Банка России

Она состоит в организации и поддержании на соответствующем уровне всей финансовой системы Российской Федерации. Особенность организаторской функции Банка России на современном этапе заключается в том, что ЦБ РФ не только вырабатывает общие цели и задачи своей деятельности в области укрепления и развития финансовой системы Российской Федерации, правила поведения различных участников финансового рынка, но зачастую сам принимает активное участие в решении им же поставленных проблем. Эта деятельность осуществляется путем организации и проведения единой денежно-кредитной политики, организации налично-денежного обращения и организации безналичных расчетов.

Денежно-кредитная политика

Составными частями денежно-кредитной политики Банка России являются процентная политика, политика минимальных резервов, политика открытого рынка, рефинансирование, валютное регулирование и прямые количественные ограничения.

В условиях рыночного хозяйства центральные банки воздействуют на экономику, главным образом с помощью сле-

дующих инструментов — учетной политики, политики минимальных резервов и политики открытого рынка. Они регулируют соотношение спроса и предложения кредитных ресурсов в целях обеспечения стабильности функционирования денежных и финансовых систем своих стран.

Политика минимальных резервов (резервная политика) — утверждение и изменение нормативов обязательных резервов. Минимальные резервы — это вклады коммерческих банков в Центральном банке, размер которых устанавливается законодательством в определенном отношении к банковским обязательствам (вкладам клиентов). Посредством изменения размеров минимальных резервов Центральный банк пытается влиять на кредитоспособность коммерческих банков. Политика минимальных резервов впервые была опробована в 30-е годы в США. Сразу же после второй мировой войны ее внедрили в практику центральные банки всех ведущих стран мира. Главная причина для проведения политики минимальных резервов заключается в том, что между объемами резервов и банковскими операциями имеется определенная взаимозависимость, которую может использовать Центральный банк, чтобы влиять на поведение коммерческих банков. В настоящее время минимальные резервы имеют двойное назначение: во-первых, они должны обеспечить постоянный уровень ликвидности у коммерческих банков, во-вторых, они являются инструментом центрального банка для регулирования денежной массы и кредитоспособности коммерческих банков. Манипулируя ставками по минимальным резервам, почти все центральные банки зарубежных стран пытаются оказать воздействие на денежное обращение своего национального хозяйства. Если процентные ставки по минимальным резервам высоки, то Центральный банк ограничивает количество денег, находящихся в распоряжении коммерческих банков. Это снижает кредитоспособность последних и повышает проценты по выдаваемым ими кредитам¹. Так, в один из московских коммерческих банков позвонил клиент и предложил ему беспроцентный депозит в сумме 10 млн руб. при условии, что банк предоставит его в качестве кредита конкрет-

¹ Э. Роде. Банки, биржи, валюты современного капитализма. М. 1986. С. 41 — 45.

ному заемщику под 10 % годовых. Заместитель председателя правления коммерческого банка счел это предложение невыгодным для банка по следующим причинам. Из 10 млн руб. привлеченных средств 2 млн руб. (20 %) придется депонировать в Банке России в виде обязательных резервов. Заемщику необходимо предоставить не 8, а 10 млн руб. В этом случае банк был бы вынужден приобрести на денежном рынке еще 2 млн руб., заплатить за такой кредит на тот момент по меньшей мере 210 % годовых. В итоге могло получиться, что проценты, которые должен получить банк от заемщика, не покроют даже расходы этого банка по приобретению кредитных ресурсов.

Нормативы обязательных резервов определяются в процентном отношении к общей сумме денежных средств, привлеченных кредитной организацией, и в соответствии со ст. 38 Закона о Банке России не могут превышать 20 % этих обязательств и могут быть дифференцированы для различных кредитных организаций.

В настоящее время фонд обязательных резервов создается в соответствии с Положением «Об обязательных резервах кредитных организаций, депонируемых в Центральном банке Российской Федерации», утвержденным приказом ЦБ РФ от 30 марта 1996 г. № 02-77. Действие указанного положения не распространяется на Сберегательный банк РФ. На обязательные резервы, депонированные кредитными организациями в Банке России, проценты не начисляются. Кредитная организация обязана самостоятельно рассчитывать и перечислять сумму обязательных резервов на специальные счета в ЦБ РФ. Не реже одного раза в квартал Банк России производит сплошную или выборочную проверку правильности составления кредитной организацией расчета размера обязательных резервов, подлежащих депонированию в ЦБ РФ, а также достоверности представленных в нем сведений. Арест основного корреспондентского счета не освобождает кредитную организацию от обязанности перечислить необходимые средства в фонд обязательных резервов. В этом случае она должна обеспечить перевод соответствующих сумм с корреспондентского счета, открытого в другой кредитной организации. При реорганизации кредитной организации суммы, ранее депонированные в качестве обязательных резервов, не возвращаются, а переформируются на вновь образованные организации. При

ликвидации кредитной организации суммы обязательных резервов подлежат возврату на счет ликвидационной комиссии по ее заявлению.

По данным Центрального банка РФ, обязательные резервы банков, депонируемые в Банке России, на 1 июля 1995 г. достигли 16,1 трлн руб.¹

Среди стран с развитой рыночной экономикой наиболее высокие суммы резервных требований установлены для банков в США, Германии и Италии. Но в США и Германии минимальные нормы обязательных резервов значительно ниже, чем в России. Например, самый высокий норматив обязательных резервов — 12 % установлен в США по счетам свыше 41,5 млн дол. А в Италии, хотя минимальный норматив обязательных резервов и составляет 25 % от суммы депозитов (т. е. выше, чем в России), но на остаток по резервному счету уплачиваются проценты².

Еще до издания Закона о Банке России Центральный банк РФ неоднократно проводил резкое повышение размера нормативов обязательных резервов. Например, до издания телеграммы ЦБ РФ от 29 декабря 1991 г. № 218-91 нормативы обязательных резервов составляли всего 2 % от размера привлеченных средств. Эта телеграмма резко повысила размер обязательных резервов. Так, с 1 апреля 1992 г. по счетам до востребования и по обязательствам банка со сроком погашения до одного года норматив обязательных резервов был повышен до 20 %. Такое внезапное изменение размера обязательных резервов вызвало законное недовольство коммерческих банков, поскольку резко сократило доходность их кредитных операций по ранее заключенным кредитным договорам и не позволило своевременно изменить свою кредитную политику.

Чтобы исключить возможность появления подобных фактов в будущем, в ст. 38 Закона о Банке России включена норма, ограничивающая усмотрение ЦБ РФ. Во-первых, нормативы обязательных резервов не могут быть единовременно из-

¹ Бизнес и банки. 1995. № 37. С. 2.

² В.М. Усоскин. Современный коммерческий банк. Управление и операции. М., 1994. С. 37.

менены более чем на пять пунктов. Во-вторых, нормативы обязательных резервов не должны превышать 20 % обязательств кредитной организации. Они могут быть дифференцированы для различных кредитных организаций. По сравнению с прежней редакцией закона о Банке России компетенция ЦБ РФ в области аккумуляции средств фонда обязательных резервов значительно расширена. Так, при нарушении нормативов обязательных резервов Банк России имеет право взыскать в бесспорном порядке с кредитной организации сумму недовнесенных средств, а также штраф в установленном им размере, но не более двойной ставки финансирования.

В качестве положительного обстоятельства следует рассматривать факт включения в ст. 38 Закона о Банке России нормы, регулирующей порядок использования фонда обязательных резервов. Ранее его не было вообще, и поэтому решение вопроса о целях и условиях использования фонда обязательных резервов было целиком отдано на усмотрение конкретного чиновника Банка России. Теперь же депонированные ранее в Банке России резервные средства должны использоваться для погашения обязательств кредитной организации перед вкладчиками и кредиторами при отзыве лицензии и ее ликвидации.

Представляется, однако, что этой нормы все же недостаточно для эффективного использования средств фонда обязательных резервов. Они должны на тех или иных условиях предоставляться в распоряжение банка, который их перечислил, еще до отзыва у него лицензии, например при возникновении у него временных финансовых затруднений. Учитывая, что на средства фонда обязательных резервов, находящиеся в Банке России, не начисляются проценты, перечислившая их кредитная организация также должна получать их безвозмездно, но с обязательством возврата в установленный срок. Такой подход позволит в целом значительно укрепить платежеспособность кредитной системы РФ и не доводить дело до отзыва лицензии и ликвидации отдельных кредитных организаций.

В ряде развитых стран фонд обязательных резервов образуется именно для достижения этой цели, а не для удовлетворения требований кредиторов при ликвидации банка. Для этого там специально созданы особые страховые фонды. Например, в Соединенных Штатах имеется Федеральная корпорация страхования депозитов, которая производит страхование част-

ных вкладов на определенных законодательством условиях и в случае банкротства банка выплачивает вкладчику обусловленную сумму.

До недавнего времени такие фонды создавались и в нашей стране. Ранее Банк России осуществлял формирование фонда страхования коммерческих банков от банкротств и фонда страхования депозитов. Главным недостатком правового регулирования этой деятельности было полное отсутствие установленного законом порядка использования этих фондов. Фактически все было отдано на усмотрение аппарата Банка России. Однако сейчас ситуация еще хуже. В соответствии с телеграммой ЦБ РФ от 18 октября 1993 г. № 62 с 1 января 1994 г. формирование этих фондов Банком России прекращено. Руководствуясь п. 3 Указа Президента РФ от 28 марта 1993 г. «О защите сбережений граждан Российской Федерации», Центральный банк Российской Федерации считал целесообразным передать в дальнейшем средства, перечисленные банками в 1991 — 1993 годах в фонд страхования депозитов в коммерческих банках, в создаваемый Федеральный фонд обязательного страхования денежных вкладов (депозитов) и счетов населения в качестве страховых взносов коммерческих банков. Ранее перечисленные в фонд страхования коммерческих банков от банкротств средства были возвращены тем коммерческим банкам, от которых они поступили. Однако до сегодняшнего времени такой фонд так и не создан. Поэтому банкротство любого банка неминуемо приведет к полной или частичной потере средств вкладчиков, вложенных в такой банк.

Таким образом, вкладчики оказались совершенно незащищенными от потери своих денег, поскольку совершенно бесполезно предъявлять к банку или к ликвидационной комиссии требования о возврате вкладов, если у банка нет имущества, на которое можно было бы обратиться взыскание, а страховой фонд отсутствует. Все это явно не способствует укреплению доверия общества к кредитной системе России. Федеральный закон «О банках и банковской деятельности»¹ в редакции от 3 февраля 1996 г. предусматривает обязательное (ст. 38) и добровольное

¹ Российская газета. 1996. 10 февраля. Далее — Закон о банковской деятельности.

(ст. 39) страхование вкладов граждан с целью обеспечения гарантий возврата привлекаемых банками средств граждан и компенсации потери дохода по вложенным средствам. Однако сегодняшний отрицательный опыт в этой области, который приобрели вкладчики ряда обанкротившихся банков, показывает, что от нормы права до ее реального воплощения в жизнь — дистанция огромного размера. Поэтому остается пожелать, чтобы такие фонды были, наконец, образованы и начали действовать.

Политикой открытого рынка называют куплю-продажу ценных бумаг Центральным банком с целью оказать влияние на денежный рынок. Основная задача политики открытого рынка состоит в том, чтобы, регулируя спрос и предложение на ценные бумаги, вызвать соответствующую реакцию у коммерческих банков. В период высокой конъюнктуры Центральный банк предлагает коммерческим банкам купить ценные бумаги, чтобы сократить их кредитные возможности по отношению к экономике и населению. В период кризиса Центральный банк создает возможности рефинансирования для коммерческих банков и ставит их в такие условия, когда им выгодно продавать Центральному банку свои ценные бумаги¹.

В отличие от указанного выше традиционного понимания политики открытого рынка, ст. 39 Закона о Банке России определяет ее более узко — как куплю-продажу Центральным банком Российской Федерации государственных ценных бумаг (казначейских векселей, государственных облигаций и т. п.) с совершением позднее обратной сделки. Политика открытого рынка должна осуществляться ЦБ РФ в соответствующих границах, определенных законодательством. Так, в соответствии со ст. 39 он вправе совершать сделки купли-продажи ценных бумаг только в пределах лимита, утверждаемого Советом директоров Банка России.

Рефинансированием, согласно ст. 40 Закона о Банке России, называется кредитование Банком России банков, в том числе учет и переучет векселей. Последняя группа операций в банковской практике и законодательстве зарубежных стран получила название учетной политики. Под учетной политикой

¹ Э. Роде. Указ. соч. С. 36.

понимают условия, на которых центральный банк покупает векселя.

В странах с развитой рыночной экономикой покупатель расплачивается с поставщиком не сразу после отгрузки товара, иначе он должен был бы взять кредит у банка. Продавец получает от покупателя вексель с указанием срока платежа. Владелец векселя может использовать его до наступления срока платежа по-разному: во-первых, хранить вексель до наступления указанного в нем срока и самому предъявить его к оплате; во-вторых, погасить им собственные денежные обязательства; в-третьих, продать вексель до наступления срока платежа банку, т. е. «учесть». Однако банк заплатит ему не всю указанную на векселе сумму, а удержит учетный процент. Если у коммерческого банка появится потребность получить деньги по векселю до наступления срока платежа, то он может продать его центральному банку, который также удержит учетный процент. Как правило, сумма процента, который удерживается коммерческим банком, выше, чем существующая в данный момент учетная ставка центрального банка. Таким образом покрываются издержки и обеспечивается прибыль коммерческого банка от этой операции. Если последний решит учесть этот вексель в центральном банке, то тогда используется термин «редисконтировать» или «переучесть». Прибыль коммерческого банка будет наиболее высокой, когда он не переучитывает векселя в центральном банке. Центральные банки многих стран пытались регулировать денежное обращение национальной экономики путем манипуляции учетной ставкой. Они исходили из посылки, что изменение учетных ставок приведет к соответствующему изменению других процентных ставок. Политика изменения учетных ставок дополняется изменением требований к качеству векселей и установлением контингентов переучета. Если Центральному банку нужно стимулировать экспорт, то в первую очередь право на переучет получают экспортные векселя, если необходимо «притормозить» повышение курса векселей, например в строительстве, то центральный банк запрещает учет векселей этой отрасли. Такую политику называют качественной политикой переучета центрального банка. При количественной политике переучета центральный банк устанавливает коммерческим банкам лимит переучета. В пределах последнего центральный банк может покупать векселя. Увеличивая или умень-

шая этот лимит, центральный банк может влиять на кредитные возможности коммерческих банков¹.

В связи с отсутствием развитого вексельного обращения в Российской Федерации возможность осуществления Банком России своей учетной политики существует лишь в теории. Поэтому в настоящее время наиболее эффективным инструментом денежно-кредитной политики ЦБ РФ вообще и рефинансирования в частности является предоставление централизованных кредитов тем кредитным организациям, которые, с точки зрения Банка России, заслуживают этой поддержки. Процентная ставка ЦБ РФ по таким кредитам давно используется в правоприменительной практике как критерий для определения стоимости кредитных ресурсов. В соответствии с телеграммой ЦБ РФ от 16 августа 1996 г. № 109-96 процентная ставка рефинансирования Банка России составляет 80 % годовых.

Процентная политика представляет собой деятельность Банка России по манипулированию процентными ставками (утверждение, изменение) по своим операциям с целью оказания целенаправленного воздействия на рыночные процентные ставки кредитных организаций и укрепления национальной денежной единицы. Законом о Банке России впервые определено, что инструментами денежно-кредитной политики могут быть процентные ставки ЦБ РФ по различным его операциям. Как известно, до недавнего времени в качестве таковых признавались лишь процентные ставки за пользование централизованными кредитными ресурсами (кредитами Банка России). К сожалению, ни закон, ни практика Банка России до сих пор не определили, процентные ставки по каким иным операциям ЦБ РФ могут использоваться им в качестве инструмента денежно-кредитной политики. Кроме того, ст. 37 Закона о Банке России допускает возможность проведения Центральным банком Российской Федерации процентной политики без фиксации процентных ставок.

Процентные ставки Банка России представляют собой минимальные ставки, по которым Банк России осуществляет свои операции. Связь между процентной ставкой Банка России за пользование централизованными кредитными ресурса-

¹ Э. Роде. Указ. соч. С. 29.

ми и процентными ставками коммерческих банков (как по активным, так и пассивным операциям) достаточно велика. Например, в первом полугодии 1995 года Банк России проводил политику на снижение уровня процентных ставок за пользование централизованными кредитными ресурсами. В этот период процентные ставки коммерческих банков по всей стране также имели устойчивую тенденцию к понижению.

Хотелось бы предостеречь коммерческие банки, которые включают в свои кредитные договоры условия о том, что процентная ставка за пользование предоставленным кредитом должна определяться, исходя из процентной ставки ЦБ РФ. Если Банк России будет проводить процентную политику без фиксации процентной ставки, такие условия окажутся неопределенными и невыполнимыми.

Помимо рассмотренных выше традиционных инструментов денежно-кредитной политики центрального банка, Закон о банке России предусматривает еще ряд других.

В соответствии с Законом о Банке России валютное регулирование осуществляется Банком России путем: осуществления валютных интервенций, под которыми, согласно ст. 41 Закона о Банке России, понимается купля-продажа Банком России иностранной валюты на валютном рынке для воздействия на курс рубля и на суммарный спрос и предложение денег; определения официального курса рубля, публикации официальных котировок иностранных валют по отношению к рублю (ст. 52 Закона о Банке России); выполнения функций органа валютного регулирования и валютного контроля. В рамках этой функции Банк России не только издает соответствующие нормативные акты по этому вопросу¹, но и организует непосредственный валютный контроль за валютными операциями клиентуры через агентов валютного контроля — коммерческие банки².

¹ Например, Инструкция ЦБ РФ и ГТК РФ от 12 октября 1993 г. № 19 «О порядке осуществления валютного контроля за поступлением в Российскую Федерацию валютной выручки от экспорта товаров».

² См., например, приказ ЦБ РФ от 19 ноября 1993 г. № 02-196 «О неотложных мерах Банка России по введению в действие системы валютного контроля за поступлением в Российскую Федерацию валютной выручки от экспорта товаров».

Под прямыми количественными ограничениями понимается установление лимитов рефинансирования банков, проведение кредитными организациями отдельных банковских операций. Учитывая, что рассматриваемый инструмент денежно-кредитной политики является в чистом виде административно-командным, ст. 42 Закона о Банке России определяет границы его возможного использования. Банк России вправе применять прямые количественные ограничения в исключительных случаях в целях проведения единой государственной денежно-кредитной политики и только после консультаций с Правительством РФ.

Организация налично-денежного обращения

Организация налично-денежного обращения осуществляется путем эмиссии банкнот и монеты, организации обращения денег и изъятия их из обращения, организации производства, хранения, перевозки, создания резервов банкнот.

Эмиссия наличных и безналичных денег рассматривается как пассивная банковская операция. Существует неразрывная связь между правом банка на эмиссию денег и хозяйственной деятельностью такого эмиссионного банка. Это прежде всего проявляется в том, что такой банк никогда не разорится. При недостатке средств для уплаты долгов он может произвести дополнительную эмиссию денег. По этой причине право на эмиссию денег рассматривается в специальной литературе как особая привилегия, предоставленная центральному банку¹, обеспечивающая его постоянную ликвидность². Под наличными деньгами понимают монеты и банкноты. Под безналичными деньгами следует понимать записи на банковских счетах «до востребования», которые, по нашему мнению, представляют собой квази-наличные, фикцию наличных денег в определенных законодательством пределах. В отдельных случаях закон распространяет на безналичные деньги правила, регулирующие наличный платежный оборот.

Организация безналичных расчетов

Организация безналичных расчетов осуществляется путем

¹ Поль-Мари Годме. Финансовое право. М. 1974. С. 330.

² Э. Роде. Банки, биржи, валюты современного капитализма. М. 1986. С. 24.

организации межбанковских расчетов через систему корреспондентских счетов кредитных организаций, открытых в расчетно-кассовых центрах (система МФО); оказания методической помощи кредитным организациям в осуществлении ими расчетных операций, разработки специальных правил осуществления расчетных операций.

Таким образом, Центральный банк Российской Федерации проводит огромную работу по организации всей кредитной системы Российской Федерации, выполняя роль главного координирующего и регулирующего кредитного органа системы¹.

Функция защиты гражданского оборота и укрепления доверия к кредитной системе

Эта функция составляет основное содержание деятельности Банка России, что не является особенностью финансово-кредитной системы только Российской Федерации. Центральный банк любого современного государства с рыночной экономикой вынужден решать те же самые задачи. По мнению Президента Федерального резервного банка Нью-Йорка Е. Корригана, успех выполнения функций всей кредитной системы страны в решающей степени зависит от наличия соответствующих правовых и институциональных условий, обеспечивающих доверие общества к этой системе. Если такое доверие утеряно, граждане, организации и фирмы поспешат иначе разместить свои сбережения. А это неизбежно приведет к инфляции и дестабилизирующему изъятию средств из банков. Поэтому должна существовать система финансовых институтов, гарантирующих безопасность сбережений².

Ни одно государство не отказывается от всеобъемлющего контроля за деятельностью кредитных учреждений, усматривая в ней своеобразный публичный интерес, заключающийся в создании условий для нормального осуществления гражданского оборота. Эта особенность банковской деятельности бы-

¹ В. М. Усоскин. Современный коммерческий банк. Управление и операции. М. 1994. С. 35.

² Е. Корриган. Центральный и другие банки: размышления о путях создания банковской системы рыночного типа. Экономика и жизнь. 1990. № 46. С. 19.

ла подмечена еще римскими юристами. Они полагали, что промысел банкиров имеет публичный характер и главная их забота состоит в том, чтобы тщательно вести записи своих операций (D.2.13.10.1. Gaius)¹. К. Гавалда и Ж. Стуффле считают, что законодатель обязан защитить вкладчиков банков не только от расточительства со стороны банкира по отношению к суммам, которые они ему доверили, но также и от не вполне грамотного управления банком, которое может угрожать его ликвидности, а значит, привести к невозможности для клиентов истребовать вложенные ими средства в случае необходимости или по наступлении определенного срока².

В соответствии с Законом о Банке России ЦБ РФ решает указанную задачу следующим образом: во-первых, путем проверки законности и целесообразности создания кредитных организаций при рассмотрении вопроса о их регистрации и выдаче лицензий на право осуществления банковских операций как в рублях, так и в иностранной валюте; во-вторых, путем установления кредитным организациям экономических нормативов; в-третьих, путем осуществления непосредственного контроля за законностью их операций.

Регистрация и лицензирование кредитных организаций

Законом о банковской деятельности установлено, что Банк России осуществляет регистрацию кредитных организаций и выдает им лицензии на право осуществления банковских операций. В ходе осуществления этой деятельности Банк России проверяет, сможет ли вновь создаваемая организация обеспечить надлежащий уровень оказания банковских услуг клиентуре и необходимую степень финансовой стабильности и надежности. Так, в соответствии со ст. 59 Закона о Банке России ЦБ РФ вправе предъявлять квалификационные требования к руководителям исполнительных органов, а также к главному бухгалтеру кредитной организации. На сегодняшний день такие требования сформулированы в ст. 14 Закона о банковской деятельности и в методических указаниях ЦБ РФ от

¹ Римское частное право. Учебник. / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М. Юрист. 1994. С. 286.

² Gavalda C., Stoufflet J. Droit de la banque. Paris. 1974. P. 8.

13 (26) февраля 1991 г. «О порядке создания и деятельности коммерческих банков на территории Российской Федерации»: наличие высшего экономического или юридического образования, стажа практической банковской работы на руководящих должностях не менее одного года и отсутствие судимостей. Ряд требований предъявляется также к учредителям кредитных организаций: о соблюдении минимального размера уставного капитала кредитной организации, технических правил оборудования кассового узла и т. п.

В процессе регистрации и лицензирования кредитных организаций Банк России совместно с Государственным комитетом Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур осуществляют контроль за соблюдением антимонопольных правил учредителями кредитных организаций (ст. 32 Закона о банковской деятельности). В частности, в соответствии со ст. 60 Закона о Банке России для приобретения в результате одной или нескольких сделок одним юридическим или физическим лицом либо группой юридических и (или) физических лиц, связанных между собой соглашением, либо группой юридических лиц, являющихся дочерними или зависимыми по отношению друг к другу, более 5 % акций (долей) кредитной организации необходимо уведомление Банка России, а более 20 % — предварительное согласие Банка России.

Требование закона уведомлять Банк России о приобретении юридическими или физическими лицами более 5 % акций кредитной организации (но не более 20 %) в письме ЦБ РФ от 17 февраля 1995 г. № 145 (в редакции письма от 16 февраля 1996 г. № 241) трансформировалось в обязанность этих лиц представлять в Банк России ряд дополнительных документов. Так, при решении ЦБ РФ вопроса о регистрации вновь создаваемых кредитных организаций физические лица обязаны представить справку органа Государственной налоговой службы РФ о выполнении ими обязательств перед бюджетом и внебюджетными фондами; юридическое лицо — справку Государственной налоговой инспекции по месту его государственной регистрации о том, что на момент внесения взноса в уставной капитал кредитной организации юридическое лицо не имело задолженности перед бюджетами и внебюджетными фондами, годовую отчетность (бухгалтерский баланс и отчет о

прибылях и убытках) за три последних года деятельности, подтвержденную аудиторской фирмой или аудитором, работающим самостоятельно. Вновь принимаемые участники (акционеры) действующей кредитной организации в форме общества с ограниченной ответственностью или закрытого акционерного общества, а также при первичном размещении каждого последующего выпуска акций кредитной организации в форме открытого акционерного общества, приобретающие более 5 % (но не более 20 %) долей (акций), должны представить кредитной организации справку Государственной налоговой инспекции об отсутствии задолженности перед бюджетом и внебюджетными фондами. Кроме того, юридические лица представляют нотариально удостоверенную копию документа, подтверждающего их государственную регистрацию, годовую отчетность за два последних года деятельности (но не менее чем за один год для юридических лиц, действующих менее двух лет) с отметкой Государственной налоговой инспекции по месту их государственной регистрации. Вновь принимаемые акционеры, приобретающие более 5 % (но не более 20 %) акций кредитной организации на вторичном рынке, представляют справку налоговой инспекции при внесении записи в реестр акционеров. По сути дела, требования письма ЦБ РФ от 16 февраля 1996 г. № 241 не согласуются с нормой ст. 60 Закона о Банке России, где речь идет только об уведомлении Банка России.

Порядок получения предварительного согласия ЦБ РФ на приобретение юридическими и физическими лицами более 20 % (долей) акций кредитной организации регулируется письмом Банка России от 3 января 1996 г. № 222. Предварительное согласие ЦБ РФ необходимо при: а) создании (учреждении) кредитной организации; б) изменении размера ее уставного капитала; в) перераспределении долей (акций) между участниками кредитной организации; г) принятии новых участников кредитной организации без изменения уставного капитала; д) реорганизации кредитной организации. Направление в Банк России ходатайства о получении согласия на приобретение более 20 % акций кредитной организации должно сопровождаться представлением ряда документов, указанных в п. 9 письма ЦБ РФ от 3 января 1996 г. № 222.

Впервые Банку России предоставлено право осуществлять

лицензирование не только кредитных организаций, но и аудиторских фирм, занимающихся банковским аудитом.

Утверждение экономических нормативов

В соответствии со ст. 61 Закона о Банке России кредитным организациям устанавливаются следующие экономические нормативы.

1. Минимальный размер уставного капитала для вновь создаваемых кредитных организаций и минимальный размер собственных средств (капитала) для действующих кредитных организаций. В соответствии с телеграммой ЦБ РФ от 21 февраля 1994 г. № 47-94 сумма минимального уставного капитала должна изменяться в зависимости от темпов инфляции. Для этого введены поквартальные коэффициенты корректировки минимального размера уставного капитала, рассчитанные на базе среднеквартального соотношения между российским рублем и ЭКЮ. Использование этих коэффициентов позволит обеспечить относительную стабильность минимального капитала российских коммерческих банков, который должен равняться 1 млн ЭКЮ. На основе этих коэффициентов Департамент банковского надзора Центрального банка РФ должен ежеквартально пересчитывать размер минимального уставного капитала с учетом темпов инфляции. Каждый коммерческий банк обязан постоянно увеличивать величину своего уставного капитала. До 1 января 1999 г. минимальный капитал коммерческих банков предполагается увеличить до суммы, эквивалентной 5 млн ЭКЮ. Минимальный уставной капитал коммерческих банков, осуществляющих ограниченный круг банковских операций, в настоящее время установлен в сумме 250 тыс. ЭКЮ. А до 1 января 1999 г. предполагается довести его до суммы, эквивалентной 1 млн ЭКЮ. Указанные требования Банка России не распространяются на банки взаимного кредита.

В соответствии с Инструкцией ЦБ РФ № 1 «О порядке регулирования деятельности кредитных организаций», утвержденной приказом ЦБ РФ от 30 января 1996 г. № 02-23¹, минимальный размер уставного капитала для вновь создаваемых кредитных организаций установлен соответственно:

на 1 апреля 1996 г. в сумме, эквивалентной 2,0 млн ЭКЮ

¹ Далее — Инструкция ЦБ РФ № 1.

(для кредитных организаций с ограниченным кругом операций 500 тыс. ЭКЮ);

на 1 января 1997 г. — 3,0 млн ЭКЮ (для кредитных организаций с ограниченным кругом операций — 750 тыс. ЭКЮ);

на 1 января 1998 г. — 4,0 млн ЭКЮ (для кредитных организаций с ограниченным кругом операций — 1,0 млн ЭКЮ);

на 1 июля 1998 г. — 5,0 млн ЭКЮ (для кредитных организаций с ограниченным кругом операций — 1,25 млн ЭКЮ).

Телеграммой ЦБ РФ от 9 июля 1996 г. № 102-96 установлено, что с 1 октября 1996 г. минимальная величина уставного капитала для вновь создаваемых банков, имеющих долю участия иностранных инвестиций не более 50 % уставного капитала — 12 млрд руб.; для небанковских кредитных организаций — 3 млрд руб. Для получения лицензии, предусматривающей операции со средствами в иностранной валюте, а также генеральной лицензии устанавливается минимальный размер собственных средств (капитала) банка — 30 млрд руб. Чтобы небанковская кредитная организация могла претендовать на получение лицензии, предусматривающей операции со средствами в иностранной валюте, она должна иметь уставный капитал не менее 7,5 млрд руб.

Для вновь создаваемых банков с долей иностранных инвестиций, превышающей 50 % уставного капитала, установлен минимальный уставный капитал в размере 30 млрд руб. При этом сумма взноса одного из участников такого банка должна быть не менее 10 млрд руб.

2. Предельный размер неденежной части уставного капитала. Данный экономический норматив ранее не применялся, и на сегодняшний день ЦБ РФ его не утвердил. Однако еще в Инструкции Банка России от 11 февраля 1994 г. № 8 «О правилах выпуска и регистрации ценных бумаг на территории Российской Федерации» была впервые предпринята попытка сформулировать правило формирования структуры уставного капитала коммерческих банков. Так, в соответствии с п. 10.2 указанной инструкции в редакции письма ЦБ РФ от 11 апреля 1996 г. № 274 доля материальных активов в структуре уставного фонда коммерческих банков в первые два года существования кредитной организации не должна превышать 20 % с доведением ее в последующем до 10 % (при этом в расчет не включается стоимость зданий). В соответствии с п. 2 письма

ЦБ РФ от 17 февраля 1995 г. № 145 запрещено формирование уставного фонда коммерческих банков ценными бумагами и нематериальными активами.

3. Максимальный размер риска на одного заемщика или группу связанных заемщиков. Он устанавливается в процентах от собственных средств (капитала) кредитной организации.

При определении размера риска учитывается совокупная сумма кредитов, выданных кредитной организацией данному заемщику или группе связанных заемщиков, а также гарантий и поручительств, предоставленных кредитной организацией одному заемщику (группе связанных заемщиков).

Под взаимосвязанными заемщиками в соответствии с п. 5 Инструкции ЦБ РФ № 1 понимаются юридические и физические лица — заемщики, связанные между собой экономически и юридически (т. е. имеющие общую собственность, и/или взаимные гарантии, и/или обязательства, и/или контролирующее имущество друг друга, а также совмещение одним физическим лицом руководящих должностей) таким образом, что финансовые трудности одного из заемщиков обуславливают или делают вероятным возникновение финансовых трудностей другого (других) заемщика (заемщиков). Под контролем понимается прямое или косвенное (через дочерние предприятия) владение более 50 % голосов у стороны (лица) или способность контролировать больше половины голосов по специальной договоренности с другими его акционерами или согласно его уставу, т. е. одна сторона (лицо) способна контролировать другую и может существенно повлиять на ее финансовые и оперативные решения. Максимально допустимое значение этого норматива установлено на 1 июля 1996 г. в размере 60 %, на 1 февраля 1997 г. — 40 %, а на 1 февраля 1998 г. — 25 %.

4. Максимальный размер крупных кредитных рисков. В соответствии с п. 6. Инструкции ЦБ РФ № 1 этот экономический норматив определяется как процентное соотношение совокупной величины крупных кредитных рисков и собственных средств (капитала) кредитной организации.

В качестве крупного кредита рассматривается совокупная сумма требований кредитной организации к одному или группе связанных заемщиков как по выданным им кредитам, так и по 50 % забалансовых требований кредитной организации

(гарантий, поручительств), взвешенных с учетом степени риска, которая превышает 5 % капитала кредитной организации.

Решение о выдаче крупных кредитов должно приниматься Правлением банка либо его кредитным комитетом с учетом заключения кредитного отдела.

5. Максимальный размер риска на одного кредитора (вкладчика). Этот норматив определяется как процентное соотношение величины вкладов, кредитов, гарантий и поручительств, полученных кредитной организацией от одного или связанных между собой кредиторов (вкладчиков), а также остатков на их счетах и собственных средств кредитной организации. В качестве кредитора (вкладчика) может рассматриваться также другая кредитная организация. Максимально допустимое значение этого норматива на 1 июля 1996 г. установлено в размере 60 %, на 1 февраля 1997 г. — 40 %, а на 1 февраля 1998 г. — 25 %.

6. Нормативы ликвидности кредитной организации устанавливаются в виде соотношений между активами и обязательствами кредитного учреждения с учетом возможности реализации активов и сроков погашения обязательств.

В соответствии с Инструкцией ЦБ РФ № 1 установлены нормативы текущей, мгновенной и долгосрочной ликвидности и соотношение ликвидных активов и суммарных активов кредитной организации.

Норматив текущей ликвидности представляет собой отношение суммы ликвидных активов банка к сумме обязательств банка по счетам до востребования и на срок до 30 дней. Минимально допустимое значение этого норматива установлено: на 1 июля 1996 г. — 20 %; на 1 февраля 1997 г. — 30 %; на 1 февраля 1998 г. — 50 %; на 1 февраля 1999 г. — 70 %.

Норматив мгновенной ликвидности представляет собой отношение суммы высоколиквидных активов банка к сумме обязательств банка по счетам до востребования. Понятие высоколиквидных активов дано в п. 4.2 Инструкции ЦБ РФ № 1. В частности, к ним относятся средства, находящиеся на корреспондентских счетах. Минимально допустимое значение этого норматива на 1 июля 1996 г. установлено 10 %, а на 1 февраля 1997 г. — 20 %.

Норматив долгосрочной ликвидности представляет собой отношение выданных кредитной организацией кредитов сро-

ком погашения свыше года к капиталу кредитной организации, а также обязательствам кредитной организации по депозитным счетам, полученным кредитам и другим долговым обязательствам на срок свыше года. Максимально допустимое значение этого норматива устанавливается в размере 120 %.

Минимально допустимое значение норматива соотношения ликвидных активов и суммарных активов кредитной организации на 1 июля 1996 г. установлено в размере 10 %, а на 1 февраля 1997 г. — 20 %.

7. Нормативы достаточности капитала. В соответствии с п. 2 Инструкции ЦБ РФ № 1 собственные средства (капитал) кредитной организации определяются как сумма уставного капитала, фондов кредитной организации и нераспределенной прибыли, уменьшенная на затраты капитального характера, убытки, возникшие у кредитной организации, выкупленные собственные акции и дебиторскую задолженность длительно-стью свыше 30 дней. Норматив достаточности капитала определяется как отношение собственных средств (капитала) кредитной организации к суммарному объему активов, взвешенных с учетом степени риска.

Для оценки состояния активов кредитных организаций в Инструкции ЦБ РФ № 1 они подразделяются на 5 групп, исходя из степени риска вложений и возможной потери части стоимости.

8. Максимальный размер привлеченных денежных вкладов (депозитов) населения. Этот экономический норматив определяется как процентное соотношение общей суммы денежных вкладов (депозитов) граждан и величины собственных средств (капитала) банка. Максимально допустимое значение этого норматива п. 9 Инструкции ЦБ РФ № 1 установлено в размере 100 %.

9. Размеры валютного, процентного и иных рисков. Данный норматив Банком России не установлен.

10. Минимальный размер резервов, создаваемых под высоко рискованные активы. Еще до вступления в силу новой редакции Закона о Банке России ЦБ РФ была предпринята попытка установить порядок формирования таких резервов. Так, в соответствии с письмом ЦБ РФ от 20 декабря 1994 г. № 130а коммерческие банки были обязаны создавать резерв на возможные потери по ссудам, учитываемый на балансовом счете

№ 945. Резерв на возможные потери по ссудам должен создаваться в обязательном порядке по всем ссудам, выданным в рублях. Он может использоваться только для покрытия непогашенной клиентами (банками) ссудной задолженности по основному долгу. Размеры отчислений в резерв на возможные потери по ссудам определяются в соответствии с п. 13 письма ЦБ РФ от 20 декабря 1994 г. № 130а и зависят от группы риска, к которой отнесена данная ссуда.

11. Нормативы использования собственных средств банков для приобретения долей (акций) других юридических лиц. В соответствии с п. 10 Инструкции ЦБ РФ № 1 этот экономический норматив устанавливается в форме процентного соотношения размеров инвестируемых на приобретение долей (акций) других юридических лиц и собственных средств кредитной организации. Максимально допустимое значение этого норматива Инструкцией ЦБ РФ № 1 на сегодняшний день установлено в размере 25 %, на 1 июля 1996 г. — 45 %, на 1 октября 1996 г. — 35 %, на 1 января 1997 г. — 25 %.

12. Максимальный размер кредитов, гарантий и поручительств, предоставленных банком своим участникам (акционерам).

Фактически п. 8 Инструкции ЦБ РФ № 1 установлены не один, а два норматива — максимальный размер риска на одного заемщика — акционера (пайщика) банка и максимальный размер кредитов, гарантий и поручительств, предоставленных кредитной организацией своим инсайдерам.

Максимальный размер риска на одного заемщика — акционера (пайщика) банка определяется как соотношение совокупной суммы требований банка в рублях и иностранной валюте к одному акционеру (пайщику) банка, включая 50 % забалансовых требований (гарантий, поручительств) и капитала банка. Максимально допустимое значение этого норматива на 1 июля 1996 г. установлено в размере 60 %, на 1 октября 1996 г. — 40 %, на 1 января 1997 г. — 20 %. При этом совокупная величина кредитов, выданных акционерам (пайщикам) кредитной организации, не может превышать с 1 января 1998 г. 50 % собственных средств (капитала) банка.

Максимальный размер кредитов, гарантий и поручительств, предоставленных кредитной организацией своим инсайдерам, определяется как соотношение совокупной суммы

требований (в том числе забалансовых требований — 50 % гарантий и поручительств) кредитной организации в рублях и иностранной валюте в отношении инсайдера кредитной организации (связанных с ним лиц) и капитала кредитной организации.

В соответствии с п. 8.2 Инструкции ЦБ РФ № 1 к числу инсайдеров относятся физические лица: акционеры, имеющие более 5 % акций, директора (президенты, председатели и их заместители), члены Совета, члены Кредитного совета (комитета), руководители дочерних и материнских структур и другие лица, которые могут повлиять на решение о выдаче кредита, а также родственники инсайдеров, бывшие инсайдеры и другие лица, участвующие в сторонних структурах, в которых также участвуют инсайдеры.

Максимально допустимое значение указанного норматива на одного инсайдера и связанного с ним лица установлено на 1 июля 1996 г. в размере 10 %, а на 1 июля 1997 г. — 2 %. При этом совокупная величина кредитов, выданных инсайдерам, начиная с 1 июля 1997 г. не может превышать 3% собственных средств (капитала) кредитной организации.

Непосредственный контроль и регулирование деятельности кредитных организаций

Контроль за деятельностью кредитных организаций осуществляется ЦБ РФ либо непосредственно, либо через специально создаваемые им организации. Эта деятельность строится на основе использования следующих методов: истребование информации, направление предписаний, проведение проверок и применение санкций.

В соответствии со ст. 56 Закона о Банке России ЦБ РФ вправе запрашивать у коммерческих банков информацию об их деятельности по перечню, определяемому Советом директоров Банка России. Это очень важная норма, ограничивающая усмотрение ЦБ РФ в определении круга запрашиваемой информации. На сегодняшний день информация, запрашиваемая ЦБ РФ, может касаться только их собственной деятельности. К сожалению, ранее ЦБ РФ принуждал коммерческие банки представлять отчетность, содержащую данные о деятельности не только банков, но и их клиентуры, например, о составе учредителей организаций-клиентов и т. п. В ст. 56

Закона о Банке России имеется новелла, значительно расширяющая права ЦБ РФ по истребованию необходимых ему сведений. Теперь Банк России может запрашивать соответствующую информацию не только от кредитных организаций, но и от федеральных органов исполнительной власти.

В соответствии со ст. 74 Закона о Банке России ЦБ РФ вправе проводить проверки кредитных организаций и их филиалов. Они должны осуществляться либо уполномоченными Советом директоров ЦБ РФ, либо соответствующими аудиторами фирмами. По результатам таких проверок ЦБ РФ вправе направлять кредитным организациям предписания об устранении нарушений действующего законодательства. Проверки кредитных организаций уполномоченными лицами Банка России проводятся на основании Инструкции ЦБ РФ от 19 февраля 1996 г. № 34 «О порядке проведения проверок кредитных организаций и их филиалов уполномоченными представителями Центрального банка Российской Федерации (Банка России)». Целью таких проверок является определение реального финансового состояния кредитной организации и ее филиалов, выявление ситуации, угрожающей интересам кредиторов (в т. ч. вкладчиков), проверка соблюдения кредитными организациями и их филиалами действующего законодательства. Проверки кредитных организаций и их филиалов от имени Банка России назначаются: Председателем Банка России или его заместителем, курирующим подразделение, осуществляющее проверку, руководителем главного территориального управления (национального банка) Банка России — в отношении любых кредитных организаций и их филиалов, расположенных в районе деятельности данного территориального учреждения Банка России.

Проверки кредитных организаций и их филиалов проводятся комплексно или по отдельным направлениям их деятельности. Комплексные проверки должны предусматривать проверку достоверности отчетов, представленных Банку России, соответствия выполняемых операций банковскому законодательству и нормативным актам Банка России, соблюдения кредитной организацией обязательных экономических нормативов, устанавливаемых Банком России. Комплексные проверки кредитной организации, имеющей филиальную сеть, осуществляются на консолидированной основе, т. е. проводят-

ся одновременно в кредитной организации и ее филиалах (всех, если их число не превышает пяти, или некоторых из них, имеющих наихудшие показатели). Комплексные проверки проводятся не реже одного раза в два года.

Рабочая группа, осуществляющая проверку кредитной организации и ее филиалов, имеет право входить в рабочие помещения проверяемой кредитной организации и ее филиалов в сопровождении ее сотрудников, получать от кредитной организации необходимые документы, алгоритмы программ, технические инструкции по различным задачам, журналы регистрации внесения изменений в программное обеспечение и т. п., получать от руководителей и сотрудников проверяемой кредитной организации и ее филиалов справки и разъяснения (включая письменные) в случае невыполнения ими требований банковского законодательства, снимать копии с документов, делать копии файлов, требовать копии любых записей, предъявлять другие требования, вытекающие из их контрольных полномочий. По результатам проверки каждой кредитной организации (филиала) составляется акт проверки.

Санкции, которые имеет право применять Банк России, перечислены в ст. 75 Закона о Банке России. В случае нарушения кредитной организацией федеральных законов, нормативных актов и предписаний Банка России, непредставления информации, представления неполной или недостоверной информации ЦБ РФ имеет право потребовать от кредитной организации устранения выявленных нарушений; взыскать штраф в размере до одной десятой процента минимального уставного капитала; ограничить проведение отдельных операций на срок до шести месяцев.

Предъявление требований об устранении выявленных нарушений законодательства и предписаний Банка России само по себе не может рассматриваться как санкция, поскольку эта мера никак не связана с возложением на кредитную организацию каких-либо дополнительных обязанностей. Скорее всего, это лишь простое напоминание о необходимости соблюдать законодательство и о возможном применении санкций за нарушение этой обязанности в будущем. Собственно санкциями следует считать только взыскание штрафа и ограничение права осуществлять банковские операции. Учитывая, что в ст. 75 Закона о Банке России при перечислении указанных санкций

употреблен разделительный союз «либо», следует сделать вывод, что Банк России может либо взыскать штраф, либо ограничить право банка на осуществление им банковских операций. Требование об устранении нарушений законодательства может быть заявлено как в первом, так и во втором случае, поскольку, как мы выяснили выше, оно не может рассматриваться в качестве санкции.

Ограничение круга операций, выполняемых кредитной организацией, и введение запрета на осуществление отдельных банковских операций следует рассматривать как временное приостановление действия банковской лицензии.

Эти санкции применяются Банком России в соответствии с письмом ЦБ РФ от 2 ноября 1995 г. № 206¹. В соответствии с указанным нормативным актом до применения мер воздействия в виде ограничения и запрета проведения отдельных банковских операций Главное управление (Национальный банк) ЦБ РФ совместно с руководителями Совета и Правления кредитной организации должны рассмотреть недостатки в деятельности кредитной организации и определить меры по их устранению. В крайнем случае ЦБ РФ может направить кредитной организации предписание об устранении недостатков в работе, а также взыскать с нее штраф. Однако при наличии реальной угрозы интересам кредиторов и вкладчиков (в частности, прекращения кредитной организацией выплат по своим обязательствам), непредставления кредитной организацией отчетности на две отчетные даты или представления недостоверной отчетности (по заключению инспекционной проверки Банка России или аудиторской проверки) ограничение или запрет на осуществление отдельных банковских операций могут быть введены незамедлительно.

Перечень банковских операций, на которые вводится ограничение или запрет, приведен в письме Центрального банка Российской Федерации от 24 марта 1995 г. № 154.

В перечень № 2 к письму ЦБ РФ от 24 марта 1995 г. № 154 включены следующие операции:

1) привлечение новых вкладов населения и юридических лиц;

¹ Вестник Банка России. 1995. № 47. 14 ноября.

2) реализация населению и юридическим лицам собственных ценных бумаг всех видов (акций, облигаций, векселей, депозитных и сберегательных сертификатов, чеков и др.);

3) открытие своих корреспондентских счетов в других банках, кредитных учреждениях и центрах взаимных банковских расчетов;

4) открытие счетов новым клиентам, не являющимся пайщиками (акционерами) банка.

В перечень № 1 к письму ЦБ РФ от 24 марта 1995 г. № 154 наряду с операциями, содержащимися в перечне № 2, включены следующие сделки:

1) выдача гарантий за третьих лиц и прием на себя любых новых финансовых обязательств;

2) привлечение новых межбанковских кредитов;

3) открытие счетов банкам-корреспондентам и кредитным учреждениям;

4) проведение операций с физическими лицами по купле и продаже иностранной валюты;

5) ограничение выдачи кредитов (включая межбанковские кредиты) размером задолженности, сложившейся на дату направления предписания.

Таким образом, норма письма ЦБ РФ от 24 марта 1995 г. № 154 несколько расходится с точным смыслом ст. 75 Закона о Банке России, в соответствии с которой ограничение и запрет могут касаться только банковских операций. Между тем указанное выше письмо ЦБ РФ допускает введение запрета на распространение кредитной организацией собственных акций и возложение на себя любых финансовых обязательств. Эти сделки не являются банковскими в соответствии со ст. 5 Закона о банковской деятельности.

Кроме того, письмо ЦБ РФ от 24 марта 1995 г. № 154 предусматривает, что в целях аккумуляции средств для обеспечения расчетов с бюджетом, кредиторами и вкладчиками кредитной организации одновременно с предписанием об ограничении или запрете осуществлять перечисленные выше операции кредитной организации могут быть направлены следующие дополнительные предписания: а) не проводить операции по балансовому счету 871 «Взаимные расчеты между учреждениями банков, обслуживаемыми одним вычислительным центром»; б) остатки средств с корреспондентских счетов,

открытых в коммерческих банках, кредитных учреждениях, центрах взаимных банковских расчетов, а также все дальнейшие поступления на указанные счета перечислять на корреспондентский счет банка, открытый в РКЦ Главного управления (Национального банка) ЦБ РФ. При этом Совету коммерческого банка, как правило, даются следующие рекомендации: прекратить выплату доходов пайщикам (акционерам) банка, воздержаться от рассмотрения вопросов о выходе пайщиков (акционеров) из состава участников банка и, тем самым, от уменьшения оплаченного уставного капитала; в месячный срок с даты предписания ЦБ РФ рассмотреть совместно с акционерами (пайщиками) банка вопрос о возможной санации или реорганизации банка, согласовав эти вопросы с соответствующим Главным управлением (Национальным банком) Центрального банка РФ.

Ограничение на осуществление кредитными организациями банковских операций, включенных в перечень № 1 письма Банка России от 24 марта 1995 г. № 154, вводится на срок до 6 месяцев при условии одновременного направления в ЦБ РФ ходатайства об отзыве лицензии на совершение банковских операций. В случае применения к кредитному учреждению мер воздействия до принятия решения о направлении ходатайства об отзыве лицензии главные управления (национальные банки) ЦБ РФ могут вводить ограничения только на осуществление банковских операций по перечню № 2 вышеуказанного письма Банка России. В предписании на ограничение осуществления операций должна быть установлена дата начала применения указанной меры воздействия.

Представляется, что норма письма ЦБ РФ от 2 ноября 1995 г. № 206 о праве Банка России не только ограничить проведение кредитной организацией отдельных банковских операций, но и одновременно решать вопрос об отзыве у нее лицензии, противоречит известному принципу привлечения к ответственности (в том числе административной), который не допускает применения двойного наказания за одно и то же правонарушение.

Для возобновления банковских операций после истечения этого срока не требуется никакого нового акта Банка России. ЦБ РФ не вправе ограничить кредитную организацию в осуществлении ею всех банковских операций, перечисленных в ее

лицензии. Ограничение может касаться только отдельных операций. Банк России не может возобновлять действие этой санкции на новый срок при отсутствии факта повторного нарушения действующего законодательства со стороны кредитной организации, за которое такая санкция может быть применена.

В случае невыполнения кредитной организацией предписания Банка России об устранении выявленных нарушений в установленный им срок, а также в случае, если эти нарушения или совершаемые кредитной организацией операции создали реальную угрозу интересам кредиторов (вкладчиков), Банк России вправе: взыскать с кредитной организации штраф до 1 % от размера оплаченного уставного капитала; предъявить к кредитной организации соответствующие требования (об осуществлении мероприятий по финансовому оздоровлению, в том числе изменении структуры активов, замене руководителей кредитной организации, реорганизации кредитной организации); изменить для кредитной организации обязательные нормативы на срок до шести месяцев; ввести запрет на осуществление кредитной организацией отдельных банковских операций, предусмотренных выданной лицензией, на срок до одного года, а также на открытие филиалов на срок до одного года; назначить временную администрацию по управлению кредитной организацией на срок до 18 месяцев; отозвать лицензию на осуществление банковских операций в порядке, предусмотренном федеральными законами.

Из всех перечисленных в ст. 75 Закона о Банке России мер в качестве санкций можно назвать только штраф, изменение экономических нормативов, запрет на осуществление банковских операций, назначение временной администрации и отзыв лицензии. Санкция в виде запрета на осуществление отдельных банковских операций практически ничем не отличается от ограничения круга банковских операций, аналогичной санкции, рассмотренной выше, кроме максимального срока, на который она может быть введена. В первом случае срок ее действия не может превышать 1 год, во втором случае — шести месяцев.

В соответствии с письмом ЦБ РФ от 2 ноября 1995 г. № 206 размер минимального уставного капитала, применяемый для расчета предельной суммы штрафа, которая может

быть взыскана Главным управлением (Национальным банком) ЦБ РФ с кредитной организации в соответствии со ст. 75 Закона, устанавливается Банком России применительно к минимальному размеру уставного капитала для вновь создаваемых кредитных организаций. При определении конкретного размера штрафа следует исходить из величины оплаченного уставного капитала кредитной организации. Взыскание штрафа с кредитной организации, имеющей отрицательный капитал, не производится. Взыскание штрафов может осуществляться в судебном порядке. Требование об уплате штрафа с указанием срока его перечисления может быть также включено в направляемое кредитной организации предписание.

В качестве меры, предшествующей отзыву лицензий у коммерческого банка, а также независимо от нее, ЦБ РФ вправе назначить временную администрацию по управлению коммерческим банком. Задачей временной администрации является сохранение или восстановление платежеспособности банка в интересах его кредиторов и вкладчиков, а также акционеров (пайщиков) и создание работоспособного управленческого механизма, обеспечивающего устранение нарушений и осуществление других мер по финансовому оздоровлению банка. Временная администрация назначается приказом Председателя ЦБ РФ или Банка России. Ходатайство о назначении временной администрации может быть заявлено членами Правления или Совета соответствующего банка, его акционерами (пайщиками), а также кредиторами. Такое решение ЦБ РФ может принять по своей инициативе.

Деятельность временной администрации должна осуществляться в соответствии с Временным положением о временной администрации по управлению коммерческими банками и другими кредитными учреждениями, сообщенным письмом ЦБ РФ от 31 августа 1994 г. № 106. В приказе о назначении временной администрации указываются: наименование банка, в который назначается временная администрация, основание, по которому она вводится, цели ее деятельности, указание на то, полномочия какого органа (органов) банка она осуществляет, срок ее полномочий, фамилии, имена и отчества лиц, назначенных руководителями и членами временной администрации. Членами временной администрации могут быть лица, имеющие экономическое или юридическое образование и

стаж работы в банковской системе не менее 3 лет. Руководителем временной администрации не может быть лицо, имеющее отношения с данным банком в качестве акционера или служащего данного банка.

Временная администрация выполняет функции, возложенные на органы управления банка, полномочия которых на время деятельности временной администрации приостанавливаются, либо осуществляются в установленных временной администрацией пределах. Деятельность временной администрации прекращается с выполнением задач, возложенных на администрацию, или представления Банку России обоснованного вывода о невозможности достижения поставленной перед нею цели, или по истечении срока деятельности временной администрации, либо после вынесения определения арбитражного суда о возбуждении производства по делу о банкротстве.

В рассматриваемом нормативном акте имеется одна весьма спорная норма. Пунктом 11 установлено, что временная администрация имеет право по решению Совета директоров ЦБ РФ приостанавливать удовлетворение требований кредиторов, за исключением требований граждан, перед которыми банк несет ответственность за причинение вреда их жизни или здоровью, и требований по оплате труда работников.

Указанная норма является незаконной, поскольку противоречит ГК РФ. В силу пп. 3 п. 1 ст. 202 ГК РФ течение срока исковой давности приостанавливается в случаях, когда во исполнение закона Правительство Российской Федерации устанавливает отсрочку исполнения обязательств (мораторий). Следовательно, только Правительство РФ (а не ЦБ РФ) вправе приостанавливать процедуру удовлетворения требований кредиторов и только в тех случаях, которые специально перечислены в законодательстве. Само собой разумеется, «мораторий» на исполнение обязательств, объявленный ЦБ РФ или Временной администрацией коммерческого банка, не послужит основанием для приостановления течения срока исковой давности по требованиям кредиторов банка, и они будут вынуждены предъявить иск к банку в общем порядке.

Массовый отзыв лицензий у коммерческих банков — явление, к сожалению, достаточно привычное в наше время. На 10 сентября 1996 г. ЦБ РФ отозвал лицензии на совершение бан-

ковских операций у 519 коммерческих банков, причем 209 банков лишены лицензий в этом году. В соответствии с Законом о Банке России ЦБ РФ вправе отозвать лицензию у кредитной организации в порядке, установленном федеральными законами.

В соответствии со ст. 20 Закона о банковской деятельности Банк России может отозвать лицензию на осуществление банковских операций в следующих случаях: 1) установления недостоверности сведений, на основании которых выдана лицензия; 2) задержки начал осуществления банковских операций, предусмотренных лицензией, более чем на год со дня ее выдачи; 3) установления фактов недостоверности отчетных данных; 4) осуществления, в том числе однократного, банковских операций, не предусмотренных лицензией Банка России; 5) неисполнения требований федеральных законов, регулирующих банковскую деятельность, а также нормативных актов Банка России, если в течение года к кредитной организации неоднократно применялись меры, предусмотренные Законом о Банке России; 6) неудовлетворительного финансового положения кредитной организации, неисполнения ею своих обязательств перед вкладчиками и кредиторами, являющегося основанием для подачи заявления о возбуждении в арбитражном суде производства по делу о несостоятельности (банкротстве) кредитной организации.

Отзыв лицензии на осуществление банковских операций по другим основаниям не допускается. Однако в соответствии с Положением об отзыве лицензии на осуществление банковских операций у банков и иных кредитных организаций в Российской Федерации, утвержденным приказом ЦБ РФ от 2 апреля 1996 г. № 02-78, предусмотрено, что кроме случаев, перечисленных выше, основанием для отзыва лицензии может быть решение учредителей (участников) о реорганизации или ликвидации банка. Представляется, что отзыв лицензии по указанному основанию нельзя признать санкцией в смысле ст. 75 Закона о Банке России. Это один из этапов добровольной реорганизации или ликвидации кредитной организации.

В соответствии с названным нормативным актом решение ЦБ РФ об отзыве лицензии на осуществление банковских операций оформляется приказом Банка России. После издания приказа у кредитной организации изымается подлинный экземпляр лицензии, а сообщение об этом публикуется в журнале «Вестник Банка России».

Получив приказ об отзыве лицензии у кредитной организации, ГУ ЦБ РФ, которое ведет ее корсчет, прекращает по нему все приходные и расходные операции, включая начисление процентов по выданным кредитам. Все операции по счетам клиентов банка прекращаются.

Таким образом, после отзыва лицензии коммерческий банк не вправе заниматься банковской деятельностью. Банковские сделки, совершенные им после отзыва лицензии, могут быть признаны недействительными в силу ст. 173 ГК РФ. Следовательно, такой банк не может отвечать за невыполнение им своих обязательств по любым договорам, в том числе по кредитным договорам и договорам банковского счета. В этом отношении отзыв лицензии можно рассматривать как своего рода непреодолимую силу, исключая ответственность за невыполнение договорных обязательств. Банк нельзя обязать к совершению незаконных сделок, т. е. банковских операций при отсутствии лицензии, а значит — нельзя наказывать за их несовершение. По этой причине клиент не вправе взыскать с банка убытки, вызванные несвоевременными расчетами или непредоставлением ему обещанного кредита. Клиент также не вправе взыскать с банка штрафные санкции, предусмотренные как договорами, так и законодательством.

Кредитная организация вправе либо обжаловать отзыв лицензии в административном порядке или через суд, либо произвести ликвидацию или реорганизацию. Если она этого не делает, ее ликвидация может быть произведена по инициативе Банка России. Статья 61 ГК РФ предусматривает, что юридическое лицо может быть ликвидировано либо добровольно (по решению его учредителей или соответствующего органа юридического лица, уполномоченного его учредительными документами), либо принудительно по решению суда, вынесенного по требованию государственного органа, которому это право специально предоставлено законом. Статьей 20 Закона о банковской деятельности Банку России предоставлено право обратиться в арбитражный суд с иском о ликвидации кредитной организации после отзыва у нее лицензии. Вместе с тем нельзя считать законной норму Временного положения о временной администрации по управлению коммерческими банками и другими кредитными учреждениями, сообщенного письмом ЦБ РФ от 31 августа 1994 г. № 106, которая возлагает на вре-

менную администрацию коммерческого банка обязанность предъявить в суд иск о ликвидации коммерческого банка после отзыва у него лицензии. В соответствии с этим положением временная администрация является органом управления банком, назначаемым ЦБ РФ. Следовательно, она может действовать от имени коммерческого банка, которым управляет, а не от имени Банка России. Получается, что временная администрация не вправе принять решение о ликвидации банка в качестве его органа, поскольку это право ей не предоставлено учредительными документами.

Нормотворческая функция

Как орган управления кредитной системой Российской Федерации Банк России вправе принимать нормативные акты по вопросам, отнесенным к его компетенции, обязательные для федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, всех юридических и физических лиц.

В соответствии с законами о Банке России и о банковской деятельности ЦБ РФ вправе принимать нормативные акты по следующим вопросам: правилам расчетов (п. 4 ст. 4 Закона о Банке России), правилам проведения банковских операций, бухгалтерского учета и отчетности для банковской системы (п. 5 ст. 4, ст. 5 Закона о банковской деятельности), правилам хранения, перевозки и инкассации наличных денег для кредитных организаций (абз. 3 ст. 34 Закона о Банке России), определению признаков платежности денежных знаков и порядка замены поврежденных банкнот и монет, а также их уничтожению (ст. 33 Закона о Банке России), порядку ведения кассовых операций для кредитных учреждений (абз. 5 ст. 34 Закона о Банке России), экономическим нормативам (ст. 61 Закона о Банке России), методике определения собственных средств, активов, пассивов и размеров риска по активам для каждого из нормативов с учетом международных стандартов и консультаций с банками, банковскими ассоциациями и союзами (ст. 73 Закона о Банке России), порядка проведения проверок кредитных организаций, в т. ч. определения обязанностей кредитных организаций по содействию в проведении проверок (ст. 74 Закона о Банке России), определению размеров обяза-

тельных резервов для кредитных организаций (ст. 38 Закона о Банке России), об установлении ограничений на осуществление банковских операций для кредитных организаций с иностранными инвестициями и филиалов иностранных банков, если в соответствующих иностранных государствах в отношении банков с российскими инвестициями и филиалов российских банков применяются ограничения в их создании и деятельности (по согласованию с Правительством РФ) (ст. 18 Закона о банковской деятельности), об установлении дополнительных требований к кредитным организациям с иностранными инвестициями и филиалам иностранных банков относительно обязательных нормативов, порядка представления отчетности, утверждения состава руководства и перечня осуществляемых банковских операций, а также относительно минимального размера уставного капитала вновь регистрируемых кредитных организаций с иностранными инвестициями и минимального размера капитала вновь регистрируемых филиалов иностранных банков в порядке, установленном Законом о Банке России (ст. 18 Закона о банковской деятельности).

В соответствии со ст. 77 Закона о Банке России ЦБ РФ должен проводить консультации с кредитными организациями и их объединениями перед принятием наиболее важных решений нормативного характера, представлять необходимые разъяснения, рассматривать предложения и по вопросам регулирования банковской деятельности. К сожалению, за исключением нормы ст. 73, Закон о Банке России не определяет круг проблем, по которым должны проводиться предварительные консультации с объединениями кредитных организаций. Неясно, кто должен определять степень важности тех или иных нормативных актов. Эти обстоятельства существенно снижают значение указанной выше, безусловно важной и прогрессивной нормы.

В соответствии со ст. 5 Закона о Банке России нормативные акты Центрального банка Российской Федерации не могут противоречить федеральным законам. ЦБ РФ вправе издавать акты, содержащие нормы гражданского права, в случаях и в пределах, предусмотренных ГК РФ, другими законами и иными правовыми актами (п. 7 ст. 3 ГК РФ). Нормативные акты Банка России вступают в силу с момента их опубликования в официальном издании Банка России («Вестнике Банка Рос-

сии»), за исключением случаев, установленных Советом директоров. Нормативные акты Банка России не имеют обратной силы. Если они непосредственно затрагивают права, свободы или обязанности граждан, то они должны быть зарегистрированы в Министерстве юстиции Российской Федерации в порядке, установленном для регистрации актов федеральных министерств и ведомств.

К сожалению, нормотворческая деятельность Банка России довольно часто противоречит указанным выше правилам. Например, в соответствии с ранее действовавшим письмом ЦБ РФ от 1 сентября 1995 г. № 187 «Порядок принятия к исполнению и учету исполнительных и приравненных к ним документов на оплату с корреспондентских счетов кредитных организаций и их филиалов» учреждения Банка России обязаны направлять поступившие к ним исполнительные документы непосредственно должнику без исполнения. И это несмотря на то, что в ряде случаев такие документы представляются взыскателями вместе с подлинными документами (например, исполнительные надписи нотариусов). Во-первых, практическая реализация этого правила приведет к фактической отмене принудительного исполнения решений судов, арбитражных судов и т. п. по делам о взыскании денежных сумм с корреспондентских счетов коммерческих банков. Это противоречит ст. 410 ГПК РФ, предусматривающей, что исполнительный документ должен быть направлен в кредитное учреждение, обслуживающее должника, именно для принудительного списания средств, а не для передачи должнику без исполнения. Во-вторых, письмо Банка России от 1 сентября 1995 г. № 187 непосредственно затрагивает права и интересы граждан (довольно часто взыскателями являются именно граждане). Следовательно, оно должно быть зарегистрировано в Министерстве юстиции РФ в соответствии с требованиями ст. 5 Закона о банке России. К сожалению, данное письмо не зарегистрировано в МЮ РФ, следовательно, оно уже по одному этому не подлежит применению. Таким образом, письмо ЦБ РФ от 1 сентября 1995 г. № 187 является незаконным. Его применение может нанести взыскателю серьезные убытки. В этом случае взыскатели вправе обратиться в суд и взыскать эти убытки с Центрального банка Российской Федерации.

К сожалению, это не единственный случай, когда ЦБ РФ

принимает нормативные акты, противоречащие законодательству. Так, в последнем абзаце письма Центрального банка РФ от 10 августа 1995 г. № 31-1868-95 содержится разъяснение Банка России, согласно которому кредитор вправе производить взыскание суммы долга со счета своего должника в бесспорном порядке на основании признанной последним претензии, если для данной категории споров законодательством предусмотрено его обязательное претензионное урегулирование. Такое разъяснение противоречит действующему законодательству по следующим причинам.

В соответствии со ст. 854 ГК РФ (аналогично ст. 110 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик) списание средств со счета без согласия его владельца допускается только по решению суда, если иное не предусмотрено законом или договором между банком и клиентом. Ранее такая норма в законодательстве, действительно, существовала. Имеется ввиду норма ст. 6 Положения о претензионном порядке урегулирования споров, утвержденного Президиумом Верховного Совета Российской Федерации от 24 июня 1992 г. № 3116-1 (далее — Положение). Но в соответствии со ст. 10 Федерального закона РФ «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» Положение признано утратившим силу. Тем не менее, по мнению Банка России, изложенному в упомянутом выше письме, отмена этого Положения не лишает кредитора возможности по-прежнему осуществлять списание средств со счета должника на основании признанной им претензии в определенных случаях, для которых законодательством сохранен порядок обязательного претензионного урегулирования споров. Эти случаи отражены в нормативных актах, перечисленных в ст. 5 Закона «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации». Однако ни один из этих нормативных актов не содержит нормы о праве кредитора на бесспорное списание средств по признанной должником претензии. Такой нормы нет и в других законодательных актах.

В ст. 57 Закона о Банке России содержится очень важная норма, которая определяет пределы нормотворческой деятельности ЦБ РФ и упорядочивает его взаимоотношения с кредитными организациями. В соответствии с этой нормой

Банк России не вправе требовать от кредитных организаций выполнения несвойственных им функций, включая контроль за расходованием фонда потребления (зарботной платы) юридических лиц — клиентов. К сожалению, Банк России принял к исполнению указанную норму закона в весьма ограниченных пределах: он отменил свое требование к коммерческим банкам об осуществлении ими контроля за расходованием фонда потребления своих клиентов (поскольку об этом прямо указано в законе), но усилил требования к банкам в части проведения ими контроля за кассовой дисциплиной (см. письмо Банка России от 16 июня 1995 г. № 02-14-5/235, письмо ЦБ РФ от 24 июля 1995 г. № 02-14-5/235, письмо ЦБ РФ от 22 августа 1995 г. № 184).

Однако кредитные организации являются коммерческими организациями, которые не должны заниматься осуществлением административного контроля за деятельностью клиентуры. Контроль за соблюдением предприятиями и организациями кассовой дисциплины, как известно, не входит в сферу коммерческих интересов кредитных организаций и поэтому может быть однозначно отнесен к несвойственным им функциям. Ассоциация российских банков обратилась в Центральный банк РФ с просьбой пересмотреть свое решение об усилении коммерческими банками контроля за соблюдением кассовой дисциплины своей клиентуры, противоречащее Закону о Банке России. ЦБ РФ ответил, что такое решение является вынужденным, связанным с широким использованием наличных денег в качестве средства платежа в сфере межхозяйственных связей (письмо ЦБ РФ от 20 июля 1995 г. № 14-4/287). По сути указанный ответ переводит решение данной проблемы из сферы законности в сферу целесообразности. Такой контроль может и должен осуществляться, но не банками, а, скажем, налоговыми органами, учитывая, что переход на налично-денежные расчеты чаще всего используется для уклонения от налогов.

Проведенный анализ показывает, что выполнение всех административных полномочий по управлению кредитной системой законодательство возложило только на Центральный банк Российской Федерации.

Как известно, сосредоточение всей административно-командной власти в рамках одного ведомства рано или поздно

приведет к излишней бюрократизации, зарегламентированности, а в конечном счете, к потере инициативы и предприимчивости всей системы контролируемых им органов. Не исключено, что подобная участь ждет и наши коммерческие банки. Кроме того, при таком устройстве кредитной системы возможны разного рода злоупотребления.

Для преодоления указанного монополизма Банка России в деле управления кредитной системой целесообразно использовать положительный опыт развитых зарубежных стран, в частности Французской Республики. Французская кредитная система, как и российская, также имеет два уровня. Однако в отличие от России первый уровень включает сразу несколько органов управления кредитной системой: Комитет по банковской регламентации, Комитет по кредитным учреждениям, Банковскую комиссию и Банк де Франс. Министр экономики и финансов Франции принимает непосредственное участие в деятельности некоторых из них.

Представляется целесообразным создать в России несколько органов управления кредитной системой, компетенция которых основывалась бы на принципе разделения властей, системе «сдержек и противовесов»¹.

§ 3. Опыт построения первого уровня кредитной системы во Франции

Согласно действующему законодательству Французской республики, Комитет по банковской регламентации является своеобразным «законодательным» органом кредитной системы Французской Республики. Он вправе издавать нормативные акты по следующим вопросам банковской деятельности:

¹ Такая задача уже неоднократно ставилась в литературе. См., например, Л.Г. Ефимова. Законодательство о банках и расчетах в строительстве. Автореферат канд. диссертации. М. 1992. С. 12 — 13; Л.Г. Ефимова, Л.А. Новоселова, Г.А. Тосунян, О.Н. Шерстобитова, А.Е. Шерстобитов. Правовое регулирование организации и деятельности рыночной экономики (исходные принципы). М. МФД. 1994. С. 10; Г.А. Тосунян, Л.Г. Ефимова. Опыт правового регулирования деятельности органов управления кредитной системой Франции и проблемы совершенствования банковской системы России. Государство и право. 1994. № 7. Ст. 147; Г.А. Тосунян. Банковское дело и банковское законодательство в России: опыт, проблемы, перспективы. М., 1995. С. 262.

1) минимальному размеру уставного капитала кредитных учреждений и условиям, которые должны быть выполнены лицами, которые желают быть акционерами кредитных учреждений; 2) условиям открытия филиалов; 3) условиям, на которых кредитные учреждения могут принимать участие в формировании уставных капиталов других предприятий; 4) условиям осуществления кредитными учреждениями банковских операций, в частности, касающиеся их взаимоотношений с клиентурой или правил межбанковской конкуренции; 5) условиям организации совместных межбанковских служб; 6) требованиям к методам управления кредитными учреждениями, которые должны гарантировать их ликвидность, платежеспособность и обеспечивать удовлетворительную структуру баланса кредитных учреждений; 7) плану счетов и правилам бухгалтерского учета кредитных учреждений, порядку доведения данных о результатах деятельности кредитных учреждений до сведения общественности и органов управления кредитной системой; 8) правилам банковского кредитования в той части, в какой решение этих вопросов прямо не отнесено к ведению Совета по денежной политике Банк де Франс.

Непосредственное исполнение нормативных актов Комитета по банковской регламентации возлагается на Банк де Франс и на Комитет по кредитным учреждениям в зависимости от компетенции каждого из этих органов.

Комитет по банковской регламентации формируется из лиц, которые являются членами Национального совета по кредиту в следующем составе: Президент, которым по должности является Министр экономики и финансов Франции или его представитель, Управляющий Банк де Франс и Президент Банковской комиссии или его представитель, а также четыре члена этого комитета (или их заместители), назначаемые решением Министра экономики и финансов Франции на три года: представитель Французской ассоциации кредитных учреждений, представитель профсоюза, объединяющего работников кредитных учреждений, и два лица, компетентные в банковском деле.

На Комитет по кредитным учреждениям возлагается обязанность принимать акты индивидуального характера в сфере управления кредитной системой. Так, в соответствии со ст. 15 Закона Французской Республики от 24 января 1984 г. № 84.46

Комитет по кредитным учреждениям производит регистрацию кредитных учреждений, выдает им лицензии на право совершения банковских операций (agreement), ведет реестр кредитных учреждений Франции и регулярно публикует эти данные в газете.

В состав Комитета по кредитным учреждениям входят следующие члены Национального Совета по кредиту: Управляющий Банк де Франс (президент), Президент Банковской комиссии (или его представитель), директор Казны или его представитель, а также четыре члена Комитета (или их заместители), назначенные постановлением Министра экономики и финансов на срок 3 года, представитель Французской ассоциации кредитных учреждений, представитель профсоюза работников кредитных учреждений и двое компетентных специалистов в области банковского дела.

Банковская комиссия — это административный орган, на который возложены функции «профессиональной полиции»¹. Иными словами, Банковская комиссия обязана следить за точным применением законодательства всеми кредитными учреждениями. В случае выявления ею различных нарушений Банковская комиссия вправе принимать различные меры в пределах своей компетенции. Однако задача Банковской комиссии не исчерпывается выполнением одних только карательных полномочий. Она призвана следить за кредитными учреждениями, главным образом не для того, чтобы их наказывать, а для того, чтобы помочь им вовремя исправить допущенные ошибки и экономические просчеты и тем самым избежать банкротства.

В соответствии со ст. 38 Закона Французской Республики от 24 января 1984 г. № 84.46 в состав Банковской комиссии входят Управляющий Банк де Франс или его представитель (Президент Банковской комиссии), директор Казны или его представитель и четыре члена (или их заместители), назначаемые постановлением Министра экономики и финансов сроком на 6 лет, государственный советник (назначается по представлению вице-президента Государственного совета); советник Кассационного суда (назначается по представле-

¹ Gavalda Ch., Stoufflet J. Droit du crédit. Les institutions. Paris. 1990. P. 248.

нию Первого президента Кассационного суда); двое видных специалистов в области банковского и финансового дела. Кредитные учреждения обязаны направлять Банковской комиссии отчеты об их деятельности. Для этого она утверждает перечень тех документов, которые они обязаны представлять, и сроки, когда они должны быть направлены. Однако это далеко не вся информация, на которую комиссия имеет право. Законодательство предоставило ей самые широкие полномочия. Кроме указанных сведений комиссия вправе потребовать от любого кредитного учреждения представления всех сведений, справок, объяснений и документов, которые ей необходимы для надлежащего выполнения контрольных полномочий. Проверки, проводимые Генеральным секретариатом Банковской комиссии с выходом на место, могут касаться не только самого кредитного учреждения, но и его филиалов, а также тех юридических лиц, которые прямо или косвенно контролируют его деятельность.

В той мере, в какой это предусмотрено международными договорами Франции, Банковская комиссия вправе контролировать деятельность филиалов иностранных банков, расположенных на территории Французской Республики. Банк де Франс предоставляет в распоряжение генерального секретариата Банковской комиссии своих агентов и другие средства, необходимые для осуществления указанных проверок. Условия участия специалистов Банк де Франс в проверках, проводимых Банковской комиссией, определяются в соглашении. Генеральный секретариат Банковской комиссии имеет право привлекать к участию в таких проверках (на условиях, определяемых в договорах) любого компетентного специалиста.

Если в результате произведенных проверок выясняется, что кредитное учреждение пренебрегает правилами грамотного ведения дел, Банковская комиссия может, затребовав от его руководителей соответствующие разъяснения, направить кредитному учреждению уведомление о том, что оно поставлено под непосредственный контроль комиссии. Это означает, что к нему будут предъявлены дополнительные требования о предоставлении сведений, касающихся его финансовой деятельности. В случае необходимости Банковская комиссия вправе направить кредитному учреждению предписание о необходимости устранить нарушения банковского законодательства.

Получив такое уведомление, кредитное учреждение обязано в течение установленного срока улучшить результаты своей финансовой деятельности и устранить выявленные недостатки.

Если кредитное учреждение не в состоянии нормально функционировать, Банковская комиссия вправе по собственной инициативе или по просьбе руководства кредитного учреждения применить к нему следующие меры. Она может либо назначить временную администрацию для внешнего управления этим учреждением, либо ликвидационную комиссию, когда полностью отсутствует возможность оздоровить его финансовое положение.

Как и все контрольные органы, Банковская комиссия имеет право не только проверять кредитные учреждения, но и привлекать их к ответственности за нарушения, установленные законодательством. Таким образом, карательные функции Банковской комиссии непосредственно связаны с ее надзорными полномочиями.

Основаниями для привлечения кредитного учреждения к ответственности является нарушение им банковского законодательства, обязательных для исполнения предписаний Банковской комиссии и иных органов управления кредитной системой, непредставление документов, запрошенных Банковской комиссией, когда это кредитное учреждение находится под ее непосредственным контролем. В соответствии со ст. 45 Закона Французской Республики от 24 января 1984 г. № 84.46 Банковская комиссия вправе привлекать кредитные учреждения к следующим видам административной ответственности: предупреждение; выговор; запрет осуществлять конкретные банковские операции (иные ограничения их деятельности); временное отстранение одного или нескольких сотрудников кредитных учреждений, которые уполномочены совершать сделки от их имени, от выполнения этих обязанностей с назначением или без назначения временного администратора; предоставление конкретным сотрудникам кредитного учреждения права совершать сделки от имени последнего с одновременным лишением такого права одного или нескольких сотрудников этого же учреждений; отзыв лицензии.

Помимо указанных санкций Банковская комиссия вправе налагать на кредитные учреждения штраф, который поступает в государственный бюджет.

Французское законодательство требует от Банковской комиссии строгого соблюдения ею процедуры применения санкций. Это должно обеспечить законность в ее деятельности и предоставить кредитным учреждениям необходимые гарантии соблюдения их прав и законных интересов. Процесс вынесения решения о применении санкций к конкретному кредитному учреждению основывается на следующих принципах. Во-первых, такое решение может быть принято Банковской комиссией, если на заседании присутствует большинство ее членов. Во-вторых, кредитное учреждение имеет право на защиту. Это выражается в том, что оно может защищаться непосредственно на заседании самой комиссии, которая рассматривает его дело. Для этого оно должно либо направить туда своего адвоката, либо воспользоваться услугами представителя банковской ассоциации. Если кредитное учреждение не согласно с решением Банковской комиссии, оно имеет возможность обжаловать его непосредственно в Государственный Совет.

Решение Банковской комиссии о применении санкции к кредитному учреждению направляется этому учреждению, Комитету по кредитным учреждениям и банковской ассоциации, в которую оно входит.

Банк де Франс был и остается вершиной французской кредитной системы. Он был основан 18 февраля 1800 г. В 1803 году Банк де Франс получил привилегию эмиссии банкнот вначале в рамках парижского региона, а затем эти полномочия были распространены на всю территорию современной Франции. Банк де Франс долгое время оставался вне государственного сектора экономики, существуя как обычное кредитное учреждение в форме акционерного общества. Он был национализирован только в 1945 году на основании Закона от 2 декабря 1945 г. путем передачи в собственность государства всех акций.

Правовое положение Банк де Франс определено Законом от 13 июля 1993 г. № 93.24. Банк де Франс является юридическим лицом. В настоящее время его капитал полностью принадлежит государству. Банк де Франс независим от исполнительных и распорядительных органов государства. Однако это обеспечивается несколько иначе, чем по российскому законодательству в отношении Банка России. Ряд функций, которые,

согласно российскому праву, возложены исключительно на центральный банк, во Франции выполняются правительством. Так, именно правительство устанавливает порядок обмена валюты, а Банк де Франс (с учетом этого) — курс франка. Министр экономики и финансов по должности входит в состав органов управления кредитной системой. Но это не приводит ни к юридическому, ни к фактическому подчинению Банк де Франс правительству. Согласно французскому законодательству, все высшие должностные лица Банк де Франс при выполнении своих обязанностей не имеют права ни просить, ни получать никаких указаний от правительства. Они должны принимать самостоятельные, независимые решения.

Анализ указанного выше закона позволяет выделить в деятельности Банк де Франс четыре главных направления: во-первых, на него возлагается обязанность по формированию и осуществлению денежной политики государства; во-вторых, он должен обслуживать работу органов управления кредитной системы, которые не имеют своего аппарата; в-третьих, он обязан решать некоторые проблемы, общие для всей кредитной системы, за что он был назван «органом опеки» кредитных учреждений; в-четвертых, Банк де Франс функционирует как обычный банк.

Банк де Франс является правой рукой органов управления кредитной системой: аппарат Банк де Франс подготавливает материалы, рассматриваемые этими органами, представляет предварительные проекты решений. Необходимо подчеркнуть, что на Банк де Франс не возложен непосредственный контроль за деятельностью кредитных учреждений. Закон от 13 июля 1993 г. № 93.24 не включает контрольные полномочия в компетенцию Банка Франции. В то же время инспекторы и агенты Банка всегда находятся в распоряжении Банковской комиссии. Таким образом, Банк де Франс не является в точном смысле слова контрольным органом. Он выполняет соответствующие поручения Комитета по банковской регламентации, Комитета по кредитным учреждениям, Национального Совета по кредиту и Банковской комиссии. Между тем нельзя сказать, что это является своеобразным «делегированием полномочий» Банк де Франс. Скорее, он является неким «исполнительным органом», не имеющим собственных контрольных полномочий. Банк де Франс является органом опеки кредит-

ных учреждений¹. Он занимается разнообразной деятельностью, необходимой для успешного функционирования всей кредитной системы. При Банк де Франс созданы и функционируют различные организации, которые обслуживают кредитные учреждения Франции. В этом смысле прежде всего следует сказать о центральной службе рисков, которая собирает информацию о заемщиках, о выданных и непогашенных кредитах. Любое кредитное учреждение вправе получить необходимую информацию прежде чем предоставить или увеличить сумму кредита конкретному заемщику.

Органами управления Банк де Франс являются Совет по денежной политике, Генеральный совет и Управляющий Банк де Франс, который имеет нескольких заместителей.

¹ Gavalda Ch., Stoufflet J. Droit du crédit. Les institutions. Paris. 1990. P. 269.

Раздел II.

Гражданско-правовые сделки с участием банков

Глава 3. Обязательства с участием банков, предусмотренные второй частью Гражданского кодекса РФ 1996 г.

§ 1. Виды банковских сделок, предусмотренных второй частью ГК РФ 1996 г.

Гражданский кодекс РФ во второй части, посвященной отдельным видам обязательств, весьма значительное внимание уделил регулированию банковских сделок и возникающих на их основе обязательств. Впервые в российском законодательстве закреплена развернутая регламентация этих отношений, ранее оформлявшаяся в основном с помощью подзаконных, обычно ведомственных нормативных актов и отграничивавшаяся на уровне закона нормами преимущественно отсылочного характера.

Помимо заемных и кредитных обязательств (гл. 42), в которых широко участвуют банки и другие кредитные организации, четыре главы кодекса (43 — 46) посвящены банковским сделкам, т. е. сделкам, в которых банк обязательно является одной из сторон — услугодателем (договоры финансирования под уступку денежного требования (факторинг), банковского вклада, банковского счета и обязательства, оформляющие осуществление безналичных расчетов. Кроме того, к числу

банковских сделок следует отнести финансовую аренду (лизинг) (§ 6 гл. 34), в котором банки могут участвовать в роли арендодателей (лизингодателей), и договор хранения ценностей в банке (ст. 921, 922 ГК). Наконец, в договоре доверительного управления (гл. 53 ГК) банки могут выступать в качестве доверительных управляющих ценными бумагами и некоторыми другими видами имущества, осуществляя в этом смысле «трастовые операции».

При этом законодательное оформление перечисленных институтов построено таким образом, чтобы охватить в них все основные разновидности регулируемых отношений. Именно поэтому в правилах о займе и кредите появились нормы о векселе, облигации и договоре государственного займа, а также новации долга в заемное обязательство; за правилами о кредитном договоре следуют нормы о товарном и коммерческом кредите; банковский вклад охватывает отношения, оформляемые выдачей банковского сберегательного или депозитного сертификата; нормы о банковском счете определяют также правовой режим корреспондентских и иных счетов банков и т. д.

Тем самым законодатель решает ряд важных теоретических и практических правовых проблем. Так, в достаточной мере четко выявилось соотношение договоров займа и кредита, а также банковского вклада и банковского счета. Нормы о займе в основном являются общими для заемных и кредитных обязательств, которые в свою очередь имеют и специальные правила, в том числе определяющие различия в их гражданско-правовой природе реальных и консенсуальных сделок, субъектном составе, оформлении и др. Банковский вклад оформляется как открытием банковского счета (который, однако, не может служить для осуществления расчетов (ср. абз. 2 п. 3 ст. 834 ГК)), так и выдачей банковского сертификата. Банковский счет, как и банковский вклад, являются самостоятельными видами гражданско-правовых договоров, а не смешанными договорами (объединяющими элементы займа и поручения, как иногда указывается в теоретической литературе).

Из содержания правил ГК о банковских сделках, в отличие от Основ гражданского законодательства 1991 года, нигде не использующих термин «хранение», теперь достаточно ясно вытекает невозможность установления каких-либо вещных

правоотношений по поводу находящихся во вкладе или на счете денежных средств — невозможность использования вещно-правовых средств защиты в данных отношениях. Ведь банк не хранит, в буквальном смысле слова, деньги своих клиентов, тем более, что во многих случаях речь идет о «безналичных деньгах», физически не существующих (в виде денежных купюр), а представляющих собой лишь запись на соответствующем счете, т. е. способ фиксации обязательственного права требования. Поэтому никто не является собственником или «владельцем» средств, «находящихся» на счете или во вкладе, ибо этих средств в физическом смысле не существует. Невозможно поэтому реально разграничить «собственные» и «заемные» средства банков (это можно сделать лишь в чисто учетных, бухгалтерских целях, что не должно иметь гражданско-правового значения), тем более, что деньги как предмет отношений займа всегда переходят в собственность заемщика (п. 1 ст. 807 ГК). Соответствующие формулировки ст. 36 Закона о банках и банковской деятельности, по-прежнему говорящие об обязанности банков «хранить» деньги своих клиентов, представляются поэтому крайне неудачными.

В этой связи следует специально подчеркнуть, что в силу правила п. 2 ст. 3 ГК нормы кодекса имеют приоритет в применении перед правилами Закона о банках и банковской деятельности в части, касающейся правового регулирования банковских сделок. Серьезных расхождений между этими законами нет, но отдельные коллизии все же встречаются. Дело, конечно, не в том, что правила ГК имеют какую-то особую, высшую юридическую силу. Этого, к сожалению, нет. Но смысл правила п. 2 ст. 3 ГК заключается в том, что если сам законодатель при принятии нового закона не посчитал необходимым внести соответствующие изменения в содержание кодекса, все возможные в результате этого коллизии следует решать в пользу норм ГК. Разумеется, это касается лишь гражданско-правовых норм, содержащихся в других законах. Не случайно, однако, такой юридико-технический прием используется теперь законодателем и в других аналогичных случаях (в семейном и водном кодексах, проекте налогового кодекса и т. д.).

Иначе выглядит соотношение ГК и Закона о защите прав потребителей, который в соответствии с прямым указанием

ст. 9 Закона о введении в действие части второй ГК РФ полностью сохранил свое действие в сфере гражданских правоотношений. Эти законы не коллидируют, а взаимодействуют, дополняя друг друга. Поэтому правонарушения в области банковской деятельности, касающиеся прав и интересов граждан-потребителей, могут повлечь одновременно последствия, предусмотренные как ГК, так и названным законом. В соответствии с п. 2 Постановления № 7 Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. «О практике рассмотрения судами дел о защите потребителей»¹ к предмету названного закона, в частности, относятся договоры на оказание финансовых услуг гражданам, не являющимся предпринимателями, включая предоставление им кредитов для личных бытовых нужд, открытие и ведение счетов клиентов-граждан, осуществление расчетов по их поручению, услуги по приему от граждан и хранению ценных бумаг и других ценностей.

Вторая часть ГК в правилах о банковских сделках существенно усилила защиту имущественных прав граждан. В частности, согласно п. 1 ст. 835 ГК только банки, имеющие соответствующую лицензию, вправе привлекать во вклады денежные средства. Попытки сбора денежных средств с граждан под видом «инвестиционных» и тому подобных «векселей» и иных ценных бумаг, выпуск которых является незаконным или исключает получение держателями своего вклада по первому требованию, влекут не только последствия, предусмотренные пп. 2 и 3 ст. 835 ГК (обязанность немедленного возврата суммы вклада с начислением на нее процентов, предусмотренных ст. 395 ГК и возмещения сверх того всех причиненных вкладчику убытков), но и последствия нарушения прав потребителей, предусмотренные Законом о защите прав потребителей.

Договоры банковского вклада объявлены законом возмездными, а договоры банковского счета предполагаются возмездными. Отсутствие же в них условий о размере процентов, выплачиваемых услугополучателю, влечет обязанность их выплаты в размере, предусмотренном п. 1 ст. 809 ГК (п. 1 ст. 838 и ст. 852 ГК). Договор банковского вклада, в котором вкладчиком является гражданин, признается публичным (п. 2

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 1.

ст. 834 ГК), что исключает отказ в его заключении со стороны услугодателя — банка (как и в договоре банковского счета в соответствии с п. 2 ст. 846 ГК), а также установление каких-либо необоснованных преимуществ для отдельных категорий потребителей (например, для своих работников).

Наряду с традиционными, известными видами банковских сделок, во второй части ГК появились и новые, неизвестные ранее отечественному законодательству сделки с участием банков. Одни из них рассчитаны специально на банковскую сферу (договор факторинга), другие предполагают возможность участия банков в качестве услугодателей (договор доверительного управления). Такие виды сделок нуждаются в специальном анализе.

§ 2. Договор финансирования под уступку денежного требования (договор факторинга)

Юридическую сущность данных обязательств составляет уступка денежного требования, давно известная в обязательственном праве в качестве цессии (ср. ст. ст. 382 — 390 ГК). Однако отношения факторинга имеют гораздо более сложный характер, чем обычная цессия, сочетаясь с отношениями займа или кредита, а также с возможностью предоставления других финансовых услуг.

Речь идет о предпринимательских отношениях, участник которых, приобретая денежное требование к другому лицу (например, в силу отгрузки ему товара или оказания возмездной услуги), не дожидаясь его исполнения, уступает данное требование банку или иной коммерческой организации (фактору) в обмен на получение займа или кредита. Разумеется, фактор оплачивает такое требование кредитору не в полной сумме или предоставляет ему кредит, рассматривая данное требование как способ полного или частичного обеспечения его своевременного возврата. При этом учитывается и необходимое вознаграждение фактору.

При постоянной потребности клиента, например предприятия-изготовителя, в кредите обслуживающий его банк может по договору принимать на себя обязанности не только по выдаче клиенту кредитов под уступку соответствующих денежных требований, но и по предоставлению ему одновременно связанных с этим различных финансовых услуг, прежде всего

по ведению бухгалтерского учета и выставлению счетов по поступающим денежным требованиям. Ведь такой фактор во многих случаях, по сути, покупает дебиторскую задолженность клиента или его платежные требования к контрагентам и потому заинтересован в контроле над операциями своего клиента, в том числе путем осуществления бухгалтерского учета его торговых операций. Таким образом, наряду с уступкой требования и кредитованием здесь появляются обязательства по финансовому обслуживанию фактором (финансовым агентом) своего клиента, что позволяет рассматривать этот договор как комплексный (смешанный).

Такого рода отношения возникли в практике стран с развитой рыночной экономикой. Пионерами в этом отношении стали США, впервые допустившие такие сделки по покупке долговых обязательств, причем здесь исключалось обратное требование фактора к клиенту при неоплате уступленного обязательства должником. Применение факторинговых операций в Европе допустило «оборотный факторинг», т. е. возможность регрессного требования фактора к своему клиенту, исключаящую, следовательно, для финансового агента риск неплатежа со стороны должника по уступленному обязательству.

28 мая 1988 г. в г. Оттаве была принята также специальная конвенция о международном факторинге. В течение 1988 — 1990 гг. она была подписана 14 государствами, однако ратифицирована лишь тремя (Францией, Италией и Нигерией), в отношениях между предпринимателями которых она вступила в силу с 1 мая 1995 г. В континентальном европейском праве специальные нормы о договоре факторинга обычно отсутствуют, и для его регулирования используются общие нормы обязательственного права, прежде всего о цессии. Однако он достаточно широко используется в коммерческой практике.

Предметом договора финансирования под уступку денежного требования, согласно п. 1 ст. 824 ГК, может быть как передача денежного требования финансовому агенту в обмен на предоставление клиенту соответствующих денежных средств, так и уступка клиентом фактору своего денежного требования в качестве способа обеспечения исполнения обязательства, имеющегося у клиента перед фактором (обычно — по кредитному договору фактора с клиентом). Во втором случае требование может

переходить к фактору только при условии невыполнения клиентом своего основного обязательства (в субсидиарном порядке). В обоих случаях финансовый агент, по сути, так или иначе кредитует своего клиента, получая право требования по некоторым его обязательствам в качестве возврата или обеспечения своего кредита.

Рассматриваемый договор со стороны финансового агента может предусматривать как передачу денег клиенту (по модели договора займа), так и обязательство передать их (по модели кредитного договора). Точно так же и клиент в зависимости от условий конкретного договора либо уступает определенное денежное требование, либо обязуется уступить его. В соответствии с этим можно говорить о возможности существования факторинга как реального или как консенсуального договора и вести речь о возможности или невозможности понууждения стороны к выдаче кредита или передачи права требования. В коммерческой практике развитых стран фактор обычно «отбирает» («одобряет») те или иные конкретные требования клиента и получает право отказаться от их получения (и соответственно — финансирования), например до момента, когда соответствующие товары клиентом еще не были отгружены, т. е. исполнение по сделке не производилось.

Предоставление фактором клиенту дополнительных финансовых услуг, связанных с уступаемыми денежными требованиями, включая ведение бухгалтерского учета, возможно, но не является необходимым элементом данного договора. Очевидно, что такие услуги становятся целесообразными в случаях, когда отношения сторон факторингового договора не сводятся к однократной уступке требования взамен предоставления кредита.

При уступке финансовому агенту денежного требования клиента к должнику оно может быть уже существующим (с наступившим сроком исполнения, например за отгруженный товар или оказанные услуги, и обычно отраженным в качестве дебиторской задолженности в бухгалтерских документах), либо будущим (срок исполнения по которому, например в виде обязательства по оплате товара, еще не наступил). В первом случае важно, чтобы этот срок не истек к моменту уступки.

Именно поэтому клиент в соответствии со ст. 827 ГК остается ответственным перед финансовым агентом за действи-

тельность требования, являющегося предметом уступки, но по общему правилу не отвечает за его реальную исполнимость. Иначе говоря, такое требование основано на нормах закона или договора и отсутствуют какие-либо условия, вследствие которых должник может не исполнять его (например, по требованию истекла исковая давность). Если же должник, несмотря на это, откажется исполнять предъявленное к нему требование, клиент не может отвечать за это перед фактором, если только иное прямо не предусмотрено договором факторинга. Последний, следовательно, по общему правилу является «безоборотным», но договором может быть предусмотрена и ситуация, при которой клиент будет отвечать перед фактором за реальную исполнимость уступленного требования.

При уступке будущего требования оно считается перешедшим к финансовому агенту лишь после возникновения права на получение с должника конкретных денежных средств, причем без какого бы то ни было дополнительного оформления (п. 2 ст. 826 ГК). В этом случае фактор, принявший на себя бухгалтерское и финансовое обслуживание клиента, может успешно проконтролировать как наступление такого момента, так и реальность требования. До наступления указанного момента клиент остается субъектом соответствующего требования, т. е. стороной по договору, которая должна выполнить все лежащие на ней обязанности, с тем чтобы иметь возможность потребовать последующего исполнения обязанностей от своего должника.

Получив денежное требование от клиента, банк (фактор) становится заинтересованным в его максимально возможном удовлетворении и вряд ли пойдет на различные отсрочки и другие льготы должнику. Последний, напротив, не заинтересован в замене своего партнера-кредитора, например продавца по договору купли-продажи, с которым у него могут сложиться длительные связи, неизвестным ему финансовым агентом. Поэтому должники, например покупатели по договорам купли-продажи, во многих случаях настаивают на включении в договор условия о запрете передачи любой из сторон каких-либо прав, вытекающих из договора, иному (третьему) лицу без согласия другой стороны. В этом случае цессия без согласия должника должна была бы исключаться, что, в свою очередь, стало бы серьезным препятствием для получения финан-

сирования под уступку требования банку или иному финансовому агенту.

В связи с этим ГК, следуя современным правилам развитого коммерческого оборота, объявляет такой запрет цессии по договору недействительным (п. 1 ст. 828). Теперь его наличие в договоре не должно препятствовать уступке денежного требования финансовому агенту без согласия должника. Последний сохраняет в этом случае право применить к своему первоначальному кредитору (клиенту) меры ответственности за нарушение установленного договором запрета или ограничения на уступку прав. Если, однако, такая ответственность не определена договором, она может заключаться лишь в возмещении должнику убытков, понесенных им вследствие замены кредитора (например, при доказанности возникновения дополнительных расходов, которые отсутствовали бы, если бы долг исполнялся первоначальному кредитору).

Сам финансовый агент не предполагается получившим право на дальнейшую переуступку (продажу) полученного от клиента требования, если только такое право прямо не предоставлено ему по договору (ст. 829 ГК). Но и в этом случае переуступка требования возможна лишь по правилам о договоре факторинга, т. е., в частности, только другому финансовому агенту, имеющему соответствующую лицензию на это. При этом осуществляющий переуступку финансовый агент попадает в положение клиента, а его клиент — в положение должника. Все это ставит в известные рамки деятельность по «скупке долгов» и созданию «рынка долговых обязательств», которую пытаются развивать некоторые коммерческие организации, приобретая, например, требования вкладчиков к неплатежеспособным банкам или другим кредитным организациям.

Обязанность должника произвести платеж не своему кредитору (клиенту), а его финансовому агенту в соответствии со ст. 830 ГК возникает только при условии письменного уведомления о состоявшейся уступке требования, а при наличии соответствующей просьбы должника — также только после предоставления ему фактором доказательств состоявшейся уступки. Такое уведомление в коммерческой практике нередко производится путем надписи на выставленных на оплату счетах. Если письменного уведомления, а при необходимости — и дополнительного предоставления доказательств должнику

не последует, он вправе произвести платеж клиенту (первоначальному кредитору). При совершении указанных действий должник произведет платеж финансовому агенту и будет свободен от обязательств перед клиентом. Все это конкретизирует общие правила закона о порядке совершения уступки требования (ср. п. 3 ст. 382 и п. 1 ст. 385 ГК), которые также находят в этих отношениях соответствующее применение.

Удовлетворяя требования финансового агента, должник по основному обязательству вправе противопоставить им (путем зачета) иные свои требования к клиенту (первоначальному кредитору), вытекающие из данного договора (например, об уплате неустойки за просрочку в отгрузке товаров). Однако он не может предъявить финансовому агенту требования об уплате сумм, причитающихся ему с первоначального кредитора (клиента), в связи с нарушением им условия договора о запрете или ограничении уступки требования (ст. ст. 832 и 412 ГК).

При расчетах фактора с должником он приобретает право на все суммы, которые ему удастся получить от должника во исполнение требований. Их размер может превышать сумму выданного клиенту кредита (к выгоде фактора), а может быть и менее этой суммы, причем по условиям предполагаемого «безоборотным» факторинга клиент не несет за это перед фактором никакой ответственности.

Только в случае, когда покупкой требования фактор обеспечивает исполнение обязательств, существующих перед ним у клиента, например по возврату выданного ему кредита, возможны дополнительные расчеты финансового агента с клиентом в зависимости от фактически полученных от должника сумм. Ведь само обязательство переходит к фактору от клиента лишь в части неисполненных последним требований, поскольку именно их исполнение этот переход и должен обеспечивать. Если финансовый агент фактически взыскал с должника по уступленному обязательству сумму, превышающую размер долга клиента, он должен передать клиенту соответствующую разницу. В противном случае финансовый агент получил бы сумму, превышающую размер его требований к клиенту, т. е. неосновательно обогатился бы за его счет. Но если фактически полученная фактором от должника сумма будет менее размера долга клиента, последний остается ответственным за остаток долга (ст. 831 ГК).

Таким образом, становится очевидным, что в отношениях факторинга тесно связаны между собой не только стороны договора финансирования под уступку денежного требования (финансовый агент и клиент), но и должник по обязательству перед клиентом (первоначальным кредитором). В частности, должник по уступленному обязательству сохраняет право требовать с клиента уплаты определенных сумм при нарушении последним своих обязательств по договору (например, при оплате им фактору стоимости товара, отгруженного клиентом и впоследствии оказавшегося недоброкачественным). В такой ситуации должник не вправе требовать возврата сумм, уплаченных фактору (п. 1 ст. 833 ГК). Но если сам фактор в этом случае не произвел клиенту обещанный за уступку требования платеж, либо при производстве такого платежа знал о нарушении обязательства клиентом, должник может требовать возврата ему соответствующих сумм непосредственно от фактора. Ведь в указанной ситуации финансовый агент получает с должника деньги, не произведя финансирования своего клиента, либо зная, что уступленное ему требование клиента к должнику необоснованно или заведомо спорно.

§ 3. Договор доверительного управления имуществом

Договор доверительного управления имуществом — новый для нашего законодательства, хотя некоторые его «зачатки» в виде, например, «трастовых операций» банков или управления имуществом в интересах других лиц конкурсным управляющим, встречались и ранее. Прежде всего необходимо иметь в виду, что этот договор не имеет ничего общего с передачей имущества в «доверительную собственность» («траст»), которую пытались навязать отечественному правопорядку путем прямого, буквального заимствования аналогичного института англо-американского права (п. 1 Указа Президента РФ от 24 декабря 1993 г. № 2296 «О доверительной собственности (трасте)»). Институт доверительной собственности (траста) отсутствует в континентальных правопорядках, поскольку он основан на весьма своеобразных средневековых традициях английского права, заимствованных впоследствии американской правовой системой.

Траст (доверительная собственность) нельзя относить ни к

вещным, ни к обязательственным правам, ибо такое деление имущественных прав неизвестно породившему его праву. Именно поэтому введение этого института в отечественный правопорядок президентским указом было крайне неудачной и непродуманной попыткой использования чужеродных конструкций, рассчитанных на совершенно иную «систему координат».

Гражданский кодекс использует понятие не доверительной собственности (траста), а доверительного управления чужим имуществом. Такое управление не влечет перехода собственности на имущество от собственника к доверительному управляющему, не «расщепляет» это право и в принципе не меняет прав собственника на имущество (п. 4 ст. 209, абз. 2 п. 1 ст. 102 ГК). Поэтому названный президентский указ, реально действовавший, согласно своему п. 21, до вступления в силу нового ГК, в настоящее время следует считать утратившим юридическую силу. В ч. 2 ст. 5 новой редакции Закона о банках и банковской деятельности (от 3 февраля 1996 г.) теперь также говорится о доверительном управлении имуществом, а не о «трастовых операциях».

В соответствии с договором доверительного управления учредитель управления передает управляющему на определенный срок часть своего имущества, которое используется последним в интересах либо учредителя, либо указанного им третьего лица (выгодоприобретателя, бенефициара, в роли которого вполне может выступать и сам собственник) (п. 1 ст. 102 ГК). Потребность в такой передаче может определяться неопытностью или неспособностью собственника эффективно использовать некоторые объекты принадлежащего ему имущества (например, имущественные комплексы-предприятия, ценные бумаги — акции, авторские права и т. д.), желанием использовать для этого опытных профессионалов, а также его намерением облагодетельствовать кого-либо (выгодоприобретателя) и другими аналогичными соображениями. Важно иметь в виду, что такого рода отношения могут возникнуть как для частной, так и для публичной собственности.

Предметом договора доверительного управления является совершение управляющим «любых юридических и фактических действий в интересах выгодоприобретателя» (п. 2 ст. 1012 ГК), если только какие-то из них прямо не исключены

законом или договором (например, действия по безвозмездному отчуждению находящегося в управлении имущества). По этому признаку договор доверительного управления имуществом четко отграничивается от договоров поручения и комиссии, имеющих предметом совершение юридических действий, либо даже только сделок. Что же касается агентского договора, то он предусматривает возможность выступления агента от имени принципала, исключенную для отношений доверительного управления.

Управляющий чужим имуществом всегда совершает соответствующие действия от своего имени, однако указывает при этом, что он действует в качестве такого управляющего. Это достигается путем соответствующей информации третьих лиц в устных сделках или пометок «Д.У.» («Доверительный управляющий»), проставляемых после имени или наименования доверительного управляющего в письменных сделках и в документах. При этом условия управляющий становится стороной совершенных им сделок, а долги по вытекающим из них обстоятельствам погашаются им прежде всего за счет переданного в управление имущества (п. 3 ст. 1022 ГК). При отсутствии такой информации считается, что управляющий совершил сделку в личных целях и отвечать по ней перед контрагентами он будет личным имуществом, а не имуществом, переданным ему в управление п. 3 ст. 1012 ГК.

Таким образом, управляющий действует от своего имени, извещая, однако, третьих лиц о своем особом положении. Данная ситуация не свойственна ни отношениям поручения, ни отношениям комиссии, ни агентированию. Кроме того, никаких лично-доверительных отношений (как, например, в договоре поручения) между сторонами этого договора не предполагается. Термин «доверительное» применительно к управлению по данному договору носит условный характер и не имеет юридического значения.

Объектом доверительного управления может быть не любое имущество собственника. Закон прямо называет в этом качестве объекты недвижимости, включая имущественные комплексы (п. 1 ст. 130, ст. 132 ГК), ценные бумаги и права, удостоверенные бездокументарными ценными бумагами, исключительные права (п. 1 ст. 1013 ГК). Другое имущество, т. е. движимые вещи, может стать объектом рассматриваемого

договора лишь при возможности его обособления и учета в отдельном балансе или отдельном банковском счете (п. 1 ст. 1018 ГК). Необходимость такого обособления вызывается самой природой отношений доверительного управления, не допускающей возможности смешения находящегося в управлении имущества с личным имуществом управляющего. В свою очередь, это исключает передачу в доверительное управление, например, только обычных движимых вещей потребительского значения, ибо обособить их в юридическом смысле (путем открытия отдельного баланса) невозможно.

Лишь при передаче в доверительное управление ценных бумаг закон разрешает их объединение, даже если они принадлежат разным лицам (ч. 1 ст. 1025 ГК). Однако и в этом случае объединяются ценные бумаги разных учредителей, которые все равно должны быть обособлены от имущества управляющего, в том числе от принадлежащих ему аналогичных ценных бумаг. Эта возможность распространяется и на права, удостоверенные «бездокументарными ценными бумагами» (ч. 4 ст. 1025 ГК). Федеральный закон может предусмотреть и иные особенности передачи в доверительное управление ценных бумаг.

С этой точки зрения следует иметь в виду, что деньги как разновидность движимых вещей сами по себе (не в составе имущественного комплекса) не должны становиться объектом доверительного управления. Ведь при их использовании в имущественном обороте право собственности на соответствующие купюры неизбежно утрачивается, и они не могут быть возвращены собственнику по окончании срока договора. Очевидно, что собственника обычно не интересует возврат тех же самых купюр. Речь идет о сохранении и приумножении соответствующей денежной суммы, которая не может быть признана вещью (хотя и входит в понятие «имущество»). «Обособление» денег на банковском счете в действительности есть лишь форма их учета, а сам банковский вклад или находящаяся на банковском счете сумма представляют собой обязательственное право требования, а не вещь. Поэтому речь здесь может идти о передаче в доверительное управление соответствующего права, что также имеет место при передаче в доверительное управление «бездокументарных ценных бумаг» (например, акций или ГКО, существующих лишь в виде запи-

сей в памяти ЭВМ и являющихся способами фиксации имущественных прав в соответствии со ст. 149 ГК).

Изложенным объясняется содержащийся в п. 2 ст. 1013 ГК запрет передачи в доверительное управление денег, если только иное прямо не предусмотрено законом. Новая редакция Закона о банках и банковской деятельности в ч. 2 ст. 5 допустила «доверительное управление денежными средствами» по договору не только банков, но и для всех кредитных организаций. Более того, согласно ст. 7 Федерального закона от 3 февраля 1996 г. «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР» доверительное управление денежными средствами по договору с физическими и юридическими лицами может осуществляться и организациями, не являющимися кредитными, хотя и при условии получения ими лицензии на этот вид деятельности.

Тем самым сделана законодательная попытка сохранить правовую базу деятельности для «управляющих компаний паевых инвестиционных фондов», которые формально призваны осуществлять «доверительное управление» средствами «инвесторов», а фактически вправе «инвестировать» собранное ими имущество «в ценные бумаги, недвижимость, банковские депозиты и иное имущество», т. е. отчуждать его, а не управлять им, причем «инвесторы» не вправе давать такой организации «какие-либо указания или иным образом вмешиваться в осуществление ею своих прав и исполнение обязанностей» (пп. 10 и 11 Указа Президента РФ от 26 июля 1995 г. № 765 «О дополнительных мерах по повышению эффективности инвестиционной политики Российской Федерации»). Разумеется, никакого «доверительного управления» денежными средствами при этом не происходит.

Разрешая передачу денежных средств в управление по договору в случаях, предусмотренных законом, ГК предполагает распространение и на эти отношения своих норм о данном договоре. Следовательно, в соответствии с п. 1 ст. 1018 ГК необходимо обособление и переданных в доверительное управление денежных сумм (в данном случае — путем открытия отдельного банковского счета для каждого учредителя). Для этого недостаточно осуществить выдачу «инвестиционных паев» и их последующий учет «специализированным депозитарием» (пп. 1 и 3 названного указа), тем более, что такие

«паи» объявлены ценной бумагой в противоречии с правилом ст. 143 ГК, разрешающей вводить новые виды ценных бумаг только законом или в установленном им порядке. Поэтому правовой режим имущества «паевых инвестиционных фондов» и с этих позиций вызывает сомнения в своей законности, а интересы их «инвесторов» — в своей обеспеченности.

Закон запрещает передавать в доверительное управление имущество, находящееся в хозяйственном ведении государственных и муниципальных предприятий или в оперативном управлении (казенных предприятий или финансируемых собственниками учреждений) (п. 3 ст. 1013 ГК). Ведь такое имущество уже передано собственником на ограниченном вещном праве самостоятельным юридическим лицам. Последние сами не вправе выступать учредителями доверительного управления в отношении закрепленного за ними имущества собственника, ибо тогда теряет смысл само их существование. Если же собственник передаст их имущество в доверительное управление, то у них исчезнет объект их вещного права. В силу правила ст. 305 ГК такие предприятия и учреждения могут защищать свое право, в том числе и в отношениях с самим собственником, и тем самым препятствовать ему в установлении доверительного управления.

Поэтому собственник, в том числе (и прежде всего) публичный, считающий целесообразным отдать в доверительное управление принадлежащий ему имущественный комплекс (например, предприятие), должен вначале прекратить вещные права других лиц на это имущество. Иначе говоря, ему необходимо либо ликвидировать созданное им юридическое лицо (в порядке, предусмотренном ст. ст. 61 — 64 ГК), либо изъять у него часть имущества (что возможно только применительно к субъектам права оперативного управления в порядке, предусмотренном п. 2 ст. 296 ГК). Имущество, оставшееся после расчетов с кредиторами ликвидированного предприятия либо изъятое у учреждения, и может стать объектом договора доверительного управления (п. 3 ст. 1013 ГК).

Вместе с тем в доверительное управление может быть передано имущество, находящееся в залоге (например, обремененная ипотекой недвижимость или находящиеся в залоге имущественные права, в том числе удостоверенные «бездокументарными ценными бумагами»), поскольку право собствен-

ности на него остается у залогодателя. Доверительный управляющий должен быть предупрежден собственником об обременении имущества залогом, поскольку такое имущество может стать объектом взыскания залогодержателя (п. 1 ст. 1019 ГК). При отсутствии предупреждения со стороны учредителя-собственника управляющий получает право на судебное расторжение заключенного им договора и уплаты годового вознаграждения (п. 2 ст. 1019 ГК).

Учредителем в договоре доверительного управления может быть любой собственник имущества, а в случаях, прямо предусмотренных законом, — иное лицо: орган опеки и попечительства в соответствии с п. 1 ст. 38 ГК, арбитражный суд при назначении конкурсного управляющего имуществом банкрота (ст. 1014 ГК). Лицо, обладающее ограниченным вещным правом, не может быть учредителем, ибо оно не в состоянии наделять доверительного управляющего возможностью осуществлять правомочия собственника (п. 1 ст. 1020 ГК), так как само не обладает ими.

Субъекты же обязательственных и исключительных прав, например, вкладчики кредитных организаций, уполномоченные по «бездокументарным ценным бумагам» лица, авторы и патентообладатели, могут стать учредителями (если, разумеется, это не противоречит существу соответствующих прав, например прав хранителя или неимущественных правомочий исключительного характера) (ср. п. 1 ст. 1013 и ст. 1026 ГК). Они наделяют доверительных управляющих возможностью реализации принадлежащих им прав, оставаясь уполномоченными лицами. Имущественные права не нуждаются в специальном обособлении, ибо до прекращения соответствующего права остается прежний правообладатель и потому такое имущество не может смешаться с имуществом доверительного управляющего. Указанные права подлежат специальному учету лишь в составе имущественных комплексов, передаваемых в доверительное управление.

В качестве доверительного управляющего может выступать лишь профессиональный участник имущественного оборота — индивидуальный предприниматель или коммерческая организация. Запрет выступления в этой роли унитарных государственных или муниципальных предприятий (п. 1 ст. 1015 ГК) связан с возможной ответственностью управляющего по

обязательствам принадлежащим ему имуществом (ст. 1022 ГК), что исключается ограниченным характером прав такого юридического лица на закрепленное за ним имущество собственника (п. 2 ст. 295 ГК).

Выгодоприобретатель (бенефициар) не является стороной договора (если, конечно, в этой роли выступает сам собственник-учредитель, что может быть достаточно распространенным явлением). Его правовое положение определяется общими правилами кодекса о договоре в пользу третьего лица, типичной разновидностью которого как раз и является рассматриваемый договор. С этой точки зрения выгодоприобретатель вправе требовать от управляющего соответствующего исполнения в свою пользу, а для досрочного прекращения или изменения заключенного договора может потребоваться его согласие (пп. 1 и 2 ст. 430 ГК), если иное не предусмотрено законом или договором (ср. п. 1 ст. 1024 ГК).

Закон устанавливает существенные условия договора доверительного управления имуществом, при отсутствии указания которых в тексте договора он считается незаключенным (п. 1 ст. 432 ГК). К их числу отнесены условия о точном составе передаваемого в управление имущества (ибо оно по окончании срока договора по общему правилу подлежит возврату учредителю); о наименовании бенефициара (выгодоприобретателя), в пользу которого учреждается доверительное управление (в этой роли может выступать и собственник-учредитель); размер и форма вознаграждения (однократно уплачиваемая сумма; ежемесячные выплаты, часть дохода от использования имущества и т. п.) управляющему, если договор по соглашению сторон не является безвозмездным; срок действия договора. Следует иметь в виду, что как вознаграждение управляющему в возмездном договоре, так и возмещение произведенных им необходимых расходов (осуществляемое и в безвозмездном договоре) может производиться лишь за счет доходов от использования переданного в управление имущества (ст. 1023 ГК). Это правило призвано стимулировать эффективность и доходность управления.

Договор доверительного управления является срочным, причем срок его действия не может превышать 5 лет. Это правило является одной из гарантий имущественных интересов учредителей. Если же они заявляют о необходимости его пре-

крашения по истечении согласованного срока, то при наличии аналогичного отношения со стороны управляющего договор считается продленным на тот же срок (и на тех же условиях), которые были предусмотрены (абз. 2 п. 2 ст. 1016 ГК), т. е. опять-таки на срок не выше 5 лет. Таким образом, договор доверительного управления не может прикрывать отчуждение имущества собственника (т. е. совершение под видом этого договора сделок купли-продажи или дарения имущества). Для отдельных видов имущества, передаваемых в правление, Федеральный закон может предусмотреть иные (как более краткие, так и более длительные сроки).

Договор доверительного управления имуществом должен быть заключен в письменной форме под страхом признания его недействительным (ничтожным) (пп. 1 и 3 ст. 1017 ГК). Передача в доверительное управление недвижимости должна быть оформлена по правилам договора продажи недвижимости. Здесь имеется в виду составление и подписание сторонами не только текста договора, но и передаточного акта или иного документа о фактической передаче недвижимости в управление (п. 1 ст. 556 ГК), а при передаче в управление предприятия как имущественного комплекса необходимы еще и акт инвентаризации его имущества, бухгалтерский баланс, заключение независимого аудитора о составе и стоимости его имущества и перечень всех его долгов (обязательств) (п. 2 ст. 561 ГК).

В отношении переданного в доверительное управление имущества управляющий осуществляет правомочия собственника (п. 1 ст. 209 ГК) в пределах, установленных законом и договором. Иначе говоря, в указанных пределах в отношении третьих лиц он выступает в роли собственника, хотя и не является им. Однако он действует не в своих интересах, а в интересах собственника (или назначенного им выгодоприобретателя), хотя и от собственного имени. При этом собственник — учредитель передает управляющему не свои правомочия (они остаются у собственника), а возможность их реализации. В этом смысле положение управляющего имеет известное сходство со статусом представителя, который также в определенных пределах реализует некоторые правомочия представляемого. Правомочие распоряжения, включая возможности отчуждения, управляющий может осуществлять лишь в случаях и в

пределах, предусмотренных договором (п. 1 ст. 1020 ГК).

Управляющий как титульный владелец имущества учредителя вправе использовать для защиты своего владения вещно-правовые иски об истребовании соответствующих вещей из чужого незаконного владения (ст. ст. 301, 302 ГК) и об устранении препятствий в их использовании (ст. 304 ГК), что прямо предусмотрено п. 3 ст. 1020 ГК. Находящееся у него в управлении имущество собственника не может служить объектом взыскания кредиторов собственника, если только последний не был признан банкротом (п. 2 ст. 1018 ГК). В таком случае доверительное управление прекращается и находившееся в нем имущество собственника включается в конкурсную массу для удовлетворения требований всех его кредиторов. Все эти правила призваны гарантировать неприкосновенность материальной основы доверительного управления.

Поскольку управляющий осуществляет доверительное управление обремененным имуществом собственника-учредителя, приобретенные им в результате таких действий права включаются в состав этого имущества, а обязанности исполняются за его счет (п. 2 ст. 1020 ГК). Здесь вновь проявляется необходимость юридического обособления переданного в доверительное управление имущества от иного имущества управляющего. При недостаточности такого имущества для погашения возникших в связи с его доверительным управлением обязательств взыскание может быть обращено на личное имущество доверительного управляющего, а если и его не хватит для удовлетворения требований кредиторов — на имущество учредителя-собственника, не переданное им в доверительное управление (п. 3 ст. 1022 ГК). Такая двухступенчатая система субсидиарной ответственности (ст. 399 ГК) продиктована тем, что именно управляющий, использующий чужое имущество, должен в первую очередь нести ответственность по образовавшимся в этой связи долгам, но при недостатке его имущества к субсидиарной ответственности необходимо привлекать собственника-учредителя, ибо соответствующие сделки совершались управляющим в его интересах и по его поручению.

Однако наряду с ответственностью перед третьими лицами возникает вопрос и об ответственности управляющего-предпринимателя перед собственником-учредителем за убыт-

ки, причиненные его имуществу в результате действий управляющего. Закон исходит из того, что доверительный управляющий как профессиональный предприниматель должен нести повышенную ответственность за убытки, причиненные участникам отношений доверительного управления в результате его действий (ср. ст. 401 ГК). В соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 1022 он отвечает как за виновно причиненные, так и за случайно возникшие убытки и может освободиться от ответственности, только доказав, что эти убытки возникли в результате действий либо непреодолимой силы (п. 1 ст. 202 ГК), либо учредителя или выгодоприобретателя. При этом обязанность (бремя) доказывания возлагается на управляющего, и пока он не докажет обратное, предполагается (презюмируется) его ответственность.

Выгодоприобретателю управляющий обязан возместить убытки в виде упущенной выгоды (неполученных доходов, предусматривавшихся договором) за время доверительного управления. Учредителю возмещается как реальный ущерб, так и упущенная выгода, т. е. убытки в полном объеме (п. 2 ст. 15, абз. 1 п. 1 ст. 1022 ГК). В обеспечение возмещения названных возможных убытков договор доверительного управления может предусматривать предоставление управляющим учредителю залога (п. 4 ст. 1022 ГК), правовой режим которого определяется по общим правилам о залоге (§ 3 гл. 23 ГК).

Основанием возмещения управляющим убытков участникам отношений доверительного управления служит не проявление им «должной заботливости» об интересах выгодоприобретателя или учредителя управления. При этом отсутствие такой заботливости свидетельствует о наличии в его поведении признаков вины (ср. абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК), которая в данном случае отнюдь не является необходимым основанием ответственности управляющего, ибо такая ответственность возможна и при отсутствии вины. Столь строгий подход закона объясняется необходимостью повышенной защиты интересов учредителя и выгодоприобретателя, обычно не являющихся, в отличие от управляющего, профессиональными предпринимателями.

Учредитель управления вправе в одностороннем порядке отказаться от договора, выплатив управляющему обусловленное договором вознаграждение. Это связано с сохранением

учредителем-собственником правомочия распоряжения принадлежащим ему имуществом (разумеется, с учетом законных интересов управляющего-предпринимателя, заключающихся в получении вознаграждения и компенсации необходимых расходов). При одностороннем отказе от договора другая сторона должна быть извещена об этом заблаговременно (по общему правилу — за 3 месяца до его прекращения).

Закон не предусматривает возможности одностороннего отказа управляющего от исполнения договора (за исключением случая невозможности лично осуществлять доверительное управление имуществом). Как профессиональный предприниматель он обязан выполнять лежащие на нем обязанности, а его односторонний отказ следует рассматривать как нарушение договора, влекущее возможность применения к нему соответствующих мер имущественной ответственности.

Глава 4. Банковские сделки в Гражданском кодексе РФ 1996 года

§ 1. Договор займа

Договор займа. Заимом называется договор, по которому одна сторона (займодавец) передает в собственность другой стороне (заемщику) деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется возвратить займодавцу такую же сумму денег (сумму займа) или равное количество других полученных им вещей того же рода и качества.

Договор займа является односторонним, поскольку в соответствии с ним лишь одна сторона — заемщик — несет обязанность совершения определенных действий по возврату полученного, а другая сторона имеет только право требовать исполнения.

Договор займа является реальным, действия займодавца по передаче заменимых вещей, порождающие долговое обязательство, совершаются одновременно с совершением договора. Статья 807 ГК РФ устанавливает, что договор займа считается заключенным с момента передачи денег или других вещей.

Передаваться по договору займа могут только вещи, определяемые родовыми признаками (деньги, зерно, мука и т. п.),

которые в обороте выступают обезличенно, по количеству. Не могут быть предметом договора займа вещи, определенные индивидуальными признаками.

Иностранная валюта и валютные ценности могут быть предметом договора займа на территории Российской Федерации с соблюдением требований валютного законодательства.

Кодекс устанавливает, что по договору займа вещи передаются заемщику в собственность и, следовательно, он имеет право распоряжаться ими по своему усмотрению — продавать, закладывать, передавать другим лицам в заем, использовать. Даже в том случае, когда имеет место целевой заем, характер права, перешедшего к заемщику, не меняется.

В соответствии с п. 2 ст. 299 ГК РФ имущество, приобретенное унитарным предприятием или учреждением по договору, поступает в хозяйственное ведение или оперативное управление предприятия или учреждения в порядке, установленном Кодексом для приобретения права собственности. Таким образом, несмотря на отсутствие в нормах о договоре займа прямых указаний об этом, заемщику — государственному или муниципальному унитарному предприятию полученное в заем имущество принадлежит на праве хозяйственного ведения, а казенному предприятию или учреждению — на праве оперативного управления (ст. ст. 294, 296 ГК РФ).

Содержанием заемного обязательства является возврат должником вещей того же рода и в таком же количестве, а не тех же вещей, которые были переданы.

Нормы Кодекса, регулирующие отношения по договору займа, не ограничивают субъектный состав участников.

Вместе с тем такие ограничения могут вытекать либо из наличия специальной (уставной) правоспособности юридических лиц (например, казенных предприятий, некоммерческих организаций). Так, в соответствии с п. 1 ст. 298 ГК РФ учреждение не вправе отчуждать или иным способом распоряжаться закрепленным за ним имуществом и имуществом, приобретенным за счет средств, выделенных ему по смете, что позволяет сделать вывод об отсутствии у учреждения права передавать перечисленное имущество иным лицам по договору займа, т. е. выступать в качестве займодавца.

Форма договора займа. Договор займа между гражданами должен быть заключен в простой письменной форме, если его

сумма превышает не менее чем в десять раз установленный законом минимальный размер оплаты труда. Если займодавцем является юридическое лицо, то договор всегда должен быть письменно оформлен.

Несоблюдение указанных требований не влечет недействительности договора, а лишь лишает стороны в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства. Использование свидетельских показаний допускается, если совершение займа было связано с совершением уголовно-наказуемого деяния, например мошенничества.

Поскольку закон связывает возникновение отношений по договору займа с передачей денег или вещей, письменное оформление сделки может быть произведено как до, так и после их передачи.

Доказательством, подтверждающим заключение договора займа и его условий, может являться расписка заемщика и иной документ, удостоверяющие передачу ему займодавцем определенной денежной суммы или определенного количества вещей. Наличия такого документа достаточно для признания соблюденным требования о письменной форме сделки (п. 2 ст. 808 ГК РФ).

Обязательства заемщика. На заемщике лежит обязанность возвратить займодавцу полученную ценность. Кодекс определяет необходимость **возврата**, следовательно, исходит из того, что должником было что-то получено. Отсутствие предоставления со стороны займодавца позволяет заемщику оспорить договор займа по безденежности, доказывая, что деньги и другие вещи в действительности не получены им от займодавца или получены в меньшем количестве, чем указано в договоре.

Если в результате оспаривания будет установлено, что деньги или другие вещи в действительности не были получены от займодавца, договор займа считается незаключенным. При установлении, что деньги или вещи в действительности получены заемщиком от займодавца в меньшем количестве, чем указано в договоре, договор считается заключенным на это количество денег или вещей.

Хотя в тексте Кодекса в качестве переданного по договору займа указываются только деньги или вещи (ст. ст. 807 и 812

ГК РФ), договором займа могут быть оформлены отношения по поводу долга, возникшего из возмездного договора. Например, кредитор отремонтировал квартиру заемщика, а последний выдал заемную расписку на сумму, равную сумме цены за выполненную работу. В подобном случае вряд ли можно допустить признание договора займа незаключенным по безденежности, несмотря на то, что ни деньги, ни вещи заемщику не передавались, поскольку налицо произведенное кредитором предоставление услуг. Учитывая существующую практику, Кодекс допускает по соглашению сторон замену любого долга (из купли-продажи, аренды, иного основания) заемным обязательством (ст. 818 ГК РФ) с соблюдением требований о новации. Такая сделка должна совершаться в форме, предусмотренной для заключения договора займа.

Особенности подобных отношений позволяют сделать вывод, что договор займа, основанный на новированном обязательстве, не может быть признан незаключенным вследствие безденежности, если соглашение о новации действительно и если иное не вытекает из соглашения о новации.

Закон предусматривает определенные ограничения для использования средств доказывания безденежности займа. Если договор займа должен быть совершен в письменной форме, его оспаривание по безденежности путем свидетельских показаний не допускается. Исключения составляют случаи, когда договор заключался под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя заемщика с займодавцем или стечения тяжелых обстоятельств. Обращает на себя внимание, что недопустимость использования свидетельских показаний установлена для случаев, когда договор должен быть оформлен письменно, независимо от того, был ли он оформлен таким образом или нет.

Целевой характер займа. Заем может предоставляться на определенные цели (целевой заем). Условие о цели использования полученных средств не является существенным.

Включение в договор условия о цели использования ссуды не порождает права банка требовать от заемщика исполнения действий, связанных с целевым использованием кредита. Характер связывающих сторон обязательств иной.

Условие договора о целевом использовании займа следует рассматривать как условие, при нарушении которого заемщи-

ком у банка возникает право требовать досрочного возврата долга либо применения иных мер воздействия к заемщику (отлагательное условие).

Если заем выдан на определенные цели, то заемщик в соответствии с требованиями п. 1 ст. 814 ГК РФ обязан обеспечить возможность осуществления займодавцем контроля за целевым использованием суммы займа. Для обеспечения такого контроля в договоре целесообразно предусматривать обязанность заемщика представлять кредитору необходимую документацию, право доступа и проверки складских помещений, проверять и устанавливать объемы произведенных работ и т. д. В договоре могут быть установлены также сроки представления необходимых данных, а также форма и порядок фиксации займодавцем фактов уклонения заемщика от исполнения своих обязанностей.

В случае невыполнения заемщиком условия договора о целевом использовании суммы займа, а также при нарушении обязанностей по обеспечению возможности займодавцу осуществлять контроль за таким использованием займодавец вправе потребовать от заемщика досрочного возврата суммы займа и уплаты процентов, если иное не предусмотрено договором. Таким образом, условие договора о целевом характере займа является отлагательным условием, с наступлением которого закон связывает возникновение у заемщика права требовать досрочного исполнения договора заемщиком.

Стороны могут предусмотреть в договоре и иные меры воздействия на заемщика, использующего полученные суммы не по целевому назначению.

Обеспечение возврата займа. В качестве обеспечения своевременного возврата займа могут использоваться залог, поручительство, банковская гарантия и обязательства в иных формах. Заем может предоставляться под залог ценных бумаг, товаров, находящихся в пути или на складе, драгоценных металлов, под залог требований (по страховым договорам, по уплате цены за товары и т. п.), недвижимого имущества.

Кроме того, если стороны действуют как предприниматели, то займодавец, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе в случае неисполнения заемщиком своих обязательств по договору займа удерживать ее до тех пор, пока соответствующее

обязательство не будет исполнено (право удержания). Требования займодавца, удерживающего вещь, удовлетворяются из ее стоимости в объеме и порядке, предусмотренном для удовлетворения требований, обеспеченных залогом (ст. ст. 359, 360 ГК РФ).

Надежным и платежеспособным заемщиком заем может быть предоставлен без обеспечения. В банковской практике заем, выданный без обеспечения, называется **бланковым**.

Проценты по договору займа. Гражданское законодательство (ст. 809 ГК РФ) в качестве **общего правила** предусматривает **возмездный (процентный)** характер займа. Под процентами понимается вознаграждение (плата) за пользование чужим капиталом, определяемое, как правило, в определенной доле к сумме займа.

Займодавец имеет право на получение с заемщика процентов на сумму займа, если иное не предусмотрено законом или договором займа.

При отсутствии в договоре условия о размере процентов их размер определяется существующей в месте жительства займодавца, а если займодавцем является юридическое лицо — в месте его нахождения ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день уплаты заемщиком суммы долга или его соответствующей части (п. 1 ст. 809 ГК РФ).

Закон «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР» (ст. 30) отнес условие о размере процентной ставки по банковским кредитным операциям к существенным условиям договора. Кодекс закрепляет иной подход к природе данного условия. В соответствии с п. 2 ст. 3 ГК РФ нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать Гражданскому кодексу. В силу этого при отсутствии в договоре займа условий о размере процентной ставки следует руководствоваться ч. 1 ст. 809 ГК РФ.

При расчете ставка процента (ставка рефинансирования) берется на день, когда долг был полностью или в части уплачен, а не когда он подлежал уплате.

Под ставкой рефинансирования понимается ставка, по которой Центральный банк кредитует другие банки. В настоящее время размер учетной ставки Центрального банка регулярно публикуется, является единым и в целом отражает стоимость

кредитных ресурсов. Однако в соответствии со ст. 37 Закона РФ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» Банк России может устанавливать как одну, так и несколько различных процентных ставок по различным видам операций. При установлении Банком России нескольких процентных ставок неизбежно возникнет вопрос о том, какая из этих ставок будет браться за основу расчета.

Включение в Кодекс указания о том, что размер ставки определяется «по месту нахождения» кредитора, позволит ряду ученых и практиков принимать за основу расчета ставку по кредитным операциям банка, обслуживающего кредитора.

Судебная практика не разделяет такого подхода. В соответствии с постановлением Пленума Верховного суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением Первой части Гражданского кодекса Российской Федерации»¹ в отношениях между организациями и гражданами Российской Федерации проценты уплачиваются в размере единой учетной ставки Центрального банка Российской Федерации по кредитным ресурсам, предоставляемых коммерческим банкам (ставке рефинансирования).

В случаях, когда в соответствии с законодательством о валютном регулировании и валютном контроле денежное обязательство по возврату займа выражено в иностранной валюте и отсутствует официальная ставка банковского процента по валютным кредитам на день исполнения денежного обязательства в месте нахождения кредитора, размер процентов определяется на основании публикаций в официальных источниках информации о средних ставках банковского процента по краткосрочным валютным кредитам, предоставляемым в месте нахождения кредитора.

Если такие публикации отсутствуют, размер подлежащих взысканию процентов устанавливается на основании предоставляемой истцом справки одного из ведущих банков в месте нахождения кредитора, подтверждающую применяемую им ставку по краткосрочным валютным кредитам.

¹ Бюллетень Верховного суда РФ. 1996. № 9.

Закон не ограничивает размер процентной ставки. Сложные проценты (проценты на проценты) начисляются в случаях, когда такое условие установлено договором займа. В ряде случаев присоединение процентов к сумме, на которую начисляются проценты, может устанавливаться законом. Поскольку в данном случае речь идет о процентах, уплачиваемых за правомерное пользование средствами, содержащиеся в п. 51 названного выше постановления указания о том, что проценты, предусмотренные п. 1 ст. 395 ГК РФ подлежат уплате только на соответствующую сумму денежных средств и не должны начисляться на проценты за пользование чужими денежными средствами, в данном случае не могут быть применены.

Договор займа предполагается беспроцентным только в случаях, когда договор заключен между гражданами на сумму, не превышающую пятидесятикратного установленного законом минимального размера оплаты труда, и не связан с осуществлением предпринимательской деятельности хотя бы одной из сторон. Так же решается вопрос и в случае передачи заемщику не денег, а других вещей, определенных родовыми признаками.

Если договор займа, предусматривающий возврат заменимых вещей, содержит условие о начислении процентов, но не определяет их размера, по нашему мнению, при расчете следует принимать обычно устанавливаемую ставку по подобным операциям. Подход, в соответствии с которым в этих случаях условие о процентах должно считаться несогласованным, представляется противоречащим действительной воле сторон.

Проценты могут устанавливаться как по твердой, так и по подвижной ставке. В частности, договором может быть предусмотрено увеличение размера уплачиваемых процентов в зависимости от срока пользования займом (за первый месяц — 100 % годовых, за второй — 105 % и т. д.). Ставка может определяться на основании известных сторонам сведений, к примеру, по ставке ЦБ, увеличенной на определенное число пунктов, по ставке ЛИБОР и т. п.

Срок выплаты процентов — ежемесячно, ежеквартально, ежегодно, одновременно с погашением основной суммы долга — определяется договором. При отсутствии иного соглашения проценты выплачиваются ежемесячно до дня возврата суммы займа.

Закон не ограничивает право сторон по соглашению в любой момент увеличить или уменьшить процентную ставку либо исключить начисление процентов. При изменении процентной ставки в договоре целесообразно устанавливать, с какого момента плата за пользование средствами начисляется в измененном размере. При отсутствии такого условия новая ставка применяется со дня, следующего за днем заключения соглашения об изменении договора.

При решении вопроса о праве займодавца в одностороннем порядке изменить процентную ставку следует руководствоваться ст. 450 ГК РФ, допускающей возможность одностороннего изменения условий договора лишь в случаях, установленных Кодексом, другими законами или договором. Без учета этого положения при возникновении необходимости внесения изменений в договор в части процентов займодавцы нередко ограничиваются направлением заемщику извещения об изменении процентной ставки. Требования кредиторов о взыскании процентов за пользование займом в размере, не согласованном с клиентом, не могут быть удовлетворены. Договор считается измененным при положительном решении заемщика. Наличие подобного соглашения может быть подтверждено любыми письменными доказательствами, а в случаях, допускаемых ст. 808 ГК РФ, — и свидетельскими показаниями.

Если займодавцем является кредитная организация, то в соответствии с ч. 2 ст. 29 Закона РФ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР» одностороннее изменение процентных ставок по кредитам может иметь место в случаях, предусмотренных федеральными законами или договором.

Хотелось бы обратить внимание на необходимость предельно четкого определения в договоре условий, регулирующих основания и порядок одностороннего изменения договора займа. К примеру, распространенная формулировка, предусматривающая право кредитора изменить процентную ставку при увеличении процентных ставок Центральным банком России, вызывает многочисленные споры, поскольку заемщики оспаривают основанные на односторонне измененном договоре требования банка об оплате заемных средств в повышенном размере, если, по их мнению, процентная ставка увеличена займодавцем без учета фактического удорожания кредита.

Элемент упорядоченности в отношении сторон вносит определение периодов, по истечении которых кредитор может поставить вопрос об изменении платы за кредит, установление в договоре обязанности займодавца информировать заемщика о наступлении обстоятельств, которые в соответствии с договором являются основаниями для изменения процентов.

Если заемщик не исполнил на момент рассмотрения судебного спора обязательство по возврату долга, в решении суда о взыскании с заемщика процентов за пользование денежными средствами должны содержаться сведения о денежной сумме, на которую начисляются проценты; дате, начиная с которой производится начисление процентов; размере процентов, и если он не установлен договором, исходя из учетной ставки банковского процента соответственно на день предъявления иска или на день вынесения решения, указание на то, что проценты подлежат начислению на день фактической уплаты кредитором денежных средств. При выборе соответствующей учетной ставки предпочтение должно быть отдано ставке, которая наиболее близка по значению к учетным ставкам, существовавшим в течение периода пользования чужими денежными средствами.

В случае, когда долг возвращен до вынесения решения, в решении суда проценты, подлежащие взысканию, указываются в твердой сумме.

Исполнение по заемному обязательству. Заемщик обязан возвратить займодавцу полученную сумму займа в срок и в порядке, которые предусмотрены договором. Обязанность возврата лежит на заемщике как стороне по договору. Тем не менее, как показывает практика, займодавцы-банки нередко предъявляют требования о возврате займа к лицам, не связанным с ними договорными отношениями, в частности к лицам, чьи требования были оплачены за счет выданных заемщику сумм. Однако такие лица, по общему правилу, не несут ответственности за возврат кредита перед займодавцем (кредитором).

Срок в договоре займа может определяться периодом времени: часами, днями, неделями, месяцами, годами, исчисляемым, как правило, с момента передачи заемщику суммы займа, либо, реже, с момента оформления договора. Срок может определяться указанием конкретной календарной даты, когда долг подлежит возврату.

Заем может предоставляться на условиях до востребования. В случаях, когда срок возврата договором не установлен или определен моментом востребования, сумма займа должна быть возвращена заемщиком в течение тридцати дней со дня предъявления займодавцем требования об этом, если иное не предусмотрено договором (п. 1 ст. 810 ГК РФ). В силу диспозитивности этой нормы в договоре о предоставлении займа на условиях возврата ее по требованию кредитора может быть оговорено, что заемщик обязан возвратить средства немедленно (на следующий день и т. п.) после предъявления ему требования.

Условие о сроке может быть изменено сторонами. Если момент возврата долга переносится на более поздние сроки, принято говорить о «пролонгации» договора займа. Пролонгированная задолженность является срочной, поскольку стороны изменили сроки погашения обязательств.

Ранее законодательство использовало понятие «отсроченного» кредита (займа, ссуды). В понятие отсроченных кредитов входили обязательства, отсрочка исполнения которых производилась в основном по решению Правительства. В настоящее время задолженности по таким кредитам нет. Исходя из изложенного, понятие отсроченного кредита на уровне взаимоотношений коммерческих банков и предприятий утратило свое содержание.

Договором может предусматриваться возможность погашения долга частями. Даже при отсутствии в договоре условия о погашении долга частями характер заемного обязательства не дает кредитору права отказаться от принятия частичной уплаты.

В силу ст. 319 ГК РФ сумма произведенного платежа, недостаточная для полного погашения денежного обязательства, при отсутствии иного соглашения сторон погашает прежде всего издержки кредитора (займодавца) по получению исполнения, затем — проценты, а в оставшейся части — основную сумму долга.

Порядок и место передачи суммы долга займодавцу определяются договором. В частности, стороны могут согласовать форму платежа (наличными деньгами или безналичным перечислением), форму и порядок расчетов (платежное поручение или чек заемщика, платежное требование займодавца и т. п.).

Если иное не предусмотрено договором займа, сумма займа считается возвращенной в момент передачи ее займодавцу или зачисления соответствующих средств на его банковский счет (п. 3 ст. 810 ГК РФ). Данная норма носит диспозитивный характер и, следовательно, стороны вправе по соглашению установить иной подход при определении момента погашения долга — например, в момент списания средств со счета заемщика, в момент передачи их заемщиком по требованию займодавца третьему лицу и т. п.

К сожалению, в последнее время арбитражные суды иногда игнорировали диспозитивный характер норм о месте исполнения денежного обязательства. Например, при наличии в договоре займа условия о том, что платеж считается совершенным при списании средств с корреспондентского счета банка, обслуживающего заемщика, решением суда на заемщика была возложена обязанность платить проценты за пользование средствами до момента зачисления средств на счет займодавца, хотя возврат суммы долга по условиям договора им уже был произведен.

Досрочный возврат суммы займа. Сумма беспроцентного займа может быть возвращена заемщиком досрочно, если иное не предусмотрено договором. Сумма займа, предоставленного под проценты, может быть возвращена досрочно лишь с согласия кредитора.

Гражданское законодательство предусматривает также возможность для кредитора потребовать досрочного исполнения обязательства от заемщика в случаях:

- невыполнения заемщиком предусмотренных договором займа обязанностей по обеспечению возврата суммы займа,
- при утрате обеспечения или ухудшении его условий по обстоятельствам, за которые займодавец не отвечает,
- невыполнения заемщиком условий договора о целевом использовании суммы займа,
- нарушения заемщиком обязанности обеспечить возможность осуществления займодавцем контроля за целевым использованием суммы займа.

Право займодавца требовать досрочного исполнения в перечисленных выше случаях может быть отменено договором займа.

Кодекс предусматривает также возможность для займодавца потребовать досрочного возврата всей оставшейся суммы

долга вместе с причитающимися процентами при нарушении заемщиком срока, установленного для возврата очередной части займа, подлежащего возврату по частям (в рассрочку). Это право кредитора не может быть ограничено в договоре.

При применении норм п. 2 ст. 811 ГК РФ о возможности взыскания «причитающихся» процентов возникает вопрос, должен ли заемщик вернуть проценты за весь срок, установленный договором, либо лишь за период, в течение которого он пользовался заемными средствами. В комментарии к указанной статье отмечается, что по общему правилу проценты начисляются за период пользования кредитными средствами¹. Вместе с тем при толковании данной нормы нельзя не учитывать, что для взыскания процентов за период фактического пользования займом не было необходимости специального указания об этом. Включение в текст статьи специального указания о праве досрочного возврата **всей оставшейся суммы с причитающимися процентами**, по нашему мнению, свидетельствует о наличии у кредитора права требовать уплаты процентов за весь срок, на который в соответствии с договором предоставлялся заем. Это исключение из общего правила. Взыскание процентов за весь срок можно в данном случае рассматривать как своеобразную санкцию, применяемую к допустившему нарушение должнику.

При реорганизации заемщика — юридического лица займодавец на основании п. 2 ст. 60 ГК РФ вправе потребовать досрочного возврата долга и возмещения убытков.

В соответствии со ст. 18 Закона «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» с момента признания должника (в том числе и по договору займа) несостоятельным и принятия решения об открытии конкурсного производства сроки исполнения всех долговых обязательств должника считаются наступившими.

Последствия просрочки в погашении долга. При просрочке в исполнении обязательства по договору займа кредитор вправе взыскать с заемщика: а) сумму займа; б) проценты

¹ Комментарий ко второй части Гражданского кодекса РФ (постатейный). / Под ред. О. Н. Садикова. М. Юридическая фирма «Контракт», издательская группа ИНФРА-М, НОРМА. 1996. С. 381.

в размере, обусловленном в договоре либо при отсутствии такого условия — в размере, определенном в соответствии с п. 1 ст. 809 ГК РФ; в) проценты в размере, предусмотренном п. 1 ст. 395 ГК РФ, со дня, когда сумма должна быть возвращена, до дня ее возврата займодавцу, если иное не предусмотрено законом или договором.

Традиционно в договорах займа, помимо условия о размере процентной ставки за пользование денежными средствами до наступления срока возврата, устанавливается и повышенная ставка процента, начисляемая за период просрочки возврата долга. Устанавливая в договоре повышенный размер процентов, начисляемых при просрочке возврата долга, стороны реализуют в договоре свое закрепленное ст. 395 ГК РФ право определить иной размер процентов за просрочку исполнения денежного обязательства. Размер, на который увеличена ставка по сравнению со ставкой процента за правомерное пользование капиталом, и является размером процентов, взыскиваемых за факт нарушения, за просрочку возврата долга.

Практика арбитражных судов рассматривала повышенные проценты в качестве платы за пользование средствами¹, т. е. приравнивала их по правовой природе к обычной плате за правомерное пользование заемными средствами. В настоящее время в связи с установлением в законодательстве дифференцированного подхода к процентам, являющимся платой за пользование средствами, и процентам, применяемым в качестве меры гражданско-правовой ответственности при нарушениях денежных обязательств, подход к определению правовой природы повышенных процентов следует скорректировать.

В настоящее время отсутствует единый подход к определению правовой природы повышенных процентов, взыскиваемых при просрочке возврата суммы долга по договору займа. Ряд специалистов рассматривают их как особый вид ответственности, не сводимый ни к неустойке, ни к убыткам². Предлагается также рассматривать их как определенный законом

¹ Обзор практики рассмотрения споров, связанных с заключением, изменением и исполнением кредитных договоров. Вестник Высшего Арбитражного суда РФ. 1994. № 39.

² В. В. Витрянский. Автореферат диссертации на соискание звания доктора юридических наук. М. 1996. С. 5.

предполагаемый размер упущенной выгоды¹ либо как неустойку за просрочку возврата долга. В зависимости от решения данного теоретического вопроса могут быть определены практические подходы к вопросам о правомерности уменьшения судом установленного договором размера повышенных процентов, возможности установления в договоре помимо повышенных процентов также иначе начисляемых неустоек (пени) за просрочку возврата долга и т. д.

Стороны могут предусмотреть в договоре ответственность за просрочку возврата долга в форме неустойки (пени). В этом случае также следует полагать, что стороны предусмотрели иную ответственность за просрочку возврата долга и взыскание помимо неустойки процентов, установленных п. 1 ст. 395 ГК РФ исключается.

При отсутствии в договоре условий о применении к должнику каких-либо мер имущественного воздействия (в виде повышенных процентов, неустойки) на основании п. 1 ст. 811 ГК РФ заемщик уплачивает проценты в размере, предусмотренном п. 1 ст. 395 ГК РФ (т. е. в размере ставки рефинансирования) со дня, когда сумма займа должна быть возвращена, до дня ее возврата займодавцу независимо от уплаты процентов, предусмотренных п. 1 ст. 809 ГК РФ (платы за кредит). В данном случае речь идет о начислении процентов по ставке рефинансирования **только на сумму займа**, без учета начисленных, но не уплаченных на день возврата процентов за пользование займом.

Такой же порядок, как правило, вытекает из обычно включаемых в договоры займа условий, предусматривающих, что при просрочке возврата суммы займа проценты начисляются по ставке, повышенной на определенное количество пунктов.

Стороны могут предусмотреть и иной порядок начисления повышенных процентов, в частности указать, что они начисляются как на сумму займа, так и на сумму своевременно неуплаченных процентов за пользование займом, начиная с определенной даты (как правило, с даты, когда проценты должны быть уплачены). При включении в договор условия о капи-

¹ В. А. Белов. Юридическая природа процентов по ст. 395 ГК РФ. Бизнес и банки. 1996. № 14. С. 1.

тализации процентов за пользование капиталом (периодическом присоединении их к сумме основного долга) при начислении повышенных процентов сумма займа берется в том размере, в каком она существует на дату возврата долга, если иное не предусмотрено договором.

Проценты, уплачиваемые за просрочку возврата долга, капитализации не подлежат, если иное не предусмотрено законом.

Если договором займа предусмотрено возвращение долга по частям, то при нарушении заемщиком срока, установленно-го для возврата очередной части займа, займодавец вправе потребовать досрочного возврата всей оставшейся суммы займа вместе с причитающимися процентами.

§ 2. Кредитный договор

Понятие кредитного договора. По кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуются предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее. Кредитный договор в банковской практике называют еще договором банковской ссуды, используя термин «ссуда» как равнозначный словам «кредит» и «заем».

Отличие от договора займа по кредитному договору закон устанавливает особые требования к субъектам данного отношения. Кредитором может выступать только банк или иная кредитная организация.

Если по договору займа возможна передача заемщику не только денег, но и заменимых вещей, то по договору банковского кредита допускается передача только определенной суммы денежных средств.

Как следует из определения кредитного договора, пользование полученным капиталом всегда является возмездным. По договору займа стороны могут исключить необходимость начисления процентов, а в ряде случаев безвозмездность предполагается в силу прямого указания закона.

Договор займа является односторонним и реальным. Права и обязанности у сторон возникают лишь в момент передачи заемщику денег или вещей. В кредитном договоре обязанности кредитора по выдаче кредита возникают при заключении договора.

Форма кредитного договора. Кредитный договор всегда оформляется в письменной форме. Статья 820 ГК РФ устанавливает, что несоблюдение письменной формы кредитного договора влечет его недействительность. Такой договор считается ничтожным.

В большинстве случаев договор заключается путем подписания сторонами единого документа. Однако в ряде случаев договор оформляется путем подачи заемщиком в банк заявления о выдаче кредита с приложением документов (технико-экономическое обоснование, предполагаемое обеспечение и т. д.). После проверки представленных материалов, анализа предложенных заемщиком условий, его платежеспособности, соотношения рискованности и прибыльности кредитования предложенного объекта и других факторов, определяющих кредитную политику банка, банк либо отказывает в выдаче, либо письменно сообщает другой стороне о согласии на выдачу кредита.

При некоторых формах кредитования в соответствии с условиями основного кредитного договора обязательства заемщика по уплате задолженности оформляются срочными обязательствами, подписанными заемщиком.

Законодательство, в частности ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности, рассматривает договор кредитования как договор, основанный на добровольном волеизъявлении сторон. Разногласия, возникающие между банком и будущим заемщиком при заключении договора, могут быть рассмотрены арбитражным судом в случаях, предусмотренных соглашением сторон. При принятии к производству иска по спору по условиям кредитного договора устанавливается, имеется ли между сторонами соглашение о передаче спора в арбитражный суд. Отсутствие такого соглашения является основанием для отказа в приеме искового заявления. Однако исковое заявление принимается к производству, если в нем указано, что с другой стороной достигнута договоренность о передаче этого спора в арбитражный суд. В этом случае судья при подготовке материалов к рассмотрению должен потребовать от сторон их письменного соглашения о передаче спора на рассмотрение в арбитражный суд.

Обязанности кредитора по кредитному договору. На основании кредитного договора банк или иная кредитная ор-

ганизация (далее — кредитор) обязуются предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором.

В кредитном договоре должны быть установлены размер и условия выдачи средств (форма открытия кредита). Данные условия являются существенными для кредитного договора и при их отсутствии выраженное банком намерение кредитовать клиента не возлагает на банк юридических обязательств.

Банковская ссуда, предоставленная заемщику при отсутствии специального, надлежаще оформленного письменного обязательства кредитора по выдаче средств в момент, не совпадающий с моментом заключения договора, подчиняется правилам о договоре займа (§ 1 гл. 42 ГК РФ).

• В литературе обязанность кредитора предоставить денежные средства рассматривается как предварительное обязательство заключить в дальнейшем договор займа. Содержанием обязательства банка, как указывал М. М. Агарков, является заключение в будущем в качестве займодавца договора займа с клиентом¹.

Кредитор вправе отказаться от предоставления заемщику предусмотренного договором кредита полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок (п. 1 ст. 821 ГК РФ). Отказ кредитора, произведенный по названным выше причинам, является правомерным и, следовательно, кредитор, доказавший их наличие, не несет ответственности перед будущим заемщиком.

Если отказ или уклонение кредитора от выдачи кредита имели место при отсутствии этих обстоятельств, то кредитор несет перед заемщиком ответственность в форме возмещения убытков и в форме неустойки, если она предусмотрена договором.

Принятие банком обязанности выдать определенную денежную сумму связано с личностью и материальным положением конкретного лица, обратившегося за получением кредита. Отношения сторон на этой стадии носят лично-доверительный характер. Исходя из требований п. 2 ст. 388 ГК РФ, сле-

¹ М. М. Агарков. Основы банковского права. М. 1994. С. 82.

дует указать, что уступка требования о выдаче кредита банком без согласия банка не допускается.

Способы выдачи кредита. Кредитор обязан передать средства на условиях, предусмотренных договором.

Кредит может передаваться в распоряжение заемщика различными способами и в различных формах. При осуществлении кредитования банк открывает заемщику ссудный счет. На этих счетах учитывается задолженность заемщика банку по выданным ссудам. По дебету ссудного счета отражается сумма выданных средств, а по кредиту — ее погашение. Режим ссудного счета определяется в договоре. Во исполнение одного кредитного договора банком могут быть открыты несколько ссудных счетов по каждому отдельному объекту кредитования.

Кредит может быть выдан наличными с соблюдением требований законодательства, регулирующего подобные расчеты, либо в безналичной форме. Выданная в безналичной форме ссуда может быть перечислена на расчетный счет заемщика, либо перечислена по поручению заемщика третьим лицам, либо за счет кредита могут быть оплачены предъявленные заемщику требования третьих лиц. В соответствии с письмом Госналогслужбы РФ № ВГ-4-13/23н от 2 июня 1995 г. Минфина РФ № 46 от 2 июня 1995 г. и Центробанка РФ № 171 от 5 июня 1995 г. «Об изменении пункта 2 Порядка применения положений Указа Президента РФ от 23 мая 1994 г. № 1006 «Об осуществлении комплексных мер по своевременному и полному внесению в бюджет налогов и иных обязательных платежей» средства, получаемые налогоплательщиками с ссудных счетов в виде банковских ссуд в рублях, могут направляться в соответствии с кредитными договорами или на расчетные (текущие) счета заемщика, или непосредственно на оплату кредитуемых материальных ценностей и затрат, включая выплату средств на заработную плату с одновременным перечислением соответствующих налогов и других обязательных платежей.

Выдача кредита может быть произведена как одновременно в полной сумме, так и частями.

Кредитование со специального ссудного счета (кредитование по обороту). Денежные суммы со специального ссудного счета предоставляются непосредственно на оплату поступающих расчетных документов за товары и услуги. Каждая

выдача такого кредита документально не оформляется. Погашение задолженности по специальному ссудному счету, как правило, производилось путем зачисления выручки предприятия непосредственно на спецссудный счет. Однако в настоящее время такая система погашения задолженности не возможна в силу содержащихся в специальных правилах указаний о погашении задолженности по кредитам банков с расчетных (текущих) счетов юридических лиц (см. письмо Госналогслужбы РФ, Минфина РФ и ЦБ РФ, указанное на стр. 108).

Кредитование может осуществляться путем открытия контокоррентного счета. Контокоррентный кредит характеризуется в литературе как классическая форма кредита. Он предоставляется путем открытия контокоррентного счета, из средств которого оплачиваются предъявленные клиенту требования при отсутствии его собственных средств на счете. Такой кредит позволяет производить денежные операции не только в пределах свободного остатка средств, но и за счет кредита банка.

В договоре о предоставлении контокоррентного кредита фиксируются: размер максимальной задолженности банку (лимит кредитования); срок, на который предоставляется (открывается) кредит; предельно допустимый срок наличия дебетового сальдо на корреспондентском счете; ставка процента за пользование средствами, другие условия. Клиент может использовать кредит на сумму, оговоренную в договоре, использовать кредит частично, либо не использовать его, так как требования к счету будут покрываться за счет собственных средств владельца счета. Плата за контокоррентный кредит устанавливается в двух формах: плата за фактически использованный кредит и комиссионные платежи. Комиссионные платежи определяются, как правило, в процентах от общей суммы, в пределах которой осуществляется кредитование. При этом возможно включение в договор оговорки, что комиссионные платежи начисляются только в случае неиспользования клиентом кредита.

Онкольные ссуды. Договор о предоставлении онкольной ссуды (онкольного кредита) предусматривает соглашение о предоставлении клиенту права пользоваться кредитом до определенной суммы с правом банка в любое время прекратить кредитование, а также потребовать от клиента частичного или полного погашения задолженности.

Момент, с которого обязательства кредитора по выдаче денежных средств считаются исполненными, устанавливается договором, а при отсутствии таких условий должен определяться, исходя из формы и условий предоставления кредита.

Проценты по кредитному договору. В силу п. 2 ст. 819 ГК РФ к отношениям, связанным с начислением процентов по кредитному договору, применяются правила, предусмотренные для договора займа, если иное не вытекает из существа кредитного договора.

В соответствии с Положением о порядке начисления процентов и отражении их по счетам бухгалтерского учета в учреждениях банков (письмо Госбанка СССР от 22 января 1991 г. № 338) проценты по кредитным договорам начисляются в размере и в сроки, предусмотренные договором, но не реже одного раза в квартал. Начисление и взыскание процентов авансом в момент выдачи кредита не допускается.

Для начисления процентов используется следующая формула:

$$A_1 + A_2 + A_3 + \dots + A_{n-1} + \frac{A_n}{2} \times \frac{C_n \times n}{100 \times 360}$$

где A_1 , A_n — остатки на начало и на конец периода; A_2 , A_3 , A_{n-1} — остатки на последующие даты внутри периода, n — число дней в соответствующем периоде, C_n — процентная ставка.

Число дней в соответствии с названным Положением принимается за 360, а количество дней — за 30 (31-е число в расчет не принимается, а в феврале остаток на счете за последнее число повторяется столько раз, сколько дней недостает до 30).

Поскольку Положение носит в настоящее время в части определения порядка начисления и уплаты процентов рекомендательный характер, стороны могут в договоре установить иные способы расчета сумм процентов и порядка их начисления, например, исходя из точного количества дней в году, а не условного, точного количества дней в каждом месяце, а не условного — 30 дней.

При отсутствии в кредитном договоре условий о порядке и условиях начисления процентов условия названного Положения при наличии спора между сторонами могут быть приме-

нены в качестве обычно применяемых в банковской практике.

Обязанности заемщика по кредитному договору. Поскольку в литературе кредитный договор нередко рассматривается как консенсуальный, следует определить, означает ли наличие такого договора существование обязанности заемщика принять сумму от кредитора и, следовательно, вправе ли кредитор требовать от заемщика возмещения убытков, вызванных таким отказом.

Пункт 2 ст. 821 ГК РФ предусматривает, что заемщик вправе отказаться от получения кредита полностью или частично, уведомив об этом кредитора до установленного договором срока его предоставления, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или кредитным договором. Таким образом, наличие на стороне заемщика каких-либо обязательств перед кредитором не может предполагаться. Заемщик по общему правилу не может быть понужден к получению суммы займа и привлечен к ответственности за отказ от ее принятия.

Кредитный договор накладывает на заемщика обязательства по принятию суммы лишь при наличии в договоре соответствующего условия. Если договором предусмотрена обязанность заемщика принять сумму займа, то он несет перед кредитором ответственность в форме возмещения убытков и, если это предусмотрено договором, в форме неустойки за уклонение (отказ) от исполнения вытекающих из договора обязанностей.

С момента получения денежных сумм в порядке и на условиях, установленных договором, заемщик несет перед кредитором такие же обязанности, что и заемщик по договору займа.

Погашение задолженности по кредиту. Поскольку с момента выдачи денежных средств между кредитором и заемщиком возникают отношения по договору займа, порядок возврата долга регулируется ст. 810 ГК РФ.

Вместе с тем следует учитывать, что в отношениях с участием в качестве заемщиков юридических лиц погашение задолженности по ссудам банка и уплата процентов по ним производятся путем перечисления денежных средств клиентами с их расчетных (текущих) счетов (п. 2.1 письма «Об изменении п. 2 «Порядка применения положений Указа Президента РФ

от 23 мая 1994 г. № 1006» Госналогслужбы, Минфина и Центробанка РФ).

Указанное не означает запрета погашения задолженности по кредиту иными способами, предусмотренными гражданским законодательством (путем зачета встречных требований, принятием отступного, при новации и т. п.).

Кредитование капитального строительства. Кредитование капитального строительства на территории РФ регулируется Временным положением о финансировании и кредитовании капитального строительства, утвержденным постановлением Правительства РФ от 21 марта 1994 г. № 220. Указанное Положение регулирует порядок кредитования строящихся предприятий и объектов, включенных в перечень строек и объектов для федеральных государственных нужд.

Средства федерального бюджета, предоставляемые на возвратной основе для финансирования государственных централизованных капитальных вложений, выделяются Минфину РФ в пределах кредитов, выдаваемых ЦБ РФ в установленном действующим законодательством порядке.

Минфин РФ направляет указанные средства заемщикам (застройщикам) через коммерческие банки в соответствии с заключенными с этими банками договорами.

Перечень коммерческих банков, осуществляющих операции по финансированию заемщиков, определяется Правительственной комиссией по вопросам кредитной политики.

Полученные коммерческими банками от Минфина РФ средства федерального бюджета на возвратной основе для финансирования государственных централизованных капвложений предоставляются заемщикам на основе договоров. При заключении договоров на получение этих средств заемщики представляют в банки выписки из перечня строек и объектов для федеральных государственных нужд, государственные контракты (договоры подряда), расчеты, обосновывающие сроки выхода введенных в действие производств на проектную мощность, расчеты сроков возврата выданных средств и процентов по ним, заключения государственной вневедомственной экспертизы и государственной экологической экспертизы по проектной документации и документы, подтверждающие платежеспособность заемщика (застройщика) и возвратность средств.

Общий срок пользования средствами федерального бюджета, предоставленными на возвратной основе, и дата начала возврата их заемщиками (застройщиками) устанавливаются в договорах с учетом продолжительности строительства объектов и сроков выхода введенных в действие производств на проектную мощность.

Полученные коммерческими банками средства федерального бюджета, предоставленные на возвратной основе, должны использоваться строго по назначению и не могут зачисляться на депозитные счета, использоваться для предоставления межбанковских кредитов и покупки свободно конвертируемой валюты, отвлекаться в другие операции краткосрочного характера.

Средства федерального бюджета на возвратной основе предоставляются заемщикам под залог зданий, сооружений, оборудования, объектов незавершенного строительства, материальных ценностей и другого имущества. Возврат заемщиками полученных средств производится в сроки, предусмотренные заключенными договорами. Минфин РФ возвращает средства ЦБ РФ в сроки, определенные законодательством РФ.

Проценты за пользование средствами федерального бюджета, предоставляемыми на возвратной основе, начисляются с даты их предоставления в соответствии с заключенными договорами. Выплата заемщиками процентов за пользование этими средствами производится с даты начала возврата этих средств. Минфин РФ выплачивает проценты за пользование кредитом ЦБ РФ с момента образования задолженности.

Процентная ставка за пользование средствами федерального бюджета, предоставляемыми на возвратной основе, не может превышать размера ставки, установленной в договоре между ЦБ РФ и Минфином РФ.

Условия долгосрочных договоров между государством (в лице Минфина РФ), банками и заемщиками определяются на весь срок действия договора. В случае, если после их заключения законодательством введены условия, ухудшающие положения партнеров, в договоры могут быть внесены изменения.

Ломбардный кредит, предоставляемый Банком России коммерческим банкам. Ломбардным кредитом называется кредит, предоставляемый на короткие сроки (как правило, до 1 месяца) под залог ценных бумаг.

Порядок предоставления Банком России ломбардного кредита коммерческим банкам регулируется Положением от 13 марта 1996 г. № 36 (утв. Приказом Банка России от 13 марта 1996 г. № 02-63)¹.

Ломбардный кредит предоставляется от имени Банка России Главным территориальным управлением (Национальным банком), заключившим договор счета ДЕПО (счет ДЕПО — лицевой счет, открытый для учета операций с принятыми на хранение ценными бумагами) с уполномоченным депозитарием ценных бумаг, предусматривающий хранение на этом счете ценных бумаг коммерческого банка.

Список ценных бумаг, принимаемых Банком России в качестве обеспечения ломбардных кредитов (ломбардный список ценных бумаг), утверждается Советом директоров Банка России.

В соответствии с решением Совета директоров Банка России в данный список включены государственные краткосрочные бескупонные облигации, выпускаемые в обращение в соответствии с постановлением правительства РФ от 8 февраля 1993 г. № 107 и облигации федерального займа с переменным купонным доходом (ОФЗ), выпускаемые в соответствии с постановлением Правительства РФ от 15 мая 1995 г. № 458.

Кредит может быть предоставлен под залог указанных ценных бумаг, при условии, что они принадлежат банку на праве собственности или ином вещном праве и не обременены другими обязательствами банка, имеют срок погашения не ранее чем через 10 календарных дней после наступления срока погашения ломбардного кредита и учтены на счете ДЕПО, открытом депозитарием².

Право на получение ломбардного кредита имеет банк, который на момент подачи заявки на получение кредита имеет счет ДЕПО в депозитарии, своевременно и в полном объеме выполняет обязательные резервные требования Банка России,

¹ Экономика и жизнь. 1996. № 16. С. 18 (далее — Положение).

² Депозитарием может быть организация, заключившая договор с Банком России, предусматривающий депозитарный учет залоговых обременений прав на указанные ценные бумаги.

Информация об уполномоченных депозитариях публикуется в «Вестнике Банка России».

не имеющий просроченной задолженности по кредитам, предоставленным Банком России и процентам по ним, не допустивший просрочку погашения задолженности по ранее выданному ломбардному кредиту в течение последних 6 месяцев.

Для получения ломбардного кредита банк представляет в Банк России:

- 1) заявление (заявку) на получение кредита по установленной форме;
- 2) копию выписки по счету ДЕПО банка из депозитария, подтверждающую факт перевода банком ценных бумаг на раздел счета ДЕПО «Блокировано в залоге» в количестве, необходимом для получения испрашиваемой суммы ломбардного кредита.

При приеме документов Банк России по результатам проверки соблюдения банком перечисленных выше условий принимает решение либо об отклонении заявления, либо об его удовлетворении и заключении с банком договора на предоставление ломбардного кредита.

В соответствии с п. 3.7 Положения при соблюдении банком всех предусмотренных Положением условий Банк России удовлетворяет заявки банков на получение ломбардного кредита, заключая с ними соответствующий договор. Банк России не может быть понужден к заключению кредитного договора, поскольку обязанность заключить договор в соответствии со ст. 445 ГК РФ может быть предусмотрена либо Гражданским кодексом, либо иным законом. Поскольку на уровне закона такая обязанность Банка России не установлена, банк даже при соблюдении им всех предусмотренных Положением условий не вправе обращаться в суд с требованием о понуждении заключить договор.

Предоставление ломбардного кредита может производиться как путем удовлетворения заявок банков по фиксированной ломбардной процентной ставке, так и посредством проведения аукциона заявок банков по сложившейся на аукционе ставке отсечения.

При выдаче ломбардного кредита по фиксированной процентной ставке используется ломбардная ставка, установленная Советом директоров Банка России и действующая на дату заключения договора. Эта ставка публикуется в «Вестнике Банка России». При выдаче ломбардных кредитов по лом-

бардной ставке ограничения на объем выдаваемых кредитов не устанавливаются.

При изменении ломбардной ставки начисление и взыскание процентов за пользование ломбардным кредитом с применением вновь установленной ставки осуществляются по договорам, заключенным после вступления в силу решения Совета директоров Банка России об изменении величины ломбардной ставки. По ранее заключенным договорам начисление и взыскание процентов производятся по прежней ставке.

Если выдача кредитов производится на аукционной основе, то кредитный комитет Банка России устанавливает лимит на максимальный объем кредита, выставляемого на каждый аукцион. Окончательное решение об объеме предоставляемых кредитов на каждом аукционе принимается кредитным комитетом Банка России после получения и анализа заявок банков. Итоги кредитных аукционов публикуются в «Вестнике Банка России». Ломбардные кредитные аукционы представляют собой процентные конкурсы заявок банков на получение кредита, проводимые либо по американскому, либо по голландскому способу.

Заявки, принятые к аукциону, распределяются по уровню предложенной банками процентной ставки, начиная с максимальной. Заявки принимаются до исчерпания объема суммы, выставленной на аукцион.

При американском способе проведения аукциона заявки удовлетворяются по предлагаемым банками в заявках процентным ставкам, если они равны или превышают устанавливаемую Банком России ставку отсечения. При голландском способе все заявки удовлетворяются по последней ставке, которая войдет в список удовлетворенных заявок (по устанавливаемой Банком России ставке отсечения).

Начисление банком процентов за пользование ломбардным кредитом производится в размере и порядке, определенных договором, со дня выдачи кредита до дня возврата суммы кредита. Днем выдачи кредита считается день зачисления средств на корреспондентский счет банка по месту заключения договора.

По кредитам, предоставляемым банком предприятиям и организациям за счет полученного ломбардного кредита, маржа Банком России не устанавливается.

Ломбардный кредит предоставляется банкам на срок до 30 календарных дней. Договор на предоставление такого кредита не пролонгируется.

В установленный договором срок банк производит возврат ломбардного кредита и производит уплату причитающихся по нему процентов. Погашение задолженности производится на основании платежного поручения банка на списание средств с его корсчета в РКЦ Банка России по месту заключения договора.

После погашения банком задолженности по кредиту, включая проценты, Банк России направляет депозитарию поручение ДЕПО на перевод ценных бумаг из раздела «Блокировано в залоге» в основной раздел счета ДЕПО банка в депозитории, который указан в договоре или в письменном заявлении банка.

Положением (п. 4.3) банку предоставляется право досрочно погашать кредит полностью или частично на основании платежного поручения. Банк обязан предварительно уведомить Банк России о досрочном погашении кредита.

В соответствии с п. 1.7 Положения за неисполнение (ненадлежащее исполнение) банком обязательств по возврату кредита и уплате начисленных процентов банк уплачивает Банку России неустойку (пеню) в размере 0,3 ставки рефинансирования Банка России, действующей на день, следующий за установленным договором днем исполнения обязательства. Пеня начисляется на сумму просроченного основного долга за каждый день просрочки до дня возврата всей суммы основного долга. На сумму просроченных процентов неустойка не начисляется.

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения банком-заемщиком обязательств по погашению ломбардного кредита требования Банка России по погашению такой просроченной задолженности удовлетворяются за счет выручки от реализации заложенных ценных бумаг в порядке, установленном законодательством и договором, в соответствии с нормативными актами, регулирующими обращение указанных ценных бумаг.

В объем требований Банка России, обеспеченных залогом, кроме задолженности банка (включая проценты) по кредитному договору и пени за неисполнение (ненадлежащее исполне-

ние) договора ломбардного кредитования, включается также сумма, направляемая на покрытие расходов, связанных с реализацией заложенных ценных бумаг.

В случае, если выручки от реализации ценных бумаг, находящихся в залоге у Банка России, недостаточно для удовлетворения всей суммы требований Банка России, возврат непогашенной задолженности происходит на основании платежного поручения банка-должника по мере поступления денежных средств на его корсчет в РКЦ Банка России по месту заключения договора ломбардного кредитования с банком. Возврат задолженности осуществляется в порядке и очередности, установленных законодательством. При этом в первую очередь возмещаются расходы Банка России, связанные с реализацией заложенных банком ценных бумаг, затем списывается задолженность банка по процентам и по основному долгу, в последнюю очередь — причитающаяся сумма пени.

В случае, если сумма, полученная от реализации ценных бумаг, превышает объем требований Банка России по ломбардному кредиту, остаток этой суммы после удовлетворения требований Банка России подлежит возврату банку-должнику на его корреспондентский счет по месту заключения договора на следующий рабочий день после реализации заложенных ценных бумаг.

Жилищные кредиты. Порядок кредитования банками затрат юридических и физических лиц на строительство (реконструкцию) жилья, обустройство земельных участков, приобретение жилья при условии залога недвижимого имущества определен Положением о жилищных кредитах, которое введено в действие Указом Президента России от 10 июня 1994 г. № 1180¹.

Предусмотрено предоставление трех видов кредитов: земельного — выдаваемого на приобретение и обустройство земли² под предстоящее жилищное строительство; строитель-

¹ Собрание законодательства РФ. 1994. № 7. Ст. 692.

² В соответствии с действующим земельным законодательством право частной собственности на земельные участки признается за гражданами, которые ведут крестьянское (фермерское) хозяйство, личное подсобное и дачное хозяйство, садоводство или индивидуальное жилищное строительство, а также за коммерческими организациями, купившими участки земли в про-

ного — краткосрочного на строительство и реконструкцию жилья для осуществления строительных работ; а также на приобретение жилья.

Кредиты предоставляются следующим юридическим лицам: застройщикам — инвесторам жилищного строительства, генеральным подрядчикам, подрядным организациям, участвующим в строительном цикле, другим юридическим лицам, приобретающим недвижимость в жилом фонде.

Кредитование производится при условии отвода земельного участка, наличии разрешения на строительство жилья и в рамках сроков и стоимости, определенных проектами и договорами подряда.

Жилищные кредиты предоставляются на условиях возвратности, срочности, целевого использования, обеспеченности и платности. При положительном решении вопроса о кредитовании банк открывает заемщику кредитную линию и выдает ссуды по частям либо в соответствии со стоимостью законченных этапов работ, либо авансированием в соответствии с графиком строительства. Заемщик должен вложить свои средства в размере не менее чем 30 % от стоимости кредитуемого объекта; соответственно кредит не может превышать 70 %.

Выдача строительного кредита осуществляется путем открытия кредитной линии, при этом ссуда выдается заемщику по частям, соответствующим стоимости законченных этапов строительно-монтажных работ.

Банк может осуществлять финансирование работ путем поэтапного авансирования денежных средств в соответствии с графиком строительства. Банк, финансирующий строительство, производит проверку выполнения этапов работ, контроль за целевым расходованием денежных средств, соблюдением стоимости и графика строительства.

Решение о предоставлении строительного кредита принимается банком-кредитором на основе кредитной заявки заемщика.

цессе приватизации государственных и муниципальных предприятий. Поэтому в данном случае речь может идти либо о приобретении ограниченных вещных прав на землю (п. 1 ст. 216 ГК РФ), либо обязательственных прав, в том числе права аренды земельного участка.

В заявку входят: заявление на выдачу ссуды с указанием цели и срока использования кредита, формы его обеспечения, а также:

для юридических лиц — заемщиков — учредительные и регистрационные документы; бухгалтерский баланс предприятия; график поступления доходов и обязательных платежей; документы, подтверждающие наличие обеспечения ссуды; технико-экономическое обоснование использования кредита и расчет предполагаемой окупаемости кредитуемых затрат; документы, подтверждающие права на участок застройки и разрешение на строительство; проектно-сметная документация, утвержденная в установленном порядке; копии договоров на осуществление подрядных строительных работ; другие документы по требованию кредитора;

для физических лиц — документы, подтверждающие права на участок застройки; разрешение на строительство; согласованная в установленном порядке проектно-сметная документация; документы, необходимые для определения платежеспособности заемщика; другие документы по требованию банка.

До полного погашения суммы основного долга и процентов по ссуде заемщик не имеет права без письменного согласия банка продать или переуступить имущественные права на недвижимое имущество третьему лицу.

Жилищные кредиты предоставляются под залог заемщиком недвижимого имущества (включая сооружаемое и приобретаемое за счет кредита), прав на недвижимое имущество, другого имущества.

§ 3. Договор банковского вклада

Понятие договора банковского вклада. По договору банковского вклада (депозита) одна сторона (банк), принявшая поступившую от другой стороны (вкладчика) или для нее денежную сумму (вклад), обязуется возвратить сумму вклада и выплатить проценты на нее на условиях и в порядке, предусмотренных договором.

Отношения по банковским вкладам регулируются гл. 44 ГК РФ. К отношениям банка и вкладчика по счету, на который внесен вклад, применяются также правила о договоре банковского счета (гл. 45 ГК РФ), если иное не предусмотрено правилами настоящей главы или не вытекает из существа догово-

ра банковского вклада. В частности, на отношения по вкладу распространяются нормы п. 2 ст. ст. 854, 856 — 868 ГК РФ.

Нормы, регулирующие отношения по банковским вкладам физических лиц, содержащиеся в ст. ст. 36 — 39 Закона РФ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР», подлежат применению в части, не противоречащей нормам Гражданского кодекса РФ.

Закон устанавливает особые требования к субъектному составу договора банковского вклада. Право на привлечение денежных средств во вклады имеют не все кредитные учреждения, а только те банки и иные кредитные организации, которым такое право предоставлено соответствующим разрешением (лицензией), выданным в порядке, установленном законом. В настоящее время в соответствии с Законом РФ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» лицензии на осуществление банковских операций выдаются и отзываются Банком России.

Право привлечения во вклады денежных средств физических лиц предоставляется банкам, с даты государственной регистрации которых прошло не менее двух лет. При слиянии банков этот срок рассчитывается по банку, имеющему более раннюю дату государственной регистрации. При преобразовании банка указанный срок не прерывается.

Нормы Гражданского кодекса РФ прямо допускают возможность внесения в банки денежных средств во вклады как гражданами, так и юридическими лицами, устанавливая лишь особенности регулирования отношений с участием различных субъектов. Закон «О банках и банковской деятельности» определяет вклад как денежные средства в валюте Российской Федерации или иностранной валюте, размещаемые физическими лицами в целях хранения и получения дохода. Право выступать в качестве вкладчиков предоставляется гражданам РФ, иностранным гражданам и лицам без гражданства (ст. ст. 36, 37). Различия в подходах вызваны теми целями, которые решают рассматриваемые акты. Закон «О банках и банковской деятельности» устанавливает специальные правила, обеспечивающие правовую защиту вкладчиков-граждан. Именно в этих целях в нем определяется понятие вкладчика как лица, взаимоотношения которого с банковской системой нуждаются в специальном регулировании.

Договор банковского вклада является односторонним, поскольку обязанности лежат только на одной стороне — банке. Этот договор, как правило, является возмездным.

Договор вклада является реальным договором. Обязанности банка по выплате полученных сумм и начисленных процентов возникают лишь при принятии этих сумм.

Прием вклада отражается на открываемом банком депозитном счете. Клиенты вправе открывать любое необходимое им количество депозитных счетов (ст. 30 Закона «О банках и банковской деятельности»).

Публичный характер договора банковского вклада, заключенного с гражданином. Договор банковского вклада, в котором вкладчиком является гражданин, признается публичным договором. В силу этого банк, которому предоставлено право принимать вклады от физических лиц, обязан принимать их от каждого обратившегося к нему гражданина. Банк не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законом или иными правовыми актами.

Условия договора банковского счета должны быть одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законом или иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. В связи с этим должна быть признана противоречащей закону практика принятия банками на особо льготных условиях вкладов от своих сотрудников.

Правительство РФ может издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении договоров банковского вклада с гражданами. Условия договора, не соответствующие указанным выше требованиям, либо требованиям, которые будут установлены Правительством РФ, являются ничтожными.

Обязанность банка заключить публичный договор обеспечивается возможностью вкладчика обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор и возложением на банк обязанности при необоснованном уклонении от заключения договора возместить гражданину причиненные этим убытки (п. 4 ст. 445 ГК РФ).

Если вкладчиком является юридическое лицо, то банк вправе отказать в заключении депозитного договора. Нормы

ст. 846 ГК РФ о заключении договора банковского счета, обязывающие банк заключить такой договор на определенных условиях, не могут распространяться на договор вклада, поскольку из п. 3 ст. 834 ГК РФ вытекает возможность применения правил о договоре банковского счета к отношениям по счету, на который уже внесен вклад, но не на отношения, имеющие место по поводу будущего внесения денежных сумм.

Последствия принятия вкладов лицами, не имеющими соответствующих разрешений. Как указывалось выше, право на привлечения денежных средств во вклады имеют банки, которым такое право предоставлено разрешением (лицензией), выданным в порядке, установленном в соответствии с законом.

В случае принятия от гражданина денежных средств лицом, не имеющим такого права, или с нарушением порядка, установленного законом или принятыми в соответствии с ним банковскими правилами, вкладчик может потребовать немедленного возврата суммы вклада, а также уплаты на нее процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ, и возмещения сверх суммы процентов всех причиненных вкладчику убытков (п. 2 ст. 835 ГК РФ).

Предусмотренный в законе механизм является достаточно своеобразным. Кодекс говорит о праве гражданина, но не об обязанности требовать немедленного возврата суммы вклада, что позволяет признать подобные сделки оспоримыми. Если гражданин воспользуется предоставленным ему правом, сделка является недействительной в силу признания ее таковой судом. В качестве последствия признания такой сделки недействительной Кодекс устанавливает обязанность организации возвратить полученные средства и уплатить гражданину проценты. Ссылки в ст. 835 ГК РФ на нормы ст. 395 ГК РФ вызывают определенные вопросы, связанные с тем, что данная норма позволяет устанавливать иной размер ответственности за неправомерное удержание средств в договоре. По нашему мнению, это не дает права сторонам ссылаться на наличие в договоре особых условий об ответственности, поскольку сделка между ними признается недействительной в целом. Таким образом, вкладчику будут уплачиваться проценты по ставке рефинансирования.

Если организация выплачивала вкладчику проценты на основании договора, то их сумма должна быть зачтена.

В силу признания такой сделки оспоримой гражданин может не требовать признания ее недействительной, а воспользоваться возможностью потребовать от организации исполнения заключенного договора.

Если иное не установлено законом, аналогичные последствия наступают также в случаях привлечения денежных средств граждан во вклады под векселя или иные ценные бумаги, исключающие получение их держателями вклада по первому требованию и осуществление вкладчиками иных прав, предусмотренных нормами ГК о договоре банковского счета, а также при привлечении денежных средств граждан путем продажи им акций и других ценных бумаг, выпуск которых признан незаконным.

Если лицом, не имеющим соответствующего разрешения, приняты на условиях договора банковского вклада средства юридического лица, такой договор признается недействительным как не соответствующий требованиям закона (ст. 168 ГК РФ). Такой договор, являясь ничтожной сделкой, не порождает никаких правовых последствий. Каждая из сторон обязана возратить все полученное по сделке. Такие же последствия наступают и тогда, когда средства юридических лиц привлекаются организацией путем продажи им акций и других ценных бумаг, выпуск которых признан незаконным.

Нормы Гражданского кодекса о последствиях незаконного привлечения средств во вклады распространяются на случаи, когда эти отношения возникли как после, так и до введения в действие части второй Кодекса и сохраняются в момент введения ее в действие.

Форма договора банковского вклада. Договор банковского вклада должен быть заключен в письменной форме под страхом его недействительности (ничтожности).

В отличие от общих правил, установленных для оформления письменных договоров ст. 434 ГК РФ, письменная форма договора банковского вклада считается соблюденной, если внесение вклада удостоверено сберегательной книжкой, сберегательным или депозитным сертификатом либо иным выданным банком вкладчику документом, отвечающим требованиям, предусмотренным для таких документов законом, уста-

новленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота.

Статья 36 Закона РФ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР» предусматривает, что привлечение средств во вклады от граждан должно оформляться договором в письменной форме в двух экземплярах, один из которых выдается вкладчику. Очевидно прямое противоречие норм, установленных названными актами. В силу требований ст. 3 ГК РФ при наличии в иных законах норм гражданского законодательства, противоречащих Кодексу, следует применять нормы Кодекса.

Заключение договора банковского вклада с гражданином и внесение денежных средств на его счет по вкладу в соответствии со ст. 843 ГК РФ может удостоверяться сберегательной книжкой. Выбор такого способа оформления договора определяется по соглашению сторон.

Сберегательная книжка может быть именной и на предъявителя. Сберегательная книжка на предъявителя является ценной бумагой.

В сберегательной книжке должны быть указаны и удостоверены банком наименование и место нахождения банка, а если вклад внесен в филиал, также его соответствующего филиала, номер счета по вкладу, а также все суммы денежных средств, зачисленных на счет, все суммы денежных средств, списанных со счета, и остаток денежных средств на счете на момент предъявления сберегательной книжки в банк.

Данные о вкладе, указанные в сберегательной книжке, являются основанием для расчетов по вкладу между банком и вкладчиком, если заинтересованной стороной не будет доказано иное состояние вклада.

Если именная сберегательная книжка утрачена или приведена в негодное для ее предъявления состояние, банк по заявлению вкладчика должен выдать ему новую сберегательную книжку.

Внесение в банк суммы вклада и права вкладчика на получение по истечении установленного срока суммы вклада и обусловленных процентов могут удостоверяться сберегательным (деPOSITным) сертификатом. Сертификат может предусматривать возможность его предъявления как в самом банке,

его выдавшем, так и в любом из его филиалов. Сертификат является ценной бумагой. Сберегательные (депозитные) сертификаты могут быть предъявительскими или именными.

По утраченному сертификату или сберегательной книжке на предъявителя восстановление прав производится в порядке, предусмотренном для ценных бумаг на предъявителя, судом с соблюдением требований процессуального законодательства (ст. 33 ГПК (вызывное производство)). Судебный порядок восстановления прав по ценным бумагам на предъявителя распространяется и на те случаи, когда сберегательная книжка не утрачена, но повреждена и лишилась признаков ценной бумаги¹.

Виды вкладов. Гражданский кодекс регулирует два вида договоров банковского вклада — вклад до востребования и срочный вклад.

Вкладом до востребования является вклад, внесенный на условиях выдачи по первому требованию вкладчика. Срочным вкладом называется вклад, принятый на определенный договором срок.

Договором может быть предусмотрено внесение вкладов на иных условиях их возврата, не противоречащих закону, в частности может быть предусмотрено, что выплаты производятся при наступлении определенных условий (рождении ребенка, вступлении в брак и т. п.).

Вклады можно классифицировать также по наличию в них обязанности банка принять дополнительную сумму во вклад. По этому критерию можно выделить: 1) вклады, предусматривающие дополнительное внесение сумм как от самого вкладчика, так и от третьих лиц; 2) вклады, предусматривающие возможность их пополнения за счет дополнительных взносов вкладчика; 3) вклады, которые могут пополняться за счет поступлений от третьих лиц; 4) вклады, условия которых не предусматривают внесения дополнительных сумм.

Поскольку Гражданский кодекс не предусматривает в качестве общего правила обязанности банка принимать посту-

¹ См. Постановление Пленума Верховного суда СССР от 20 июля 1965 г. № 5 «О порядке рассмотрения судами заявлений о восстановлении прав по утраченным документам на предъявителя». Сборник постановлений Пленума Верховного суда СССР 1924 — 1986 гг. М. 1987. С. 391.

пающие от вкладчика суммы дополнительно к уже внесенным, следует признать, что такая обязанность лежит на банке лишь при включении соответствующего условия в договор. Иначе решается вопрос в отношении сумм, внесенных третьими лицами. В соответствии со ст. 841 ГК РФ банк обязан принять такие суммы, если иное не предусмотрено договором банковского вклада.

Установленные в настоящее время правила определяют, что формирование средств на депозитных счетах юридических лиц производится, как правило, путем перечисления денежных средств с их расчетных (текущих) счетов¹. Данное указание не может рассматриваться как ограничение установленного гражданским законодательством порядка формирования средств на вкладах юридических лиц, поскольку, во-первых, Кодекс допускает возможности изменения норм ст. 841 ГК только договором, а во-вторых, письмо Госналогслужбы РФ, Минфина РФ и Центробанка РФ допускает возможность установления иного порядка.

По договору банковского вклада любого вида банк обязан выдать сумму вклада или ее часть по первому требованию вкладчика — гражданина. Условие договора об отказе гражданина от права на получение вклада по первому требованию ничтожно.

В силу обычаев делового оборота обязательства банков по возврату вкладов должны исполняться немедленно, а не в семидневный срок со дня предъявления вкладчиком требования о выдаче средств (п. 2 ст. 314 ГК РФ). Договорами с вкладчиками — юридическими лицами могут быть установлены иные условия возврата (например, выдача через определенное число дней после получения требования, выдача лишь при наступлении определенного срока).

Закон устанавливает возможность трансформации срочного вклада во вклад до востребования, если вкладчик не требует возврата суммы срочного вклада по истечении срока, либо суммы вклада, внесенного на иных условиях возврата, —

¹ Письмо Госналогслужбы № ВГ-4-13/23н от 2 июня 1995 г. Минфина РФ № 46 от 2 июня 1995 г. и Центробанка РФ № 171 от 5 июня 1995 г. «Об изменении п. 2 Порядка применения положений Указа Президента РФ от 23 мая 1994 г. № 1006».

по наступлении предусмотренных договором обстоятельств. В этих случаях договор считается продленным на условиях вклада до востребования, если иное не предусмотрено договором.

Договором банковского вклада с участием гражданина может быть предусмотрена возможность перечисления находящихся на вкладе средств третьим лицам (за коммунальные платежи, за товары и т. д.). Юридические лица не вправе использовать средства на депозитных счетах для расчетов с другими лицами. Условия договоров, предусматривающих такие права юридических лиц-вкладчиков, являются недействительными, поскольку противоречат требованиям п. 3 ст. 834 ГК РФ.

Правовая природа договора банковского вклада. Юридическая природа денежного вклада всегда являлась предметом острых дискуссий в юридической литературе. Вклад рассматривался либо как разновидность договора займа, либо как иррегулярная поклада (иррегулярное хранение). В настоящее время отношения по вкладу регулируются особыми правилами. Договор банковского вклада следует рассматривать как самостоятельный договорный тип, не сводимый ни к договору займа ни к иррегулярному хранению, несмотря на определенное сходство с ними.

Вместе с тем на практике могут возникнуть определенные проблемы, связанные с попытками обойти предусмотренные законом нормы, обеспечивающие защиту прав вкладчиков путем оформления привлечения средств договором займа. Если такого рода договором оформляется привлечение средств банком от юридических лиц, то следует признать, что стороны в этом случае вправе, исходя из преследуемых ими целей, определить правовую оболочку своих отношений, выбрав либо конструкцию договора займа, либо конструкцию договора банковского вклада. Что же касается граждан, то внесение ими денежных средств в банки на условиях возвратности и платности возможно только на условиях договора банковского вклада.

По договору вклада банк принимает на себя обязанность вернуть вкладчику ту же сумму, а не те же денежные знаки. Этим договор вклада отличается от договора хранения, по которому хранитель обязуется возвратить те же денежные знаки, которые были получены.

В соответствии со ст. 890 ГК РФ в случаях, прямо предусмотренных договором хранения, принятые на хранение вещи одного поклажедателя могут смешиваться с вещами того же рода и качества других поклажедателей (хранение с обезличением). Поклажедателю возвращается равное или обусловленное сторонами количество вещей того же рода и качества. Такой договор тоже может использоваться в банковской практике, например при принятии на себя банком обязанности хранить денежные знаки, принятые от ряда лиц, в одном хранилище. При этом банк не вправе без согласия поклажедателя пользоваться переданной вещью, а также предоставлять возможность пользования ею третьим лицам. Вещи не переходят в собственность хранителя, на них устанавливается общая долевая собственность сдавших вещи.

По договору же вклада банк вправе использовать имеющиеся на счете денежные средства, гарантируя право вкладчика получить внесенную сумму на условиях, предусмотренных законом или договором.

Следует также отметить, что внесенные на вклад наличные деньги не сохраняются банком. Они используются для выплат наличными другим лицам. Лимит остатков наличных денег в кассах банков устанавливается ЦБ РФ, сверх установленного лимита все наличные деньги сдаются Центральному Банку. Сумма сданных денег отражается на корреспондентском счете. Таким образом, деньги как вещи, как материальные объекты при вкладе практически мгновенно теряют свою вещественную природу и фигурируют лишь как записи по счетам (безналичные деньги). В отношениях же с участием юридических лиц поступающие на вклад суммы вообще не имеют вещественной формы, поскольку передача осуществляется безналичным путем, посредством записей по расчетным (текущим) счетам вкладчиков и счетам банков. Поскольку договор хранения (в том числе и с обезличением) заключается в отношении вещей, распространение норм об этом договоре на отношения по вкладу методологически недопустимо.

Наличные деньги, внесенные во вклад, с момента их передачи становятся собственностью банка. У вкладчика указанные средства сохраняются в составе имущества как право требовать от банка возврата внесенной суммы в соответствии с заключенным договором. При внесении суммы в безналичном

порядке происходит переход к банку прав распоряжения внесенной суммой.

Основная обязанность банка по договору вклада — возврат внесенной денежной суммы. Она аналогична обязанности заемщика по договору займа вернуть кредитору сумму долга. Вместе с тем нельзя не отметить, что в отношении порядка и условий выплаты суммы долга, возможности возникновения долга вследствие передачи средств третьими лицами и т. д. Отношения по вкладу являются своеобразными и нормы о договоре займа к ним не могут применяться.

Вклады в пользу третьих лиц. Статья 842 ГК РФ устанавливает возможность внесения вклада в банк на имя определенного третьего лица. Если иное не предусмотрено договором банковского вклада, такое лицо приобретает права вкладчика с момента предъявления им к банку первого требования, основанного на этих правах, либо выражения им банку иным способом намерения воспользоваться такими правами. Вклады в пользу третьих лиц могут быть внесены как гражданами, так и юридическими лицами. К отношениям по договору вклада в пользу третьего лица применяются нормы о договоре в пользу третьего лица, если это не противоречит специальным правилам, предусмотренным ст. 842 ГК РФ и существу банковского вклада.

Договор вклада в пользу третьего лица в качестве обязательного условия должен предусматривать указание имени гражданина или наименования юридического лица, в пользу которого вносится вклад. Таким образом, внесение вклада в пользу еще не родившегося невозможно. Договор, заключенный в пользу умершего к моменту его заключения гражданином, либо не существующего к этому моменту юридического лица, является ничтожным.

До выражения третьим лицом намерения воспользоваться правами вкладчика лицо, заключившее договор банковского вклада, может воспользоваться правами вкладчика в отношении внесенных им на счет по вкладу денежных средств.

Обеспечение возврата вклада. Как было указано ранее, у вкладчика нет вещных прав на внесенную в банк сумму. Требование о ее возврате обеспечивается применением к банку тех мер имущественной ответственности, которые предусмотрены гражданским законодательством в качестве средств обеспече-

ния исполнения обязательств (гарантией, поручительством и т. п.), а также применением к банку мер ответственности (взысканием убытков, неустоек, штрафных процентов).

Вместе с тем в силу специфики банковской деятельности для обеспечения устойчивости банков и повышения гарантий исполнения банками своих обязательств гражданское законодательство предусматривает специальные требования, направленные на обеспечение возврата вкладов. В соответствии со ст. 840 ГК РФ банки обязаны обеспечивать возврат вкладов граждан путем обязательного страхования, а в предусмотренных законом случаях и иными способами.

Возврат вкладов граждан банком, в уставном капитале которого более пятидесяти процентов акций или долей участия имеют Российская Федерация и/или субъекты Российской Федерации, а также муниципальные образования, гарантируется их субсидиарной ответственностью по требованиям вкладчика в порядке, предусмотренном ст. 399 ГК РФ.

Способы обеспечения банком возврата вкладов юридических лиц определяются договором банковского вклада.

При заключении договора банк обязан предоставить вкладчику информацию об обеспеченности возврата вклада.

При невыполнении банком предусмотренных законом или договором банковского вклада обязанностей по обеспечению возврата вклада, а также при утрате обеспечения или ухудшении его условий вкладчик вправе потребовать от банка немедленного возврата суммы вклада, уплаты на нее процентов в размере, определяемом в соответствии с п. 1 ст. 809 ГК, и возмещения причиненных убытков.

Законодательство о банках и банковской деятельности предусматривает нормы, направленные на обеспечение устойчивости банковской деятельности, в частности, об обязательном резервировании части сумм, внесенных во вклады, установлении экономических нормативов деятельности банков. Рассматриваемые нормы носят не гражданско-правовой, а публичный характер.

Законом «О банках и банковской деятельности» предусматривается в целях обеспечения гарантий возврата привлекаемых банками средств граждан и компенсации потерь дохода по вложенным средствам создание Федерального фонда обязательного страхования вкладов. Участниками Федераль-

ного фонда обязательного страхования вкладов являются Банк России и банки, привлекающие средства граждан.

Банки могут также создавать фонды добровольного страхования вкладов для обеспечения возврата вкладов и выплаты доходов по ним. Эти фонды создаются как некоммерческие организации. Число банков — учредителей фонда добровольного страхования вкладов — должно быть не менее пяти с совокупным уставным капиталом не менее 20-кратного минимального размера уставного капитала, установленного Банком России на дату создания фонда. Порядок создания, управления и деятельности фондов страхования вкладов в настоящее время законом не определены.

Банк обязан поставить клиентов в известность о своем участии или неучастии в фондах добровольного страхования вкладов. В случае участия в фонде добровольного страхования вкладов банк информирует клиента об условиях страхования.

Проценты по вкладу. Размер процентов, порядок их начисления и выплаты устанавливается договором банковского счета. При отсутствии в договоре условия о размере выплачиваемых процентов банк обязан выплачивать проценты в размере ставки банковского процента (ставки рефинансирования) на день платежа. Закон «О банках и банковской деятельности» (ст. 30) относит условие о процентных ставках по депозитам (вкладам) к существенным условиям договора, что противоречит нормам Гражданского кодекса. Следовательно, при отсутствии в договоре банковского вклада условия о размере процентов договор не может быть признан незаключенным. Ставка процента должна определяться в соответствии с требованиями п. 1 ст. 838 ГК РФ.

По вкладам до востребования банк вправе в одностороннем порядке изменять размер процентов, если иное не предусмотрено договором банковского вклада. В целях защиты интересов вкладчиков закон установил, что в случае изменения банком размера процентов новый их размер применяется к вкладам, внесенным до сообщения вкладчикам об уменьшении процентов и по истечении месяца с момента соответствующего сообщения, если иное не предусмотрено договором. Форма сообщения не регламентируется и, следовательно, может быть любой (объявление, данное в средствах массовой информации либо помещенное в помещении банка, где произ-

водится обслуживание клиентов, письменное сообщение каждому вкладчику и т. п.), но во всех случаях информация должна быть выдана способом, обеспечивающим ее доступность вкладчикам.

По срочным вкладам и вкладам, внесенным на иных условиях возврата гражданами, определенный договором размер процентов не может быть односторонне уменьшен банком. Возможность такого изменения может быть предусмотрена только в законе. По таким вкладам юридических лиц допускается одностороннее изменение банком размера процентов в случаях, предусмотренных законом или договором сторон (п. 3 ст. 838 ГК РФ).

В соответствии с частью второй ст. 29 Закона «О банках и банковской деятельности» кредитная организация не вправе в одностороннем порядке изменять процентные ставки по вкладам (депозитам), за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом или договором с клиентом. Можно ли рассматривать Закон «О банках и банковской деятельности» в качестве того закона, к которому отсылает Кодекс, говоря о возможности установления в законе одностороннего порядка изменения процентов по срочным вкладам граждан?

Данный вопрос уже породил широкую дискуссию в юридических и финансовых кругах, и окончательный ответ на него может дать только судебная практика. Вместе с тем хотелось бы отметить, что исходя из общей направленности норм Кодекса о вкладах граждан содержащаяся в нем отсылка, очевидно, имела в виду установление особых правил для отдельных видов вкладов, но не общего дозволения включать такое условие в договор. Кроме того, следует учитывать, что Кодекс вступил в действие позже Закона «О банках и банковской деятельности» и, следовательно, включение в Кодекс правил иных, чем предусмотрено законом, можно рассматривать как основание для прекращения действия норм ранее введенного в действие закона.

В силу ст. 5 Закона «О введении в действие части второй Гражданского кодекса РФ» нормы п. 3 ст. 838 ГК РФ применяются к договорам вклада, заключенным после 1 марта 1996 г.

Проценты по вкладам начисляются со дня, следующего за днем поступления суммы вклада в банк, и до дня, предшест-

вующего ее возврату вкладчику либо ее списанию со счета вкладчика по иным основаниям (п. 1 ст. 839 ГК РФ). Данное правило является императивным и не допускает его изменения в соглашении сторон.

Условия и сроки начисления процентов, их выплаты определяются договором банковского вклада. Если договором эти условия не определены, проценты на сумму банковского вклада выплачиваются вкладчику по его требованию по истечении каждого квартала отдельно от суммы вклада, а не востребованные в этот срок проценты увеличивают сумму вклада, на которую начисляются проценты. При возврате вклада выплачиваются все начисленные к этому моменту проценты.

Если права вкладчика на получение суммы вклада оформлены выданным ему сберегательным (депозитным) сертификатом, то проценты выплачиваются в размере, обусловленном в сертификате. При досрочном предъявлении сертификата к оплате банком выплачивается сумма вклада и проценты, выплачиваемые по вкладам до востребования, если иной размер процентов не установлен условиями сертификата.

Порядок выплаты сумм вклада. Порядок и условия выплаты суммы вклада определяются договором сторон.

Средства с депозитных счетов юридических лиц подлежат зачислению на их расчетные (текущие) счета. Выплата наличными либо перечисление средств на счета иных лиц не допускается.

При просрочке выплаты сумм вклада и процентов вкладчик вправе требовать от банка уплаты неустоек, предусмотренных договором, а также процентов и убытков в порядке, установленном ст. 395 ГК РФ.

В соответствии со ст. 208 ГК РФ на требования вкладчиков к банку о выдаче вкладов исковая давность не распространяется.

§ 4. Договор банковского счета

Понятие договора банковского счета. В соответствии с договором банковского счета банк обязуется принимать и зачислять поступающие на счет, открытый клиенту (владельцу счета), денежные средства, выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету.

В качестве клиента — владельца банковского счета — могут выступать как гражданин, так и юридическое лицо. В качестве стороны, оказывающей услуги клиенту по осуществлению расчетного обслуживания, может выступать банк либо иная кредитная организация, действующая на основании выданной лицензии.

Договор банковского счета является консенсуальным, двусторонним и, как правило, возмездным.

Отношения по договору банковского счета регулируются главой 47 ГК РФ, иными законами, а также банковскими инструкциями и правилами.

Заключение договора банковского счета. В подавляющем большинстве случаев банки самостоятельно с учетом требований закона и установленных в соответствии с ним банковских правил разрабатывают стандартные формы договоров, на условиях которых они осуществляют расчетное обслуживание. Клиент может либо принять их целиком, либо, если его не устраивает хотя бы одно из предложенных условий, отказаться от заключения договора. В соответствии со ст. 846 ГК РФ банк обязан открыть счет клиенту, обратившемуся с предложением открыть счет на объявленных для счетов данного вида условиях.

В этом случае при необоснованном уклонении банка от заключения договора банковского счета клиент вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также о взыскании с банка причиненных убытков. Суд признает договор заключенным на объявленных банком условиях.

Кроме того, банк не вправе отказать в открытии счета, совершение соответствующих операций по которому предусмотрено законом, учредительными документами банка и выданным ему разрешением (лицензией) независимо от того, объявлены ли банком условия открытия таких счетов. Банк освобождается от обязанности открыть счет, если докажет отсутствие у него возможности принять клиента на обслуживание. Законом или иными правовыми актами могут быть предусмотрены и иные случаи, в которых банк вправе отказать в открытии счета.

В случае, если клиент требует понудить банк заключить договор об открытии счета, совершение операций по которому предусмотрено законом, учредительными документами банка

и выданным ему разрешением, условия договора, по которым у сторон имеются разногласия, устанавливаются в соответствии с решением суда. Клиент также вправе требовать от банка возмещения убытков, вызванных необоснованным уклонением от открытия счета.

Если отсутствуют предусмотренные законом особые обстоятельства, при наличии которых клиент вправе понудить банк к открытию счета, то договор банковского счета заключается в общем порядке на основе свободного волеизъявления сторон. Счет в банке клиенту или указанному им лицу (например, филиалу) открывается в банке на условиях, согласованных сторонами.

Клиент не может быть понужден к заключению договора банковского счета.

Обязанность предприятий, организаций и учреждений хранить свои денежные средства в учреждениях банков¹ является публично-правовой и ее выполнение обеспечивается специальными мерами ответственности. Такая обязанность не может рассматриваться как основание для понуждения юридического лица к вступлению в договорные отношения с конкретным банком.

Оформление договора банковского счета. Договор банковского счета в силу требований ст. 161 ГК РФ должен быть совершен в простой письменной форме.

Для отдельных видов договоров банковского счета (расчетных, текущих и бюджетных счетов) порядок оформления отношений между банком и клиентом урегулирован банковскими правилами².

Клиент направляет банку заявление установленной формы с приложением копии надлежаще утвержденного устава (положения), карточки с образцами подписей лиц, уполномоченных распоряжаться счетом и оттиска печати, а также документов о государственной регистрации, о постановке на учет в налого-

¹ Указ Президента РФ от 14 июня 1992 г. № 622 «О дополнительных мерах по ограничению налично-денежного обращения».

² Инструкция Госбанка СССР от 30 октября 1986 г. № 28 «О расчетных, текущих и бюджетных счетах, открываемых в учреждениях Госбанка СССР»; письмо Госбанка СССР от 9 июля 1991 г. № 359 «О порядке открытия счетов предпринимателям».

вых и иных органах и т. д. После проверки полноты и правильности представленных документов на заявлении клиента управляющий учреждением банка делает отметку о разрешении открыть счет, которому присваивается соответствующий номер. С этого момента договор банковского счета считается заключенным. Заявление организации рассматривается как предложение заключить договор (оферта), а распоряжение руководителя банка — как согласие (акцепт).

В банковской практике последнего времени распространенным способом оформления договорных отношений стало подписание банком и клиентом единого документа, определяющего права и обязанности сторон. Такой договор, как правило, объединяет два соглашения — предварительный договор об открытии счета и соглашение, определяющее условия работы по такому счету. Если права и обязанности по предварительному договору возникают, как правило, в момент заключения соглашения, то отношения по счету — лишь при открытии и оформлении его в установленном порядке.

Отношения по договору банковского счета возникают независимо от внесения клиентом сумм на счет. Однако банк может определить в договоре, что для вступления договора в силу клиент обязан внести на счет определенную сумму. Для некоторых видов счетов такая обязанность может быть предусмотрена законом.

Особенностью договора банковского счета является то, что стороны вследствие сложности и разнообразности складывающихся отношений и наличия достаточно детального их урегулирования в законах и банковских правилах не определяют подробно в договоре взаимные права и обязанности, а лишь выражают согласие осуществлять операции на установленных условиях. Но если в соответствии с ранее действовавшим законодательством роль договора банковского счета как регулятора взаимоотношений между банком и клиентом была практически сведена к нулю, то новый Гражданский кодекс значительно расширяет сферу усмотрения сторон в формировании условий договора банковского счета.

Правовая природа средств, находящихся на банковских счетах. Денежные суммы, учтенные на банковских счетах, предназначенных для осуществления расчетов в интересах клиентов, как правило, представляют собой долг банка

перед клиентом. В пределах суммы этого долга банк обязан производить по распоряжению клиента операции по списанию средств со счета для выдачи их самому клиенту либо для перечисления их по его указанию.

Деньги на банковском счете отражаются в составе имущества клиента как имущественное право требовать от банка в счет долга производить определенные операции. В качестве материальных объектов, вещей, средства на счетах не существуют, и поэтому достаточно распространенное мнение, что деньги на счетах являются «собственностью» клиента, не имеют под собой никаких легальных либо фактических оснований.

Не основаны на законе и подходы, выделяющие на банковском счете «собственные» и «несобственные» средства клиента. Независимо от источника поступления средств (кредит банка, оплата за товары, ошибочно зачисленные средства и т. д.) с момента их зачисления поступившие суммы сливаются с общим течением счета, поступают тем самым в состав имущества клиента и могут быть использованы им в установленном порядке. То, что в ряде случаев при этом у клиента возникает основанная либо на договоре, либо на ином основании обязанность возратить определенному лицу зачисленные средства, не дает оснований для выделения на счете этих средств как «несобственных».

В дореволюционной литературе при характеристике отношений банка и клиента по вкладам (в том числе и до востребования на текущие счета) право банка на внесенные клиентом или для клиента суммы определялось как право собственности. Однако в настоящее время такая квалификация прав банка возможна лишь при передаче клиентом или для клиента банку наличных денег. В иных же случаях права банка также имеют обязательственную природу.

Банк вправе использовать имеющиеся на счете денежные средства, гарантируя право клиента беспрепятственно распоряжаться этими средствами. Законодательство о банковском регулировании предусматривает ряд ограничений и нормативов для банков при использовании ими привлеченных средств. Однако данные нормы носят публичный характер, и их соблюдение обеспечивается в основном административными мерами воздействия.

Нарушение банком вытекающей из договора обязанности обеспечить беспрепятственное осуществление операций по счету дает клиенту право требовать возмещения причиненных убытков.

Особенность прав, принадлежащих клиенту по распоряжению средствами на счете, определяется и тем, что банк не вправе определять и контролировать направления использования денежных средств клиента и устанавливать другие не предусмотренные законом или договором ограничения его права распоряжаться денежными средствами по своему усмотрению. Определенные контрольные полномочия возлагает на банки, к примеру, Закон РФ «О валютном регулировании и валютном контроле».

Статья 57 Закона РФ «О Центральном Банке Российской Федерации (Банке России)» прямо запрещает Банку России требовать от кредитных организаций выполнения несвойственных им функций, включая контроль за расходованием фонда потребления (заработной платы) юридических лиц-клиентов.

При наличии специального соглашения банк может производить платежи, несмотря на отсутствие на нем денежных средств (кредитование счета). В этих случаях банк считается предоставившим клиенту кредит на соответствующую сумму со дня осуществления такого платежа. Возникающие при этом правоотношения регулируются правилами о договоре займа или кредита, если иное не предусмотрено договором банковского счета. При кредитовании счета в соответствии с соглашением может быть установлен режим, определяющий возможность занесения на открытый счет как требований клиента к банку, так и банка к клиенту (дебетовое сальдо). Действующие правила, определяющие режим различных счетов, допускают наличие дебетового сальдо только по корреспондентским счетам банков. Расчетные, текущие и бюджетные счета клиентов рассматриваются как счета пассивные, образование дебетового сальдо на них невозможно.

Порядок и условия распоряжения счетом. Списание денежных средств со счета осуществляется банком на основании распоряжения клиента. В банковской практике распоряжения клиента, как правило, оформляются на бланках установленной формы. Требования к оформлению расчетных документов определяются банковскими правилами.

В соответствии с Законом «О банках и банковской деятельности» (ст. 27) взыскание на денежные средства и иные ценности физических и юридических лиц, находящиеся на счетах и вкладах, может быть обращено только на основании исполнительных документов в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Гражданский кодекс содержит иные правила, определяющие возможность взыскания средств со счетов без согласия (распоряжения) клиента.

В соответствии с п. 2 ст. 854 ГК РФ списание находящихся на счете средств без распоряжения клиента допускается по решению суда, а также в случаях, установленных законом или предусмотренных договором между банком и клиентом.

В настоящее время в соответствии с законом может производиться списание без распоряжения клиентов:

— налоговыми инспекциями со счетов юридических лиц недоимок по налогам и другим обязательным платежам, а также сумм штрафов и иных санкций, предусмотренных налоговым законодательством (ст. 13 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. «Об основах налоговой системы в Российской Федерации»);

— таможенными органами задолженности по уплате таможенных платежей юридических лиц и граждан, перемещающих товары через таможенную границу РФ с коммерческой целью (ст. 124 Таможенного кодекса РФ);

— государственной службой занятости с работодателей сумм сокрытых или заниженных страховых взносов в фонд занятости, а также недоимок и иных санкций, предусмотренных законодательством (ст. 27 Закона РСФСР от 19 апреля 1991 г. «О занятости населения в Российской Федерации»).

Возможность бесспорного списания предусмотрена также Законом РФ от 17 декабря 1992 г. «Об административной ответственности предприятий, учреждений, организаций и объединений за правонарушения в области строительства», Законом РФ от 15 июля 1992 г. № 3303-1 «О субвенциях республикам в составе Российской Федерации, краям, областям, автономной области, автономным округам, городам Москве и Санкт-Петербургу» и рядом других.

Постановления Верховного Совета, предусматривающие возможность для отдельных органов и организаций произво-

дить списание денежных сумм без согласия (распоряжения) владельца счета, сохраняют силу, поскольку Верховный Совет при принятии постановлений действовал как законодательный орган.

Так, в соответствии с Положением о порядке уплаты страховых взносов в Федеральный и территориальные фонды обязательного медицинского страхования, утвержденным постановлением Верховного Совета РФ от 24 февраля 1993 г. № 4543-1, списание Федеральным, территориальными фондами обязательного медицинского страхования и их филиалами с работодателей сокрытых или заниженных страховых взносов в Федеральный и территориальные фонды обязательного медицинского страхования, недоимок, а также предусмотренных законодательством штрафов производится в беспорядке.

В таком же порядке производится списание органами Пенсионного фонда РФ с работодателей недоимок по страховым взносам, а также сумм штрафов и иных санкций на основании Порядка уплаты страховых взносов работодателями и гражданами в Пенсионный фонд России, утвержденного постановлением Верховного Совета РФ от 27 декабря 1991 г. № 2122-1.

Постановлением Верховного Совета РФ от 1 апреля 1993 г. № 4725-1 «О мерах по улучшению порядка расчетов за продукцию и услуги коммунальных, энергетических и водопроводно-канализационных предприятий» предусмотрено, что расчеты коммунальных, энергетических и водопроводно-канализационных предприятий с потребителями (кроме жилищно-коммунальных, бюджетных организаций и населения) за отпускаемую электрическую и тепловую электроэнергию, услуги водоснабжения и водоотведения производятся на основании показателей измерительных приборов без акцептаплательщика.

В таком же порядке на основании постановления Верховного Совета РФ от 19 мая 1993 г. «О мерах по улучшению расчетов за услуги связи» производятся расчеты потребителей (кроме населения) с предприятиями связи (их обособленными подразделениями) любой формы собственности, находящимися на территории РФ, за оказываемые услуги связи по действующим тарифам на основании показаний счетчиков и других приборов.

В соответствии с Законом РФ «О порядке введения в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» изданные до введения в действие части второй Кодекса нормативные акты Президента РФ, Правительства РФ и применяемые на территории РФ постановления Правительства СССР по вопросам, которые согласно части второй Кодекса могут регулироваться только федеральными законами, действуют впредь до введения в действие соответствующих законов. Исходя из этого, впредь до принятия соответствующих законов продолжают применяться следующие акты, устанавливающие возможность безакцептного списания сумм со счетов юридических лиц:

Указ Президента РФ от 18 сентября 1992 г. № 1091 «О мерах по улучшению расчетов за продукцию топливно-энергетического комплекса», предусматривающий, что расчеты за отпущенные энерго- и газоснабжающими организациями энергетическую, тепловую энергию и газ, а также за реализуемые нефтедобывающими объединениями и предприятиями и организациями концерна «Роснефтепродукт» нефть и нефтепродукты — со счетов потребителей (кроме бюджетных организаций и населения на основании показателей измерительных приборов и действующих тарифов);

Устав железных дорог СССР (п. п. 115 и 160);

Устав автомобильного транспорта (ст. ст. 141, 142, ч. 2 ст. 145 и ст. 147);

Постановление Правительства РФ от 22 октября 1992 г. № 811 «О стабилизации расчетов за электроэнергию, отпускаемую атомными станциями».

Списание средств без распоряжения клиента по конкретному платежу может производиться также в случаях, установленных в договоре банка с клиентом. Право списывать средства в таком порядке может быть предоставлено как самому банку, так и определенным клиентом третьим лицам. При этом, в отличие от действовавших ранее правил, банк обязан принять такое распоряжение клиента, если оно соответствует определенным, установленным законом требованиям. Такой вывод следует из содержания п. 2 ст. 847 ГК РФ, который предусматривает, что клиент может дать банку распоряжение о списании денежных средств со счета по требованию третьих лиц, в том числе связанному с исполнением клиентом своих

обязательств перед этими лицами. Банк принимает эти распоряжения при условии указания в них необходимых данных, позволяющих при предъявлении соответствующего требования идентифицировать лицо, имеющее право на его предъявление.

Права лиц, осуществляющих от имени клиента распоряжения о перечислении и выдаче средств со счета, удостоверяются клиентом путем представления банку документов, предусмотренных законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и договором банковского счета. К примеру, при открытии расчетных, текущих и бюджетных счетов права лиц, которым предоставлены полномочия на распоряжение счетом юридического лица, удостоверяются уставом (положением) юридического лица и карточкой с образцами подписей лиц, которым предоставлено право распоряжаться счетом, с оттиском печати организации.

Необходимо отметить, что нормы банковских инструкций, определяющих порядок работы банков с документами, удостоверяющими права лиц, уполномоченных распоряжаться счетом, во многом устарели и не отвечают современным условиям.

По счетам, открываемым гражданам, полномочия лица, осуществляющего от имени клиента распоряжение счетом, могут подтверждаться надлежаще оформленной доверенностью.

Совершенствование банковских технологий определило включение в Кодекс нормы, допускающей возможность включения в договор банковского счета условий об удостоверении прав распоряжения денежными суммами, находящимися на счете, электронными средствами платежа и другими документами с использованием в них аналогов собственноручной подписи (факсимильное воспроизведение подписи с помощью средств механического копирования, электронно-цифровой подписи либо иного аналога собственноручной подписи), кодов, паролей и иных средств, подтверждающих, что распоряжение дано уполномоченным на это лицом. В договоре между банком и клиентом об использовании таких способов подтверждения должна быть предусмотрена процедура согласования возможных разногласий, указывающая, на какой стороне лежит бремя доказывания достоверности подписи.

Обязанности банка по договору банковского счета.
Банк обязан вести учет средств на счете клиента.

Банк обязан совершать для клиента операции, предусмотренные для счетов определенного вида законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота, если договором банковского счета не предусмотрено иное.

Банк обязан зачислять на счет все суммы, поступившие как от самого клиента, так и от третьих лиц. Основаниями для зачисления средств являются: объявление о взносе наличных на счет, платежное требование либо иной документ, выставленный клиентом на инкассо. Без поручения клиента зачисляются на счет суммы, поступившие по платежным поручениям его контрагентов; а также выплачиваемые с аккредитивов.

В соответствии с п. 1 ст. 849 ГК РФ банк обязан зачислять поступившие на счет клиента денежные средства не позже дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа, если более короткий срок не предусмотрен договором банковского счета.

Банк обязан выполнять распоряжения клиента о выдаче или перечислении средств со счета. Такие поручения могут касаться как перечисления сумм контрагентам клиента, самому клиенту на иные счета, государству для уплаты налогов или иных платежей. Списание со счета может производиться и для выдачи клиенту наличных денег: на выплату заработной платы и другие расходы в пределах установленного лимита. При отсутствии соглашения об ином банк выполняет такие распоряжения в пределах средств, имеющихся на счете.

В предусмотренных законом случаях списание средств со счета может быть произведено без распоряжения клиента (см. предыдущий раздел).

При наличии на счете денежных средств, сумма которых достаточна для удовлетворения всех требований, предъявленных к счету, списание этих средств производится в порядке поступления распоряжений клиента и других документов на списание (календарная очередность), если иное не предусмотрено законом (п. 1 ст. 855 ГК РФ) (в редакции Федерального закона от 12 августа 1996 г. № 110-ФЗ)¹.

При недостаточности денежных средств на счете для удов-

¹ Экономика и жизнь. 1996. № 35. С. 15 (VII).

летворения всех предъявленных к нему требований списание денежных средств осуществляется в следующей очередности:

в первую очередь производится списание по исполнительным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств со счета для удовлетворения требований о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, а также требований о взыскании алиментов;

во вторую очередь производится списание по исполнительным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по выплате выходных пособий и оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору, в том числе по контракту, по выплате вознаграждений по авторскому договору;

в третью очередь производится списание по платежным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору (контракту), а также по отчислениям в Пенсионный фонд Российской Федерации, фонд социального страхования Российской Федерации и Государственный фонд занятости населения Российской Федерации;

в четвертую очередь производится списание по платежным документам, предусматривающим платежи в бюджет и внебюджетные фонды, отчисления в которые не предусмотрены в третьей очереди;

в пятую очередь производится списание по исполнительным документам, предусматривающим удовлетворение других денежных требований;

в шестую очередь производится списание по другим платежным документам.

Списание средств со счета по требованиям, относящимся к одной очереди, производится в порядке календарной очередности поступления документов.

В письме Минфина России № 76, Федеральной налоговой службы России № ВГ-6-09/597 и Банка России № 318 от 22 августа 1996 г. «О порядке применения статьи 855 Гражданского кодекса Российской Федерации»¹ предлагалось при определении очередности исполнения платежных поручений

¹ Экономика и жизнь. 1996. № 36. С. 17.

на перечисление налогов в бюджет и внебюджетные фонды руководствоваться ст. 15 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации», которая предусматривает, что указанные платежные поручения исполняются банками в первоочередном порядке.

Основываясь на указанном письме Банк России внес изменения в свои ранее данные указания об очередности платежей со счетов клиентов и корреспондентских счетов банков¹.

При подготовке этих документов не было учтено, что порядок и условия списания средств с банковских счетов, в том числе очередность удовлетворения требований при недостаточности средств на счете, регулируются нормами гражданского законодательства о договоре банковского счета. В связи с установлением в Гражданском кодексе РФ очередности списания средств со счетов, иной, чем в ранее действующих актах (в том числе в актах налогового законодательства), в силу ст. 4 Федерального Закона «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» указанные акты применяются в части, не противоречащей Кодексу.

Используемый в законе термин «календарная очередность» не совсем точен, поскольку при большом объеме поступающих в течение дня документов установления календарной даты их поступления недостаточно, необходимо учитывать также и сроки их поступления (в часах и, если потребуется, в минутах).

Распоряжения клиента о выдаче или перечислении со счета денежных средств банк обязан выполнять не позже дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа, если иные сроки не предусмотрены законом, изданными в соответствии с ним банковскими правилами или договором банковского счета.

В соответствии с действующими банковскими правилами в такие же сроки должны производиться операции по списанию средств со счета без распоряжения клиента в допускаемых законом случаях.

¹ См. письма Банка России от 3 сентября 1996 г. № 322 «О внесении изменений и дополнений в письмо ЦБ РФ от 1 марта 1996 г. № 245» и от 3 сентября 1996 г. № 321 «О внесении изменений и дополнений в письмо ЦБ РФ от 1 марта 1996 г. № 244». Вестник Банка России. 1996. 10 сентября. № 44.

Оплата услуг банка. Договором банковского счета может быть предусмотрена обязанность клиента оплачивать услуги банка по совершению операций с денежными средствами, находящимися на счете. На практике такого рода условия сводятся к включению в договор отсылки к действующим тарифам банка. Статья 30 Закона «О банках и банковской деятельности» относит условие о стоимости банковских услуг к существенным условиям договора. Исходя из этого, договор банковского счета следовало бы считать незаключенным, если в нем не согласован размер платы за услуги. Однако нормы Гражданского кодекса (п. 1 ст. 851 ГК РФ) не рассматривают такое условие как существенное. При отсутствии в договоре условия об оплате услуг банка договор не признается незаключенным. Считается, что в этом случае услуги банка не оплачиваются.

Плата за услуги банка может взиматься банком по истечении каждого квартала из денежных средств клиента, находящихся на счете, если иное не предусмотрено договором банковского счета. Договором могут быть предусмотрены иные сроки либо иной порядок взимания платы. Списание средств в оплату услуг банка должно производиться с соблюдением установленной очередности списания. Размер платы за услуги может быть в одностороннем порядке изменен банком в случаях, предусмотренных законом или договором с клиентом.

Проценты, уплачиваемые клиенту. За пользование денежными средствами, находящимися на счете, банк уплачивает проценты, сумма которых зачисляется на счет. Договором может быть исключено начисление процентов на остаток средств на счете либо установлено, что проценты начисляются лишь при наличии на счете определенного минимального остатка. Сроки зачисления процентов на счет устанавливаются договором, а при отсутствии такого условия — по истечении каждого квартала.

Размер процентов, уплачиваемых банком за пользование средствами на счете, устанавливается договором банковского счета. Если договор не определяет размер процентов, то они должны уплачиваться банком по ставке, обычно уплачиваемой банком по вкладам до востребования (ст. 852 ГК РФ).

Статья 853 ГК РФ определяет, что денежные требования банка к клиенту, связанные с кредитованием счета и оплатой услуг банка, а также требования клиента к банку об уплате

процентов за пользование денежными средствами прекращаются зачетом, если иное не предусмотрено договором банковского счета.

Зачет указанных требований осуществляется банком. Банк обязан информировать клиента о произведенном зачете в порядке и в сроки, которые предусмотрены договором, а если соответствующие условия сторонами не согласовывались — в порядке и в сроки, которые являются обычными для банковской практики представления клиентам информации о состоянии денежных средств на соответствующем счете.

С учетом положения, содержащегося в ч. 3 ст. 6 Закона «О внесении в действие части второй Гражданского кодекса РФ», нормы ст. 851, 852 ГК РФ могут применяться к договорам, заключенным после 1 марта 1996 г.

Сообщения клиентам о проведенных по счету операциях. В соответствии с действующими банковскими правилами банк обязан информировать клиента о проведенных по счету операциях. На банк возлагается обязанность в определенные сроки выдавать клиенту выписки со счета. Сроки и порядок выдачи выписок определяются соглашением сторон.

В соответствии с Правилами бухгалтерского учета и отчетности в учреждениях банков СССР № 7 от 30 сентября 1987 г. выписки из лицевых счетов, предназначенные для выдачи клиентам, подписываются ответственным работником учреждения банка и оформляются штампом. По суммам, проведенным по кредиту (при списании средств), к выпискам должны быть приложены документы или их копии, на основании которых были совершены записи по счету.

Выписки выдаются под расписку в лицевом счете лицам, имеющим право первой или второй подписи по данному счету, или их представителям по доверенности, оформленной в установленном порядке, а по заявлению клиента — через абонентские ящики.

Правила возлагают на клиента обязанность в течение 20 дней после вручения ему выписок письменно сообщить учреждению банка о суммах, ошибочно записанных в кредит или дебет счета. При непоступлении от клиента в указанные сроки возражений совершенные операции и остаток средств на счете считаются подтвержденными.

В юридической литературе было высказано мнение, что

молчаливо подтвердив остаток счета, держатель утрачивает и право предъявления к банку в дальнейшем требований в судебном порядке о зачислении на счет сумм, не показанных в соответствующей выписке. Подтверждение рассматривалось как акт, погашающий материальное право требования к банку по ошибочным записям¹.

Судебная практика не разделяла такого подхода. Подтверждение владельцем счета произведенных операций не рассматривалось судами как основание для отказа в удовлетворении требований клиентов к банку по произведенным операциям. Вместе с тем в ряде случаев такое подтверждение признавалось обстоятельством, которое дает основание для уменьшения размера ответственности банка.

Банковская тайна. Под банковской тайной понимают обязанность банка или иного кредитного учреждения сохранять тайну по операциям клиентов. В соответствии со ст. 857 ГК РФ банк гарантирует тайну банковского счета и банковского вклада, операций по счету и сведений о клиенте.

Сведения, составляющие банковскую тайну, могут быть предоставлены только самим клиентам или их представителям. Государственным органам и их должностным лицам такие сведения могут быть предоставлены исключительно в случаях и в порядке, предусмотренных законом.

В соответствии со ст. 26 Закона «О банках и банковской деятельности» на кредитную организацию и Банк России возлагается обязанность гарантировать тайну об операциях, о счетах и вкладах своих клиентов и корреспондентов. Обязанность хранить тайну об операциях, счетах и вкладах клиентов, а также об иных сведениях, устанавливаемых кредитной организацией, если иное не установлено федеральным законом, возлагается на всех служащих кредитной организации.

Справки по операциям и счетам юридических лиц и граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность, могут выдаваться им самим, а также судам и арбитражным судам (судьям), счетной палате Российской Федерации, органам государственной налоговой службы и налоговой полиции, таможенным органам Российской Федерации в случаях, пре-

¹ Е. А. Флейшиц. Расчетные и кредитные правоотношения. М. 1956. С. 93.

дусмотренных законодательными актами об их деятельности, а при наличии согласия прокурора — органам предварительного следствия по делам, находящимся в их производстве.

Справки по счетам и вкладам граждан выдаются, кроме самих клиентов, судам, а при наличии согласия прокурора — органам предварительного следствия по делам, находящимся в их производстве. Справки по счетам и вкладам в случае смерти их владельцев выдаются лицам, указанным владельцем счета и вклада в сделанном банку завещательном распоряжении, нотариальным конторам по находящимся в их производстве наследственным делам о вкладах умерших вкладчиков, а в отношении счетов иностранных граждан — иностранным консульским учреждениям.

Обязанность сохранять банковскую тайну возлагается как на сам банк и всех его должностных лиц, так и на должностных лиц государственных органов, контролирующих деятельность банков. Банк России не вправе разглашать сведения о счетах, вкладах, а также сведения о конкретных сделках и об операциях из отчетов кредитных организаций, полученные им в результате исполнения лицензионных, надзорных и контрольных функций, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

В случае разглашения банком сведений, составляющих банковскую тайну, клиент, права которого нарушены, вправе потребовать от банка возмещения причиненных убытков (п. 3 ст. 857 ГК РФ). При причинении ущерба должностным лицом иного органа гражданско-правовая ответственность этого лица за неправомерные действия возможна на основании ст. 1069 ГК РФ.

Ограничения распоряжения счетом. Права клиента на самостоятельное распоряжение находящимися на счете денежными средствами не могут быть ограничены, за исключением случаев наложения ареста на денежные средства, находящиеся на счете, или приостановления операций по счету в случаях, предусмотренных законом.

Статьей 27 Закона «О банках и банковской деятельности» предусматривается, что на денежные средства и иные ценности юридических и физических лиц, находящиеся на хранении в кредитной организации, арест может быть наложен не иначе как судом и арбитражным судом, судьей, а также по постанов-

лению органов предварительного следствия при наличии санкции прокурора.

В соответствии с процессуальным законодательством правом наложения ареста на денежные средства ответчика в качестве меры обеспечения иска и исполнения решения наделены суды и арбитражные суды (ст. ст. 134, 370, 390, 391 ГПК РСФСР, ст. ст. 76, 207 АПК РФ). Следственные органы могут налагать арест на денежные средства на счетах и вкладах в случаях и порядке, установленных ст. 175 УПК РФ.

При наложении ареста на денежные средства, находящиеся на счетах и во вкладах, кредитная организация незамедлительно по получении решения о наложении ареста прекращает расходные операции по данному счету (вкладу) в пределах средств, на которые наложен арест.

Приостановление операций по счетам юридических лиц в банках и кредитных учреждениях может быть произведено по решению налоговых органов (пп. «в» ст. 14 Закона «Об основах налоговой системы в РФ») в случаях непредставления в налоговый орган документов, связанных с исчислением или уплатой налогов.

Банк не несет ответственности за ущерб, причиненный в результате наложения ареста или обращения взыскания на денежные средства или иные ценности их клиентов, если иное не установлено законом.

Расторжение договора банковского счета. Клиент вправе в любое время в одностороннем порядке расторгнуть договор банковского счета. Заявление клиента о расторжении договора является основанием для закрытия счета клиента.

Банк может требовать расторжения договора в следующих предусмотренных законом случаях:

когда сумма денежных средств, хранящихся на счете клиента, окажется ниже минимального размера, предусмотренного банковскими правилами или договором, если такая сумма не будет восстановлена в течение месяца со дня предупреждения банка об этом;

при отсутствии операций по этому счету в течение года, если иное не предусмотрено договором.

По указанным выше основаниям договор банковского счета расторгается судом по заявлению банка.

Возможность расторжения договора банковского счета не

связана с наличием учитываемых банком требований, предъявленных к счету (картотека № 2) и не оплаченных в связи с отсутствием на нем средств. При закрытии счета документы должны быть переданы по месту нахождения нового счета, указанного клиентом. Если такие данные клиентом не представлены, документы подлежат возврату взыскателям с указанием о закрытии счета. На практике возникают многочисленные проблемы, связанные с порядком работы банков с предъявленными к счету требованиями (в особенности с инкассовыми поручениями налоговых органов), что определяет необходимость детального и четкого урегулирования этих вопросов в банковских правилах.

Остаток денежных средств выдается клиенту либо по его указанию перечисляется на другой счет не позднее семи дней после получения соответствующего письменного заявления клиента (п. 3 ст. 859 ГК РФ).

Распространение на отношения по возврату средств со счетов ст. 208 ГК РФ, исключающей применение исковой давности на требования вкладчиков к банку о выдаче вкладов, представляется юридически некорректным.

Таким образом, по нашему мнению, на требования клиентов к банку о выдаче остатков средств с закрытого счета распространяется общий срок исковой давности.

Представляется весьма спорной возможность начисления на эти средства процентов на основании ст. 395 ГК РФ за весь период с момента закрытия счета, поскольку банк не имеет возможности выдать средства в результате уклонения самого клиента от выдачи банку соответствующих распоряжений. Такие проценты, по нашему мнению, могут начисляться только с момента получения заявления клиента с распоряжением о порядке выдачи (выплаты) суммы.

Можно предложить и иной вариант. В случаях, предусмотренных ст. 327 ГК РФ, банк вправе внести средства, не истребованные от него клиентом при закрытии счета, в депозит нотариуса. Такой вариант представляется более предпочтительным, поскольку вносит определенность во взаимоотношения сторон. Вместе с тем определенная специфика таких отношений вызывает необходимость детального установления порядка осуществления подобных операций в соответствующих подзаконных актах.

Отдельные виды банковских счетов. Договор банковского счета является родовым понятием, охватывающим несколько различных видов договоров, заключаемых банками с клиентами для производства расчетных операций. Отдельные виды договоров банковского счета отличаются в основном в зависимости от того, кому и для производства каких операций открывается счет.

Расчетный счет. Договоры расчетного счета заключаются с юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями. Расчетные счета используются юридическими лицами и предпринимателями для зачисления выручки от реализации продукции (работ и услуг), учета своих доходов от внебюджетных операций и иных операций, осуществления расчетов со своими контрагентами, бюджетами по налогам и приравненным к ним платежам, с рабочими и служащими по заработной плате и другим выплатам, включаемым в фонд потребления, с банками по полученным кредитам и процентов по ним, а также для платежей по решениям судов и других органов, имеющих право принимать решения о взыскании средств со счетов в бесспорном порядке.

Текущий счет. Текущие счета открываются, как правило, для обеспечения деятельности филиалов и представительств юридических лиц.

Режим текущего счета филиала определяется при его открытии юридическим лицом, исходя из выполняемых филиалом задач.

Текущий счет представительства также открывается по ходатайству юридического лица, которое и определяет его режим. С текущего счета представительства осуществляются расходы и выплаты, связанные с выполнением функций представительства и обязательствами перед бюджетами и внебюджетными фондами, а также расходы по содержанию аппарата представительства, включая выдачу средств на заработную плату и другие выплаты, включаемые в фонд потребления.

Таким образом, при открытии счетов филиалам и представительствам стороной в договоре банковского счета выступает юридическое лицо, которое предоставляет права распоряжения текущим счетом конкретным должностным лицам филиалов и представительств. Круг выполняемых по таким счетам операций, как правило, ограничен.

Бюджетный счет открывается предприятиям, учреждениям и организациям, финансируемым за счет бюджетов всех уровней для учета расходования бюджетных средств. Средства с таких счетов расходуются строго по целевому назначению.

Корреспондентский счет. Корреспондентские счета и корреспондентские субсчета открываются банками друг у друга для производства расчетов по поручению банка-корреспондента. В соглашениях о корреспондентских отношениях определяются: круг коммерческих организаций, которым зачисляются и которые будут зачислять платежи на корреспондентский счет; круг операций, совершаемых по корреспондентскому счету; условия платежей (вид акцепта); контрольные функции банков; порядок обмена информацией по совершаемым операциям и другие вопросы.

Порядок отражения в бухгалтерском учете операций по корреспондентским отношениям коммерческих банков друг с другом урегулирован письмом Банка России от 4 октября 1995 г. № 18-2-1-21520 «О корреспондентских счетах № 167 и № 168»¹.

В банковской практике различаются корреспондентские счета ЛОРО и НОСТРО. Счет ЛОРО (их счет у меня) предназначен для учета банком операций, осуществляемых им по поручению своего корреспондента. Счет НОСТРО (наш счет у него) предназначен для учета операций, осуществляемых банком-корреспондентом по поручению банка.

Условия расчетов с корреспондентских счетов, открываемых коммерческими банками в Центральном банке, определяются специальными банковскими правилами, в частности Положением о порядке проведения операций по оплате расчетных документов с корреспондентских счетов коммерческих банков (письмо ЦБ РФ от 18 февраля 1994 г. № 13-1/204). По корреспондентским счетам банков в ЦБ РФ не допускается образование дебетового сальдо, все операции производятся только при наличии средств на счете.

Ответственность банков по договору банковского счета. Нарушение банком обязанностей, вытекающих для него из

¹ Нормативные акты по банковской деятельности. 1996. № 1(19). С. 88.

договора банковского счета, выражается в нарушении правил осуществления операций по счету, установленных законодательством, банковскими правилами и договором.

Ответственность банка в форме неустойки за нарушения, допущенные при проведении операций по расчетным, текущим, бюджетным и иным счетам организаций и предприятий устанавливалась Положением о штрафах за нарушение правил совершения расчетных операций, утвержденным постановлением Совета Министров СССР от 16 сентября 1983 г. № 911, в котором предусматривалось, что за несвоевременное (позднее следующего дня после получения соответствующего документа) или неправильное списание средств со счета владельца, а также за несвоевременное или неправильное зачисление банком сумм, причитающихся владельцу счета, банк уплачивает в пользу владельца штраф в размере 0,5 % несвоевременно зачисленной (списанной) суммы за каждый день задержки.

Поскольку законодательством не было установлено иного, данная неустойка признавалась зачетной, убытки подлежали взысканию в сумме, не покрытой неустойкой. Данная мера ответственности носила характер законной неустойки, и в силу требований ст. 332 ГК РФ кредитор имел право требовать уплаты штрафа независимо от того, была ли предусмотрена обязанность ее уплаты соглашением сторон. Соглашением сторон не мог быть уменьшен размер штрафа либо исключено его применение.

Закон «О банках и банковской деятельности» (вступил в силу со дня официального опубликования — 10 февраля 1996 г.) установил (ст. 31), что в случае несвоевременного или неправильного зачисления на счет или списания со счета клиента денежных средств кредитная организация, Банк России выплачивают проценты на сумму этих средств по ставке рефинансирования Банка России.

Законом предусматривается ответственность за те же виды нарушений, за которые ранее устанавливался штраф. Закон также не допускает возможности изменения размера ответственности в договоре.

В тексте закона данная мера ответственности не определяется как неустойка (штраф), однако по своей природе она является именно неустойкой. В соответствии с п. 1 ст. 330 ГК РФ неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная

законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

Поскольку в законе отсутствуют указания о соотношении установленной в нем неустойки с убытками, она должна рассматриваться как зачетная неустойка.

С введением в действие Закона «О банках и банковской деятельности», определяющего иной размер неустойки в отношениях, ранее регулируемых Положением о штрафах, следует признать, что данное Положение в части установления ответственности за нарушение правил расчетных операций (п. 7) фактически утратило силу.

В связи с тем, что отношения по договору банковского счета являются длящимися и бессрочными и нарушения, за которые предусматривается штрафная ответственность, также носят длящийся характер, на практике возникают вопросы, связанные с применением указанных норм.

Если просрочка зачисления средств имела место до вступления в силу Закона «О банках и банковской деятельности» и продолжалась после введения его в силу, то до 10 февраля 1996 г. штраф начисляется в порядке и размере, установленных Положением о штрафах.

В соответствии с п. 2 ст. 4 ГК РФ по отношениям, возникшим до введения в действие акта гражданского законодательства, он применяется к правам и обязанностям, возникшим после введения его в действие. Пункт 2 ст. 422 ГК РФ определяет, что если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров. Указанные нормы дают некоторые основания для вывода о том, что ответственность по Положению о штрафах должна применяться и в тех случаях, когда просрочка продолжается после введения в силу Закона «О банках и банковской деятельности».

Однако такой подход не учитывает, что просрочка зачисления или списания средств является длящимся нарушением, т. е. факт нарушения имеет место каждый день, в отличие от

ситуации, когда, например, лицу причинен физический вред. В последнем случае нарушение носит единичный характер, а в дальнейшем можно говорить лишь о последствиях нарушения. При просрочке исполнения нарушение (просрочка оплаты, незачисление средств и т. д.) допускается каждый день в течение периода просрочки. Поэтому неосновательна ссылка на п. 2 ст. 4 ГК РФ в подтверждение невозможности применения положений Закона РФ «О банках и банковской деятельности» с момента введения его в действие в случае просрочки, продолжающейся после 10 февраля 1996 г.

Представляется неосновательной также и ссылка на п. 2 ст. 422 ГК РФ, поскольку в данном случае речь идет не об изменении прав и обязанностей сторон по договору, а об установлении иного размера законной неустойки за неисполнение этих обязанностей. Правомерность такого подхода подтверждается также и тем, что он совпадает с подходом, закрепленным в Законе «О введении в действие части второй Гражданского кодекса РФ», который в отношении норм об ответственности за нарушение договорных обязательств сделал специальную оговорку, определив, что указанные нормы части второй Кодекса применяются, если нарушения были допущены после введения в действие части второй Кодекса, за исключением случаев, когда в договорах, заключенных до введения его в действие, предусматривалась иная ответственность за такие нарушения.

Таким образом, можно сделать вывод, что при просрочке зачисления или списания средств по банковскому счету, продолжающейся после вступления в силу Закона РФ «О банках и банковской деятельности», ответственность после 10 февраля 1996 г. должна применяться на основании ст. 31 указанного закона.

Гражданским кодексом РФ, введенным в действие с 1 марта 1996 г., установлено, что в случаях несвоевременного зачисления на счет поступивших клиенту денежных средств либо их неосновательного списания банком со счета, а также невыполнения указаний клиента о перечислении денежных средств со счета либо об их выдаче со счета банк обязан уплатить на эту сумму проценты в порядке и размере, предусмотренных ст. 395 ГК РФ (ст. 856 ГК РФ).

В данном случае характер установленной Кодексом ответственности позволяет оставить в стороне вопрос о том, какова

природа ответственности, предусмотренной ст. 395 ГК РФ, — является ли она неустойкой, специальным способом возмещения убытков, либо особой компенсационной мерой ответственности, не сводимой ни к неустойке, ни к убыткам.

Отсылка к ст. 395 ГК РФ может рассматриваться исключительно как указание о порядке определения размера ответственности и ее соотношения с убытками, но не о распространении на отношения банка и клиента по банковскому счету названной статьи. Такой вывод вытекает и из лексического толкования положений ст. 856 ГК РФ, которая определяет, что проценты уплачиваются «в порядке и размере», предусмотренных в ст. 395 ГК РФ. Если бы речь шла о распространении данной нормы в целом, отсылка носила бы иной характер (проценты начисляются «на основании» или «в соответствии» со ст. 395 ГК РФ).

Таким образом, ответственность, предусмотренную ст. 856 ГК, следует рассматривать как неустойку.

Вопрос о соотношении норм Кодекса и Закона РФ «О банках и банковской деятельности», устанавливающих правила о применяемой к банкам штрафной ответственности, является достаточно сложным.

Характер нарушений, за которые предусматривается ответственность, частично не совпадает.

Так, и Закон, и Кодекс предусматривают ответственность за неправильное списание средств со счета (понятия «неправильное списание» и «необоснованное списание» следует признать равнозначными) и несвоевременное зачисление средств на счет.

Закон предусматривает ответственность также за неправильное зачисление средств. Кодекс не устанавливает ответственности в форме неустойки за такое нарушение.

Просрочка списания средств со счета имеет место тогда, когда банк не производит по счету клиента по его поручению дебетовых проводок (операций по списанию средств). Поэтому если банк произвел проводку по счету, но фактически не выдал средства клиенту или не перечислил по его указанию, нет оснований для применения к банку ответственности за просрочку списания средств, предусмотренной Законом «О банках и банковской деятельности». В соответствии с Законом возможно применение ответственности к банку, который по

поручению клиента средства выдал или перечислил, но не отразил эту операцию на счете.

Кодекс при определении состава нарушения исходит не из формального момента, связанного с учетом проведенной операции, а с реальным исполнением поручения клиента, определяя, что банк несет ответственность за невыполнение указаний клиента о перечислении денежных средств со счета либо об их выдаче со счета. Таким образом, при применении ответственности по ст. 857 ГК РФ наличие и правильность дебетовой проводки по счету самостоятельного значения не имеют. Невыдача или неперечисление средств могут быть следствием уклонения банка от списания средств со счета, но могут иметь место и при внесении банком в счет записей, не отражающих фактически произведенных операций.

Таким образом, налицо частичное несовпадение составов нарушений, за которые Кодексом и Законом «О банках и банковской деятельности» предусматривается ответственность в форме неустойки (штрафа).

В соответствии со ст. 4 Закона РФ «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» впредь до приведения законов и иных нормативных актов, действующих на территории Российской Федерации, в соответствии с частью второй Кодекса законы и иные правовые акты Российской Федерации применяются постольку, поскольку они не противоречат части второй Кодекса.

Включение в Кодекс норм о штрафной ответственности банков можно рассматривать как фактическую отмену иных положений об ответственности банков по договору банковского счета, включенных ранее в Закон РФ «О банках и банковской деятельности». Возможен и иной подход, в соответствии с которым Закон может применяться в случаях, когда банк допускает нарушения, за которые Кодекс ответственности не предусматривает (например, при неправильном зачислении средств на счет). Поскольку Кодекс не содержит каких-либо ограничений на установления в иных актах законодательства мер ответственности по договору банковского счета за иные, не предусмотренные Кодексом нарушения, вторая точка зрения представляется более правильной.

Таким образом, при задержке банком зачисления средств на счет, которая началась до 10 февраля 1996 г., до этой даты

штрафная ответственность к банку применяется на основании Положения о штрафах, после этой даты — на основании ст. 31 Закона «О банках и банковской деятельности», а после 1 марта 1996 г. — на основании ст. 856 ГК РФ.

При задержке банком списания средств со счета, и как следствие, неисполнении поручений клиента о выдаче или перечислении средств ответственность применяется в том же порядке.

В части размера ответственности и Закон, и Кодекс исходят из начисления процентов по ставке рефинансирования (ставке ЦБ РФ). Однако в отличие от Закона, Кодекс, дав общую отсылку к нормам ст. 395 ГК РФ, тем самым допускает возможность установления иного размера ответственности в договоре банковского счета.

Такая возможность вызывает вполне естественное желание исключить либо уменьшить размер штрафа в договоре. Судебная практика по вопросу об оценке условий договора банковского счета, заключенных после 1 марта 1996 г., об уменьшении размера неустоек за предусмотренные Кодексом нарушения, пока не определилась. Однако следует учитывать, что в данном случае, поскольку речь идет о законной неустойке, в силу требований п. 2 ст. 332 ГК РФ размер такой неустойки может быть соглашением сторон лишь увеличен, но не уменьшен.

Особенности ответственности банков за нарушения порядка выполнения поручений клиентов при различных формах расчетов урегулированы нормами ГК, определяющими порядок безналичных расчетов (гл. 46). Так, в соответствии со ст. 866 ГК РФ в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения поручения клиента по платежному поручению банк несет ответственность на общих основаниях и в размерах, предусмотренных гл. 25 ГК РФ. Если неисполнение или ненадлежащее исполнение поручения имело место в связи с нарушением правил совершения расчетных операций банком, привлеченным для исполнения поручения плательщика, ответственность за ненадлежащее исполнение поручения может быть возложена судом на этот банк.

Если нарушение правил совершения расчетных операций банком повлекло неправомерное удержание денежных средств, банк обязан уплатить проценты в порядке и размере, предусмотренных ст. 395 ГК РФ.

За неисполнение или ненадлежащее исполнение инкассового поручения клиента о получении платежа и/или акцепта ответственность перед ним несет банк-эмитент (как правило, этим банком является банк, обслуживающий клиента — получателя средств) на основаниях и в размере, установленных гражданским законодательством. Если неисполнение или ненадлежащее исполнение поручения клиента имело место в связи с нарушением правил совершения расчетных операций исполняющим банком, ответственность перед клиентом может быть возложена на этот банк.

Глава 5. Правовое регулирование расчетов в Гражданском кодексе РФ 1996 года

§ 1. Расчеты платежными поручениями

Расчеты платежными поручениями (банковский перевод) — наиболее часто применяемая в имущественном обороте форма расчетов. В некоторых правоотношениях использование такой формы расчетов носит приоритетный характер. К примеру, в отношениях по поставкам товаров покупатель оплачивает поставляемые товары с соблюдением порядка и формы расчетов, предусмотренных договором поставки. Если же соглашением сторон порядок и форма расчетов не определены, то расчеты осуществляются платежными поручениями (см. ст. 516 ГК РФ).

Использование указанной формы расчетов означает, что банк берет на себя обязанность по поручению плательщика за счет средств, находящихся на его счете, перевести определенную денежную сумму на счет указанного плательщиком лица в этом или ином банке в срок, предусмотренный законом или устанавливаемый в соответствии с ним, если более короткий срок не предусмотрен договором банковского счета либо не определяется применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота (п. 1 ст. 863 ГК РФ).

По сравнению с ранее действовавшими правилами, регулировавшими расчеты платежными поручениями, уже в содержащемся в Кодексе определении операции, производимой на основе платежного поручения, обнаруживается новый подход к регламентации формы расчетов.

Во-первых, как следует из определения понятия расчетов платежными поручениями, использование банковского перевода возможно не только при межбанковских расчетах, но и в системе одного банка.

Во-вторых, не исключается возможность осуществления перевода денежных средств на счет самого плательщика, открытый как в банке, начавшем перевод, так и в ином банке по его платежному поручению.

И наконец, в-третьих, принципиальное значение приобретает срок исполнения обязательств банка по переводу денежных средств на основании платежного поручения плательщика, исчисляемый с момента получения банком такого платежного поручения и до зачисления соответствующей денежной суммы на счет получателя средств. Ранее банковскими правилами устанавливался лишь срок для списания денежных средств со счета плательщика по его поручению. Однако было очевидно, что такое регулирование не отвечало интересам самого плательщика, который считался исполнившим свое денежное обязательство перед контрагентом по договору с момента поступления денежных средств на счет взыскателя в обслуживающем его банке (см. ст. 316 ГК РФ).

Срок, в течение которого денежные средства плательщика на основании его платежного поручения должны поступить на счет их получателя, должен определяться законом либо устанавливаться в соответствии с ним. В настоящее время согласно Федеральному закону «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»¹ в действующей редакции (ст. 80) сроки осуществления безналичных расчетов определяются Банком России. Однако общий срок безналичных расчетов не должен превышать двух операционных дней в пределах территории одного субъекта Российской Федерации и пяти операционных дней в пределах Российской Федерации.

Заслуживает внимания и положение о том, что в соответствии с договором банковского счета либо применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота может быть определен более короткий срок для перевода денежных

¹ Ведомости РФ. 1990. № 27. Ст. 356; 1992. № 34. Ст. 1966; Собрание законодательства РФ. 1995. № 18. Ст. 1593.

средств на основании платежного поручения плательщика. Возможность установления в названном порядке более длительного срока, нежели предусмотренного законодательством и изданными в соответствии с ним банковскими правилами, исключается. Данное положение служит препятствием для давления на владельца счета со стороны банка, являющегося более сильной стороной в обязательствах, связанных с договором банковского счета.

Правила, регулирующие расчеты платежными поручениями, применяются не только к отношениям между банком и владельцем счета в банке. Поручение о переводе денежных средств может быть принято банком и от лица, с которым отсутствуют договорные отношения банковского счета. Однако и в этом случае исполнение такого платежного поручения должно подчиняться правилам, предусмотренным § 2 главы 46 ГК, если иное не предусмотрено законом или банковскими правилами или не будет противоречить существу этих отношений (п. 2 ст. 863).

Необходимым условием принятия банком платежного поручения о переводе денежных средств к исполнению является его соответствие требованиям, предъявляемым к содержанию и форме платежного поручения. Такие требования устанавливаются законом или изданными в соответствии с ним банковскими правилами. Согласно Федеральному закону «О Центральном банке (Банке России)» (ст. 80), правила, формы и стандарты осуществления безналичных расчетов устанавливаются Банком России. Таким образом, в настоящее время предъявляемые в банк платежные поручения должны соответствовать Положению о безналичных расчетах в Российской Федерации, утвержденному Центральным банком Российской Федерации 9 июля 1992 г. с учетом изменений, внесенных письмом Банка России от 19 мая 1993 г. № 37 «О внесении изменений в Положение о безналичных расчетах в Российской Федерации».

Платежные поручения представляются в банк на бланке установленной формы и должны содержать: наименование расчетного документа; номер платежного поручения, число, месяц, год его выписки; номер банка плательщика, его наименование (или фирменное обозначение); наименование плательщика, номер его расчетного счета в банке; наименование

получателя средств, номер его счета в банке; наименование банка получателя и его номер; назначение платежа; сумма платежа, обозначенная цифрами и прописью; на первом экземпляре платежного поручения должны быть проставлены подписи представителей организации-плательщика и оттиск печати.

Платежные поручения принимаются банком к исполнению при наличии подписей, учиненных должностными лицами организаций, имеющими право подписи для совершения расчетно-денежных операций по счетам в банке. Что касается платежных поручений, выписанных индивидуальным предпринимателем, то они должны иметь одну подпись, указанную в карточке с образцом подписи, без оттиска печати.

Поручения принимаются от плательщика к исполнению только при наличии средств на его счете, если иное специально не оговорено между банком и владельцем счета.

При равномерных и постоянных взаимоотношениях между контрагентами по договору расчеты между ними могут осуществляться в порядке плановых платежей с использованием в расчетах платежных поручений.

Необходимо обратить внимание на положение Кодекса (п. 2 ст. 864), предоставляющее банку возможность уточнить содержание платежного поручения в случаях, когда оно не отвечает требованиям, предъявляемым к его содержанию и форме, путем направления плательщику запроса незамедлительно по получении от него платежного поручения. Предполагается, что срок для ответа плательщика на такой запрос банка будет установлен законом или банковскими правилами, а до этого момента следует исходить из того, что ответ должен быть дан плательщиком в разумный срок, продолжительность которого должна определяться, исходя из места расположения владельца счета, наличия коммуникационных связей и других конкретных обстоятельств.

В случае неполучения банком ответа на свой запрос в течение установленного или разумного срока банк получает право оставить платежное поручение без исполнения и вернуть его плательщику. Правда, иное может быть предусмотрено законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и договором между банком и плательщиком.

Важно обратить внимание на то, что платежные поручения, полученные банком, должны исполняться в порядке очередности, установленной ст. 855 ГК (п. 3 ст. 864). В связи с этим необходимо подчеркнуть, что платежные поручения на перевод денежных средств контрагенту по договору относятся к платежным документам, которые при недостаточности денежных средств на счете плательщика для удовлетворения всех предъявленных к нему требования исполняются банком в шестую очередь, после списания средств в счет удовлетворения требования по исполнительным листам судов и платежных документов предыдущих очередей.

Исполнение платежного поручения плательщика состоит в том, что принявший его банк обязан перечислить указанную в поручении сумму банку, в котором открыт счет получателя (также указанный в платежном поручении), для зачисления на счет получателя средств в установленный срок (ст. 865 ГК).

Именно таким образом осуществляется исполнение платежного поручения плательщика в ситуации, когда банки, обслуживающие плательщика и получателя средств, связаны корреспондентскими отношениями. В остальных случаях получивший платежное поручение плательщика банк вправе привлечь другие банки для выполнения операций по перечислению денежных средств на счет, указанный в платежном поручении клиента. Из этого следует, что банк плательщика может по своему усмотрению выбрать оптимальную структуру расчетов.

Кодекс впервые установил обязанность банка незамедлительно информировать плательщика по его требованию об исполнении платежного поручения (п. 3 ст. 865 ГК). Порядок оформления и содержание извещения банка об исполнении платежного поручения плательщика должны быть определены законом или изданными в соответствии с ним банковскими правилами. Однако уже сейчас стороны не лишены возможности решать этот вопрос в соответствующем договоре банковского счета. Неисполнение банком обязанности информировать плательщика об исполнении его поручения считается нарушением договорных обязательств и влечет применение к нему мер гражданско-правовой ответственности.

Особого внимания заслуживают предусмотренные Кодексом нормы об ответственности за неисполнение или ненадле-

жащее исполнение платежного поручения. Не секрет, что серьезный разговор об ответственности банков за нарушения правил совершения расчетных операций можно вести лишь в том случае, если признать, что за указанные нарушения банки должны нести ответственность в форме полного возмещения убытков, включая как прямые расходы плательщиков-клиентов, вызванные этим нарушением, так и их упущенную выгоду. Именно об этом говорит Кодекс, устанавливая норму, согласно которой в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения поручения клиента банк несет ответственность по основаниям и в размерах, которые предусмотрены гл. 25 ГК (п. 1 ст. 866). Это означает, что в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения платежного поручения клиента банк, выступающий в роли должника по обязательству, возникшему из этого поручения, обязан возместить клиенту (кредитору) причиненные этим убытки, определяемые в соответствии с правилами, предусмотренными ст. 15 Кодекса (ст. 393 ГК РФ).

Следует отметить, что и раньше, до введения в действие части второй ГК РФ, арбитражно-судебная практика исходила из того, что в случае, когда клиент дал поручение банку о перечислении средств на счет другой организации, но последней эти средства своевременно не поступили, клиент вправе требовать от этого банка возмещения убытков, понесенных им из-за несвоевременного поступления средств на счет другой организации. Проблема же заключается в другом: во многих случаях задержки расчетов виновной стороной оказывался не банк, непосредственно обслуживающий клиента, давшего платежное поручение, а другие банки, привлеченные для исполнения этого поручения (к примеру, расчетно-кассовые центры Банка России). В то же время плательщик был лишен возможности предъявить требование о возмещении убытков к банку, виновному в задержке расчетов, поскольку не имел с ним договорных отношений банковского счета.

При разрешении соответствующих споров арбитражные суды принимали во внимание, что банки, привлекаемые к исполнению платежного поручения, как правило, состояли с банком, обслуживающим клиента, в договорных отношениях корреспондентского счета. В соответствии со ст. 62 Основ 1991 г., а затем и ст. 313 ГК РФ 1994 г. исполнение обязательства, возникшего из договора, могло быть возложено в целом

или в части на третье лицо (в нашем случае — банк, привлеченный к исполнению поручения). Однако ответственность за нарушение обязательства третьим лицом в этом случае возлагается на должника в обязательстве (т. е. на банк, обслуживающий плательщика), если законом не установлено, что ответственность несет являющееся непосредственным исполнителем третье лицо (см. ст. 403 ГК РФ).

Следовательно, если плательщик (клиент банка) доказывал в арбитражном суде, что он понес убытки из-за задержки зачисления денежных средств на указанный им в платежном поручении счет получателя денежных средств, убытки взыскивались с обслуживающего его банка — контрагента по договору банковского счета, независимо от того, что этот коммерческий банк не допускал задержки расчетов. Правда, другой банк, допустивший нарушение, мог быть привлечен по ходатайству истца или ответчика к участию в деле в качестве третьего лица на стороне ответчика. В этом случае банк, обслуживающий клиента, был вправе заявить к виновному банку регрессный иск, который мог быть удовлетворен арбитражным судом в том же заседании суда.

Арбитражно-судебная практика выявила неэффективность такой структуры ответственности, которая усложняла процедуру доведения ответственности до виновного лица и не учитывала рост убытков, причиняемых участникам соответствующей операции по переводу денежных средств, в связи с дополнительными судебными расходами, а также инфляционными процессами.

Теперь же в случаях, когда неисполнение или ненадлежащее исполнение платежного поручения имело место в связи с нарушением правил совершения расчетных операций банком, привлеченным для исполнения поручения плательщика, ответственность может быть возложена судом непосредственно на виновный банк (п. 2 ст. 866 ГК РФ). Данная норма может быть расценена как предусмотренное законом положение, допускающее, что ответственность несет являющееся непосредственным исполнителем обязательства третье лицо. И в этом смысле указанная норма полностью корреспондирует норме, содержащейся в ст. 403 ГК.

На практике анализируемая норма должна реализовываться следующим образом: все банки, привлеченные к исполнению

операции по переводу денежных средств на основе платежного поручения плательщика, должны участвовать в деле в качестве соответчиков наряду с банком, принявшим к исполнению это платежное поручение. Ответственность же возлагается на тот банк, который фактически допустил нарушение правил совершения расчетных операций.

Необходимо отметить еще одно новое правило, введенное Кодексом, которое также регулирует вопросы ответственности банков за неисполнение или ненадлежащее исполнение платежного поручения. Суть этого положения состоит в том, что если нарушение правил совершения расчетных операций банком повлекло неправомерное удержание денежных средств, банк обязан уплатить проценты в порядке и в размере, предусмотренных ст. 395 ГК. В качестве нарушений правил совершения расчетных операций, которые влекут обязанность банка уплатить проценты, можно рассматривать случаи несвоевременного зачисления средств, поступивших в банк, на счет клиента; списание средств со счета клиента и перечисление их на счет получателя средств; необоснованное списание средств со счета клиента и т. п.

§ 2. Расчеты по аккредитиву

Одной из форм расчетов, широко используемой в имущественном обороте, являются расчет по аккредитиву. В этом случае банк, действующий по поручению плательщика об открытии аккредитива и в соответствии с его указанием (банк-эмитент), обязуется произвести платежи получателю средств или оплатить, акцептовать или учесть переводной вексель либо дать полномочия другому банку (исполняющему банку) произвести платежи получателю средств или оплатить, акцептовать или учесть переводной вексель. Если банк-эмитент, не передавая полномочия иному банку, сам производит платежи либо оплачивает, акцептирует или учитывает переводной вексель, к нему будут применяться предусмотренные Кодексом правила в отношении не только банка-эмитента, но исполняющего банка (п. 1 ст. 867 ГК РФ).

Внимательный анализ текста норм, содержащихся в § 3 главы 46 ГК, свидетельствует о некоторых различиях как в определении самого понятия «расчеты по аккредитиву», так и отдельных видов аккредитива по сравнению с соответствующими

щими нормами, имеющимися в Положении о безналичных расчетах, утвержденном Центральным банком Российской Федерации 9 июля 1992 г. Дело в том, что при подготовке Кодекса в первую очередь учитывались положения, содержащиеся в Унифицированных правилах и обычаях для документарных аккредитивов (в редакции 1994 года), разработанных под эгидой Международной торговой палаты. Указанные Унифицированные правила представляют собой свод систематизированных правил делового оборота и банковской практики, относящихся к аккредитивным сделкам.

Основные отличия аккредитивной формы расчетов от расчетов платежными поручениями состоят в том, что: во-первых, при использовании аккредитивной формы расчетов суть поручения плательщика (аккредитиводателя) заключается не в переводе денежных средств на счет получателя, а в открытии аккредитива, т. е. в выделении, «бронировании», денежных средств, за счет которых будут вестись расчеты с аккредитива получателем; во-вторых, получение денежных средств при открытии аккредитива обусловлено для их получателя (бенефициара) необходимостью соблюдения условий аккредитива, которые определяются его договором с плательщиком, а также дублируются в поручении аккредитиводателя банку на открытие аккредитива. На исполняющий банк возлагается обязанность проверить соблюдение бенефициаром всех условий аккредитива. Правда, такая проверка должна осуществляться банком лишь по внешним признакам представляемых бенефициаром документов.

В Кодексе предусмотрена возможность использования нескольких видов аккредитива, применяемых в банковской практике: покрытого (депонированного) и непокрытого (гарантированного) аккредитивов; отзывного и безотзывного аккредитивов; подтвержденного аккредитива.

Открытие покрытого (депонированного) аккредитива означает, что банк-эмитент должен перечислить сумму аккредитива (покрытие) за счет плательщика либо предоставленного ему кредита в распоряжение исполняющего банка на весь срок действия аккредитива. В этом случае все расчеты с бенефициаром осуществляются исполняющим банком именно за счет средств, перечисленных ему банком-эмитентом.

Открытие непокрытого (гарантированного) аккредитива означает, что банк-эмитент не перечисляет сумму аккредитива

исполняющему банку, однако последний получает право списывать денежные средства, предоставляемые бенефициару в порядке исполнения аккредитива с ведущегося у него счета банка-эмитента. Очевидно, что непокрытый (гарантированный) аккредитив может использоваться в случаях, когда банк-эмитент и исполняющий банк имеют корреспондентские отношения.

Открытие **отзывного аккредитива** сохраняет за банком-эмитентом право изменить или отменить аккредитив без предварительного уведомления бенефициара. Принимая во внимание, что вид аккредитива (в том числе и отзывный аккредитив) определяется в договоре, по которому осуществляются расчеты, отзыв аккредитива не создает каких-либо обязательств банка-эмитента перед получателем средств по этому договору (бенефициаром). Вместе с тем вплоть до момента получения от банка-эмитента уведомления об изменении или отмене аккредитива исполняющий банк обязан осуществлять платежи или иные операции по отзывному аккредитиву. Следует также подчеркнуть, что всякий аккредитив предполагается отзывным, если только в его тексте не будет прямо указано на то, что открывается безотзывный аккредитив (ст. 868 ГК).

Если же открывается **безотзывный аккредитив**, о чем, как отмечалось, должно быть прямо указано в тексте аккредитива, такой аккредитив не может быть отменен без согласия получателя средств.

Подтвержденный аккредитив представляет собой безотзывный аккредитив, который по просьбе банка-эмитента подтвержден исполняющим банком. Факт подтверждения аккредитива исполняющим банком удостоверяет возникновение дополнительного (по отношению к обязательству банка-эмитента) обязательства исполняющего банка произвести платежи бенефициару в соответствии с условиями аккредитива. Очевидно, что подтвержденный аккредитив не может быть изменен или отменен не только без согласия получателя средств, но и без согласия исполняющего банка (ст. 869 ГК). Использование в расчетах подтвержденного аккредитива, когда его исполнение гарантируется как банком-эмитентом, так и исполняющим банком, в наибольшей степени отвечает интересам получателя денежных средств (бенефициара).

В настоящее время при использовании аккредитивной формы расчетов должны соблюдаться правила, предусмотрен-

ные Положением о безналичных расчетах. В частности, для открытия аккредитива плательщик должен представить обслуживающему банку (банку-эмитенту) заявление на бланке установленной формы, в котором должны быть указаны следующие обязательные сведения: номер договора, по которому открывается аккредитив; срок действия аккредитива (число и месяц закрытия аккредитива); наименование получателя средств; наименование исполняющего банка; место исполнения аккредитива; полное и точное наименование документов, против которых производятся выплаты по аккредитиву, срок их представления и порядок оформления; вид аккредитива; для отгрузки каких товаров (оказания услуг) открывается аккредитив, срок отгрузки (оказание услуг); сумма аккредитива; способ реализации аккредитива.

Исполнение аккредитива осуществляется исполняющим банком в случае, если получателем средств представлены документы, подтверждающие выполнение им всех условий аккредитива. Нарушение хотя бы одного из условий аккредитива должно служить для исполняющего банка основанием к отказу в исполнении аккредитива (ст. 870).

Положением о безналичных расчетах (п. 5.10) предусмотрено, что для получения средств по аккредитиву бенефициар, отгрузив товары, выполнив работу, оказав соответствующие услуги, должен представить исполняющему банку реестр счетов, отгрузочные и другие предусмотренные условиями аккредитива документы до истечения срока аккредитива.

Что касается исполняющего банка, то он обязан проверить соблюдение бенефициаром всех условий аккредитива, а также правильность оформления реестра счетов, соответствие подписей и печати бенефициара заявленным образцам. При этом не должны приниматься к оплате реестры счетов без указания в них даты отгрузки, номеров товарно-транспортных документов, номеров почтовых квитанций при отправке товара через организации связи, номеров или дат приемо-сдаточных документов и вида транспорта, которым отправлен груз при приеме представителем покупателя на месте у продавца (поставщика).

Конечно же, исполняющий банк не может и не должен проверять фактическое исполнение договора, по которому производятся расчеты, оценивать правовое значение пред-

ставленных бенефициаром документов. Однако, действуя в пределах своих полномочий, исполняющий банк должен отказать бенефициару в приеме к оплате документов, если в них не содержатся необходимые сведения, которые определены в поручении на открытие аккредитива.

Все расходы исполняющего банка на осуществление платежей бенефициару или на осуществление иных операций в соответствии с условиями аккредитива подлежат возмещению банком-эмитентом, который, в свою очередь, вправе потребовать возмещения как указанных, так и иных расходов, связанных с исполнением аккредитива, за счет плательщика (п. 2 ст. 870 ГК).

Заслуживает внимания правило, обязывающее исполняющий банк в случае отказа в принятии документов, не соответствующих по внешним признакам условиям аккредитива, незамедлительно информировать об этом не только получателя средств (бенефициара), но и банк-эмитент (п. 1 ст. 871 ГК). Выполнение этой обязанности исполняющим банком позволит оперативно выяснить причины несоответствия документов бенефициара условиям аккредитива и принять меры к осуществлению расчетов, если все же будет установлено, что бенефициар, несмотря на некоторые ошибки в документах, исполнил свои договорные обязательства.

Усиление контроля за действиями исполняющего банка по выплате денежных сумм бенефициару в строгом соответствии с условиями аккредитива служит положению, наделяющее банк-эмитент правом отказаться от принятия от исполняющего банка документов, послуживших основанием к осуществлению расчетов с бенефициаром, если эти документы не соответствуют по внешним признакам условиям аккредитива. В подобной ситуации в зависимости от вида аккредитива (покрытый или непокрытый) банк-эмитент может, соответственно, потребовать от исполняющего банка сумму, уплаченную бенефициару с нарушением условий аккредитива, или отказаться от возмещения фактически выплаченных сумм (п. 2 ст. 871 ГК).

Кодекс включает в себя правила, регулирующие принципы ответственности банка за нарушение условий аккредитива (ст. 872 ГК). Тем самым устранен один из существенных пробелов в правовом регулировании расчетных отношений. Дело в

том, что в Положении о безналичных расчетах имелась единственная норма, которая как-то касалась вопросов ответственности за неисполнение условий аккредитива. Согласно этой норме, «все претензии к поставщику, кроме возникших по вине банка, рассматриваются сторонами без участия банка» (см. п. 5.14 Положения). Данная норма ориентирована, по сути, на освобождение исполняющего банка от ответственности.

Между тем арбитражно-судебная практика выработала свой подход к решению вопросов ответственности банков. При необоснованном получении денежных сумм по аккредитиву ответственность, как правило, возлагалась на лицо, получившее денежные средства по документам, не соответствующим условиям аккредитива. Однако в тех случаях, когда взыскание необоснованно полученных денежных средств с указанного лица по каким-либо причинам оказывалось невозможным, ответственность за нарушение условий аккредитива возлагалась на исполняющий банк.

Теперь Кодексом установлена определенная схема ответственности банков за нарушение условий аккредитива. Предусмотрено общее правило, в соответствии с которым ответственность перед плательщиком несет банк-эмитент, а исполняющий банк отвечает перед банком-эмитентом. Из этого общего правила имеются два исключения, когда допускается непосредственная ответственность исполняющего банка как перед плательщиком, так и перед получателем средств.

Во-первых, на исполняющий банк может быть возложена ответственность перед получателем средств в случае необоснованного отказа в выплате денежных средств по покрытому или подтвержденному аккредитиву.

Во-вторых, на исполняющий банк может быть возложена ответственность перед плательщиком в случае неправильной выплаты денежных средств по покрытому или подтвержденному аккредитиву вследствие нарушения условий аккредитива.

Нетрудно заметить, что в обоих названных случаях речь идет только либо о покрытом, либо о подтвержденном аккредитивах. В подобных ситуациях возложение ответственности именно на исполняющий банк не является императивным. Например, бенефициар, исполнивший обязательства по договору с плательщиком, но получивший отказ исполняющего банка в выдаче соответствующей денежной суммы по аккре-

дательству, волен предъявить иск контрагенту по договору (плательщику) в связи с неисполнением последним обязательств по оплате товаров, работ или услуг. В этом случае плательщик предъявит свои требования банку-эмитенту, который, в свою очередь, привлечет к ответственности исполняющий банк.

Закрытие аккредитива производится исполняющим банком по основаниям, исчерпывающий перечень которых предусмотрен Кодексом (ст. 873 ГК). К их числу относятся: истечение срока аккредитива; заявление получателя средств об отказе от использования аккредитива, если такая возможность предусмотрена условиями аккредитива; полный или частичный отзыв плательщиком отзывного аккредитива. В любом случае о закрытии аккредитива исполняющий банк должен поставить в известность банк-эмитент.

В отличие от ранее действовавших банковских правил, Кодекс установил обязанность исполняющего банка незамедлительно, одновременно с закрытием покрытого аккредитива возвратить неиспользованную сумму банку-эмитенту, который должен зачислить возвращенную сумму на счет плательщика.

§ 3. Расчеты по инкассо

В отличие от расчетов платежными поручениями и расчетов по аккредитиву, представляющих собой операции по выплате денежных средств получателю по поручению плательщика, при **расчетах по инкассо** банк-эмитент обязуется по поручению клиента осуществить за счет клиента действия по получению от плательщика платежа и (или) акцепта платежа (ст. 874 ГК). Для выполнения поручения клиента банк-эмитент вправе привлечь иной банк (исполняющий банк).

Законодательное регулирование расчетов по инкассо необходимо, прежде всего, для обеспечения нормального чекового и вексельного оборота. Кроме того, в современной банковской практике нередко применяются такие формы расчетов по инкассо, как платежные требования, оплачиваемые в порядке предварительного акцепта, платежные требования-поручения, требования на безакцептное списание, инкассовые поручения. Кодекс не регламентирует специфические вопросы, связанные с использованием различных форм расчетов по инкассо, ограничиваясь лишь установлением общих принципиальных положений и оставляя детальное регулирование порядка осуще-

ствления расчетов по инкассо закону, а также установленным в соответствии с ним банковским правилам и применяемым в банковской практике обычаям делового оборота.

Банк-эмитент несет ответственность перед клиентом за исполнение его поручения. Речь идет об ответственности по основаниям и в размере, предусмотренных в гл. 25 ГК, т. е. об ответственности, которая наступает в общем порядке. Что касается исполняющего банка, то на него может быть возложена ответственность перед клиентом только в том случае, если неисполнение или ненадлежащее исполнение поручения клиента имело место в связи с нарушением правил совершения расчетных операций именно со стороны исполняющего банка (п. 3 ст. 874 ГК).

Исполнение инкассового поручения состоит в том, что исполняющий банк должен представить плательщику документы взыскателя в той форме, в которой они были получены, за исключением отметок и надписей банков, необходимых для оформления инкассовой операции (ст. 875 ГК).

Документы, выставляемые взыскателем на инкассо, должны соответствовать требованиям, предусмотренным банковскими правилами. К примеру, если расчеты осуществляются платежными требованиями-поручениями, такие требования-поручения выписываются поставщиками на бланке установленной формы, вместе с документами направляются в трех экземплярах в банк покупателя, который передает требование-поручение плательщику, а отгрузочные документы оставляет в картотеке к счету плательщика (см. п. 6.2 Положения о безналичных расчетах).

В обязанность исполняющего банка вменяется немедленное извещение лица, от которого получено инкассовое поручение, об отсутствии какого-либо документа или несоответствии представленных документов по внешним признакам инкассовому поручению. Если указанные недостатки не будут устранены взыскателем, исполняющий банк получает право возвратить представленные документы без исполнения (п. 1 ст. 875 ГК).

Документы, подлежащие оплате по предъявлении, должны быть представлены исполняющим банком к платежу немедленно по получении инкассового поручения. Если же документы подлежат оплате в иной срок, исполняющий банк должен представить документы к акцепту немедленно для полу-

чения акцепта плательщика, а требование платежа должно быть сделано не позднее дня наступления указанного в документе срока платежа.

Важное значение имеет закрепление в Кодексе обязанности исполняющего банка немедленно передать полученные (инкассированные) суммы в распоряжение банка-эмитента, который, в свою очередь, должен обеспечить зачисление этих сумм на счет клиента.

На исполняющий банк возложена также обязанность немедленного извещения банка-эмитента о причинах неплатежа или отказа от акцепта. Эта информация должна быть немедленно доведена банком-эмитентом до сведения клиента. Клиенту предоставляется возможность самостоятельно определить свои дальнейшие действия в связи с неполучением платежа, например, отозвать документы и предъявить требование о взыскании денежных средств к плательщику в ином порядке; выставить требование к счету для оплаты в соответствии с установленными правилами и т. п. Вместе с тем неполучение указаний о дальнейших действиях в срок, установленный банковскими правилами, а при его отсутствии — в разумный срок, дает исполняющему банку право возвратить документы банку-эмитенту.

§ 4. Расчеты чеками

Особенности правового регулирования расчетов чеками предопределены тем обстоятельством, что чек по своей природе является ценной бумагой, т. е. документом, удостоверяющим с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление или передача которых возможны только при его предъявлении (см. ст. 142 ГК).

До введения в действие Кодекса отношения, связанные с расчетами чеками, регулировались Положением о чеках, утвержденным постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 13 февраля 1992 г.¹ и изданными в соответствии с ним правилами Центрального банка Российской Федерации.

Однако законодательство, регулировавшее расчеты чеками, имело существенные пробелы, в том числе в части эмис-

¹ Ведомости РФ. 1992. № 24. Ст. 1283.

сии чеков, ответственности лиц, участвующих в расчетах чеками и т. п. Данное обстоятельство в немалой степени способствовало негативным последствиям использования чеков в имущественном обороте, имевшим место в последние годы. Кроме того, некоторые новые нормы, содержащиеся в Кодексе, вызваны к жизни необходимостью учета положений, закрепленных в Женевской конвенции, устанавливающей Единый закон о чеках 1931 года.

В соответствии с Кодексом чеком признается ценная бумага, содержащая ничем не обусловленное распоряжение чекодателя банку произвести платеж указанной в нем суммы чекодержателю (ст. 877 ГК).

Отличительной чертой отношений по расчетам чеками является их особый субъектный состав. В качестве основных участников данных отношений выступают чекодатель, чекодержатель и плательщик. Чекодателем считается лицо, выписавшее чек; чекодержателем — лицо, являющееся владельцем выписанного чека; плательщиком — банк, производящий платеж по предъявленному чеку. В отношениях по расчетам чеками могут также участвовать индоссант — чекодержатель, передающий чек другому лицу посредством передаточной надписи (индоссамент), и авалист — лицо, давшее поручительство за оплату чека, оформляемое гарантийной надписью на нем (аваль).

Кодекс наделяет способностью быть плательщиком по чеку исключительно банки или иные кредитные организации, имеющие лицензию на занятие банковской деятельностью. В отношении конкретного чека плательщиком может быть указан только банк, где имеются средства чекодателя, которыми он вправе распоряжаться путем выставления чеков.

Для правильного определения природы чека важное значение имеет положение о том, что выдача чека не погашает денежного обязательства, во исполнение которого он выдан. Дело в том, что чек лишь заменяет, но не устраняет прежнее долговое обязательство чекодателя, которое остается в силе вплоть до момента оплаты чека плательщиком. Только с этого момента чекодержатель теряет право требования к чекодателю.

Необходимо обратить внимание на положение, согласно которому отзыв чека до истечения срока для его предъявления не допускается (п. 3 ст. 877 ГК).

Кодекс не устанавливает сроков для предъявления чеков к

оплате. Однако учитывая, что порядок и условия использования чеков в платежном обороте регулируются помимо ГК также иными законами и устанавливаемыми в соответствии с ними банковскими правилами, можно отметить, что на территории Российской Федерации чек подлежит оплате в течение 120 дней, если он выписан на территории России; 20 дней, если чек выписан на территории государств — членов СНГ; либо 70 дней, если чек выписан на территории любого другого государства (см. ст. 22 Положения о чеках).

Для чека, как для всякой ценной бумаги, принципиальное значение имеют соблюдение его формы и правильность заполнения всех его реквизитов. Чек в обязательном порядке должен включать в себя следующие сведения: наименование «чек» в тексте документа; поручение плательщику выплатить определенную сумму; наименование плательщика и указание счета, с которого должен быть произведен платеж; указание валюты платежа; указание даты и места составления чека; подпись чекодателя. Требования к форме чека и порядку его заполнения определяются законом и установленными в соответствии с ним банковскими правилами (ст. 878 ГК).

Так, согласно Положению о чеках, заполнение чека допускается как от руки, так и с использованием технических средств. Использование факсимиле при подписании чеков не допускается. На чеке, выданном от имени юридического лица, должна быть также поставлена печать. Чек может быть выписан: определенному лицу с оговоркой «приказу» или без таковой (ордерный чек); определенному лицу с оговоркой «не приказу» (именной чек); предъявителю с записью «предъявителю» (предъявительский чек). Чек без указания наименования чекодержателя рассматривается как чек на предъявителя (см. ст. 4 и 7 Положения).

Кодекс включает в себя определенные правила, регулирующие порядок оплаты (ст. 879 ГК). Чек оплачивается за счет средств чекодателя плательщиком при условии предъявления его к оплате в установленный срок. Плательщик обязан удостовериться всеми доступными ему способами в подлинности чека, а также в том, что чек предъявлен к оплате уполномоченным по нему лицом. В случае предъявления к оплате индоссированного чека плательщик должен проверить правильность индоссаментов. Правильность подписей индосса-

ментов при этом плательщиком не проверяется. Лицо, оплатившее чек, имеет право потребовать передачу ему чека с распиской в получении платежа.

Следует обратить внимание на новое положение Кодекса, регулирующее ответственность чекодателя и плательщика в случае подложного, похищенного или утраченного чека. Возникшие вследствие этого убытки возлагаются на плательщика или чекодателя в зависимости от того, по чьей вине они были причинены (п. 4 ст. 879 ГК). Отступление от общих правил ответственности по обязательствам, связанным с предпринимательской деятельностью, когда ответственность наступает независимо от вины, преследовало цель побудить участников чекových правоотношений быть максимально заботливыми и осмотрительными.

Передача прав по чеку производится в общем порядке, предусмотренном для передачи прав по ценным бумагам. Для передачи другому лицу прав, удостоверенных ценной бумагой на предъявителя, как известно, достаточно вручения ценной бумаги этому лицу. Права по ордерной ценной бумаге передаются путем совершения на этой ценной бумаге надписи — индоссамента (см. ст. 146 ГК). Вместе с тем Кодексом предусмотрены некоторые особенности передачи прав по чеку. В частности, именной чек не может быть передан другому лицу. В переводном чеке индоссамент на плательщика имеет силу расписки за получение платежа (ст. 880 ГК).

Определенные особенности имеются и в правовом регулировании гарантии платежа по чеку — авалья (ст. 881 ГК). В качестве авалиста по чеку может выступать любое лицо, за исключением плательщика. Аваль по чеку проставляется на лицевой стороне чека или на дополнительном месте путем надписи «считать за аваль» и указания, кем и за кого он дан. Авалист, оплативший чек, получает права по этому чеку против того, за кого он дал гарантию.

Предъявление чека к платежу осуществляется чекодержателем путем представления чека в банк, обслуживающий чекодержателя, на инкассо (инкассирование чека). В этом случае оплата чека производится в общем порядке, предусмотренном для исполнения инкассового поручения. В случае отказа плательщика от оплаты чека, предъявленного к платежу, данное обстоятельство должно быть удостоверено одним из

способов, предусмотренных ГК (ст. 883), а именно: протестом нотариуса либо составлением равнозначного акта; отметкой плательщика на чеке об отказе в его оплате с указанием даты представления чека к оплате; отметкой инкассирующего банка с указанием даты, свидетельствующей о том, что чек своевременно выставлен и не оплачен. О неоплате чека чекодержатель должен известить своего индоссанта и чекодержателя в течение двух рабочих дней, следующих за днем совершения протеста или равнозначного ему акта.

Если плательщик откажет в оплате чека, чекодержатель имеет право регресса, т. е. он вправе потребовать платежа по чеку ко всем обязанным лицам: чекодателю, авалистам, индоссантам, которые несут перед чекодержателем солидарную ответственность (п. 1 ст. 885 ГК). Отметим, что плательщик не назван в качестве лица, обязанного по чеку перед чекодержателем. В случае неосновательного отказа от оплаты чека плательщик несет ответственность перед чекодателем, но не перед чекодержателем.

Кодексом установлен сокращенный срок исковой давности (шесть месяцев) для исков чекодержателя к обязанным по чеку лицам. Указанный срок исчисляется со дня окончания срока предъявления чека к платежу (п. 3 ст. 885 ГК).

Глава 6. Применение аккредитивной формы расчетов во внешнеэкономических контрактах

В практике международной торговли с учетом взаимных интересов участников внешнеэкономических сделок расчеты осуществляются в самых различных формах — в виде авансовых платежей, в порядке инкассо или акцепта векселя, чеками, с аккредитива и т. п.

Расчеты по аккредитиву являются одной из наиболее часто используемых во внешнеэкономических контрактах форм оплаты товара (работ, услуг). При расчетах по аккредитиву банк, действующий по поручению плательщика, об открытии аккредитива и в соответствии с его указанием (банк-эмитент), обязуется произвести платежи получателю средств или оплатить, акцептовать или учесть переводной вексель либо полномочие другому банку (исполняющему банку) произвести платежи получателю средств, или оплатить, акцептовать или

учесть переводной вексель (п. 1 ст. 867 ГК). Для расчетов по аккредитиву характерно, что снятие денег со счета плательщика предшествует отправке товаров в его адрес. Это отличает аккредитивную форму от других форм расчетов, в частности от расчетов по инкассо. Платежи производятся банком плательщика (получателя товара) в соответствии с его поручением и за счет его средств или полученного им кредита против названных в аккредитивном поручении документов и при соблюдении других условий поручения, которые банк доводит до сведения стороны, уполномоченной на получение платежа. При этом деньги, числящиеся на аккредитиве, продолжают принадлежать покупателю товаров и снимаются с аккредитива лишь после того, как продавец отправит указанные товары и представит в банк соответствующие документы.

Использование аккредитивной формы расчетов наиболее благоприятно для продавца товаров (получателя платежа). Расчеты по аккредитиву производятся по месту его нахождения, что приближает осуществление платежа по времени к моменту отгрузки товаров, способствуя ускорению оборачиваемости средств продавца. В свою очередь, несвоевременное открытие аккредитива плательщиком позволяет ему задержать поставку или даже отказаться от исполнения заключенного договора, ссылаясь на неплатежеспособность контрагента. Открытие же аккредитива придает ему уверенность в том, что поставленный товар будет оплачен¹.

В аккредитивной форме расчетов различаются две основные стадии. На первой из них продавец и покупатель товаров в договоре купли-продажи соглашаются о платеже и определяют форму расчетов за товары по аккредитиву. Вторая стадия связана с открытием аккредитива и выполнением банком денежного обязательства по поручению покупателя (приказодателя) оплатить продавцу (бенефициару) товар, который относится к категории «банковских сделок».

Указанные стадии связаны с выполнением обязательств, относящихся к различным видам гражданско-правовых сделок. При этом должны приниматься во внимание нормы внутреннего законодательства (нормы «применимого права»), ме-

¹ Предпринимательское право. Курс лекций. М. 1993. С. 446.

ждународные договоры, сложившиеся в международной торговле правила и обычаи делового оборота, которым подчинены отношения участников внешнеэкономической сделки.

Устанавливая в контракте обязанность покупателя уплатить цену за товар, стороны определяют условия о сумме, месте, валюте платежа, формах и порядке расчетов, последствиях неуплаты суммы платежа и т. д.

Особое значение при заключении внешнеэкономических контрактов имеет Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года (Венская конвенция), участницей которой (как правопреемник СССР) является Российская Федерация¹, содержащая общие условия и порядок осуществления платежей. В Конвенции предусмотрена обязанность покупателя уплатить цену за товар, установлены место и срок платежа, последствия неуплаты за товар, включая начисление процентов за просрочку платежа, возмещение убытков и т. д. Порядок платежей по внешнеэкономическим контрактам предусмотрен другими международными соглашениями, в частности Общими условиями поставок товаров между организациями стран — членов СЭВ (ОУП СЭВ 1968/1988 гг.)², Общими условиями поставок товаров из Союза ССР в Китайскую Народную Республику и из Китайской Народной Республики в Союз ССР³, Общими условиями поставок товаров между внешнеторговыми организациями Союза ССР и внешнеторговыми организациями Коре́йской Народно-Демократической Республики⁴. Следует иметь в виду, что в

¹ Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год). Документ А/СО № F.97/18. См.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. М. 1994.

² ОУП СЭВ 1968/1988 гг. в настоящее время остаются обязательными для применения к отношениям между организациями РФ, Вьетнама, Монголии и Кубы, а для организаций Болгарии, Польши, Румынии, Чехии и Словакии в соответствии с заявлениями представителей правительств этих государств на 134 заседании Исполкома СЭВ носят факультативный характер. См.: Общие условия поставок товаров между организациями стран — членов СЭВ 1968/1988 гг. (ОУП СЭВ 1968/1988 гг.). Исполнительный комитет. Приложение 10 к протоколу 129 заседания. М. 1988.

³ Сборник международных договоров и других документов, применяемых при заключении и исполнении внешнеэкономических контрактов. М. 1991.

⁴ Там же.

соответствии с действующим законодательством международные договоры (конвенции), в которых участвует Российская Федерация, рассматриваются как часть национальной правовой системы, имеющей приоритетное значение и обязательный характер. Это вытекает из п. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, закрепившей правило, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются частью ее правовой системы. Если международным договором установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Условия о платежах по внешнеторговым контрактам включены также и в принятый в 1994 году Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА) документ «Принципы международных коммерческих контрактов» («Principles of International Commercial Contracts»)¹, который также может быть использован при заключении контрактов.

В случае, если к отношениям сторон по внешнеэкономическому контракту подлежит применению право Российской Федерации, должны учитываться соответствующие положения Гражданского кодекса Российской Федерации, в частности содержащиеся в части первой положения об оплате исполнения договоров (ст. 424 ГК), об ответственности за неисполнение денежных обязательств (ст. 395 ГК), а также положения части второй, введенной в действие с 1 марта 1996 г., предусматривающие обязанность покупателя товара по договору купли-продажи принять товар и уплатить за него определенную денежную сумму (см. ст. ст. 454, 458, 486 — 489 ГК) и др.

Наряду с общими условиями о платежах в контрактах предусматривается обязанность покупателя открыть аккредитив в установленный срок и определяются основные условия аккредитива, представляющего собой в этом случае «механизм, который согласовывается сторонами для уплаты покупной цены»². В контракте содержатся основные условия, подлежащие включению в аккредитив: вид аккредитива, наименование

¹ Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА). Закон. 1995. № 12. С. 82.

² К. Шмиттгофф. Экспорт: право и практика международной торговли. М. 1993. С. 210.

банка-эмитента (авизирующего, исполняющего, подтверждающего банков), сумма аккредитива, способ реализации аккредитива, перечень документов, представляемых получателем платежа (бенефициаром), и их характеристики, сроки для представления документов, а также другие условия.

Особое значение в контракте имеет выполнение покупателем обязательства в определенный срок открыть аккредитив. Практика заключения внешнеторговых контрактов показывает, что стороны, договариваясь о сроке открытия аккредитива, обычно устанавливают его, начиная с даты заключения самого контракта (например, предусматривая обязанность открыть аккредитив в течение определенного срока после даты его подписания) либо, чаще всего, с даты извещения покупателя о готовности товаров к отгрузке. В контракты часто включаются условия, согласно которым покупатель обязан открыть аккредитив «не позднее 10 дней с даты извещения о готовности к отправке товара», «в течение 30 дней с даты получения известия, подтверждающего готовность продукции к отгрузке» либо «сразу же после подписания контракта, но не позднее, чем за 45 дней до отгрузки» и т. д.

Невыполнение покупателем обязательства открыть аккредитив в указанные сроки может повлечь за собой правовые последствия в виде изменения условий поставки, прекращения контракта, взыскания с покупателя убытков и т. д. В контрактах это находит отражение в условиях, предусматривающих право продавца «изменить срок поставки товаров», «отказаться от отгрузки товара», «прекратить контракт в одностороннем порядке», возложить на покупателя «расходы, возникшие в связи с отсрочкой поставки либо прекращением контракта». Нередко устанавливаются также штрафные санкции за просрочку открытия аккредитива. Например, в одном внешнеторговом контракте было предусмотрено, что покупатель «обязан заплатить продавцу неустойку в размере 20 % от стоимости каждой партии товаров, в отношении которой своевременно не был открыт аккредитив» и т. д. В этой связи следует иметь в виду, что согласно ОУП СЭВ 1968/1988 гг. (предусматривающих, как общее правило, осуществление расчетов по поставкам товаров в форме инкассо, а «в особых случаях поставки» — также включение в контракт условий о расчетах за поставляемые товары с аккредитива), если аккредитив не будет открыт покупателем в установ-

ленный контрактом срок, он обязан уплатить продавцу за каждый день опоздания против сроков, установленных в контракте, по день открытия аккредитива штраф в размере 0,05 %, но не более 5 % от суммы аккредитива. Продавцу предоставлено также право отказаться от контракта, если покупатель не откроет аккредитива не только в установленный, но и в дополнительный срок. Предоставляя покупателю дополнительный срок для открытия аккредитива, продавец при этом не утрачивает права и на начисление вышеуказанного штрафа.

В отдельных случаях отказ покупателя открыть аккредитив в пользу продавца рассматривается сторонами как обстоятельство, с которым связывается существование самого контракта. Например, в контракты иногда включается условие о вступлении в силу «только после получения безотзывного аккредитива, открытого в пользу продавца». В правовой литературе обязанность покупателя открыть аккредитив в подобных случаях была охарактеризована как «существенное условие, предшествующее заключению договора», исходя при этом из того, что «если аккредитив не открыт, то стороны не связаны договором»¹.

Отказ покупателя открыть аккредитив в установленный срок, как представляется, позволяет рассматривать предусмотренную контрактом отгрузку товаров как встречное исполнение, т. е. исполнение обязательства одной из сторон, которое в соответствии с договором обусловлено исполнением своих обязательств другой стороной. Так, в соответствии со ст. 54 Венской конвенции в обязанность покупателя входит «принятие таких мер и соблюдение таких формальностей, которые могут требоваться согласно договору, чтобы сделать возможным осуществление платежа». К числу таких мер относится открытие аккредитива в соответствии с условиями контракта. В этой связи следует отметить, что согласно ст. 328 Гражданского кодекса Российской Федерации, в случае непредставления обязанной стороной обусловленного договором исполнения обязательства сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков. В свою очередь, если

¹ К. Шмиттгофф. Указ. соч. С. 210.

встречное исполнение обязательства произведено, несмотря на непредставление другой стороной обусловленного договором исполнения своего обязательства, эта сторона обязана представить такое исполнение. Таким образом, продавец, отгрузивший товар, несмотря на то, что аккредитив не был открыт в его пользу, в результате чего не был произведен платеж, вправе потребовать от покупателя его оплаты.

Подобные споры нередко возникают в арбитражной практике. Так, арбитражный суд удовлетворил требования истца, являющегося продавцом товаров, о взыскании с покупателя суммы их стоимости. Согласно контракту, покупатель должен был открыть в пользу истца безотзывный аккредитив, но так этого и не сделал. Поскольку товары были отгружены, но не оплачены покупателем, требования истца были признаны обоснованными¹.

Порядок расчетов по аккредитиву в законодательстве Российской Федерации в настоящее время определяется Гражданским кодексом Российской Федерации (глава 46 § 3 «Расчеты по аккредитиву»). В сфере внешней торговли расчеты по аккредитивам осуществляются также в соответствии с Инструкцией Внешторгбанка СССР № 1 от 25 декабря 1985 г. о порядке совершения банковских операций по международным расчетам².

В международной торговле выработаны и широко используются Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (редакция 1993 года), публикация Международной торговой палаты (МТП) № 500, которые явились результатом многолетних усилий по систематизации международной торговой и банковской практики³. Указанные правила представляют собой частную (неофициальную) кодификацию и в определенной мере унификацию сложившихся на практике обычаев делового оборота.

¹ Здесь и далее использованы материалы арбитражной практики Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ.

² Инструкция о порядке совершения банковских операций по международным расчетам. М. СПАРК. 1993.

³ Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов. Сер.: Издания Международной Торговой Палаты. На русском и английском языке. М. Консалтбанкир. 1994.

Впервые одобренные в 1933 году на Венском конгрессе МТП, до принятия последней редакции, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (в дальнейшем — Унифицированные правила) неоднократно пересматривались МТП (в 1951 г., 1962 г., 1974 г., 1983 г.). С 1 января 1994 г. они действуют в редакции 1993 года.

Следует отметить, что публикации Международной торговой палаты (МТП) широко используются в международной банковской и торговой практике. Они сыграли существенную роль в унификации правил и обычаев, касающихся расчетов по аккредитиву, инкассо, обеспечении денежных обязательств банковской гарантией.

Важным представляется в этой связи положение ст. 5 Гражданского кодекса Российской Федерации, в которой обычай делового оборота рассматривается в качестве источника правового регулирования и характеризуется как «сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе». По отношению к законодательству обычаи делового оборота носят факультативный характер. Так, п. 3 ст. 867 ГК РФ предусматривает, что порядок осуществления расчетов по аккредитиву регулируется законом, а также установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота. Согласно ч. 2 ст. 5 ГК «обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются».

Использование обычаев международной торговли как источника регулирования договорных отношений купли-продажи вытекает из вышеупомянутой Конвенции ООН о международной купле-продаже 1980 г. (ст. ст. 8, 9). Учет торговых обычаев при разрешении внешнеторговых споров предусматривается и в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. (ст. VII), в которой участвует Российская Федерация, а также воспринявшем это положение Законе РФ от 7 июля 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже», согласно которому «во всех случаях третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с уче-

том торговых обычаев, применимых к данной сделке» (п. 3. ст. 28)¹.

Вопрос о правовой природе публикаций МТП неоднократно поднимался в нашей правовой литературе². Неоднозначно он решается в законодательстве отдельных стран. Так, в английском праве публикации МТП не имеют силы норм права или статуса торгового обычая и применяются лишь в том случае, если стороны включили их в свой договор³.

Особое значение в этой связи имеет вопрос об обязательности применения Унифицированных правил в редакции 1993 года российскими банками и их клиентами. В ст. 1 Унифицированных правил указывается, что они применяются ко всем документарным аккредитивам в той мере, в которой эти правила могут быть к ним применены. Они являются обязательными для всех заинтересованных сторон при отсутствии прямо выраженного соглашения об ином. Аналогичное положение содержалось в предыдущей редакции Правил 1983 г. С учетом этого Внешторгбанк СССР в соответствии с решением Совета банка присоединился к редакции Унифицированных правил 1983 года. В банковской практике ссылка на Унифицированные правила (в действующей редакции) признана обязательной для банковских учреждений и для их российских клиентов, применяющих аккредитивную форму расчетов. Поэтому, как представляется, в текст аккредитива должна включаться соответствующая оговорка. В этой связи следует иметь в виду, что значительное число положений Унифицированных правил носят диспозитивный характер. Это означает, что стороны, включив в контракт и впоследствии в аккредитив соответствующие положения, могут избежать применения содержащихся в этих правилах предписаний.

Унифицированные правила определяют виды аккредитивов, способ и порядок их исполнения и передачи, обязательств-

¹ См.: Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 32. Ст. 1240.

² О правовой природе обычаев и обыкновений см.: Л. А. Лунц. Международное частное право. Особенная часть. М. 1975. С. 342; И. С. Зыкин. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М. 1983; его же: Внешне-экономические операции: право и практика. М. 1994. С. 233.

³ К. Шмиттгофф. Указ. соч. С. 201.

ва и ответственность банков, условия, которым должны отвечать представленные по аккредитиву документы, дают толкование различных терминов, решают иные вопросы, возникающие в практике аккредитивных расчетов. По сравнению с предыдущими редакциями в Унифицированные правила (редакция 1993 года) внесено много новшеств. В частности, установлен принцип безотзывности документарного аккредитива; уточнены основные принципы независимости аккредитива от контракта и строгого формализма; более четко разграничены функции банков (банка-эмитента, подтверждающего, исполняющего и авизирующего банков); определены критерии для проверки банками документов, включены статьи, относящиеся к специальным транспортным документам. В Унифицированных правилах впервые дается определение понятия неогциации как «предоставления стоимости тратты и/или документов банком, уполномоченным на неогциацию» (ст. 10ii) и т. д.

В статье 2 Унифицированных правил содержится определение аккредитива, под которым понимается «любое соглашение, как бы оно ни было названо или обозначено, в силу которого банк (банк-эмитент), действуя по просьбе и на основании инструкций клиента (приказодателя аккредитива) или от своего имени: 1) должен произвести платеж третьему лицу или его приказу (бенефициару) или должен оплатить или акцептовать переводные векселя (тратты), выставленные бенефициаром; 2) дает полномочия другому банку произвести такой платеж, оплатить и акцептовать переводные векселя (тратты); 3) дает полномочия другому банку произвести неогциацию против предусмотренных документов, если соблюдены все условия аккредитива».

Из указанного определения вытекает, что аккредитивное поручение обращено прежде всего к двум лицам: а) банку, которому поручается выставить аккредитив и совершить платеж на условиях, указанных в поручении; б) бенефициару (поставщику), который должен отправить товар и представить документы в банк до истечения срока действия аккредитива, иначе аккредитив будет возвращен в банк покупателя.

Основным должником перед бенефициаром по аккредитиву является банк-эмитент, т. е. банк, открывший аккредитив, который может сам произвести платеж либо предоставить полномочия другому банку (банку-посреднику) производить такие платежи, осуществлять другие действия, связанные с

выполнением аккредитива, при условии соблюдения получателем платежей его условий. В зависимости от выполняемых функций банки-посредники разделяются на «авизующий», «исполняющий», «подтверждающий».

Авизование представляет собой передачу аккредитива от банка-эмитента бенефициару через банк-посредник (авизующий банк), уполномоченный на это банком-эмитентом¹. В функции авизующего банка входит проверка «с разумной тщательностью по внешним признакам» и подтверждение подлинности (аутентичности) аккредитива, который он авизует. При этом он не принимает на себя никаких обязательств перед бенефициаром по платежам и лишь должен в случае неподтверждения аутентичности аккредитива сообщить об этом бенефициару.

Исполняющий банк — это банк, уполномоченный банком-эмитентом на исполнение аккредитива, т. е. на платеж, акцепт тратт и их оплату или на негоциацию. Он также не несет ответственности за платежи перед бенефициаром (если только он не подтвердил аккредитива), который вправе направить документы непосредственно банку-эмитенту и запросить у него платеж, даже если аккредитив подлежит исполнению другим банком. Унифицированные правила предусматривают, что «принятие и/или проверка и/или отправка им документов не делает этот банк обязанным платить, принять обязательство осуществить платеж с рассрочкой, акцептовать тратту или произвести негоциацию»(ст. 10с).

Обязательства подтверждающего банка рассматриваются в соответствии с Унифицированными правилами как его независимые обязательства перед бенефициаром. Этот банк подтверждает аккредитив на основании полномочия, выданного банком-эмитентом, и тем самым становится стороной в аккредитиве, без которой аккредитив не может быть изменен или аннулирован. Это, однако, не лишает его права на возмещение банком-эмитентом всех платежей, которые были произведены им по аккредитиву (ст. ст. 9d, 10d).

¹ Об этом см. подробнее: Н. Казакова. Новые Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов. Внешняя торговля. 1994. № 4. С. 17.

Важно отметить, что банки, прибегающие к услугам другого или других банков (в том числе зарубежных) для выполнения инструкций приказодателя (покупателя), делают это за счет и риск такого приказодателя. При этом приказодатель связан обязательствами и ответственностью, которые вытекают из иностранных законов и обычаев, и обязан возместить банкам расходы, связанные с их исполнением (ст. 18а, d).

Обязанность формулировать условия аккредитива (в соответствии с условиями, согласованными в контракте) лежит на приказодателе, который должен дать банку-эмитенту полные и точные инструкции относительно вида, суммы аккредитива, сроков для представления документов, способа и места исполнения аккредитива и др. В нем также должно содержаться указание на то, исполняется ли аккредитив путем платежа по предъявлению, платежа с рассрочкой, акцепта тратты или неогциации. В случае исполнения аккредитива путем акцепта тратты (переводного векселя) следует иметь в виду, что Российская Федерация (как правопреемник СССР) участвует в Женевских вексельных конвенциях 1930 года — Конвенции о единообразном законе о переводном и простом векселе; Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях; Конвенции о гербовом сборе в отношении переводных и простых векселей¹. Участники Конвенции о единообразном законе о переводном и простом векселе приняли на себя обязательства ввести в действие на территории их стран Единообразный закон о переводном и простом векселе, содержащийся (в качестве приложения) в указанной Конвенции. С учетом этого обязательства в СССР было издано и введено в действие постановлением ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 г. Положение о переводном и простом векселе (Положение 1937 года)², которое распространялось на вексельные обязательства по внешнеторговым операциям. Согласно письму Центрального банка Российской Федерации от 9 сентября 1991 г. № 14-3/30, оно применяется на территории Российской Федерации и в настоящее время. Впоследствии в целях введения векселя во внутренний

¹ СЗ СССР. Отдел второй. 1937. № 18. Ст. 188.

² СЗ СССР. 1937. № 52. Ст. 221.

оборот постановлением Президиума Верховного Совета РСФСР от 24 июня 1991 г. № 1451-1 было утверждено Положение о простом и переводном векселе¹, текстуально почти полностью совпадающее с Положением 1937 года.

В Унифицированных правилах содержатся рекомендации относительно содержания аккредитива. Каждый аккредитив должен ясно указывать, является ли он отзывным или безотзывным. При отсутствии такого указания Унифицированные правила исходят из того, что аккредитив признается безотзывным. Указанное положение имеет существенное значение, учитывая, что в ранее действующей редакции этих правил была установлена презумпция отзывности аккредитива.

Различие между этими двумя видами аккредитива заключается в том, что безотзывный аккредитив не может быть изменен или аннулирован без предварительного согласия бенефициара, в пользу которого он открыт, в то время как в отзывный аккредитив эти изменения вносятся без предварительного уведомления бенефициара. Согласно ст. 9d (iii) Унифицированных правил, считается, что бенефициар дал согласие на авизованные ему изменения условий аккредитива, если он сообщил об этом авизирующему банку или представил документы, соответствующие измененным условиям аккредитива, и «именно с этого момента аккредитив признается измененным». В случае же внесения изменений в отзывный аккредитив плательщик может давать соответствующие распоряжения только через банк-эмитент, который извещает банк получателя (исполняющий банк), и только последний ставит в известность самого получателя.

В международной банковской практике, кроме вышеназванных, используются самые разнообразные виды аккредитивов — переводные (трансферабельные), резервные, возобновляемые (револьверные), «досрочно открываемые», аккредитивы с «красной оговоркой», компенсационные аккредитивы и аккредитивы преимущественного действия и т. д.

Унифицированные правила предусматривают использование резервных и переводных (трансферабельных) аккредитивов

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 31. Ст. 1024.

вов. В настоящее время в них отсутствует специальное регулирование использования резервного аккредитива и, как вытекает из ст. 2, на этот вид аккредитива распространяется общее определение, относящееся к любому документарному аккредитиву, т. е. аккредитива, по которому выплачиваются платежи против представления документов.

Вместе с тем отличие обычного документарного от резервного аккредитива состоит в следующем. Обычный аккредитив обязывает бенефициара представить наряду с другими транспортные либо иные документы, которые могут служить доказательством выполнения обязательства. Резервный аккредитив направлен на защиту интересов получателя платежа в случае неисполнения обязательств продавца, связанных с отгрузкой товаров, и в соответствии с ним подлежащие представлению документы необязательно должны подтверждать выполнение этих обязательств. В этом случае достаточно представления документа любого вида, например заявления бенефициара о том, что другая сторона не исполняет своих обязательств. По своему действию резервный аккредитив приближается к банковской гарантии по требованию. В этой связи следует отметить, что в настоящее время в рамках Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) проводится работа над проектом Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. В соответствии с ним в понятие гарантийного письма входят как гарантия по требованию, так и резервный аккредитив, выданные банком или другим учреждением или лицом (гарантом или эмитентом) и предусматривающие платеж по простому требованию или по представлении других документов, в которых содержится указание о том, что платеж причитается по причине неисполнения обязательства.

Использование переводного (трансферабельного) аккредитива означает передачу бенефициаром прав и некоторых обязанностей, возникающих из аккредитива, другому лицу (обычно своему поставщику) таким образом, что это лицо становится стороной по аккредитиву. В ст. 48 Унифицированных правил переводной аккредитив характеризуется как «аккредитив, по которому бенефициар (первый бенефициар) может просить банк, уполномоченный произвести платеж, о том, чтобы аккредитивом мог пользоваться полностью или частично один или несколько бенефициаров (вторых бенефициаров)». Переводной

аккредитив имеет то преимущество, что по нему можно погасить несколько обязательств. Однако передача прав и обязанностей по такому аккредитиву требует согласия покупателя, открывшего аккредитив, а также банка-эмитента, берущего на себя обязательство осуществить платеж.

Обязательство банка-эмитента перед бенефициаром по осуществлению платежа обусловлено представлением бенефициаром (поставщиком) указанных в аккредитиве документов, подтверждающих отгрузку, и соблюдением условий для их представления. Особое значение придается оформлению указанных документов и соблюдению сроков, установленных для их предъявления.

Особенностью аккредитива является его строго формальный характер. Это означает, что все заинтересованные стороны, участвующие в операциях по аккредитиву, имеют дело с документами, а не с товарами, услугами и/или иными видами исполнения обязательств, к которым могут относиться документы. Это хорошо видно из следующего примера из практики. В соответствии с заключенным между сторонами контрактом платежи за отгруженный товар должны были производиться с безотзывного аккредитива против представления копии товаросопроводительного документа (транспортной накладной) и копии счета. Поставщик отгрузил товар, однако оплата с аккредитива не была произведена, поскольку в подтверждение отгрузки он не представил в банк соответствующим образом оформленную транспортную накладную. Покупатель признал факт отгрузки, однако свою задолженность по оплате товаров признал лишь частично, сославшись на то, что товары не соответствовали по качеству требованиям контракта. В связи с возникшим спором дело рассматривалось в арбитражном суде, который не посчитал возможным принять во внимание возражения ответчика (покупателя), учитывая, что счет истца (поставщика) не был оплачен из-за ненадлежащего оформления документа, а не из-за того, что был отгружен товар ненадлежащего качества. Проверка качества товара и представление соответствующего сертификата не были предусмотрены ни в контракте, ни в аккредитиве как условие для осуществления платежа.

В Унифицированных правилах предусмотрено представление бенефициаром в соответствии с аккредитивом банку-

эмитенту (другому уполномоченному банку) транспортных, страховых документов, коммерческих счетов. В них также дается описание специальных видов транспортных и других документов и основные требования, которым должны удовлетворять содержащиеся в таких документах сведения. Отсутствие в аккредитиве какого-либо из этих требований не делает этот аккредитив ничтожным, хотя может замедлить расчеты по нему. Так, согласно ст. 20 указанных правил, для характеристики лица, выдавшего какой-либо документ, который должен быть представлен по аккредитиву, не должны употребляться такие термины, как «первоклассный», «хорошо известный», «квалифицированный», «независимый» и т. п. Если такие термины включены в аккредитив, банки будут принимать соответствующий документ таким, каким он представлен, при условии, что он по внешним признакам соответствует другим условиям аккредитива и не был выставлен бенефициаром. Подобное правило установлено также ст. 21, согласно которой в случае, если бенефициаром подлежат представлению иные документы, чем транспортные, коммерческие и страховые, аккредитив должен предусматривать наименование лица, выдавшего документ, а также указания о его содержании. Если же в аккредитиве этого не указано, то банки принимают эти документы в том виде, в каком они представлены, если только их содержание не противоречит какому-либо другому из представленных документов, предусмотренных аккредитивом, и т. д.

Документы, не предусмотренные в аккредитиве, не подлежат проверке банками. Если банки получают такие документы, они должны вернуть их тому, кто их представил, или передать их дальше без ответственности со своей стороны (ст. 13а).

Документы должны проверяться банками с «разумной тщательностью» для того, чтобы удостовериться, соответствуют ли они по внешним признакам условиям аккредитива или нет, согласно «критериям (стандартам), принятым международной банковской практикой».

Для проверки документов и принятия решения об их принятии банком, в который они поступили (банком-эмитентом, подтверждающим и исполняющим банком), определен «разумный срок, не превышающий семи банковских дней, следующих за днем получения документов». Следует отметить, что Унифицированные правила конкретизировали этот срок

по сравнению с ранее действующей редакцией, которая определяла его как «разумный срок для проверки документов и принятия решения».

Банки принимают документы при условии, что они представлены бенефициаром: а) в пределах сроков действия аккредитива; б) не позднее чем в установленный в аккредитиве срок после отгрузки товара. При нарушении этих сроков выплаты по аккредитиву не производятся.

Условие о сроках действия аккредитива находит отражение путем указания в нем даты истечения срока, предусмотренной для платежа. В ст. 42а она также толкуется как «дата истечения срока для представления документов». Документы должны представляться в банк в день истечения срока или до этого срока. Если дата истечения срока аккредитива приходится на день, когда банк, которому должны быть представлены документы, закрыт, то датой истечения срока будет считаться первый следующий день, когда такой банк будет открыт.

В аккредитиве должен предусматриваться период времени после даты отгрузки, в течение которого должны быть представлены документы в соответствии с условиями аккредитива. Учитывая, что это условие не всегда включается в аккредитив, Унифицированные правила в редакции 1993 года предусмотрели положение, согласно которому, если такой период в аккредитиве не предусмотрен, банки не будут принимать документы, представленные им позже чем через 21 день после даты отгрузки, но не позднее истечения срока аккредитива.

Иногда на практике возникают сложности в связи с определением условий использования аккредитива при отгрузках товаров частями (использования аккредитива частями). В этом вопросе банки придерживаются правила, в соответствии с которым если в установленные сроки какая-либо часть товара не отгружена и/или аккредитив частично не использован, аккредитив становится недействительным как для этой части, так и для последующих частей, если только аккредитивом не предусмотрено иное (ст. 41 Унифицированных правил).

Представляет интерес в этой связи следующий пример из практики. Поставщик отгрузил покупателю в соответствии с контрактом товар двумя партиями 11 сентября 1994 г. и 20 сентября 1994 г. Расчеты между сторонами должны были производиться по аккредитиву, который был открыт покупателем

в пользу поставщика в банке в соответствии с условиями аккредитива на срок с 31 июля по 21 октября 1994 г. Документы должны были представляться поставщиком в этот банк (через банк-посредник) в течение 21 дня с даты отгрузки каждой партии товара. Поставщик представил документы по первой партии лишь 11 октября, т. е. позже чем через 21 день после отгрузки товаров. Поскольку срок представления документов по первой партии был пропущен, банк отказал получателю платежа (поставщику) в принятии документов и по второй партии.

Важное практическое значение имеет вопрос о соотношении внешнеэкономического контракта и аккредитива, открытого покупателем на его основе. В Унифицированных правилах установлен принцип «абстрактности» аккредитива, в соответствии с которым аккредитив по своей природе представляет собой сделку, обособленную от договора купли-продажи или иного договора, на котором он может быть основан, и «банки ни в коей мере не связаны и не должны заниматься такими договорами, даже если какая-либо ссылка на такой договор включена в аккредитив».

На основании этого принципа в Унифицированных правилах определены взаимоотношения заинтересованных сторон в связи с выполнением аккредитива. Так, обязательство банка платить, акцептовать и оплачивать тратту или осуществить неограниченную и/или выполнить любое другое обязательство по аккредитиву не подчинено требованиям или возражениям приказодателя (покупателя), основанным на его отношениях с банком-эмитентом или бенефициаром (получателем платежа). В свою очередь, на бенефициара «ни в коем случае не распространяются договорные отношения, существующие между банками или между приказодателем и банком-эмитентом» (ст. 3).

Из этого следует, что достигнутая между сторонами контракта договоренность о продлении срока аккредитива, в частности в связи с несвоевременной высылкой поставщиком документов об отгрузке товаров, автоматически не влечет за собой обязанность банка осуществить платеж в согласованные таким образом сроки. Для осуществления платежа в этом случае соответствующие изменения должны быть внесены приказодателем в условия аккредитива. Напротив, внесенные прика-

зодателем (покупателем) по просьбе бенефициара (продавца) изменения условий аккредитива нельзя считать изменением срока поставки по заключенному между ними контракту. В правовой литературе приводился пример, когда покупатель отправил продавцу телекс с просьбой поставить товар позднее, чем предусмотрено контрактом, а продавец ответным телексом попросил внести изменения в аккредитив, что покупатель и выполнил. После поставки товара продавец потребовал, чтобы покупатель возместил ему дополнительные расходы, вызванные задержкой поставки¹.

Вместе с тем аккредитив открывается банком на основании инструкций приказодателя, которые составляют в соответствии с условиями контракта, и сам аккредитив, являясь при этом лишь способом осуществления платежа, должен соответствовать контракту. Из этого исходит арбитражная практика. Так, согласно контракту товар должен был оплачиваться с аккредитива, открытого в банке в стране покупателя с авизованием его продавцу через один из московских коммерческих банков. Условия аккредитива оговаривались сторонами в приложении к контракту, названному «Проформа-аккредитив». В контракт также было включено положение о том, что аккредитив не должен содержать условий, не предусмотренных контрактом, и датой открытия аккредитива считается дата приведения его условий в полное соответствие с требованиями контракта. На основании извещения продавца о готовности товара к отгрузке банком по поручению покупателя был открыт аккредитив. Впоследствии в него дважды вносились изменения, однако несоответствия аккредитива условиям контракта не были устранены. Вследствие этого представленные продавцом счета не были оплачены.

Требования продавца, связанные с неоплатой поставленного товара, явились предметом одного из споров, разрешенных в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ. Ответчик (покупатель) указанные требования не признал, и в своих возражениях на иск сослался на то, что контракт являлся недействительным, поскольку он был подписан ли-

¹ М.Г. Розенберг. Международная купля-продажа товаров. М. 1995. С. 132.

цом, не имеющим полномочий на совершение сделок; основанием для признания контракта заключенным, по мнению ответчика, не мог служить и факт открытия покупателем аккредитива в соответствии с контрактом, поскольку аккредитив является самостоятельной сделкой, обособленной от договора купли-продажи.

Арбитражный суд не считал возможным принять во внимание эти возражения ответчика. В мотивировочной части решения он указал на следующее. Во исполнение условий контракта ответчиком был открыт в пользу продавца аккредитив именно на ту сумму, которая была предусмотрена контрактом; открытый покупателем аккредитив предусматривал представление истцом документов, подтверждающих отгрузку товара с соблюдением именно тех отгрузочных инструкций, которые были указаны в приложениях к контракту. В требованиях аккредитива к документам предусматривалась обязательность указаний номера контракта. В связи с несоответствием некоторых условий аккредитива требованиям контракта на основании соответствующих обращений истца ответчик дважды вносил изменения в аккредитив, приводя его в соответствие с контрактом. Открытие аккредитива и вносившиеся в него изменения имели место с ведома руководителя предприятия-ответчика. Аккредитив также не мог быть открыт в банке без указания уполномоченного представителя приказодателя. Из сказанного вытекает, что даже в том случае, если лицо, подписавшее контракт, не имело на то полномочий, последующее поведение ответчика со всей очевидностью свидетельствует о том, что ответчик признал контракт заключенным. В свою очередь, учитывая, что аккредитив, открытый по поручению ответчика (покупателя), не полностью соответствовал требованиям контракта и содержал ряд условий, прямо противоречащих этим требованиям, что делало невозможным его использование, а внесенные изменения не устранили этих несоответствий, Арбитражный суд признал, что при таких обстоятельствах в соответствии с положениями контракта аккредитив следует считать неоткрытым¹.

¹ М.Г. Розенберг. Спор по вопросам, связанным с расчетами. Комментарий судебной-арбитражной практики. Вып. 2. 1995. С. 117.

В арбитражной практике нередко встречаются споры между сторонами контракта, связанные со взысканием с покупателя сумм задолженностей по просроченным платежам, обусловленных невыполнением условий аккредитива. Типичными являются случаи, когда просрочка платежей по контракту бывает вызвана тем, что покупателем не был открыт аккредитив, банк был вынужден отказать продавцу в осуществлении платежей и вернуть денежные средства на счет покупателя ввиду непредставления или неправильного оформления продавцом документов, а также их непредставления в пределах срока действия аккредитива либо срока после отгрузки товара и т. д. Нарушение условий аккредитива, повлекшее просрочку платежа по контракту, в подобных случаях не лишает продавца возможности потребовать от покупателя возмещения стоимости отгруженного товара, а при отказе покупателя открыть аккредитив — требовать с него взыскания понесенных убытков и/или штрафных санкций.

При рассмотрении подобных споров в арбитражной практике нередко применяются положения ст. 74 Венской конвенции, предусматривающие взыскание убытков (включая упущенную выгоду) за нарушение договора одной из сторон, а также ст. 78, согласно которой продавец имеет право на взыскание с покупателя, допустившего просрочку в уплате цены, процентов с просроченной суммы «без ущерба для любого требования о возмещении убытков, которые могут быть взысканы на основании ст. 74».

Учитывая, что размер процентов с просроченной суммы в конвенции не определен, в случаях, когда к отношениям сторон по контракту подлежит применению право Российской Федерации, арбитражный суд subsidiarily применяет соответствующие нормы гражданского законодательства Российской Федерации, в частности ст. 395 Гражданского кодекса. В указанной статье предусматривается ответственность за неисполнение денежного обязательства в виде взыскания процентов «за пользование чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате либо неосновательного получения или сбережения за счет другого лица». Размер этих процентов определяется существующей в месте нахождения кредитора учетной ставкой банковского процента на день исполнения

денежного обязательства, а при взыскании долга в судебном порядке — также на день предъявления иска или на день вынесения решения.

Следует иметь в виду, что ответственность за просрочку денежных обязательств, в частности взыскание годовых в размере 6 % с суммы просроченного платежа, установлена ОУП СЭВ, а также Общими условиями поставок товаров из Союза ССР в Кигайскую Народную Республику и из Китайской Народной Республики в Союз ССР (§55)¹.

Не лишен права на судебную защиту и покупатель, в частности оказавшись в ситуации, когда экспортер представил по аккредитиву в банк надлежащие документы, однако отгрузил дефектный товар².

В последнее время в арбитражной практике нередко рассматриваются споры в связи с просрочкой платежей по контрактам, обусловленной неправомерными действиями банков, уполномоченными на выполнение аккредитива. Поскольку аккредитив независим от контракта, банки, осуществляющие банковскую сделку, обычно не участвуют в спорах между сторонами договора купли-продажи, составляющего основу этой сделки. Это вытекает из общего принципа, в частности содержащегося в п. 3 ст. 308 Гражданского кодекса, согласно которому обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (третьих лиц). Вместе с тем в случае арбитражного разбирательства по ходатайству сторон банки могут быть в качестве третьего лица привлечены к участию в деле. Так, согласно §35 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (вступил в силу с 1 мая 1995 г.)³, вступление в арбитражное разбирательство третьего лица допускается только с согласия спорящих сторон. Помимо

¹ Сборник международных договоров и других документов, применяемых при заключении и исполнении внешнеэкономических контрактов. М. 1991.

² Об этом см.: Н. Казакова. Указ. соч. С. 17.

³ Утвержден 8 декабря 1994 г. Президентом Торгово-промышленной палаты РФ в соответствии с п. 1 Положения о Международном коммерческом арбитражном суде. См: Розенберг М.Г. Ответственность за неисполнение денежного обязательства. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. М. 1995. С. 95.

их согласия требуется также согласие самого привлекаемого лица.

Характерным является следующий пример из практики арбитражного суда. В соответствии с контрактом купли-продажи покупатель в установленный срок открыл в пользу продавца аккредитив, а продавец отгрузил товар и представил в банк все необходимые документы. Однако платеж банком не был произведен, в связи с чем продавец обратился с иском в арбитражный суд о взыскании с ответчика (покупателя) суммы стоимости товаров. В отзыве на иск ответчик (покупатель) подтвердил отгрузку товара, однако предъявленных ему требований не признал, ссылаясь на то, что выполнил условия контракта об открытии аккредитива, и обратился с ходатайством в арбитражный суд привлечь в качестве третьего лица банк. Ходатайство было поддержано истцом. Учитывая, однако, что банк в своем письме заявил об отказе от участия в деле, арбитражный суд не счел возможным рассмотреть взаимоотношения ответчика (покупателя) и банка, и обращение требований истца к ответчику признал обоснованным. Учитывая, что товар был поставлен, но не оплачен покупателем, арбитражный суд удовлетворил требования истца. Вынесенное решение не лишало ответчика возможности обратиться с самостоятельными требованиями к банку.

Указанные требования при этом будут основаны не на контракте купли-продажи, а на аккредитиве, открыв который, банк принял на себя обязательство выплатить бенефициару оговоренную в аккредитиве сумму.

Глава 7. Банковские операции с ценными бумагами

Новой редакцией Закона РСФСР «О банках и банковской деятельности»¹ операции банков с ценными бумагами² не от-

¹ Введена в действие Федеральным законом от 3 февраля 1996 г. № 17-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР». Российская газета. 1996. 10 февраля.

² Изложение общих положений о правовом регулировании института ценных бумаг см. в наших работах: Ценные бумаги в российском гражданском праве. М. 1996; Ценные бумаги: Вопросы правовой регламентации. М. 1993.

носятся ни к числу банковских в собственном смысле, ни к числу сопутствующих операций¹. Тем самым законодатель существенно отступил от своей позиции, предусматривающей исчерпывающий перечень операций с ценными бумагами, которые коммерческие банки могли осуществлять только при наличии соответствующей записи об этом в лицензии (пункты «д», «л» и «м» ст. 5 Закона РСФСР «О банках и банковской деятельности»²).

Возможность совершения банками и иными кредитными организациями операций с ценными бумагами должна базироваться теперь в основном на предписании ч. 3 ст. 5 новой редакции Закона о том, что всякая кредитная организация «вправе осуществлять иные сделки в соответствии с законодательством Российской Федерации». Сюда относятся операции и сделки с ценными бумагами, которые можно сгруппировать следующим образом:

1) операции эмиссионные, т. е. операции по эмиссии (выпуску) в обращение коммерческими банками собственных ценных бумаг;

2) операции кредитные — операции по выдаче кредитов (займов) ценными бумагами массовых выпусков и по кредитованию под залог ценных бумаг;

3) обслуживание обращения ценных бумаг — операции по оказанию содействия кредиторам и эмитентам ценных бумаг: первым — в осуществлении прав (получение исполнения по бумагам, фиксация прав на счетах «депо» и пр.), вторым — в исполнении обязанностей (выплата доходов, погашение бумаг, ведение реестра собственников и пр.);

4) учет (досрочная покупка со скидкой с номинала) векселей, флоут (оплата за свой счет с последующим возмещением) чеков, трассированных на другой банк;

5) купля-продажа ценных бумаг за свой счет и по поручениям;

¹ Исключение составляют операции по инкассации векселей (п. 5 ч. 1 ст. 5 Закона) и выдаче банковских гарантий, при условии, что в гарантии содержится указание о возможности ее уступки (п. 8 ч. 1 ст. 5 Закона, ст. 372 ГК РФ). Они отнесены к числу банковских, в собственном смысле этого слова, операций.

² Закон РСФСР от 2 декабря 1990 г. Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1990. № 27. Ст. 357.

б) фондовые биржевые операции;

7) депотные операции, т. е. операции по хранению ценных бумаг, реализуемые в различных правовых формах.

Следует указать, что действующее законодательство не расшифровывает понятия «операция», в том числе «операция с ценными бумагами». ГК РФ дает определение термина «сделка» (ст. 153), а специальный нормативный акт — Федеральный Закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»¹ — определяет содержание термина «профессиональная деятельность» на рынке ценных бумаг. К профессиональной деятельности с ценными бумагами указанный Закон относит:

совершение сделок с ценными бумагами в качестве представителя, поверенного или комиссионера («брокерская деятельность», см. ст. 3 Закона);

купля-продажа ценных бумаг за свой счет по заранее публично объявленным ценам покупки или продажи («дилерская деятельность», см. ст. 4 Закона);

доверительное управление ценными бумагами и (или) денежными средствами, предназначенными для инвестирования в ценные бумаги (ст. 5 Закона);

расчетно-клиринговая деятельность по сделкам с ценными бумагами (ст. 6 Закона);

оказание услуг по хранению ценных бумаг и (или) учету прав, составляющих «бездokumentарные» ценные бумаги («депозитарная деятельность», см. ст. 7 Закона);

деятельность по составлению и ведению так называемого реестра владельцев именных ценных бумаг (см. ст. 8 Закона);

деятельность по организации торговли на рынке ценных бумаг (ст. 9 Закона).

Отграничение указанных видов деятельности на рынке ценных бумаг преследует целью очертить то поле, выходить на которое могут только лица, получившие на это специальные разрешения — лицензии. Требование о необходимости получения лицензий на осуществление любого из вышеперечисленных видов деятельности распространяется и на кредитные организации, в том числе — банки (ч. 2 ст. 39 Закона

¹ Российская газета. 1996. 26 апреля.

«О рынке ценных бумаг»). Профессиональная деятельность на рынке ценных бумаг, осуществляемая без лицензии, объявлена незаконной (ч. 1 п. 6 ст. 51 Закона). Однако ч. 1 ст. 52 Закона установлено, что в течение года со дня его официального опубликования (т. е. до 26 апреля 1997 г.) кредитные организации имеют право осуществлять деятельность на рынке ценных бумаг без специальной лицензии, на основании лишь лицензии на проведение банковских операций.

Рассматривая вопрос о банковских операциях с ценными бумагами, удобно классифицировать сами ценные бумаги по той роли, которую они выполняют в масштабах национальной экономики. Подобно разделению самих банковских операций по «бухгалтерскому» критерию — на активные, пассивные и вспомогательные — изложение вопроса об операциях с ценными бумагами мы построим применительно к каждой группе ценных бумаг, выделенных по экономическому признаку.

§ 1. Эмиссионные операции

Банки могут выступать эмитентами ценных бумаг двух типов — инвестиционных и торговых. Первые эмитируются для формирования собственных капиталов — уставного и заемного; вторые — для обслуживания расчетных и кредитных сделок собственных клиентов.

К инвестиционным бумагам, эмитируемым банками, относятся акции, облигации, банковские сертификаты (депозитный и сберегательный).

Акции обыкновенные и привилегированные. *Акция обыкновенная* — ценная бумага, удостоверяющая факт внесения ее держателем (акционером) или его предшественником активов определенной стоимости в уставный капитал акционерного общества-эмитента, право акционера на периодическое получение части прибыли эмитента в виде дивиденда, право на участие в управлении делами эмитента, в том числе — право на ознакомление с бухгалтерской и иной документацией общества, и право на часть имущества эмитента, оставшегося после его ликвидации (ч. 1 ст. 67 ГК РФ)¹.

¹ О правах акционеров — собственников обыкновенных акций говорят также ст. 31 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 1; № 25.

Законодатель не определился, могут ли акции быть только именными (абз. 3 п. 2 ст. 25 Закона «Об акционерных обществах») или допускается также и выпуск акций на предъявителя (ч. 2 ст. 2 Закона «О рынке ценных бумаг»). Мы полагаем, что должны применяться правила последнего закона как акта более нового, отменяющего в противоречащей ему части старое законодательство.

Эмитентом обыкновенных акций может быть только акционерное общество. Средства, полученные акционерным обществом от продажи акций, являются собственными средствами (уставным капиталом) акционерного общества. Общая сумма эмиссии акций должна быть равна величине оплаченного уставного капитала эмитента. При неоплате части акций в течение одного года со дня начала их выпуска акционерное общество обязано внести изменения в устав в части уменьшения уставного капитала на размер неоплаченной части акций. Новый выпуск акций для увеличения уставного капитала может быть произведен только после полной оплаты акций всех предыдущих выпусков.

Выпуск акций при создании акционерного общества может быть произведен только в форме закрытой (частной) эмиссии, т. е. все акции должны быть распределены между учредителями и оплачены ими. Освобождение от оплаты акций, в том числе — путем зачета требований к обществу, не допускается¹. Эмитент не обязан выкупать акции у акционеров, если

Ст. 2956) и ч. 2 ст. 2 Закона «О рынке ценных бумаг». Эти нормы не упоминают права на информацию о деятельности общества. Закон «Об акционерных обществах» раскрывает его в ст. 91, но в существенно усеченном по сравнению с ГК виде.

¹ Выпуск акций урегулирован в настоящее время достаточно подробно в нормах ст. ст. 25 — 32, 34, 36 — 41 Закона «Об акционерных обществах». Основным подзаконным актом, регулирующим выпуск акций и облигаций в части, не противоречащей Закону, продолжает оставаться Инструкция Министерства финансов РФ «О правилах выпуска и регистрации ценных бумаг на территории Российской Федерации» от 3 марта 1992 г. № 3. Финансовая газета. 1992. № 11. Изменения и дополнения к данной Инструкции были опубликованы: Российские вести. 1993. № 233; Нормативные акты по финансам, налогам и страхованию. 1993. № 3; Бюллетень нормативных актов. 1993. № 5. Применительно к акциям коммерческих банков, инвестиционных фондов и инвестиционных компаний существуют специальные нормативные акты. О выпуске акций (и облигаций) коммерческих банков см.: «О правилах

иное не предусмотрено проспектом эмиссии (сообщением о выпуске) акций или уставом общества.

Акции акционерного общества открытого типа могут переходить от одного лица к другому без согласия других акционеров. Открытое акционерное общество вправе проводить публичное размещение акций при условии предварительной регистрации проспекта эмиссии и публикации сообщения о выпуске.

Акции закрытого общества могут распределяться только среди его учредителей или иного, заранее ограниченного, круга лиц (п. 2 ст. 97 ГК РФ). Закрытое общество не вправе проводить открытую подписку на свои акции или иным способом предлагать их к приобретению неограниченному кругу лиц. На практике это положение по старинке выливается в норму устава о запрещении перехода акций от одного лица к другому без согласия большинства акционеров или иного органа, предусмотренного Уставом. Следует, однако, помнить, что в настоящий момент единственным законодательным ограничением для лица, желающего произвести отчуждение принадлежащих ему акций закрытого общества, является его обязанность предложить акционерам реализовать принадлежащее им преимущественное право покупки отчуждаемых акций (абз. 2 п. 2 ст. 97 ГК РФ).

Одна акция дает акционеру право одного голоса на общем собрании акционеров. Акционер может реализовать право голоса на собрании только в случае полной оплаты всех принадлежащих ему акций.

Дивидендом является часть чистой прибыли общества, распределяемая среди акционеров пропорционально числу акций, находящихся в их собственности.

Эмитент не может объявлять и выплачивать дивиденды по обыкновенным акциям, если:

- не произведена полная оплата уставного капитала;
- стоимость чистых активов меньше величин уставного

выпуска и регистрации ценных бумаг коммерческими банками на территории Российской Федерации». Инструкция Банка России от 11 февраля 1994 г. Экономика и жизнь. 1994. № 7 — 8; Бизнес и банки. 1994. № 29; Финансовая газета. 1994. № 42; Финансовая газета. 1995. № 9; Экономика и жизнь. 1995. № 35; Бизнес и банки. 1996. № 5; Вестник Банка России. 1996. № 6.

капитала и резервного фонда либо станет меньше в результате объявления дивидендов и их выплаты.

Выплата дивидендов не является обязательством эмитента до их официального объявления собранием акционеров.

Акция привилегированная — именная ценная бумага, удостоверяющая факт внесения ее держателем (акционером) или его предшественником активов определенной стоимости в уставный капитал акционерного общества-эмитента и право акционера на периодическое получение части прибыли эмитента в виде дивиденда в размере, не меньшем, чем исчисленный по процентной ставке, указанной в акции, и право на часть имущества эмитента, оставшегося после его ликвидации в размере, также не меньшем, чем зафиксированный в акции (уставе общества). Акция привилегированная, как правило, не предоставляет права участия в управлении делами эмитента, кроме как по вопросам о ликвидации и реорганизации общества (п. 3 ст. 32 Закона «Об акционерных обществах»).

Доля привилегированных акций в уставном капитале акционерного общества не должна превышать 25 %.

Выплата дивидендов по привилегированным акциям по ставке, не ниже предусмотренной в самой акции, является обязательством эмитента. В случае его невыполнения в трехмесячный срок со дня наступления срока исполнения любой держатель привилегированной акции должен иметь право возбудить иск о банкротстве акционерного общества¹.

Облигация. Облигация — ценная бумага, предоставляющая право ее держателю (облигационеру) на получение в предусмотренный срок ее номинальной стоимости и периодического процентного дохода, исчисляемого по ставке, указанной в облигации, либо иного имущественного эквивалента (абз. 2 ст. 816

¹ К сожалению, Закон «Об акционерных обществах» существенно сузил правомочия собственников привилегированных акций. Так, предписав в п. 1 ст. 32 презумпцию отсутствия у них права голоса, Закон в п. 2 этой же статьи разрешил обществу вовсе не определять минимума дивидендов по привилегированным акциям. В таком случае их держатели имеют право на дивиденд наравне с держателями обыкновенных акций. В том же п. 2, а также в п. 4 ст. 32 Закон предусмотрел возможность собранию акционеров отказать в выплате даже ранее объявленных обществом дивидендов или отсрочить их выплату, что вступает в прямое противоречие с предписанием ст. 310 ГК РФ о недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательств.

ГК РФ)¹. Облигация может предусматривать ее эмиссию по цене ниже номинала, а погашение — по номинальной стоимости. В этом случае доход по облигации приобретает форму дисконта — разницы между номиналом (ценой погашения) и ценой эмиссии. Проценты по таким облигациям не выплачиваются.

Облигации с процентным доходом обычно выпускаются на срок не менее 3 лет. Проценты должны выплачиваться как минимум один раз в год в установленные сроки независимо от прибыли и финансового состояния эмитента. В противном случае эмитент может быть объявлен неплатежеспособным.

Облигация с дисконтным доходом, выплачиваемым единовременно, не может выпускаться на срок, превышающий 1 год.

Эмитентами облигаций могут быть любые коммерческие организации, кроме полных товариществ, являющиеся юридическими лицами, при соблюдении ими следующих условий:

полная оплата уставного капитала;

общая сумма эмиссий облигаций не должна превышать величины уставного капитала эмитента либо суммы обеспечения, предоставленного для этой цели учредителями (участниками) эмитента.

Эмиссия облигаций, не удовлетворяющая ни одному из двух последних условий, может быть зарегистрирована только в случае, если со дня регистрации эмитента прошло более трех лет и эмитент в состоянии представить надлежаще утвержденные балансы за два года.

Эмитенты могут выпускать **целевые облигации**, предоставляющие их держателям право получения в определенный срок оговоренного имущества. Обязательство по выдаче эмитентом имущества по целевым облигациям не может заменяться денежной компенсацией, если на то не получено согласие конкретного облигационера. Размер денежной компенсации определяется по соглашению между ним и эмитентом.

Эмитент может при выпуске облигаций обусловить предоставление облигационерам определенных прав, таких, как: право пользования его профессиональными услугами на

¹ Определение облигаций содержится также в ч. 3 ст. 2 Закона «О рынке ценных бумаг», а облигаций акционерных обществ — также в абз. 1 п. 3 ст. 33 Закона «Об акционерных обществах».

льготных условиях, преимущественное право приобретения его облигаций и иных ценных бумаг и пр. Облигации не могут лишь предусматривать право на участие в делах эмитента.

Специфика эмиссии банковских акций и облигаций. Упомянутая выше Инструкция Банка России от 11 февраля 1994 г. устанавливает ряд специфических моментов, которые необходимо тщательно изучить всякому банку, приступающему к выпуску акций и облигаций. Пересказ положений Инструкции не входит в нашу задачу, поэтому мы лишь укажем на те ее пункты, на которые, как нам представляется, следует обратить особое внимание.

Пункт 1.2 — о полномочиях органов, осуществляющих регистрацию эмиссий ценных бумаг коммерческих банков. В отличие от государственной регистрации выпусков ценных бумаг всех иных эмитентов, осуществляемых органами Министерства финансов, выпуски ценных бумаг банков регистрируются органами Банка России.

Пункт 1.5 — о возможности установления валютной цены (валютного номинала) банковских акций и их реализации за иностранную валюту.

Пункт 1.6 — о возможности эмиссии неголосующих акций различной номинальной стоимости.

Пункты 2.4, 3.3 и 4.3 — о случаях, при которых необходима регистрация проспекта эмиссии банковских ценных бумаг.

Пункты 5.1 и 5.2 — об этапах выпуска банковских ценных бумаг. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что правовому регулированию подвергаются не только процесс регистрации, но и само размещение (реализация) банковских ценных бумаг, а также наличие таких стадий эмиссии, как регистрация и публикация итогов выпуска, что не характерно для бумаг других эмитентов.

Пункты 8.11 и 14.4 — об особых основаниях для отказа в регистрации выпуска ценных бумаг, не характерных для бумаг других эмитентов.

Пункт 9.2 — о необходимости публикации сообщения о выпуске ценных бумаг.

Пункты 10.2 и 10.3 — о способах реализации акций и облигаций.

Пункты 10.9 — 10.12 — о понятии и режиме накопительного счета.

Разделы 11 и 12 — о регистрации и публикации итогов выпуска.

Купоны. Выпуск акций и облигаций может сопровождаться также и выпуском купонов. *Купоны* — ценные бумаги на предъявителя, прилагающиеся в некотором количестве в виде купонного листа, к акции или облигации и предоставляющие право на получение очередной выплаты дивиденда или процента за определенный срок, осуществление которого отмечается отрезанием соответствующего купона и его погашением¹.

Если количество купонов, содержащихся в одном купонном листе, меньше, чем необходимо для обслуживания обращения ценной бумаги и выплаты по ней вознаграждения в течение всего срока ее обращения, либо если бумага имеет бессрочный характер, держатель ценной бумаги имеет право получить новый купонный лист по использованию им всех купонов.

Право на получение нового купонного листа дает корешок предыдущего купонного листа — талон. Талон купонного листа выполняется на предъявителя. Его передача другому лицу означает передачу ему права получения нового купонного листа.

Банковские вкладные документы. Ближайшими аналогами банковских облигаций, только с более кратким сроком обращения, являются вкладные документы банков — банковские сертификаты и сберегательные книжки.

Банковский сертификат — именная или предъявительская ценная бумага, удостоверяющая факт внесения в банк-эмитент денежной суммы, указанной в сертификате, на предусмотренных им условиях и обязательство банка-эмитента перед легитимированным сертификатом лицом (бенефициаром) по выплате данной суммы и уплате процентного вознаграждения за пользование денежными средствами (пп. 1 и 2 ст. 844 ГК РФ)².

¹ Применение купонов допускается Положением о порядке выплаты дивидендов по акциям и процентов по облигациям, утвержденным Министерством экономики и финансов РФ 10 января 1992 г. Бизнес и банки. 1992. № 6.

² Основные нормы о банковских сертификатах см. в документе: Правила по выпуску и оформлению депозитных и сберегательных сертификатов. Утверждены письмом Банка России от 10 февраля 1992 г. с последними изменениями и дополнениями. Бизнес и банки. 1992. № 9; Экономика и жизнь. 1993. №№ 1, 27.

Бенефициарами по банковским сертификатам могут быть только лица-резиденты Российской Федерации и государств, использующих рубль в качестве официального платежного средства.

Банковские сертификаты, бенефициарами по которым могут быть только юридические лица, называются депозитными. Денежные расчеты по купле-продаже депозитных сертификатов и выплате сумм по ним осуществляются только в безналичном порядке. Банковские сертификаты, бенефициарами по которым могут быть только физические лица, называются сберегательными.

При наступлении срока востребования депозита или вклада банк производит исполнение (возврат номинальной стоимости и уплату процентов) против предъявления сертификата и заявления владельца с указанием счета, на который должны быть зачислены средства. Для граждан платеж может производиться как путем перевода суммы на счет, так и наличными деньгами.

В случае просрочки срока востребования депозита (вклада) сертификат считается документом до востребования и должен быть погашен немедленно по его предъявлению.

Проценты за время, прошедшее после срока востребования, не начисляются.

Сертификат может предусматривать возможность досрочного исполнения обязательства. В случае заявления такого требования банк-эмитент имеет право снизить ставку выплачиваемых процентов до ставки процентов по вкладам до востребования.

Эмиссия банковских сертификатов требует лишь разработки и утверждения соответствующим банком собственных условий выпуска и обращения сертификатов и уведомления о выпуске Банка России. Уведомление должно производиться путем отсылки в соответствующее территориальное управление Банка России экземпляра Условий. Банк России вправе запретить или приостановить выпуск сертификатов в случае, если условия их выпуска или практика размещения противоречат законодательству. Никаких регистрационных или, тем более, разрешительных процедур соблюдать не требуется.

Банковская сберегательная книжка на предъявителя — ценная бумага, выдаваемая банком-эмитентом против внесе-

ния денежных средств и удостоверяющая право ее предъявителя распоряжаться средствами, внесенными на открытый под выданную сберегательную книжку счет, право вносить новые денежные суммы с отражением факта внесения в сберегательной книжке, а также право получать процентное вознаграждение, начисляемое за пользование денежными средствами с обусловленной периодичностью и по обусловленной ставке. Статья 843 ГК РФ содержит нормы не только о сберкнижке на предъявителя, но и об именной сберегательной книжке, которая ценной бумагой не признается. Книжки, как именная, так и на предъявителя, удостоверяют факт заключения банком и вкладчиком договора банковского вклада, а потому могут считаться документами, удостоверяющими все те права, которые предусмотрены законодательством для вкладчика (см. об этом ст. ст. 834 — 842 ГК РФ).

Передача сберегательной книжки означает передачу прав требования от банка-эмитента денежных средств, находящихся на указанном в ней счете.

Держателями сберегательных книжек на предъявителя могут быть только физические лица.

К книжке могут быть предусмотрены дополнительные легитимирующие документы — вкладыши, контрольные талоны, карточки и т. п. При их наличии права, предоставляемые сберегательной книжкой, могут осуществляться только при условии одновременного предъявления как самой книжки, так и дополнительного легитимирующего документа.

Для выпуска сберегательных книжек не нужно даже специальных уведомлений, не говоря уже о регистрации или разрешении.

Чек. Чеком признается ценная бумага, содержащая простое и ничем не обусловленное распоряжение чекодателя плательщику уплатить в пользу поименованного в чеке лица (чекодержателя) определенную денежную сумму. По общему правилу чек является ордерной бумагой¹; кроме того, законодателем косвенно упоминается возможность составления че-

¹ Странно, что в п. 3 ст. 880 ГК РФ такой документ назван «переводным» чеком, ибо термин «переводный» происходит вовсе не от термина «переводить» в значении «передавать» (по индоссаменту), а от термина «перевод долга».

ков на предъявителя¹ и именных чеков².

Основанием выдачи чека является предварительный договор между чекодателем и банком-плательщиком (чековый договор). По чековому договору банк обязуется оплачивать долги чекодателя путем оплаты выставленных последним чеков. Целевое назначение чека — обслуживание оборота платежей. Этим объясняется, в частности, короткий срок действительности чека (по общему правилу 10 дней со дня выдачи)³.

Чеки должны выписываться на специальных бланках, которые банк выдает своему контрагенту по чековому договору, обычно в сброшюрованном виде (чековая книжка). Оплата чеков может производиться либо с указанного клиентом счета (нелимитированная книжка), либо из специально депонированной для этих целей суммы (лимитированная книжка).

Факт неплатежа по чеку должен быть нотариально удостоверен. Держатель чека с актом нотариального удостоверения факта неплатежа имеет право обратиться с требованием об оплате чека ко всяким лицам, поставившим на нем свои подписи.

Практика выпуска чеков российскими коммерческими банками сегодня отсутствует, хотя требований, выдвигаемых для нее действующим законодательством, немного: в соответствии с п. 4.28 Положения о безналичных расчетах банки обязаны утверждать собственные условия выпуска и обращения эмитируемых чеков. Требование о необходимости утверждения образца бланка чека в Банке России утратило актуальность в связи с утратой силы Положением о чеках.

Аккредитив. Эмиссия аккредитивов представляет собой

¹ См. об этом п. 1 ст. 878 ГК РФ: в перечне реквизитов чека отсутствует указание наименования чекодержателя.

² Причем именной чек, в смысле п. 2 ст. 880 ГК РФ, вообще не должен рассцениваться как ценная бумага, ибо он не подлежит передаче.

³ Именно этот срок действительности предусматривался ст. 21 Положения о чеках, утвержденного Постановлением Верховного Совета РФ от 13 февраля 1992 г. № 2349-1 (Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 24. Ст. 1283) и утратившего силу с 1 марта 1996 г. В настоящее время чек урегулирован нормами ст. ст. 877 — 885 ГК РФ. Пункт 2 ст. 879 ГК говорит, что чек подлежит оплате в срок, установленный законом. В настоящее время таким законом являются Основы законодательства РФ о нотариате от 11 февраля 1993 г. №4462-1 (ст. 96). Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 10, ст. 357.

одно из важнейших условий функционирования системы расчетов, особенно международных. *Аккредитив* представляет собой условное денежное обязательство банка-эмитента, принятое им по просьбе и за счет (с возмещением) приказодателя (плательщика) совершить определенные действия (произвести платеж, акцептовать или учесть тратты) в пользу третьего лица — бенефициара (получателя платежа). Принятие на себя банками обязательств в форме аккредитива — традиционная банковская операция, совершение которой не только не может быть предметом лицензирования, регистрации или уведомления, но и должно служить показателем кредитоспособности и качества работы банка.

Аккредитив может быть признан ценной бумагой только тогда, когда он содержит прямое указание о наличии у него свойства передаваемости (или трансферабельности). Нормы ГК РФ об аккредитиве (ст. ст. 867 — 873) не знают понятия трансферабельного аккредитива, а потому речь о таковом может идти только в рамках норм Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов, разработанных и утвержденных МТП в редакции 1993 года¹.

§ 2. Кредитные операции

Кредитные операции, совершаемые с применением ценных бумаг, могут быть подразделены на несколько основных типов.

Залог ценных бумаг. Кредитование под залог ценных бумаг имеет специфические черты благодаря специфичности самого предмета залога — ценных бумаг. Небезынтересно обратить внимание, что в ч. 4 ст. 338 ГК РФ речь идет о залоге **имущественного права**, удостоверенного ценной бумагой, но не о залоге самой **ценной бумаги**. При этом предполагается, что ценная бумага, удостоверяющая закладываемое имущественное право, должна передаваться залогодержателю либо в депозит нотариуса, если договором о залоге не предусмотрено иное. Из этого обстоятельства вытекает важный вывод: помимо общих положений о залоге с передачей имущества залогодержателю (закладе), к залогу ценных бумаг применяются правила раздела IV Закона о залоге — нормы о залоге прав. Вряд ли такое положение можно считать удовлетворительным.

¹ Публикация МТП № 500.

Показательна вызванная этим коллизия процитированной выше нормы с правилом ч. 3 ст. 224 ГК РФ и ч. 2 ст. 5 Закона о залоге. С одной стороны, законодатель ведет речь о залоге **права из бумаги**, а с другой, приравнивает к передаче вещи вручение товарораспорядительного документа на нее (т. е. говорит о залоге **предмета прав** из товарораспорядительной ценной бумаги). Вероятно, эта коллизия должна быть решена исходя из принципа соотношения норм общих и частных: **залог ценных бумаг вообще**, по общему правилу, означает залог инкорпорированных в них прав, а **залог товарораспорядительных ценных бумаг** означает залог тех вещей, **товаров**, юридическими заменителями которых они являются.

Поскольку предметами банковского залога обыкновенно становятся товарораспорядительные документы (в том числе и не являющиеся ценными бумагами), кратко рассмотрим основные их типы.

Товарораспорядительные ценные бумаги обслуживают оборот материальных ценностей. В настоящее время российское законодательство рассматривает в качестве товарораспорядительной ценной бумаги коносамент, двойное и простое складские свидетельства. В скором времени возможно появление таких товарораспорядительных бумаг, как закладные.

Коносамент. *Коносамент* — ценная бумага, представляющая собой товарораспорядительный документ, удостоверяющий право его держателя распоряжаться указанным в коносаменте грузом, сданным для морской перевозки, и получить этот груз после завершения перевозки.

В сравнении с иными товарораспорядительными документами коносамент подвергся более обширному и детализированному регулированию со стороны российского права¹. Коносамент урегулирован также нормами международного част-

¹ Нормы о коносаменте содержатся, в первую очередь, в Кодексе торгового мореплавания Союза ССР, утвержденном Указом Президиума Верховного Совета СССР от 17 сентября 1968 г. и Законом СССР от 13 декабря 1968 г. Ведомости Верховного Совета СССР. 1968. № 39. Ст. 351. (Гл. VIII) и изданных на его основе Общих правилах морской перевозки грузов, пассажиров и багажа, утвержденных Приказом Министерства морского флота от 26 июня 1972 г. № 107. Право и хозяйственная деятельность. Т. 6. Сборник нормативных актов по внешнеэкономической деятельности. М. 1991. С. 184 — 207.

ного права¹.

Отдельные нормы (о значении коносамента как ценной бумаги — документа, способного к обращению) содержались в старых, 1983 года, и содержатся в новых, 1993 года, Унифицированных правилах и обычаях для документарных аккредитивов Международной торговой палаты. Наконец, основные положения о коносаменте и договоре морской перевозки грузов помещаются, как правило, на обороте самого коносамента².

Коносамент, находящийся в руках отправителя груза, подтверждает заключение договора морской перевозки и прием или погрузку груза перевозчиком. Доказывание обратного не допускается, если коносамент уже передан третьему добросовестному приобретателю (в том числе — залогодержателю).

Коносамент должен составляться перевозчиком не менее чем в двух экземплярах тождественного содержания, один из которых выдается отправителю, а другой сопровождает груз. По требованию отправителя перевозчик может выдать ему за его счет несколько экземпляров коносамента тождественного содержания, причем в каждом из них должно быть указано число составленных экземпляров.

Отправитель может потребовать выдачи груза до отхода судна либо в промежуточном порту себе или тому лицу, которое указано в коносаменте, при условии предъявления перевозчику всех экземпляров коносамента. Такое же право принадлежит любому лицу, являющемуся законным держателем всех экземпляров коносамента. Отправитель и получатель груза могут потребовать его выдачи в порту назначения по

¹ Наиболее значительные акты этой области права — Международная конвенция об унификации некоторых правил о коносаменте от 25 августа 1924 г. (Брюссельская конвенция) с последними изменениями и дополнениями, внесенными Брюссельским протоколом 1968 года «Об изменении Брюссельской конвенции 1924 года об унификации некоторых правил о коносаменте» (правила Висби). Большое внимание уделено коносаменту и в тексте Гамбургской конвенции ООН 1978 года «О морской перевозке грузов». Перечисленные документы см.: Международное частное право. Сборник нормативных документов. М. 1994. С. 208 — 219; С. 220 — 227; С. 228 — 254.

² Образцы коносаментов и примеры условий см.: Р. Джурович. Руководство по заключению внешнеторговых контрактов. М. 1992. С. 346 — 347, 351 — 354. Перевод условий договора перевозки, помещаемых на обороте коносамента. См.: Сборник образцов гражданско-правовых документов. / Под ред. Г. П. Савичева и В. С. Ема. М., 1994. С. 375 — 383.

одному из находящихся в его владении экземпляров коносамента.

Переуступка коносамента, равно как и его залог, совершаются по общим правилам, применяемым ко всяким соответствующим ценным бумагам.

Складские документы. Этим наименованием нормы ГК (п. 1 ст. 912) и торговая практика объединяют двойное и простое складские свидетельства и складскую квитанцию. Складские свидетельства являются ценными бумагами. Ценными бумагами признаются также и каждая часть двойного складского свидетельства в отдельности (п. 3 ст. 912 ГК РФ).

Двойное свидетельство товарного склада — именная ценная бумага, составляемая и выдаваемая специализированной организацией (товарным складом) в удостоверение факта принятия на хранение определенного товара и права определенного лица получить данный товар лично либо передать это право другому лицу.

Основанием выдачи двойного свидетельства является принятие складом на хранение определенного товара. Передача двойного свидетельства влечет передачу права собственности на сам товар.

Двойное свидетельство товарного склада состоит из первоначально скрепленных друг с другом свидетельства о собственности (рецепта) и залогового свидетельства (или вараанта).

Части двойного свидетельства могут обращаться как будучи соединенными, так и раздельно. Под соединенностью частей двойного свидетельства понимается не физическая соединенность (скрепленность) свидетельств, а юридическая — управомоченность по обоим документам одного и того же лица и нахождение свидетельств в его владении. Факт наличия обеих частей свидетельства в руках одного лица, легитимизируемого каждым из них, говорит о праве собственности этого лица на сданный хранителю товар, не обремененное правами третьих лиц.

Лицо — обладатель соединенных свидетельств — имеет безусловное право на получение товара, т. е. склад не может потребовать от лица — получателя товара совершения каких-либо действий, за исключением тех, что предусмотрены в самом документе.

Передача двойного свидетельства в «соединенном» виде совершается путем заключения договора о цессии по свидетельству, который отражается в каждой из его частей и регистрируется по заявлению одной из сторон в реестре товарного склада.

При отделении свидетельства о собственности от залогового свидетельства появляется лицо-залогодержатель товара, именованное в передаточной надписи на залоговом свидетельстве, которая совершается по тем же правилам, что и вексельный индоссамент. Первая передаточная надпись должна быть воспроизведена также и на свидетельстве о собственности.

В передаточной надписи помимо реквизитов, предусмотренных для вексельного индоссамента, должны быть указаны данные об обязательстве, исполнение которого обеспечивается залогом товара. Передаточная надпись должна быть либо внесена в реестр товарного склада с отметкой об этом ответственного лица склада, либо нотариально удостоверена.

Залоговое свидетельство и свидетельство о собственности, будучи юридически разделенными, могут передаваться по правилам, установленным для передачи ордерных бумаг по индоссаменту.

Право держателя свидетельства о собственности, отделенного от залогового свидетельства, на получение товара обусловливается внесением им складу залоговой стоимости товара или иного обеспечения.

В случае явки залогодержателя склад обязан, получив доказательство неисполнения обеспеченного залогом обязательства, либо реализовать находящийся на складе товар и из вырученных денег погасить требования залогодержателя, либо вручить ему принятую от залогодателя стоимость товара.

Держатель свидетельства о собственности может исполнить обеспеченное залогом обязательство держателю залогового свидетельства и тем самым выкупить последнее, что делает его держателем юридически соединенных свидетельств.

Право требования держателя залогового свидетельства, отделенного от свидетельства о собственности, к складу возникает с момента неисполнения ему обеспеченного залогом обязательства и состоит в возможности получения от склада денежной суммы, вырученной от реализации заложенного товара или внесенной держателем свидетельства о собственности в качестве обеспечения.

Простым свидетельством товарного склада называется именная ценная бумага, выдаваемая товарным складом определенному лицу в удостоверение факта принятия на хранение от этого лица определенного товара и воплощающая в себе право ее держателя получить лично или через посредство третьего лица этот товар.

Копия простого свидетельства должна в точности воспроизводить оригинал со всеми имеющимися на нем пометками и содержать надпись «копия». Копия выдается складом за счет и по требованию держателя простого свидетельства.

Копия простого свидетельства имеет то же значение, что и залоговое свидетельство (варрант) в системе двойного документа. В отличие от варранта, являющегося неременной составляющей двойного свидетельства, копия является факультативным элементом по отношению к простому свидетельству. Факт выдачи копии простого свидетельства требует отметки склада в свидетельстве об этом с указанием лица — ее первого держателя и места документа, до которого копия доведена. Передача копии в руки другого лица и означает залог товара, представленного складским свидетельством.

Закладная. *Закладная*¹ — именная ценная бумага, составляемая должником-залогодателем, обязательство которого выражается в претерпевании действий кредитора-залогодержателя по обращению взыскания на заложенное недвижимое имущество, перечисленное в закладной (предмет закладной), в случае неисполнения залогодателем или третьим лицом, которое должно быть указано в закладной, обязательств по определенному договору или иному основанию, также указанному в закладной.

Кредитор-залогодержатель участвует в составлении закладной, что выражается в контроле правильности сведений, вносимых в закладную. Согласие с этими сведениями залогодержатель удостоверяет своей подписью на закладной. Закладная должна быть нотариально удостоверена.

Наличие закладной у залогодержателя предполагает тот

¹ В настоящее время нормативные акты, которые регулировали бы закладную, отсутствуют. Однако в настоящий момент готовится проект закона «Об ипотеке», часть которого предполагается посвятить правовому регулированию данного института.

факт, что обеспечиваемое залогом указанного в ней имущества обязательство не исполнено, если иное не будет доказано заинтересованным лицом. Нахождение закладной у залогодателя создает презумпцию исполненности обязательства, если она не опровергнута заинтересованным лицом. При частичном исполнении залогодатель вправе требовать от залогодержателя учинения отметки об этом на закладной.

Права по закладной могут быть переданы другому лицу, в том числе и самому залогодателю. Обязательным условием передачи прав из закладной является перевод на приобретателя закладной и прав по соответствующему основному обязательству.

Если при уступке другому лицу своих прав по кредитному договору или иному обеспеченному данной ипотекой основному обязательству залогодержатель не переуступил тому же лицу свои права по соответствующей закладной, договор ипотеки прекращается и закладная утрачивает силу.

Уступка залогодержателем прав по закладной осуществляется путем совершения на закладной именной передаточной надписи в пользу нового залогодержателя. Уступка прав по закладной не подлежит государственной регистрации.

Должник по обеспеченному ипотекой основному обязательству, уведомленный в письменной форме об уступке прав по закладной другому лицу, обязан исполнять это обязательство в части, не исполненной к моменту получения им уведомления, новому залогодержателю при условии предъявления ему закладной с надлежаще оформленной передаточной надписью.

Закладная может быть передана не только в собственность, но и в залог путем ее передачи другому лицу — залогодержателю — в обеспечение обязательства между этим лицом и залогодержателем, названным в закладной (ипотечным залогодержателем). Залог закладной означает залог права требования по основному обязательству, принадлежащего ипотечному залогодержателю, и обеспеченного ипотекой.

При неисполнении обязательства, обеспеченного залогом закладной, ипотечный залогодержатель обязан по требованию залогодержателя закладной уступить ему свои права к залогодателю, названному в закладной (ипотечному залогодателю). При отказе переуступить эти права залогодержатель закладной может требовать в судебном порядке перевода этих прав на себя.

Кредитор по закладной или ее залогодержатель, которому уступлены или на которого переведены судом права по закладной, вправе обратиться взыскание на предмет ипотеки в соответствии с условиями закладной и обеспеченного по ней основного обязательства. Вырученные в результате реализации предмета ипотеки суммы обращаются в погашение долга ипотечного залогодержателя залогодержателю закладной, а оставшаяся сумма передается ипотечному залогодержателю в погашение причитающегося ему долга по кредитному договору или иному основному обязательству, обеспеченному по закладной.

Принципы осуществления залоговых операций. Общей правовой регламентации технической стороны залога ценных бумаг в настоящее время не существует. Можно указать лишь на гл. 2 разд. 2 Рекомендаций Банка России по работе с векселями от 9 сентября 1991 г. № 14-3/30¹, описывающую технику кредитования под залог векселей в форме счета *on call*, и на Правила выдачи населению ссуд под залог бумаг, утвержденные Советом Сбербанка СССР 25 апреля 1991 г.² С точки зрения теории залогового права можно наметить следующие основные принципы осуществления данных операций.

Бумаги на предъявителя могут передаваться либо в твердый, либо в иррегулярный залог. При твердом залоге заемщик сдает кредитору, а кредитор принимает от заемщика предмет залога (ценные бумаги) по описи, содержащей указание индивидуальных признаков каждой бумаги (бордеро), составляемой в двух экземплярах (по одному для каждой стороны) и подписываемой сторонами. В процессе составления описи передаваемые бумаги обычно также помещаются в пакет (конверт), который, при скреплении экземпляров описей подписями сторон, запечатывается и также скрепляется подписями и печатями либо обеих сторон, либо только заемщика (залогодателя)³. Сам пакет остается у залогодержателя, кото-

¹ Безналичные расчеты. Сб. норм. актов. М., 1993. С. 179 — 187. Далее по тексту — «Рекомендации».

² Бизнес и банки. 1991. № 35. С. 4 — 5.

³ Это делается для защиты от приобретения бумаг третьими лицами, которые не могут и не должны знать об отсутствии у отчуждателя (залогодержателя) права распоряжения ими (добросовестными приобретателями). Таким образом, при залоге бумаг на предъявителя с их оставлением у залогодателя пакет

рый при неисполнении залогодателем обязательств, обеспеченных залогом данных ценных бумаг, имеет право обратиться в суд с требованием об обращении взыскания на предмет залога. Полученное им решение суда будет основанием для вскрытия пакета и распоряжения ценными бумагами по собственному усмотрению.

В случае **иррегулярного залога** описи не составляется, но залогодержатель, в ведение которого опять-таки поступают бумаги, выдает залогодателю расписку, которой удостоверяет факт принятия определенного количества ценных бумаг названного типа в залог на условиях определенного договора. Родовыми признаками ценных бумаг являются их тип (акция, облигация), количество, эмитент, номинал. Иррегулярный залог позволяет таким образом залогодателю пользоваться его предметом в течение всего периода залога. Важно лишь, чтобы ко времени наступления срока исполнения обеспеченного залогом обязательства залогодержатель был бы готов возвратить залогодателю ценные бумаги того же рода, качества и количества.

Ордерные бумаги закладываются путем совершения залогового индоссамента. Залоговый индоссамент выполняется залогодателем в пользу залогодержателя и имеет формулировку типа: «Валюта в залог приказу такого-то в обеспечение таких-то обязательств такого-то лица по договору такому-то». Бумага с таким индоссаментом должна немедленно поступить в ведение залогодержателя под расписку последнего.

Если обязательство, обеспеченное залогом ордерной бумаги, надлежаще исполняется, бумага и расписка возвращаются к своим «хозяевам», а индоссамент зачеркивается. Зачеркивание может быть произведено кем угодно, хотя бы и залогодателем.

Наоборот, при неисполнении обеспеченного обязательства залогодержатель может обратиться взыскание на предмет обеспечения (реализовать ценную бумагу), но только на основании решения суда. В случае же, если времени до наступления срока исполнения по бумаге явно недостаточно, чтобы успеть добиться вынесения судебного решения, залогодержатель

должен печатываться, прежде всего печатью и подписями залогодержателя (твердый залог в смысле абз. 2 ч. 2 ст. 338 ГК РФ).

может, дождавшись срока исполнения, получить это исполнение у должника. Пока такое правило установлено только для заложенных векселей (ст. 19 Положения о переводном и простом векселе), однако нет никаких препятствий распространить его по аналогии на другие виды ордерных бумаг — коносаменты и варранты.

Залог именных ценных бумаг должен сопровождаться наложением на них знаков, свидетельствующих о залоге. Подобно твердому залогу бумаг на предъявителя, именные бумаги передаются в залог только по описи. Однако если для бумаг на предъявителя защитой от добросовестного приобретателя может стать только опечатанный пакет, то для именных ценных бумаг характерна иная «степень защиты». Всякий залогодержатель именных бумаг, принимая их в залог, должен позаботиться о нанесении на них собственного типового штампа, например: «Заложены такому-то в обеспечение обязательств таких-то по договору такому-то». Обоснованность нанесения на ценные бумаги этого штампа должна быть подтверждена подписью собственника бумаги (залогодателя). Факт снятия залога должен оформляться штампом противоположного содержания. Его обоснованность будет подтверждать уже залогодержатель.

При возникновении претензий по обеспеченному залогом обязательству залогодержатель имеет право как лицо легитимированное штампом о залоге ценных бумаг, истребовать их от любого лица, в том числе от собственника (ч. 1 ст. 347 ГК РФ) и, получив решение суда, реализовать эти бумаги.

Законодательство ничего не говорит о правах залогодержателя срочных именных бумаг при наступлении срока исполнения по ним. Мы полагаем, что этот вопрос должен быть решен так же, как он уже решен в отношении векселей.

Специфика залога «бездокументарных» ценных бумаг. Специфичность юридической природы института «бездокументарных» ценных бумаг породила определенные особенности в осуществлении всяких сделок с этими объектами, в частности — сделок залоговых. Вкратце напомним читателю, что в отличие от классических ценных бумаг, являющихся документами, а значит, объектами **вещных прав** (п. 1 ст. 142 ГК РФ), «бездокументарные» ценные бумаги представляют собой всего лишь **имущественные права**, которые могут удостоверяться классической ценной бумагой (п. 2 ст. 142 и

ст. 149 ГК РФ). Имущественные же права не могут быть объектами вещных прав, а значит, правовой режим, установленный законодательством для совершения сделок с классическими ценными бумагами, для сделок с бумагами «бездокументарными» — сделок с имущественными правами — неприменим. Сделка с ценной бумагой означает переход или обременение вещного права на ценную бумагу и, как следствие, переход выраженных в бумаге прав (исключение составляют именные ценные бумаги)¹. Сделка с «бездокументарной» ценной бумагой означает уступку или обременение имущественного права. В силу того, что состав и содержание этих имущественных прав определяются в целях их осуществления и передачи в специальном реестре — обычном или компьютеризованном (п. 2 ст. 142 ГК РФ) — всякие операции с бездокументарными ценными бумагами могут совершаться только при условии обращения к лицу, которое официально совершает записи прав, для обеспечения внесения изменений в содержание ведущегося им реестра (п. 2 ст. 149 ГК РФ). Передача, предоставление и ограничение прав должны официально фиксироваться этим лицом, которое несет ответственность за сохранность официальных записей, обеспечение их конфиденциальности, представление правильных данных о таких записях, совершение официальных записей о проведенных операциях.

Не являются исключением и сделки залога «бездокументарных» бумаг. Возможность имущественных прав быть предметом гражданского оборота вообще закреплена в ст. ст. 128 и 129 ГК РФ, а предметом залога в частности — в п. 1 ст. 336 ГК РФ и в п. 2 ст. 4 Закона РФ от 29 мая 1992 г. «О залоге»². Раздел IV этого Закона более-менее подробно расписывает

¹ Причем, исключение только законодательного порядка, явившееся следствием неудачной формулировки ст. 146 ГК РФ и, в частности, ее названия («Передача прав по ценной бумаге»). Декларировав в ст. 142, что ценная бумага — это документ (вещь), законодатель в дальнейшем должен был бы говорить о передаче вещного права, права на бумагу. О передаче прав из бумаги может идти речь лишь постольку, поскольку таковая является следствием перехода вещного права на бумагу добросовестному приобретателю.

² Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 23. Ст. 1239.

особенности залога имущественных прав. Особенности оформления залога прав, составляющих «бездокументарную» ценную бумагу, установлены разд. V Временного положения о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг, утвержденного Постановлением Федеральной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку при Правительстве Российской Федерации от 12 июля 1995 г. № 3¹.

Пунктом 5.2. Временного положения установлено, что основанием для внесения в реестр информации о залоге «бездокументарных» бумаг является залоговое распоряжение с указанием регистратору зарегистрировать существование залога. Поскольку предусматривается, что по общему правилу к залоговому распоряжению должны быть приложены заверенные копии договоров о залоге и (в случае отсутствия отдельного договора о залоге) об установлении основного обязательства, обеспеченного залогом, в котором определены условия залога, можно предположить, что залоговое распоряжение может представляться не только залогодателем, но и залогодержателем. Важно лишь, чтобы в нем содержалось указание на состав и количество прав, являющихся предметом залога.

Если залог прекращается в связи с неисполнением обеспеченного обязательства и обращения на «бездокументарные» бумаги взыскания, регистратор вносит изменения в Реестр о переходе прав на ценные бумаги на основании имеющегося у него залогового распоряжения и одного из документов, подтверждающих переход заложенных прав либо к залогодержателю, либо к третьему лицу в результате их реализации. Возможность заключения соглашения залогодателя с залогодержателем о переводе на имя последнего заложенных прав, а также принудительного перевода на свое имя заложенных прав через суд (арбитражный суд) установлена п. 1 ст. 57 Закона РФ «О залоге». Если же залогодержатель не желает приобретать для себя заложенных прав, он может реализовать «бездокументарные» ценные бумаги в общем порядке — по договору «купли-

¹ О юридической силе этого документа, а также законности некоторых его предписаний можно спорить. Нормы же об обременении «бездокументарных» бумаг правами залогодержателей должны применяться уже в силу того, что иного порядка, отличного от описанного Временным положением, придумать невозможно. Экономика и жизнь. 1995. № 32.

продажи», заключенному на публичных торгах (ст. 350 ГК РФ)¹.

Право удержания ценных бумаг. Обеспечение обязательств, возникающих из кредитных договоров (договоров займа), может обеспечиваться также **институтом удержания ценных бумаг**, находящихся у кредитора по какому бы то ни было основанию (ст. ст. 359 — 360 ГК РФ). Обращаем внимание, что удержание ценных бумаг может применяться в отношении обеспечения любых обязательств, хотя бы и никак не связанных с данными бумагами. Например, ничто не мешает банку удерживать ценные бумаги, находящиеся у него на хранении, в доверительном управлении или приобретенные им для клиента в порядке исполнения комиссионного поручения в обеспечение обязательств по возврату кредита. Важно лишь, чтобы удержание начиналось с того момента, когда был налицо факт неисполнения обязательства должником.

Право удержания вещи является строго личным правом кредитора и не может быть уступлено другому лицу. Например, банк-хранитель ценных бумаг не может вручить таковые для удержания другому банку, являющемуся кредитором заемщика по договору займа.

Условная продажа ценных бумаг. Кредитные операции могут обеспечиваться и заключением договора купли-продажи ценных бумаг с обязательством последующей обратной продажи (ликвидации сделки). Более всего для этой цели подходят именные бумаги, снабжаемые при отчуждении их залогодателем залогодержателю штампом последнего типа: «При наступлении таких-то условий обязуюсь продать на условиях таких-то такому-то лицу».

Вексель как кредитный инструмент. Сами кредитные операции могут оформляться не только заключением соответствующего договора, но и выдачей ценной бумаги — облигации, бан-

¹ Термин «купля-продажа» взят нами в кавычки, ибо, как мы уже говорили, передать право собственности на имущественное право невозможно в силу отсутствия самого понятия «право собственности на право». Точнее будет говорить о заключении в ходе публичных торгов договора о возмездной уступке прав, составляющих «бездokumentарную» ценную бумагу. Из выручки, полученной от возмездной уступки прав, залогодержатель сможет удовлетворить свои требования. Подчеркиваем, что эту сделку нельзя отождествлять и с цессией (ст. ст. 382 — 390 ГК РФ) в силу абстрактной природы последней.

ковского сертификата, векселя. Рассмотрим сущность последних¹.

Переводным векселем (траттой) называется ценная бумага (ст. 143 ГК РФ), содержащая простое и ничем не обусловленное предложение векселедателя (трассанта), адресованное плательщику (трассату), уплатить в пользу третьего лица — векселедержателя (ремитента) — вексельную сумму в определенный срок (см. ст. 1 Положения о векселях).

Простым векселем (векселем-соло) называется ценная бумага (ст. 143 ГК РФ), содержащая обязательство векселедателя (сускриптера) уплатить в пользу векселедержателя (бенефициария) вексельную сумму в определенный срок (см. ст. 75 Положения о векселях).

Из определений видно, что данные ценные бумаги имеют различную юридическую природу. Если простой вексель с момента его выдачи воплощает в себе обязательство векселедателя уплатить, то переводный вексель, указывая лишь на предложение уплаты, аналогичного обязательства не содержит². Предложение уплатить, содержащееся в переводном векселе, может быть отклонено трассатом без каких бы то ни было неблагоприятных для себя юридических последствий, если только это предложение не было предварительно им акцептовано.

Акцепт переводного векселя может быть произведен или лицом, указанным в качестве плательщика, либо особого платель-

¹ Основными источниками вексельного права на территории РФ являются Женевские вексельные конвенции 1930 г. №№ 358 — 360 («О Единообразном Законе о переводных и простых векселях» с приложениями, «О разрешении некоторых коллизий законодательств о переводных и простых векселях» и «О гербовом сборе в отношении переводных и простых векселей»), а также Положение о переводном и простом векселе, введенное в действие постановлением ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 г., повторно утвержденное постановлением Президиума Верховного Совета РСФСР от 24 июня 1991 г. Тексты конвенций см.: Международное частное право. Сб. норм. док. М., 1994. С. 385 — 437. Официальный текст Положения: СЗ СССР. 1937. № 52. Ст. 221; Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 31. Ст. 1024.

² Вопреки предписаниям Положения о векселях и тексту самого переводного векселя ряд ученых признают наличие в переводном векселе обязательства платежа со стороны трассанта, объявляя его условным обязательством. Правда, среди сторонников этой концепции нет единого мнения о качестве условия — одни считают его отменительным (см., напр.: Е. А. Крашенинников. Составление векселя. Ярославль. 1992. С. 5), другие отлагательным (см., напр.: Г. Ф. Шершеневич. Вексельное право. Лекции. С.-Пб. 1909. С. 25).

щика, либо посредника в акцепте, или платеже и должен быть выражен словами «акцептован», «принят» и иными подобными. Посредством акцепта плательщик или посредник принимают на себя обязанность оплатить переводный вексель в срок.

Интересно, что ст. 815 ГК РФ, определяя термин «вексель», устанавливает, что как простой, так и переводный векселя представляют собой ценные бумаги, содержащие обязательство уплаты векселедателя (простой) или третьего лица — плательщика (переводный). Следуя буквальному толкованию этого определения, неакцептованное предложение уплатить, несмотря на свое соответствие форме векселя, векселем признаваться не должно. Такой подход прямо противоречит определению содержания переводного векселя, которое предлагается Единым Вексельным Законом — актом международного права. Поскольку в абз. 2 п. 2 ст. 7 ГК РФ предусмотрено, что правила международных договоров имеют приоритет над нормами национального гражданского законодательства, определение переводного векселя, предложенное ст. 815 ГК РФ, как противоречащее определению акта международного права, не должно применяться.

Всякий вексель, как переводный, так и простой могут передаваться посредством индоссамента (ст. 11 Положения о векселях).

Платеж по всякому векселю со стороны всякого обязанного по нему лица может быть обеспечен обязательством авалиста (авалем) или вексельным поручительством (ст. 30 Положения о векселях). Отличительной особенностью авала является его односторонний характер, в силу чего обязательство авалиста является действительным, по общему правилу, даже при недействительности того обязательства, которое он гарантировал. Авалист отвечает так же, как и тот, за кого он дал аваль, в солидарном с ним порядке (ст. 32 Положения). Для банков авалирование векселей само по себе может стать доходной операцией наряду с выдачей поручительств и банковских гарантий (см. об этом далее).

Факт неакцепта или неплатежа по векселю должен быть удостоверен особым нотариальным актом — протестом (ст. 44 Положения). Наличие протестованного векселя позволяет векселедержателю обратиться с иском против любых лиц, поставивших свои подписи на векселе. Упущение срока для соверше-

ния протеста лишает векселедержателя прав из векселя ко всем лицам, кроме акцептанта (в переводном векселе) и векселедателя (в простом векселе) (см. ст. ст. 53 и 78 Положения).

«Размещение» банковских векселей. Широкий размах приняла практика так называемого «размещения» банковских векселей, под которым понимается массовый выпуск в оборот простых векселей, производимый обычно банками и иными участниками финансового рынка, против принятия денежных средств для их производительного использования.

Данная операция получила распространение именно в России благодаря наложению жестких ограничений на выпуск иных ценных бумаг, предназначенных для мобилизации капитала. Выпуск так называемых «банковских векселей» сегодня является едва ли не самой распространенной операцией коммерческих банков.

Более того, выпуск векселей в оборот в массовом порядке породил странное с правовой точки зрения понятие — «эмиссия векселей» (во множественном числе). Историческая отечественная и современная мировая практика шла на применение простых векселей только в самых крайних, единичных случаях. Это могло иметь место, например, тогда, когда приходилось взаимодействовать с экономически более сильным контрагентом, навязывающим «вексельную» форму правоотношений. Это могло произойти и тогда, когда в деле участвовало лицо, не имеющее должников (дебиторов) и открытого кредита банка, на которых оно могло бы выставить тратту (несолидный предприниматель). Российские же коммерческие банки обязываются по векселям, по сути, перед каждым желающим. Во многом это недостаток существующего вексельного законодательства России, но в еще большей степени — недостаток правовой культуры и практики применения законодательства.

Никакой правовой специфики в сравнении с традиционной сделкой составления и выдачи векселя «размещение» векселей не имеет. Декларируемые статьями «специалистов-практиков» такие «преимущества банковского векселя», как «безусловность и абстрактность», «возможность индоссирования», «возможность залога и пр. вовсе не являются особенностями, присущими исключительно «банковским» векселям.

Мы полагаем, что в скором времени такой практике должен быть дан самый решительный отпор. Вексель должен

быть векселем — инструментом оформления кредита под ценности, составляющие предмет конкретных сделок, а не суррогатом облигаций. Никто не усомнится в том, что договор купли-продажи, по неаккуратности наименованный «договором хранения», останется все-таки договором купли-продажи. Под ярлыком «простой (банковский) вексель» преподносится способ обхода норм о выпуске облигаций, банковских сертификатов, а зачастую — о лицензировании банковской деятельности.

Бороться с этим явлением позволяют в настоящее время только нормы ГК РФ. Мы имеем в виду нормы п. 2 ст. 170 и п.п. 2 и 3 ст. 835, устанавливающие соответственно ничтожность притворной сделки и последствия принятия от граждан денежных средств, произведенного с нарушением установленного порядка. На наш взгляд, не подлежит сомнению, что так называемая «эмиссия векселей» относится к категории притворных сделок, ибо ее осуществление преследует цели, достижение которых является следствием другой сделки — выпуска облигаций. Следовательно, к «эмиссии векселей» должны применяться правила, установленные действующим законодательством для выпуска облигаций, в частности — правила об условиях выпуска, ограничениях, государственной регистрации. Несоблюдение же этих правил (а при выпуске векселей они никогда не соблюдаются) позволяет признать выпуск данных ценных бумаг незаконным.

Последствия такого выпуска прямо установлены п. 2 ст. 835 ГК РФ и выражаются:

для граждан — в праве вкладчика (лица, вложившего денежные средства в ценные бумаги) потребовать немедленного возврата суммы вклада, а также уплаты на нее процентов, предусмотренных ст. 395 ГК, и возмещения сверх суммы процентов всех причиненных убытков;

для юридических лиц — в праве вкладчика предъявить иск о последствиях ничтожной сделки на основании ст. ст. 167 и 168 ГК РФ.

Подчеркиваем, что по нашему мнению, возможность применения таких последствий обусловлена **незаконностью самого процесса массового выпуска векселей**. Норма п. 3 ст. 835 ГК РФ, предусматривающая, в частности, что вышеперечисленные последствия применяются также и в случае вся-

кого привлечения денежных средств граждан во вклады под векселя или иные ценные бумаги, исключающие получение их держателями вклада по первому требованию и осуществление вкладчиком других прав, предусмотренных правилами гл. 44 ГК РФ, должна применяться только лишь в рамках, не противоречащих вексельному законодательству. Положение же о векселях, как известно, не предусматривает обязанности плательщика — векселедателя простого и акцептанта переводного векселей — платить до наступления срока платежа. Лицо, которое попытается принудить плательщика к совершению досрочного платежа, окажется не в состоянии этого сделать, ибо ЕВЗ и Положение о векселях исчерпывающим образом перечисляют юридические составы, дающие право на досрочный иск из векселя (см. ст. ст. 43 ЕВЗ и Положения). Указаний на то, что иные составы могут быть предусмотрены законом, там не содержится.

Таким образом, лицо, которое попытается реализовать предоставленное ГК право требования досрочного возврата средств по документам, являющимся векселями, окажется лишенным соответствующего вексельно-правового инструментария для этого. Предъявление же иска на основании общих норм гражданского права будет означать отказ кредитора от всех преимуществ права вексельного (в частности, отказ от применения норм ст. ст. 48 и 49 Положения об объеме требований по векселю, отказ от своего права на регресс к индосантам и авалистам).

Векселедательский кредит. Заслуживает краткого рассмотрения и операция **векселедательского кредита**. Банк заключает с клиентом кредитный договор о предоставлении клиенту кредита, в котором делает оговорку о возможности его исполнения путем выдачи в пользу клиента простого векселя на сумму кредита. Разумеется, срок платежа по векселю должен быть строго определен или, по крайней мере, ограничен периодом времени, который менее длителен, чем срок возврата кредита по договору.

Клиент, получивший данный вексель, может либо дожидаться срока платежа по нему и потребовать платежа от банка, либо, не дожидаясь его наступления, продать вексель третьему лицу. В обоих случаях клиент получает за вексель деньги и пользуется ими. Векселеприобретатель компенсирует свои

затраты по покупке векселя с наступлением срока платежа по нему — он предъявит вексель на платеж в банк и получит за него деньги.

Банк по наступлении срока погашения кредита требует на основании кредитного договора сумму кредита и процентов по нему, чем покрывает затраты по оплате вексельной суммы и получает вознаграждение, являющееся его прибылью.

Такой кредит в литературе получил наименование векселедательского¹, вероятно в силу того, что решающим фактором успеха сделки является платежеспособность и безупречная деловая репутация банка-векселедателя. С одной стороны, это качество является гарантией надежности выданных им векселей, а с другой, косвенно гарантирует и платежеспособность заемщика — первого векселедержателя.

С юридической же точки зрения такая операция не имеет права на существование. Заем может предоставляться только деньгами или вещами, определенными родовыми признаками, а кредит — исключительно деньгами (см. п. 1 ст. 807 и п. 1 ст. 819 ГК РФ). То обстоятельство, что ст. 822 ГК регламентирует институт товарного кредита, предусматривающего обязанность предоставить в кредит вещи, определенные родовыми признаками, дела не меняет, ибо вексель ни в коем случае не может рассматриваться не только как деньги, но и как разновидность вещей, определенных родовыми признаками. В основе векселя всегда лежит единичная конкретная сделка, а следовательно, всякий вексель является индивидуально определенной вещью.

Таким образом, **выдача банком собственных соло-векселей никак не может быть приравнена к выдаче кредита**. Кроме того, договор кредита не может породить обязанности заемщика возратить того, чего ему не выдавалось: с заемщика требуют возврата денег, но ведь именно денег-то он и не получал! В лучшем случае банк теоретически может истребовать у заемщика векселя, хотя практически это вряд ли осуществимо. И уж во всяком случае банк-кредитор будет

¹ Одна из точек зрения на экономическую сторону данного вида кредитования см.: А. Макеев. Когда вексель лучше денег // Экономика и жизнь: Ваш партнер. 1994. № 41. С. 19.

лишен возможности получить исполнение от поручителей заемщика по такому договору.

Следовательно, банкам, уже заключившим договоры о выдаче кредита собственными векселями, придется балансировать между юридической грамотностью заемщиков (их поручителей) и амбициями государственных органов. От первых банки могут защититься, сославшись на то обстоятельство, что их векселя вовсе не индивидуально-определенные вещи. И такие банки тут же попадут под залпы Госналогслужбы, прокуратуры, да и под вопросы судей: а соблюдены ли в таком случае правила, установленные для публичного размещения бумаг массовых выпусков? Скорее всего, банкам придется отказываться от побед тактических — сумм выплаченных средств по векселям — в угоду интересам стратегическим, состоящим в защите самой концепции «банковского векселя».

Банкам же, желающим избежать юридических проблем с операцией вексеledательского кредита, можно рекомендовать применять либо нормы о «нормальном» (денежном) кредите (ст. ст. 819 — 821 ГК РФ), либо нормы о коммерческом кредите в форме отсрочки оплаты выданных векселей (ст. 488 и п. 1 ст. 823 ГК РФ).

В первом случае в договоре предусматривается обязанность кредитора выдать кредит деньгами, а также целевой характер данного кредита: полученный кредит может быть использован на приобретение векселей банка с определенными признаками. Целесообразно выдавать такой кредит не на расчетный счет клиента-заемщика, а на открываемый ему банком специальный ссудный (целевой) счет, обеспечивающий использование находящихся на нем средств только по определенному целевому назначению.

Во втором случае операция должна оформляться договором купли-продажи банком собственного векселя с условием отсрочки платежа за него (разновидность коммерческого кредита). Период отсрочки желательно сделать несколько менее длительным, чем срок платежа по векселям: в этом случае банку вообще не придется привлекать для операции ни рубля собственных средств. Получив по окончании отсрочки денежные средства за проданные векселя, банк использует их по наступлении срока для оплаты предъявленных ему векселей.

§ 3. Обслуживание обращения ценных бумаг

Субъекты правоотношений, удостоверенных ценной бумагой, как должник, так и кредитор по ней, не могут полноценно реализовывать свои права и исполнять обязанности, составляющие *corpus* бумаги, без взаимного содействия, а также без содействия третьих лиц. Сделками должника и кредитора по ценной бумаге с третьими лицами, направленными на обеспечение динамики правоотношений из ценных бумаг, и оформляются операции по обслуживанию оборота ценных бумаг.

Наибольшее значение такие сделки имеют при обслуживании оборота бездокументарных бумаг. Сама природа этого института обусловила появление институтов депозитария и реестродержателя (специализированного регистратора). Первые работают в контакте с кредиторами (держателями) ценных бумаг, вторые — по договору с эмитентом.

Банки как депозитарии и регистраторы. **Депозитарий** — юридическое лицо, осуществляющее деятельность по учету прав на ценные бумаги в форме ведения так называемых «счетов депо» — документов, фиксирующих факты принадлежности ценных бумаг определенного рода и качества на вещном праве определенному субъекту. **Держатель реестра (регистратор)** — юридическое лицо, которым может быть эмитент или специализированный регистратор, осуществляющее деятельность по ведению и хранению так называемого «реестра собственников» или «реестра владельцев» бездокументарных бумаг. Из предыдущего изложения ясно, что это наименование столь же условное, сколь и сам термин «бездокументарные» ценные бумаги. Под специализированным регистратором понимается юридическое лицо (не совпадающее с эмитентом), осуществляющее по договору с эмитентом деятельность по ведению и хранению реестра. **Общее качество для обоих типов регистраторов** — они осуществляют открытие и ведение лицевых счетов зарегистрированных лиц и иные операции в реестре.

По общему правилу держатели ценных бумаг могут контактировать в основном с депозитариями. Однако ничто не мешает им обращаться и непосредственно к регистратору. Для таких случаев, а также для облегчения взаимосвязи с самими депозитариями регистратор организует сеть так называемых трансфер-агентов. **Трансфер-агент** — юридическое лицо,

профессиональный участник рынка ценных бумаг, выполняющее по договору с регистратором функции по приему от зарегистрированных лиц (их уполномоченных представителей) и передаче регистратору информации и документов, необходимых для проведения (отражения) операций в реестре, а также функции по приему от регистратора и передаче зарегистрированным лицам (их уполномоченным представителям) информации и документов, полученных от регистратора. Трансфер-агент не осуществляет открытие и ведение лицевых счетов зарегистрированных лиц и иные операции в реестре, выступая неким «мальчиком на побегушках», у регистратора, заключившего с ним соответствующий договор.

Депозитарий открывает счет депо только на основании договора. Открытие же и ведение лицевого счета регистратором является его обязанностью, вытекающей из самого его статуса, и предметом договора с зарегистрированным лицом быть не может. В течение трех дней с момента получения документов, свидетельствующих о необходимости открытия нового лицевого счета или о необходимости внесения изменений записей в реестр, регистратор обязан выполнить необходимые действия — открыть счет или произвести изменения. Различный, помимо этого, в функциях и качествах депозитария и реестродержателя мы не отыщем.

Банки могут работать как в качестве регистраторов, так и в качестве депозитариев. Договор с эмитентом ценных бумаг о порядке ведения реестра собственников должен, по всей видимости, иметь форму договора об оказании услуг. Сложнее определиться с правовой природой договора счета депо. Собрав воедино все его характеристики, мы получаем, что этот договор:

— предусматривает оказание фактических и юридических услуг в виде технического оформления определенных юридических фактов и, главным образом, правового положения определенного лица по отношению к определенным ценным бумагам, а также в виде хранения ценных бумаг (документов);

— является консенсуальным;

— заключается с одной стороны специализированной организацией (депозитарием) по типовой форме, имеющейся в его распоряжении (договор присоединения), по общему правилу с каждым обратившимся к нему лицом, являющимся

управомоченным по «бездокументарным» бумагам (публичный договор);

— является возмездным;

— обычно заключается на неопределенный или длительный срок.

На наш взгляд, перед нами договор особого рода, не поддающийся под какой-либо иной известный договорный тип. Наиболее близкой аналогией для договора счета депо может быть признан договор банковского счета. Однако, учитывая то, что предметом учета в депозитарии могут быть не только права требования денежных сумм, но и иные имущественные права, а также то обстоятельство, что носителем корреспондирующих этим правам юридических обязанностей является не сам депозитарий, а третье лицо (эмитент «бездокументарных» бумаг), отождествить договор счета депо с договором банковского счета нельзя.

Работа депозитария и реестродержателя мыслима в отношении не только инвестиционных ценных бумаг. Ничто не мешает банкам заключать договоры об обслуживании оборота торговых бумаг и даже товарораспорядительных документов. Примером договора первого типа может служить договор о представлении на инкассо векселей (чеков, а также иных финансовых документов). Ко второму типу можно отнести соглашения, в соответствии с которыми банки обязуются принимать поступающие к ним товарораспорядительные документы по аккредитивам и также выставлять их на инкассо. Да и с кредиторами инвестиционных ценных бумаг возможно заключение соглашений, предусматривающих обязанность банка совершать действия, вызванные природой таких бумаг (получать дивиденды или проценты, участвовать в собраниях акционеров, получать суммы номинальной стоимости при погашении бумаг и пр.).

Эмитенты торговых бумаг могут договариваться с банками о подкреплении последними их кредитоспособности по чекам, векселям и аккредитивам путем авалья, акцепта, посредничества или подтверждения. Все эти процедуры четко урегулированы специальным законодательством и также могут служить примером операций по обслуживанию оборота ценных бумаг.

§ 4. Учет и переучет векселей, флуот векселей и чеков

Учет, или дисконт, векселей представляет собой операцию по приобретению банком векселя до наступления по нему срока платежа с перенесением на банк как прав вексельного кредитора, так и бремени исполнения кредиторских обязанностей (предъявления на акцепт, платеж, к протесту и к взысканию).

Из определения операции следует, что она должна носить **взаимно-возмездный характер**. Возмездность со стороны банка выражается во вручении им клиенту определенной денежной суммы, ибо клиент, передавая банку права кредитора по векселю, сам теряет статус такового, что и требует известного вознаграждения. Сумма, выдаваемая банком клиенту, определяется суммой векселя и количеством времени, остающимся до срока платежа по нему. **Возмездность со стороны клиента** состоит в согласии получить не всю вексельную сумму, а лишь часть ее, ибо банк соглашается приобрести вексель до наступления срока платежа. Этим банк связывает свой капитал до наступления срока платежа, принимает на себя риск его неполучения, бремя предъявления, протеста и взыскания. Естественно, что производство этих действий также подлежит вознаграждению.

Таким образом, с юридической точки зрения операция учета векселя представляет собой его куплю-продажу. Клиент передает банку вексель (актив) и связанные с ним риски (пассив) — неакцепта и/или неплатежа, бремя предъявления, протеста и взыскания. Актив и пассив составляют предмет договора. **За передачу актива банк уплачивает клиенту вознаграждение** — выдает часть вексельной суммы. **За принятие пассива банк принимает от клиента вознаграждение** — удерживает часть вексельной суммы, которая исчисляется по ставке, называемой учетным процентом, или дисконтом.

Дисконтом называют также саму операцию учета векселя, а также сумму, удерживаемую банком в свою пользу. Особое наименование самой операции объясняется ее «отпочкованием» от традиционной купли-продажи в силу неочевидности своего эквивалентно-возмездного характера. Зачастую вознаграждение (дисконт) банка воспринимается как его прибыль, подлежащая налогообложению по ставкам налога на доходы по ценным бумагам. В действительности же дисконт — это

покупательная цена пассива, сопровождающего вексель, которая не должна облагаться налогом на прибыль, НДС, налогом на операции с ценными бумагами.

Сейчас уже никто (кроме, вероятно, Госналогслужбы) не оспаривает, что учет — это договор купли-продажи. Ранее же в учете видели и индоссамент, и заем, и поручение, и даже хранение. К сожалению, операция учета такова, что момент продажи актива — прав требования из векселя, а также момент продажи пассива — бремени требования из векселя совмещены друг с другом во времени и потому не очевидны. Это и приводит к односторонней трактовке операции: банк соглашается платить по векселю до наступления срока платежа, за что и получает доход в форме дисконта. В действительности же дисконт — полученная банком покупная цена пассива.

Особые наименования имеют и стороны учетной операции: банк, учитывающий вексель, называется дисконтером, клиент, предъявляющий вексель к учету, — дисконтистом, или дисконтантом. Порядок проведения учетной операции регулируется ч. 1 разд. 2 Рекомендаций. Данный документ, как следует из его наименования, носит рекомендательный характер, поэтому банки вполне могут отступать от его положений в своей практике. Так, например, Рекомендации предлагают предъявлять векселя в банк при реестрах установленной формы, не принимать к учету бронзовые, дружеские и встречные векселя, взимать порто¹ и дампо². Все эти нормы предназначены исключительно для того, чтобы помочь российским банкам — новичкам, первоклассникам на учетном рынке, но отнюдь не для того, чтобы навязывать им взгляд и подход Банка России. Конечно, в силу здравости этих рекомендаций банкам лучше их соблюдать.

Исчисление суммы дисконта производится по формуле

$$C = \frac{K \times T \times П}{360 \times 100},$$

где C — сумма дисконта (руб.), K — вексельная сумма (руб.), T — количество дней, оставшихся до срока платежа (целое число дней), $П$ — учетная ставка (%).

¹ Почтовые расходы.

² Комиссия по инкассированию иногородних векселей.

Количество дней в году принимается равным 360, в месяце (если T превышает 1 месяц) — 30 дней. Если T меньше месяца, берется соответствующее количество дней.

Так, если вексель со сроком платежа на 30 марта учитывается 9 марта, T будет составлять 21 день (30 — 9).

Если тот же вексель учитывался бы 18 декабря, T составляло бы 102 дня и определялось следующим образом: 30 дней (с 18 декабря по 18 января) + 30 дней (с 18 января по 18 февраля) + 30 дней (с 18 февраля по 18 марта) + 12 (30 — 18) дней.

Исходя из метода определения дисконта, можно сделать вывод, что предметом учета могут быть лишь векселя, составленные сроком «на определенный день» и «во столько-то времени от составления». Векселя «во столько-то времени от предъявления» могут быть учтены лишь после постановки на них визы — датированной отметки о предъявлении, являющейся началом отсчета определенного срока платежа. Векселя со сроком платежа «по предъявлении» и «по предъявлении, но не ранее чем» не могут быть предметом учета, если только банк и клиент не договорятся о конкретном дне предъявления векселя к платежу, исходя из которого они смогут сосчитать подлежащий удержанию дисконт.

Передача векселя банку оформляется выполнением индоссамента традиционного типа «платите приказу банка такого-то». Рекомендации полагают более целесообразным снабжать векселя бланковым индоссаментом, который затем может быть заполнен как на собственное имя, так и на имя другого банка или иного лица. Однако наличие таких индоссаментов увеличивает соблазн хищения векселя, провоцируя банковских служащих заполнять бланки на собственное имя. Служащему достаточно один раз передать такой вексель, как его держателем окажется добросовестный приобретатель, который получит все права из векселя, а сам служащий неосновательно обогатится.

Банки должны очень осторожно подходить к операции учета векселей (формированию вексельного портфеля), ибо, помимо риска неполучения платежей вексельных сумм, они несут и риск безвозвратной потери нотариальных и судебных издержек. Поэтому принимаемые к учету векселя должны быть многократно проверены на предмет соответствия законодательству их формы и содержания, а также быть подпи-

санными не одним, а несколькими лицами с известной банку высокой платежеспособностью. Предпочтительно также наличие оговорки типа «оборот без издержек» и отсутствие оговорки типа «без оборота на меня».

Если банк желает учесть вексель у лица, платежеспособность которого ему неизвестна, ничто не мешает ему обусловить учет внесением в обеспечение вексельной ответственности определенных ценностей. Возможно и заключение предварительного соглашения об обратном выкупе векселя клиентом также до наступления срока платежа.

В случае же приобретения векселя, безнадёжность которого стала очевидна после учета, но до наступления срока платежа, банк может сам попытаться продать этот вексель кому-либо, например учесть его в другом банке. С точки зрения принципа делового сотрудничества и взаимопомощи такой подход (знал, но умолчал, а потому не обманул) заслуживает всяческого осуждения, однако со стороны правовых норм не влечет какой-либо неблагоприятной реакции. Более того, такая операция имеет специальное наименование и регулирование.

Переучет (пансионирование) векселей. Это операция почти всегда пассивная для коммерческих банков, поскольку представляет собой куплю-продажу учтенных банком векселей другому банку или иному лицу, в роли которого обычно выступает Центральный (Национальный, Государственный) банк. Банком России 4 октября 1994 г. утверждены «Временные основные положения по переучету векселей предприятий Банком России»¹.

Дисконтером в операции пансионирования является Банк России, дисконтистом — коммерческий банк-резидент Российской Федерации. Пансионированию могут быть подвергнуты лишь простые векселя предприятий-поставщиков, выставленные ими в пользу коммерческих банков. Отсюда следует, что операцию приобретения простого векселя коммерческим банком у предприятия-поставщика Банк России рассматривает как учетную операцию, при этом противоречия положениям собственных Рекомендаций.

¹ Банковский бюллетень. 1994. № 36. С. 13 — 17. Далее — «Временные положения».

Операцию, предусмотренную Временными положениями, операцией переучета назвать нельзя, ибо векселя, приобретаемые Банком России, не являлись ранее предметом учета со стороны банков. Банк стал векселедержателем не в результате совершения учета, что косвенно может быть подтверждено отсутствием соответствующего индоссамента на него, а после предоставления кредита предприятию на производство и поставку продукции. Эта задолженность по кредиту и получила вексельное оформление. В операции же приобретения векселя в качестве его первого держателя нет не только сколь-нибудь родственного учетной операции, но и ничего специфически банковского.

Первым же приобретателем векселя по индоссаменту является Банк России, в силу чего можно смело говорить о проведении им на основании упомянутых Временных положений именно учетной, а не переучетной операции.

Классическое же пансионирование может осуществляться лишь в отношении векселей, ранее приобретенных банками в порядке учета (по индоссаменту). Понятно, что для последних операция будет иметь смысл лишь в том случае, когда вексель переучитывается в банке, применяющем более низкую учетную ставку. Таким банком почти всегда является Центральный (Национальный, Государственный) банк. Разница между удержанной с клиента и уплаченной Центральному банку суммами дисконта и составит доход коммерческого банка. Увеличивая или снижая уровень переучетной ставки, Банк России может делать более или менее выгодной операцию переучета, что косвенно влияет и на прибыльность учетной операции. Таким образом проводится учетная политика, состоящая в регулировании объемов коммерческого кредита, предоставляемого производителям.

Аналогом учетной операции является так называемый «флоут» чеков.

«Флоут» чеков. Вексельный «флоут» в России. «Флоутом» у себя на родине (в США) «... именуются беспроцентные кредиты, фактически предоставляемые ФРС при обслуживании чекового обращения»¹. Происходит предоставление таких

¹ С. В. Пятенко. Кредитно-денежная политика в США. М. 1985. С. 33.
«ФРС» — Федеральная Резервная Система (двенадцать эмиссионных банков, заменяющих в США Центральный банк).

кредитов следующим образом.

Держатель чека, не имеющий возможности и желания обращаться в банк чекодателя за платежом, обращается в собственный, его обслуживающий банк. Последний, не будучи связанным со своим клиентом каким-либо соглашением оплачивать такие чеки, имеет право отказаться от его оплаты без каких бы то ни было правовых последствий. Но в силу специфики конкуренции на это решаются немногие банки. Наоборот, большинство из них стараются по мере наличия свободных средств оплачивать такие чеки, принимая на себя риск последующего неплатежа по ним. Таким образом, оплачивая чек сегодня, банк сможет предъявить по нему требование к банку, обслуживающему чекодателя только через некоторое время — время, необходимое, по крайней мере для того, чтобы связаться с плательщиком, отослать ему чек и получить оформленные платежные документы. Время отсутствия средств на счете и составляет, по сути, период кредитования банка плательщика.

«Флоут» чеков развития в России не получил из-за отсутствия обращения чеков, а также из-за отсутствия желающих давать беспроцентные кредиты. Но многие банки заключают между собой соглашения об учете простых банковских векселей друг друга, широко информируя клиентов, что их векселя **«абсолютно ликвидны» и безусловно принимаются к учету такими-то коммерческими банками.** Оплачивая вексель по такому соглашению, банк-плательщик тем самым кредитует векселедателя с момента оплаты и до тех пор, пока он не получит возмещения либо в виде денежных средств, либо в виде оплаты (учета) собственного векселя.

Суммы и сроки таких кредитов определяются при получении банками-векселедателями извещений об учете их векселей, а также их действиями по предоставлению возмещения. Процентная ставка по таким кредитам определяется в соглашении. Начисление процентов производится с момента списания денег со счета банка плательщика и вплоть до момента получения возмещения (поступления денег на счет от банка-векселедателя) либо до момента производства зачета взаимных требований.

Следует отметить, что в части введения платы за «флоут» российские банки идут наравне с американскими: в цитиро-

ванном выше сочинении введение платы за «флоут» рассматривается лишь как перспективное направление развития банковского дела в США, в то время как в России вексельный «флоут» стал платным, едва родившись. Скорее всего, такая же судьба ожидает и «флоут» чеков.

§ 5. Купля-продажа ценных бумаг

Банки имеют право совершать операции по купле-продаже ценных бумаг как для себя и за свой счет, так и по поручениям клиентов. Каких-либо правовых особенностей такие сделки не представляют. Однако общая специфика российского законодательства накладывает отпечаток и на эти сделки.

Правовое регулирование. Специфика правового регулирования техники совершения сделок купли-продажи инвестиционных ценных бумаг содержится в Инструкции о правилах совершения и регистрации сделок с ценными бумагами, утвержденной Письмом Минфина РФ от 6 июля 1992 г. № 53¹. Формально ее действие распространяется на заключаемые на территории Российской Федерации:

биржевые и внебиржевые сделки купли-продажи акций акционерных обществ, производных ценных бумаг, а также облигаций, выпускаемых акционерными обществами, другими предприятиями и организациями;

совершаемые на биржах или при посредничестве инвестиционных институтов сделки купли-продажи облигаций государственных и местных займов, казначейских обязательств и других государственных ценных бумаг;

договоры хранения перечисленных выше ценных бумаг, а также договоры дарения этих ценных бумаг в отношении правил, установленных разделами 4, 5 и 7 Инструкции.

Реально положения Инструкции применяются только к сделкам купли-продажи акций, облигаций и, изредка, государственных ценных бумаг.

Купля-продажа бумаг в кредит. Нормы Инструкции (пп. 1.4 и 3.1) устанавливают, что период между датой заключения сделки купли-продажи и оплатой ценной бумаги (срок кредита, выдаваемого на покупку ценной бумаги) не может превышать 90 дней. При этом доля заемных средств, привле-

¹ Бюллетень нормативных актов. 1992. № 9 — 10. С. 12 — 16.

ченных для покупки ценных бумаг, не может превышать 50 % от общей стоимости приобретаемых ценных бумаг. Банкам, кредитующим собственных клиентов на многочисленные биржевые операции и самим получающим кредиты для покупки ценных бумаг, необходимо помнить об этих ограничениях.

Содержание требований антимонопольного законодательства России. Заслуживают внимания и требования российского антимонопольного законодательства. Пункты 49 и 50 Положения о выпуске и обращении ценных бумаг и фондовых биржах в РСФСР, утвержденного постановлением Правительства РСФСР от 28 декабря 1991 г. № 78¹, а также пп. 4.1 и 4.2 Инструкции № 53 устанавливают, что «приобретение одним юридическим лицом или гражданином, либо группой лиц (на праве общей совместной собственности), либо группой юридических лиц, связанных между собой соглашением или контролирующих имущество друг друга², более 15 % акций какого-либо эмитента требует уведомления Министерства экономики и финансов РСФСР в пятидневный срок», а приобретение 35 или более процентов акций какого-либо эмитента или акций, обеспечивающих более 50 % голосов акционеров — предварительного согласия Государственного комитета РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур.

Первое требование вообще не распространяется на учредителей акционерного общества при его учреждении; второе — если уставный капитал общества не превышает 50 млн руб.

Уведомление направляется в письменной форме с указанием в нем данных о фирменном наименовании и юридическом адресе юридического лица и сведениях о физическом лице с приложением экземпляров договоров о сделках с ценными бумагами, в результате которых было приобретено более 15 % акций какого-либо эмитента. Направление уведомления в

¹ СП РСФСР. 1992. № 5. Ст. 26.

² В развитие этих предписаний издан Приказ ГКАП РФ от 18 января 1994 г. № 5 «Об утверждении Инструкции о порядке контроля за приобретением паев, долей участия товариществ и простых именных акций акционерных обществ и порядке признания лиц, контролирующих имущество друг друга» (с изменениями от 29 декабря 1994 г.). Российские вести. 1994. 29 марта; 1995. 4 мая.

Минфин или получение согласия ГКАП РФ является бременем приобретателя бумаг.

Особые нормы, обеспечивающие контроль за монополизацией банковской сферы, установлены ст. 60 Закона РФ от 2 декабря 1990 г. «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» в редакции от 26 апреля 1995 г.

Приобретение в результате одной или нескольких сделок одним юридическим или физическим лицом, либо группой юридических и (или) физических лиц, связанных между собой соглашением, либо группой юридических лиц, являющихся дочерними или зависимыми по отношению друг к другу, более 5 % долей (акций) кредитной организации требует уведомления Банка России, а более 20 % — предварительного согласия Банка России.

Банк России не позднее 30 дней с момента получения ходатайства сообщает заявителю в письменной форме о своем решении — согласии или отказе. В случае, если Банк России не сообщил о принятом решении в течение указанного срока, сделка купли-продажи долей (акций) кредитной организации считается разрешенной.

Отказ должен быть мотивирован. Банк России имеет право отказать в даче согласия на совершение сделки купли-продажи более 20 % долей (акций) кредитной организации при установлении неудовлетворительного финансового положения приобретателей долей (акций)¹.

Иные ограничительные нормы. Наконец, существуют многочисленные нормы, ограничивающие права отдельных видов коммерческих организаций на операции купли-продажи ценных бумаг. Наиболее известна норма абз. 3 п. 19 Положения № 78, которая устанавливает, что инвестиционные фонды не вправе направлять более 5 % своего капитала на приобретение ценных бумаг одного эмитента, а также приобретать более 10 % ценных бумаг одного эмитента. Поскольку эти нормы не имеют непосредственного отношения к деятельно-

¹ О приобретении акций российских юридических лиц иностранными инвесторами см. разд. 5 Закона РСФСР от 4 июля 1991 г. «Об иностранных инвестициях в РСФСР» (с изменениями от 19 июня 1995 г.). Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 29. Ст. 1008; Собрание законодательства РФ. 1995. № 26. Ст. 2397.

сти банков, специально рассматривать их мы не будем.

Виды сделок купли-продажи ценных бумаг. Практические соображения подразделяют сделки купли-продажи ценных бумаг по различным основаниям. Прежде всего различают сделки с **немедленным расчетом** (кассовые сделки) и сделки с **отсрочкой расчета**.

Под **немедленным расчетом** понимается оплата и поставка бумаг, отстоящие друг от друга на два-три банковских дня. Кассовые сделки, совершаемые за наличный расчет, также имеют особое наименование — **контантные сделки**.

Сделки с отсрочкой расчета подразделяются на **кредитные** и **авансовые**, в зависимости от того, что происходит позднее — передача денег или передача бумаг. Если сначала передаются бумаги, потом деньги — сделка кредитная, если наоборот — авансовая. Отсрочка в поставке бумаг обычно не превышает одного года, в оплате — не может превышать 90 дней. Отсрочка в поставке бумаг с номиналом в иностранной валюте или приобретаемых за иностранную валюту у нерезидента не может превышать 180 дней.

По месту совершения сделок купли-продажи различают сделки на **биржевом** и **внебиржевом** рынках; последние подразделяются на сделки на **первичном** и **вторичном** рынках.

Купля-продажа ценных бумаг может производиться либо с целью долгосрочного вложения средств, либо для игры на курсе этих бумаг. Для игры на курсе используется операция из нескольких сделок купли-продажи, связанных между собой: приобретая ценные бумаги в одном городе, лицо сбывает их затем в другом городе по более высокому сложившемуся там курсу. Такие сделки называются **арбитражными**, а сама операция — **фондовым арбитражем**.

Чрезвычайно близки к сделкам купли-продажи ценных бумаг и так называемые **срочные сделки**. В действительности они представляют собой особую группу сделок, совершаемых исключительно на фондовых биржах и не подпадающих под известные сегодня институты гражданского права. К их рассмотрению мы и переходим.

§ 6. Фондовые биржевые операции

Под этим понятием объединяются самые различные по своей природе сделки. Общим для них является отсутствие их

регламентации действующим гражданским законодательством. Процесс их совершения и правовая природа устанавливаются в основном внутрибиржевыми обычаями и торговыми обычкновениями. Все эти сделки направлены на получение их участниками прибыли в виде курсовой разницы, образующейся из-за изменения курса ценных бумаг во времени (сегодня вырос — завтра снизился).

Сделка по твердому курсу. Эта сделка представляет собой соглашение о праве одной стороны продать (купить) и обязанности другой купить (продать) по наступлении определенного момента времени некоторое количество обусловленных ценных бумаг по твердой, не подлежащей изменению, цене (твердому курсу).

При наступлении определенного соглашением срока стороны сравнивают курс текущего дня с курсом сделки. Если курс сделки выше курса дня, в выигрыше окажется контрагент, выговоривший себе право продать эти ценные бумаги. Если бы он продавал их на свободном рынке по курсу дня, он смог бы получить, допустим, по 1000 единиц валюты за каждую бумагу. Но приобретя для себя право продать эти же бумаги по твердому курсу, равному, допустим, 1200 единиц за бумагу, он имеет веские основания не предлагать бумаги на рынок, а «всучить» их своему контрагенту.

Наоборот, с возрастанием текущего курса до величины, превышающей курс сделки, в выигрыше окажутся лица, обусловившие себе право покупки бумаг. Вместо того чтобы покупать бумаги на свободном рынке по 1500 (курс дня), они могут купить их же у своих контрагентов, скажем, по 1200 (курс сделки).

В современной российской биржевой практике сделка по твердому курсу получила название **опционной**, или **фьючерсной** — в зависимости от срока, на который стороны отодвигают обязанность совершения сделки. Но российское законодательство первоначально трактовало опцион как право лица приобрести акции на льготных условиях, приобретенное им у общества-эмитента (п. 83 Положения об акционерных обществах). Практика стала трактовать этот термин шире. Сегодня опцион — это сделка купли-продажи права на покупку или продажу ценных бумаг в будущем по твердой, заранее обусловленной цене. Срок совершения опционной сделки обычно не превыша-

ет месяца, в то время как сделки фьючерсные заключаются на срок от трех месяцев до одного года.

Репорт-депорт. Это гибрид сделок купли-продажи ценных бумаг (аналог просматривается даже в названии) и сделки по твердому курсу. По договору репорта-депорта одна сторона (депортер) продает другой стороне (репортеру) некоторое количество определенных ценных бумаг и обязуется выкупить их при наступлении определенного момента времени по курсу дня, в то время как репортер приобретает от депортера это количество бумаг и обязуется продать их депортеру при наступлении определенного момента времени по курсу дня.

В момент заключения сделки ни ценные бумаги, ни деньги, как правило, не передаются. Составляется лишь соглашение (обычно — весьма краткосрочное, не более чем на 15 дней), в соответствии с которым по прошествии этого срока стороны соглашения вновь соберутся и исчислят разницу между курсом, указанным в соглашении, и курсом дня. Если курс дня окажется выше того, который предусмотрен в соглашении, в выигрыше окажется репортер. Ведь он сможет заставить депортера выкупить проданные им ранее бумаги по курсу дня, который превышает тот курс, по которому бумаги были проданы. Наоборот, для депортера выгодно понижение курса, поскольку он может приобрести бумаги по цене меньшей, чем та, за которую он же ранее их продал.

Поскольку для репортера выгодно последующее повышение курса, а для депортера — его снижение, говорят, что репортеры — это лица, «играющие на повышение», а депортеры — «играющие на понижение». Первые на биржевом жаргоне именуется «быки» (поднимающие на рога), вторые — «медведи» (придавливающие, ломающие соперника).

Репорт-депорт не может считаться видом купли-продажи хотя бы потому, что при его совершении практически никогда не передаются права собственности на ценные бумаги. Обычно по наступлении обусловленного срока проигравший участник уплачивает выигравшему разницу между курсом заключения сделки и курсом дня ее ликвидации. Кроме того, даже если передача денежных средств и бумаг произойдет при самом заключении сделки, данная операция все равно не может быть рассмотрена как купля-продажа. Ведь приобретатель бумаг и приобретатель денег, хотя и получают их в собствен-

ность, но это право собственности сразу же обременяется обязательственным правом требования контрагента, возникновение которого поставлено в зависимость от отлагательного условия. Такая конструкция не присуща ни сделке купли-продажи, ни каким-либо другим сделкам, а потому мы считаем репорт-депорт сделкой особого рода, сегодня ГК РФ не регламентируемой.

Кратная сделка. Эта сделка имеет в своей основе сделку по твердому курсу или репорт-депорт. Сущность ее в том, что сторона, предположения которой об изменении курса реализовались (сторона, оказавшаяся в выигрыше), может требовать сообразно своим потребностям и возможностям от проигравшего контрагента покупки (продажи) количества ценных бумаг, кратного обусловленному при заключении сделки (в 2, 3, 5, 10 и более раз). Обыкновенно при заключении соглашения о кратной сделке стороны договариваются о пределе, выше которого победитель не может поднимать соотношение.

Сделка с премией. Как и предыдущая операция, сделка с премией базируется либо на опционе, либо на репорте-депорте. Особенность этой сделки в том, что одна или обе стороны оговаривают себе право при неблагоприятных для них изменениях курса бумаг отказаться от совершения или ликвидации сделки, уплатив партнеру обусловленную сумму (премию).

Юридическая природа этой премии полностью соответствует природе отступного (ст. 409 ГК РФ). Соответственно, всякая сделка с премией может быть определена как опцион или репорт-депорт, осложненные условием или условиями об уплате отступного.

Чем меньше будет размер отступного, тем выгоднее для той стороны, которая оговорила для себя право его применения.

Пролонгационная сделка. Это, опять-таки, либо опцион, либо репорт-депорт, осложненные условием о праве проигравшей стороны потребовать отсрочки в совершении (ликвидации) сделки на определенный период.

Основания для применения этого права должны быть очень и очень вескими, ибо, идя на отсрочку, проигравший может не только отыгаться, но и потерять еще раз в несколько раз больше. Правильный просчет стратегии пролонгационной сделки —

высший финансовый пилотаж, в который почти никто не рискует пускаться без сопровождения и финансовой поддержки обслуживающего банка, в связи с чем эти сделки пока не нашли широкого распространения в современной России.

Стеллаж. По договору о стеллаже одна сторона (покупатель стеллажа) обязуется перед другой (продавцом стеллажа) уплатить обусловленную денежную сумму в случае, если к оговоренному сторонами сроку курс определенных ценных бумаг будет принадлежать определенному числовому промежутку, а продавец стеллажа обязуется уплатить такую же сумму покупателю в случае, если курс будет находиться за пределами крайних значений установленного числового промежутка.

С юридической точки зрения стеллаж представляет собой не что иное, как сделку пари. Стороны спорят: одна (продавец) утверждает, что курс бумаг будет стабильным, вторая (покупатель) — что он будет подвержен колебаниям. Сторона, предположения которой к обусловленному сроку реализовались, получает право требовать от другой стороны предмета пари (обычно — денежной суммы).

Нормы гл. 52 ГК РФ устанавливают только два случая, когда требования, возникшие из выигрыша пари подлежат судебной защите (см. ст. 1062 и п. 5 ст. 1063 ГК). В остальных случаях лица, получившие право требования выигрыша по договору пари, могут рассчитывать на его получение только в случае добросовестного поведения контрагента. Отказ последнего от предоставления предмета договора не может стать основанием для предъявления иска из факта нарушения обязательства.

Интересно, что сколь широко распространено в законодательствах именно негативное отношение к обязательствам, возникающим из соглашений об играх и пари, столь же часты в биржевой практике данные сделки. Стимулом к исполнению таковых без принуждения со стороны суда служит «общественное мнение» коллег — участников биржевых торгов. Единственный отказ какого-либо из их участников от исполнения заключенной им сделки приведет к разрыву всяких отношений с ним не только со стороны потерпевшего, но и со стороны других коллег. Этим обстоятельством во многих странах и компенсируется отсутствие судебной защиты данных обязательств.

Сделка на разницу (на разность). И эта сделка — чистое пари. Но если в стеллаже идет спор о ценовом промежутке и конкретном значении курса, то в сделке на разницу заходит спор только о конкретных значениях курса. Каждый участник сделки объявляет о своем прогнозе относительно курса определенных ценных бумаг на определенную дату и обязуется перед другим участником по наступлении этой даты уплатить в его пользу разницу между названным им курсом и курсом дня.

Например, одна из сторон объявила о том, что ей кажется, будто бы 30 декабря 1995 г. курс определенных акций составит 1 млн единиц за штуку, а вторая — 1,5 млн. При курсе 30 декабря, равном 1,4 млн, получим, что первый участник обязан уплатить второму разницу между 1,4 и 1 млн единиц, т. е. по 400 тыс. за бумагу, а второй обязан уплатить первому разницу между 1,5 и 1,4 млн руб., т. е. по сто тысяч за бумагу.

Производя взаимозачет требований, получим, что второй участник сделки имеет право потребовать от первого при описанной нами ситуации уплаты трехсот тысяч единиц разницы за каждую ценную бумагу.

§ 7. Операции с государственными ценными бумагами

Разновидностью облигаций являются **государственные облигации**, или инскрипции, обычно рассматриваемые и законодательством, и практикой в качестве ценных бумаг особого рода.

Необходимость установления правовых норм, общих для всех видов инскрипций, отразилась в ст. 817 ГК РФ и в Законе Российской Федерации «О государственном внутреннем долге Российской Федерации» от 13 ноября 1992 г.¹ Статьей 817 ГК РФ установлены следующие принципы выпуска государственных облигаций (размещения государственных займов):

Государственные ценные бумаги могут удостоверить право займодавца на получение от заемщика предоставленных ему взаймы денежных средств или, в зависимости от условий займа, иного имущества, установленных процентов либо иных

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 1. Ст. 4.

имущественных прав в сроки, предусмотренные условиями выпуска займа в обращение (п. 3).

Государственные облигации или иные государственные ценные бумаги являются документами, свидетельствующими об участии их легитимированного держателя в договоре государственного займа. По договору государственного займа заемщиком выступает Российская Федерация или субъект Российской Федерации, а займодавец — гражданин или юридическое лицо (п.п. 3 и 1).

Государственные займы являются добровольными, т. е. никто не может быть принужден к приобретению государственных ценных бумаг (п. 4 ст. 75 Конституции РФ, п. 2 ст. 817 ГК РФ).

Изменение условий выпущенного в обращение займа не допускается (п. 4).

Закон «О государственном внутреннем долге» добавляет также принцип, согласно которому срок обращения (погашения) любых государственных долговых обязательств не может превышать 30 лет (абз. 2 п. 4 ст. 2).

В настоящее время правовое регулирование государственных облигаций в Российской Федерации выражается в основном в установлении особых условий и правил выпуска и обращения отдельных их видов. К сегодняшнему дню на внутреннем фондовом рынке России обращаются:

- облигации государственного внутреннего займа 1991 года¹;
- облигации государственного внутреннего валютного займа (так называемые «вэбовки»)²;
- государственные краткосрочные бескупонные обяза-

¹ См. об этом сообщение ЦБР от 30 июня 1992 г. *Бизнес и банки*. 1992. № 30.

² См.: «О мерах по урегулированию внутреннего валютного долга бывшего Союза ССР». Указ Президента РФ от 7 декабря 1992 г. № 1565. *Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ*. 1992. № 51. Ст. 3039; «Об утверждении условий выпуска внутреннего государственного валютного облигационного займа». Постановление Правительства РФ от 15 марта 1993 г. № 222. *Собрание актов Президента и Правительства РФ*. 1993. №12. Ст. 1002; «О переносе срока выдачи облигаций Государственного валютного облигационного займа». Постановление Правительства РФ от 17 мая 1993 г. № 454. *Собрание актов Президента и Правительства РФ*. 1993. № 21. Ст. 1907.

тельства (ГКО)¹;

— государственные казначейские обязательства СССР²;

— облигации Российского внутреннего выигрышного займа 1992 года³;

— золотые сертификаты Министерства финансов Российской Федерации 1993 года⁴;

— казначейские векселя Министерства финансов Российской Федерации 1994 года⁵;

— казначейские обязательства Министерства финансов Российской Федерации (КО)⁶;

— облигации Федерального займа 1995 года (ОФЗ)⁷;

— облигации Золотого Федерального займа 1995 года (ОЗФЗ)⁸;

¹ См.: «О выпуске государственных краткосрочных бескупонных облигаций». Постановление Правительства РФ от 8 февраля 1993 г. № 107. Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 7. Ст. 567; «О внесении изменений в Основные условия выпуска государственных краткосрочных бескупонных облигаций». Постановление Правительства РФ от 27 сентября 1994 г. № 1105. Собрание законодательства РФ. 1994. № 23. Ст. 2575.

² См.: «О государственных казначейских обязательствах СССР». Указ Президента РФ от 8 декабря 1992 г. № 1555. Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 50. Ст. 2977.

³ См.: «Вопросы выпуска Российского внутреннего выигрышного займа 1992 года». Постановление Правительства РФ от 5 августа 1992 г. № 549. Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1992. № 6. Ст. 331.

⁴ См.: «Основные условия продажи золота путем выпуска Министерством финансов РФ золотых сертификатов 1993 года». Утверждены Постановлением Правительства РФ от 25 сентября 1993 г. № 580. Экономика и жизнь. 1993. № 40; «О порядке продажи, учета, совершения сделок и погашения именных Золотых сертификатов Министерства Финансов РФ выпуска 1993 года». Положение, утвержденное Минфином РФ 18 ноября 1993 г. № 134. Экономика и жизнь. 1993. №№ 50, 51.

⁵ См.: «О выпуске казначейских векселей 1994 года Министерством финансов РФ». Постановление Правительства РФ от 14 апреля 1994 г. № 321. Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1994. № 17. Ст. 1406.

⁶ См.: «О выпуске казначейских обязательств». Постановление Правительства РФ от 9 августа 1994 г. № 906. Собрание законодательства РФ. 1994. № 16. Ст. 1911; Положение «О порядке размещения, обращения и погашения казначейских обязательств». Утверждено Письмом Минфина РФ от 21 октября 1994 г. № 140. Банковский бюллетень. 1994. № 45.

⁷ Постановление Правительства РФ от 15 мая 1995 г. № 458 «О генеральных условиях выпуска и обращения облигаций федеральных займов». Собрание законодательства РФ. 1995. № 21. Ст. 1967.

⁸ См.: Указ Президента РФ от 5 сентября 1995 г. № 899 «О выпуске государ-

— облигации государственного сберегательного займа (ОГСЗ, выпуск планируется осуществить в 1995 — 1998 годах Министерством финансов Российской Федерации)¹;

— облигации государственных нерыночных займов 1996 года (ОГНЗ)²;

— ряд долговых обязательств бывших РСФСР и СССР, признанных нормами Федерального закона РФ от 1 июня 1995 г. № 86-ФЗ «О государственных долговых товарных обязательствах»³.

Кроме того, получают распространение облигации местных органов власти и управления (муниципальных займов).

Практически все эти бумаги являются предметом сделок купли-продажи и фондовых биржевых сделок. Однако практически по каждой из государственных бумаг правила ее выпуска и обращения предусматривают совершение с ней таких операций, которые не характерны для ценных бумаг других видов, либо, наоборот, запрещают совершать некоторые из общеизвестных операций. Рассказывать о всех них в настоящей статье было бы неправильно, да и вряд ли возможно. Именно поэтому выше мы предложили подробные ссылки на нормативный материал, с тем чтобы обеспечить возможность самостоятельного изучения читателями этих вопросов.

ственных ценных бумаг, обеспеченных золотом». Собрание законодательства РФ. 1995. № 37. Ст. 3587; Постановление Правительства РФ от 5 ноября 1995 г. № 1091 «О выпуске государственных ценных бумаг, предусматривающих право их владельца на получение слитков золота». Собрание законодательства РФ. 1995. № 46. Ст. 4447.

¹ См.: Указ Президента РФ от 9 августа 1995 г. № 836 «О государственном сберегательном займе Российской Федерации». Собрание законодательства РФ. 1995. № 33. Ст. 3360; Постановление Правительства РФ от 10 августа 1995 г. № 812 «О генеральных условиях выпуска и обращения облигаций государственного сберегательного займа Российской Федерации». Собрание законодательства РФ. 1995. № 21. Ст. 1967.

² См.: Постановление Правительства РФ от 21 марта 1996 г. № 316 «О генеральных условиях выпуска и обращения облигаций государственных нерыночных займов». Акт не опубликован.

³ Собрание законодательства РФ. 1995. № 23. Ст. 2171. См. также: Постановление Правительства РФ от 16 января 1996 г. № 33 «О мерах по реализации Федерального закона «О государственных долговых товарных обязательствах». Собрание законодательства РФ. 1996. № 4. Ст. 289.

§ 8. Депотные операции

По своей технике исполнения, экономической сущности и цели депотные операции представляют собой операции по хранению ценных бумаг. Юридически же правильнее употреблять именно обозначение «депотные», поскольку юридической основой этих операций отнюдь не всегда является договор хранения в строгом смысле этого термина (ст. ст. 886 — 906 ГК РФ).

По технике исполнения депотные операции подразделяются на открытые и закрытые, в которых, соответственно, хранитель (банк) знает, что именно является предметом операции, и те, в которых банку об этом, напротив, неизвестно.

Открытый депот. Договор открытого депота может принимать форму договора хранения или иррегулярного хранения (хранения с обезличиванием).

В первом случае на основании заключенного договора хранения клиент (поклажедатель) и банк (хранитель) составляют в процессе передачи ценных бумаг на хранение двустороннюю опись этих бумаг по их индивидуализирующим признакам. Обязанность хранителя в таком договоре — вернуть по первому требованию поклажедателя именно те бумаги, которые поименованы в описи; как это будет обеспечено технически для договора не имеет значения.

При заключении договора иррегулярного хранения составляется опись ценных бумаг по их родо-видовым признакам. Задача хранителя — обеспечение возврата по первому требованию клиента бумаг такого же количества и качества, что и перечисленные в описи, хотя и не обязательно тех же самых, что были переданы. По договору иррегулярного хранения банк-хранитель фактически получает бумаги не просто в свое владение, но и даже в распоряжение, ибо он не связан обязанностью возврата именно этих бумаг.

Открытый депот может соединять в себе элементы договоров хранения (иррегулярного хранения) и поручения (комиссии), что имеет место тогда, когда поклажедатель поручает банку осуществлять определенные действия в отношении ценных бумаг, сданных на хранение (например, получать дивиденды или голосовать по акциям).

Закрытый депот. В основе договора закрытого депота могут лежать два различных договора — об оказании услуг

(ст. ст. 779 — 783 ГК РФ) и договор имущественного найма (аренды) (ст. ст. 606 — 625 ГК РФ). В обеих операциях банк не знает и не имеет права знать, что именно является предметом договора.

В первом случае предметы хранения (ценные бумаги) передаются клиентом банку в опечатанной упаковке (пакете, конверте, коробке, ящике, шкатулке и т. п.). Задача банка — обеспечить целостность упаковки, замков и печатей. Никакие претензии по отсутствию или изменению содержимого упаковки не принимаются, если клиент при принятии возвращаемой упаковки не заявил претензий по целостности самой упаковки (емкости), замков или печатей.

Во втором случае банк сдает клиенту в наем сейф (шкаф, ящик, ячейку сейфа и т. п.), в которую клиент имеет право помещать любые ценности, за исключением предметов, ограниченных в обороте или изъятых из оборота, а также предметов, которые могут причинить ущерб наймодателю (оружие, взрывчатые, отравляющие, токсичные, химически активные вещества и т. п.). Запорное устройство ячейки должно запирается на два различных ключа (иметь два кодовых замка с различными кодами). Таким образом, ни банк, ни клиент в отсутствие друг друга не могут получить доступа к ценностям. При возникновении у клиента претензий по вопросу отсутствия или изменения содержимого сейфа должны применяться правила об ответственности наймодателя за недостатки сданного в наем имущества, т. е. банк освобождается от ответственности, если он докажет, что доступ к ценностям без ведома клиента был невозможен (сейф был исправен и не имел повреждений) либо стал возможен, но без вины банка.

Договоры открытого депота и закрытого депота первого типа должны оформляться по условиям п. 2 ст. 921 ГК РФ выдачей именного сохранного документа (сохранной квитанции, свидетельства, сертификата), предъявление которого является основанием для выдачи предмета хранения.

Договор закрытого депота (ст. 922 ГК РФ), очевидно, должен оформляться выдачей ключа от сейфа и идентификационной карточки, предъявление которой является основанием для допуска клиента к ценностям. Второй экземпляр карточки целесообразно оставлять у банка. На обороте карточки должны быть напечатаны условия договора закрытого депота, с

которыми клиент должен быть ознакомлен под расписку на втором экземпляре карточки.

Помимо описанной выше разновидности закрытого депота, в форме договора имущественного найма сейфа данная статья предусматривает возможность заключения договора хранения ценностей с использованием индивидуального сейфа, в котором банк имеет право контролировать помещение и изъятие ценностей. В этом случае правила об ответственности банка совпадают с правилами об ответственности профессионального хранителя, применяемыми при депотных договорах иных типов: банк отвечает за любую утрату ценностей, кроме как имевшую место вследствие непреодолимой силы.

Раздел III.

Гражданско-правовое обеспечение исполнения банковских сделок

Глава 8. Поручительство и банковская гарантия

§ 1. Поручительство

Понятие договора поручительства. В качестве традиционного способа возврата кредита банки используют поручительство. Обеспечительный характер поручительства связан с привлечением к обязательству других лиц, за счет имущества которых, наряду с имуществом должника, могут быть удовлетворены требования кредитора при нарушении обязательства должником. При поручительстве ответственным перед кредитором за исполнение обеспеченного поручительством обязательства, наряду с должником становится, другое лицо-поручитель.

В целях реального повышения вероятности удовлетворения требований кредитора в качестве поручителя должно привлекаться лицо, обладающее устойчивой платежеспособностью, надежностью и авторитетом в коммерческих отношениях.

В соответствии с ч. 1 ст. 361 ГК РФ поручительство представляет собой договор, в силу которого поручитель обязывается перед кредитором отвечать полностью или в части за

исполнение обязательства должником. Поручительство возникает в результате соглашения между кредитором должника и его поручителем.

Форма договора поручительства. Договор поручительства должен быть совершен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора поручительства (ст. 362 ГК РФ). При заключении договора поручительства необходимо руководствоваться общими правилами оформления договоров. Пункт 2 ст. 434 ГК РФ определяет, что договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

Как мы видим, этот перечень носит примерный характер и допускает использование иных вариантов письменной формы. Вместе с тем следует обратить внимание, что когда договор поручительства заключается путем обмена письменными документами, возникают определенные трудности при применении норм, определяющих порядок заключения договора, в частности ст. ст. 441 — 443 ГК РФ. Оценка целого ряда обстоятельств, связанных с моментом заключения договора, на практике приводит к определенным затруднениям. При заключении договора путем обмена письменными документами нередко возникают вопросы, связанные с оценкой наличия встречной воли сторон. С учетом этого хотелось бы рекомендовать в качестве способа оформления договора поручительства составление кредитором и поручителем единого документа — договора поручительства. Наиболее же предпочтительным способом оформления является включение условия о поручительстве в текст основного договора, обязательства по которому обеспечиваются поручителем. Такой документ подписывается одновременно кредитором, должником и поручителем и, если стороны являются юридическими лицами, скрепляется их печатями. Однако отсутствие печати на договоре не является основанием для признания договора поручительства недействительным.

Не может быть принято в качестве доказательства соблюдения письменной формы договора наличие ссылки в заклю-

ченном кредитном договоре на выданное поручителем обязательство, при отсутствии письменного документа, направленного кредитором самому поручителю либо при отсутствии подписи самого поручителя на кредитном договоре.

Договор поручительства является односторонним (односторонне обязывающим), поскольку одна из сторон этого договора — поручитель — имеет только обязанности, а кредитор — только права. Права и обязанности у сторон в договоре поручительства возникают при достижении соглашения сторон (консенсуальный договор). Этот договор является безвозмездным.

Закон не ограничивает субъектный состав договора поручительства. Поручителем может выступать как физическое, так и юридическое лицо. Для выдачи поручительства участнику гражданского оборота, как правило, необходимо лишь наличие общей правоспособности, никаких специальных требований к поручителю закон не предъявляет. Следует, тем не менее, отметить, что юридических лиц, обладающих специальной правоспособностью (коммерческие, унитарные, государственные и муниципальные предприятия, некоммерческие организации), могут выступать в качестве поручителей, если это предусмотрено в их учредительных документах и соответствует цели создания юридического лица.

Изменение и расторжение договора поручительства производится по основаниям и в порядке, предусмотренных ст. 450 — 453 ГК РФ.

Поручитель по общему правилу не вправе отозвать данное поручительство и отказаться от исполнения принятых на себя обязательств в одностороннем порядке. Однако такое право поручителя может быть предусмотрено условиями его соглашения с кредитором (п. 3 ст. 450 ГК РФ).

Поручительство является дополнительным (акцессорным) обязательством по отношению к основному обязательству должника по кредитному договору вернуть сумму долга. Согласно наиболее распространенной точке зрения, акцессорность состоит в том, что акцессорное обязательство носит зависимый от главного характер и обслуживает главное обязательство, а потому всегда следует его судьбе и, в частности, автоматически прекращается с прекращением действия главного обязательства, поскольку лишено самостоятельного зна-

чения¹.

Дополнительный характер поручительства проявляется в том, что поручительство может обеспечивать лишь действительное требование, т. е. требование, основанное на действительном обязательстве, что подразумевает в первую очередь наличие и законность основания основного обязательства. Следовательно, если по обеспечиваемому договору кредитор фактически не передал должнику денежную сумму, то обязанность должника возратить долг не возникает вследствие отсутствия основания. Нет в этом случае и ответственности поручителя. Если обеспечиваемая сделка ничтожна, нет и поручительства, обеспечивающего подобную сделку.

Если обеспечиваемое обязательство возникло на основании оспоримой сделки, то поручительство сохраняет силу до признания этой сделки недействительной в судебном порядке.

В юридической литературе неоднократно отмечалось, что действительным является требование, не погашенное исковой давностью. В настоящее время с учетом содержащихся в ст. 199 ГК РФ указаний о том, что требование о защите нарушенного права принимается к рассмотрению судом, независимо от истечения срока исковой давности и исковая давность применяется судом только по заявлению стороны в споре, сделанному до вынесения судом решения, необходимо вернуться к вопросу о том, погашается ли обязательство с истечением установленного законодательством срока исковой давности либо сохраняется, пока заинтересованная сторона не заявит об истечении этого срока. Представляется, что ГК РФ исходит из сохранения материального права на иск и после истечения срока исковой давности, и следовательно, требование не может считаться погашенным, пока сторона не заявила об этом. Оно является действительным, следовательно, только по этому основанию не отпадает ответственность поручителя.

Акцессорный характер поручительства выражается также в том, что оно следует судьбе основного обязательства при уступке требования. Но при переводе на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, как следует из ч. 2

¹ Гражданское право. Учебник. / Под ред. Е. А. Суханова. М. 1993. Т. 2. С. 14.

ст. 367 ГК РФ, поручительство прекращается, если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника.

Поручительство как дополнительное обязательство прекращается, если прекращается основное обязательство, независимо от оснований такого прекращения. В частности, возврат заемщиком суммы долга, т. е. надлежащее исполнение основного обязательства, также прекращает действие поручительства.

Содержание договора поручительства. Договор считается заключенным, когда между сторонами в требуемой в надлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям. В соответствии с п. 1 ст. 432 ГК РФ существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Предметом договора поручительства является обязательство поручителя отвечать за исполнение должником обязательства перед кредитором. Следовательно, из условий договора поручительства должно ясно и недвусмысленно следовать наличие у поручителя воли отвечать за исполнение обязательства должником. Никакие иные действия лица, не содержащие такого намерения, не влекут возникновения поручительства. В частности, не могут рассматриваться в качестве поручительства рекомендации, данные в подтверждение платежеспособности и надежности должника, обращение к кредитору с просьбой об отсрочке исполнения обязательства должником и т. д.

Из договора поручительства должно ясно следовать, за исполнение какого обязательства дано поручительство, кому оно дано (наименование кредитора) и за кого (наименование должника). Практика арбитражных судов исходит из того, что при отсутствии в договоре поручительства условий, позволяющих определить, за исполнение какого обязательства дано поручительство, договор поручительства следует считать незаключенным. Оценка наличия соглашения сторон об обеспечиваемом обязательстве зависит от конкретных обстоятельств дела.

В частности, по мнению Высшего Арбитражного суда РФ, формулировки договора поручительства должны быть макси-

мально конкретны. В тексте договора поручительства необходимо указывать, по какому кредитному договору дано поручительство, какова общая сумма кредита.

Наличие в договоре поручительства ссылки на конкретный кредитный договор, за исполнение которого должником обязался отвечать поручитель, позволяет определить объем ответственности поручителя, и следовательно, при наличии такой ссылки договор поручительства не может быть признан незаключенным¹. На практике арбитражные суды нередко признают незаключенными договоры поручительства, если обязанность поручителя сформулирована в них в общем виде, например, если он обязуется отвечать за возврат заемщиком любых сумм, выданных ему банком-кредитором до определенной даты. Хотелось бы предостеречь от упрощенного подхода к анализу договоров поручительства в части признания наличия или отсутствия в них данных об обеспечиваемом обязательстве. Решение этого вопроса должно производиться по общим правилам толкования договора с учетом действительных намерений сторон, их предшествующих отношений, переговоров и переписки.

Поручительство может обеспечивать как уже существующие требования, так и могущие возникнуть в будущем. В коммерческой практике договоры поручительства традиционно заключались до заключения основного кредитного договора и до передачи должнику денежных сумм. С учетом этого ст. 361 ГК РФ прямо закрепила, что договор поручительства может быть заключен для обеспечения обязательства, которое возникнет в будущем. Договор поручительства в этом случае должен содержать ясные указания, за исполнение какого обязательства, которое возникнет в будущем, поручитель обязуется отвечать. Возникновение прав и обязанностей между кредитором и поручителем ставится в зависимость от того, будет ли заключен кредитный договор и получен должником кредит. Если эти условия возникнут, вступает в силу и обязательство поручителя отвечать за исполнение должником обязательства перед кредитором.

¹ Обзор практики разрешения споров, связанных с исполнением, изменением и расторжением кредитных договоров. Письмо ВАС РФ от 26 января 1994 г. № ОЩ-7/ОП-48. Вестник Высшего Арбитражного суда РФ. 1994. № 3.

Условия договора поручительства могут предусматривать сроки и условия выплаты суммы платежа кредитору, порядок расчетов между кредитором и поручителем, меры гражданско-правовой ответственности, применяемые при нарушении договора и т. д.

Выдача поручительства предполагает существование определенных отношений между поручителем и должником. Такие отношения могут носить неправовой характер. В коммерческой практике выдача поручительств банками, страховыми организациями и т. д. основывается на правовых отношениях с должником. Отношения между поручителем и должником могут основываться на договоре страхования, договоре совместной деятельности, членстве в организации, иных правовых основаниях. Если одно лицо выдает поручительство третьему лицу (кредитору должника) от своего имени, но делает это по поручению должника за взимаемое с последнего вознаграждение, правоотношения между поручителем и должником предлагаются квалифицировать как договор комиссии¹.

Отношения между поручителем и должником, являющиеся основанием для заключения договора поручительства, не влияют на отношения по договору поручительства между кредитором и поручителем. Даже незаконность сделки между должником и поручителем, явившейся причиной выдачи поручительства, не влияет на действительность договора поручительства. Однако характер этих отношений имеет существенное значение при рассмотрении регрессных требований поручителя к должнику.

Характер отношений между поручителем и должником может повлиять на взаимоотношения кредитора и поручителя, если это прямо предусмотрено договором поручительства. Поскольку наличие подобных условий серьезно осложняет правовую оценку отношений сторон, банкам следует воздерживаться от заключения договоров поручительства, содержащих подобные отсылки.

Характер ответственности поручителя. Основы гражданского законодательства (п. 6 ст. 68) устанавливали в каче-

¹ Комментарий к ГК РСФСР. / Под ред. С. Н. Братуся, О. Н. Садикова. М. 1982. С. 250.

стве общего правила субсидиарную (дополнительную) ответственность поручителя. Гражданский кодекс РФ вернулся к подходу, ранее закрепленному в ГК РСФСР 1964 г., и установил, что при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя. Солидарная ответственность является более строгой: кредитор вправе требовать исполнения как от должника и поручителя совместно, так и от любого из них в отдельности и не связан с необходимостью соблюдения очередности предъявления требований. Кредитор, не получивший полного удовлетворения от одного из солидарных должников — поручителя или основного должника, — вправе требовать недополученное от другого солидарного должника. Солидарные должники считаются обязанными, пока обязательство не будет погашено полностью.

Поручитель несет перед кредитором солидарную ответственность с должником, однако это не означает, что они являются должниками по одному обязательству: обязательство должника возникает из договора займа (кредитного договора), а поручителя — из договора поручительства. Это обстоятельство необходимо учитывать при применении общих норм о солидарной ответственности (ст. ст. 322 — 325 ГК РФ), поскольку по целому ряду вопросов специальные нормы о поручительстве содержат иные, отличные от общих правила. В частности, ст. 324 ГК РФ устанавливает, что в случае солидарной обязанности должник не вправе выдвигать против требования кредитора возражения, основанные на таких отношениях должника с кредитором, в которых данный должник не участвует. Однако поручитель в силу ст. 364 ГК РФ вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник, если иное не вытекает из договора поручительства. Поручитель не теряет право на эти возражения даже в том случае, если должник от них отказался или признал свой долг.

В соответствии с общими правилами должник, исполнивший солидарную обязанность, имеет право регрессного требования к остальным должникам в равных долях за вычетом

доли, падающей на него самого (подп. 1 ч. 2 ст. 325 ГК РФ). В отличие от этого правила, в отношениях по поручительству к исполнившему обязательство поручителю переходят все права кредитора по этому обязательству и права, принадлежащие кредитору как залогодержателю, в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора.

Договором поручительства может быть предусмотрено, что поручитель несет дополнительную (субсидиарную) ответственность за исполнение должником основного обязательства. Статья 399 ГК РФ устанавливает, что до предъявления требования к лицу, несущему субсидиарную ответственность, кредитор должен предъявить требование к основному должнику. Если основной должник отказался удовлетворить требование кредитора или кредитор не получил от него в разумный срок ответ на предъявленное требование, это требование может быть предъявлено лицу, несущему субсидиарную ответственность.

Кредитор не вправе требовать удовлетворения своего требования к основному должнику от поручителя, несущего субсидиарную ответственность, если требование может быть удовлетворено путем зачета встречного требования к основному должнику либо бесспорного взыскания средств с основного должника. Когда право на бесспорное взыскание средств не может быть реализовано вследствие отсутствия у должника денежных средств на счетах, следует признать право кредитора предъявить требование к поручителю.

Совместное поручительство. Когда поручительство выдается несколькими лицами, необходимо различать несколько случаев. Возможно, что несколько лиц выступили стороной по одному и тому же договору поручительства. Часть 3 ст. 363 ГК РФ устанавливает, что такие лица, совместно давшие поручительство, отвечают перед кредитором солидарно, если иное не установлено договором поручительства. Под лицами, совместно давшими поручительство, понимают лиц, являющихся стороной по одному и тому же договору поручительства, независимо от того, заключили ли они договор совместно либо одно из них присоединилось к заключенному договору.

В этом случае совместные поручители отвечают солидарно не только друг с другом, но и с должником по основному обязательству. Их ответственность с должником определяется по

общим правилам, установленным для отношений солидарного поручителя с должником. Взаимная солидарная ответственность сопоручителей полностью подчиняется правилам о солидарной ответственности, которые содержатся в ст. ст. 322 — 325 ГК РФ.

Если в договоре поручительства установлено, что поручители отвечают субсидиарно, то они несут субсидиарную ответственность с должником, а при предъявлении к ним требования отвечают перед кредитором солидарно.

На практике нередко договор поручительства предусматривает как бы «подназначение» совместных поручителей, устанавливая, что ответственность одного из поручителей является дополнительной к ответственности другого (других) поручителя. Соотношение ответственности таких поручителей с ответственностью должника зависит от условий договора поручительства — она может быть и солидарной, и дополнительной. При предъявлении же требований к поручителям необходимо руководствоваться ст. 399 ГК РФ.

Лица, независимо друг от друга поручившиеся за исполнение одного и того же обязательства по разным договорам поручительства, не становятся солидарными должниками, даже если каждый из них несет солидарную ответственность с должником по обеспеченному поручительством основному обязательству. Кредитор имеет право предъявить требования к любому из поручителей либо к должнику. Если обязательство исполнено одним из таких поручителей, он приобретает по отношению к другому поручителю права, вытекающие из ст. 365 ГК РФ, а не из ст. 325 ГК РФ.

Объем ответственности поручителя. На практике нередко возникает вопрос об объеме ответственности поручителя. Часть вторая ст. 363 ГК РФ определяет, что поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, что и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства.

Поручитель может принять на себя обязательство отвечать за исполнение должником обязательства частично, например, только в размере основной суммы долга либо основной суммы

и процентов. Размер ответственности поручителя может быть ограничен определенной долей, к примеру «50 % подлежащей взысканию суммы».

Традиционно считалось, что поручительство за часть долга не может предполагаться и, следовательно, в тех случаях, когда в договоре объем ответственности не определен, поручитель отвечает в том же объеме, что и должник, т. е. за уплату долга и процентов, возмещение убытков, уплату неустойки и т. д.

Арбитражные суды при толковании условий договоров поручительства о том, что поручитель отвечает за возврат суммы долга и уплату процентов, признают, что поручитель тем самым устранил свою ответственность за уплату неустойки и возмещение убытков, хотя прямые указания об исключении такой ответственности в договоре отсутствуют.

Известную трудность представляет оценка условий договора поручительства, заключенного до оформления обеспечиваемого кредитного договора, касающихся готовности поручителя отвечать за уплату процентов в том размере, в котором они будут установлены в будущем договоре.

Высказывалось мнение, что, поскольку в данном случае поручитель не знал и не мог знать содержания основного обязательства, в том числе и в части размера возможных имущественных требований кредитора об уплате процентов, нельзя считать установленными отношения по поручительству. С таким подходом нельзя согласиться, поскольку он исходит из заведомо неверной предпосылки, что поручитель не знает содержания обязательства, за исполнение которого он вызывается отвечать. В коммерческой практике такое едва ли возможно, а если и возможно, то вряд ли подобный исключительный случай следует возводить в общее правило. Общим же правилом является выдача поручительства лишь по такому обязательству, содержание которого известно поручителю.

При оценке размера процентов, за уплату которых отвечает поручитель, предлагалась исходить из того, что поручитель обязался возместить кредитору проценты в том размере, который обычно устанавливался данным банком по кредитным операциям данного вида. Однако более правильным представляется, что поручитель в этом случае обязан уплатить проценты в том размере, в котором они будут установлены в кредитном договоре.

Если же поручитель не хочет принимать на себя возможный риск завышения в обеспечиваемом договоре размера процентов, он может включить соответствующие условия в договор. К примеру, «поручитель обязуется отвечать за своевременное исполнение должником обязательств по кредитному договору в части возврата основной суммы долга и процентов, не превышающих --- процентов годовых».

Поручитель и банк-кредитор могут, руководствуясь письмом Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 20 мая 1993 г. № С-13/ОП-167¹, включить в текст договора поручительства условие, которое дает банку право на безакцептное списание причитающихся ему сумм. В этом случае поручитель обязан сообщить своему банку о таком условии и о своем согласии на безакцептное списание сумм. Если банк, осуществляющий расчетно-кассовое обслуживание поручителя, одновременно является стороной договора поручительства, то дополнительного сообщения не требуется, поскольку стороны уже связаны договором, предусматривающим такую возможность.

Новый Гражданский кодекс РФ не содержит нормы, аналогичной ранее содержавшейся в ст. 205 ГК РСФСР, которая возлагала на поручителя, к которому предъявлен иск, обязанность привлечь должника к участию в деле. Наличие такой обязанности поручителя не зависело от того, какую ответственность нес поручитель — солидарную или субсидиарную, был ли предъявлен ранее кредитором иск к должнику и какое решение было принято. При невыполнении поручителем этой обязанности должник имел право противопоставить регрессному требованию поручителя все те возражения, которые он имел против кредитора. К ним относятся возражения, касающиеся действительности требования, его размера, возражения, основанные на принадлежащем должнику праве зачета против требования кредитора, и др.

В настоящее время в соответствии с п. 3 ст. 399 ГК РФ обязанность поручителя проинформировать основного должника о предъявленном ему требовании и привлечь его к участию в деле предусмотрена лишь в тех случаях, когда поручи-

¹ Вестник Высшего Арбитражного суда РФ. 1993. № 6.

тель несет субсидиарную (дополнительную) ответственность. На поручителя, несущего дополнительную ответственность, возлагается обязанность до удовлетворения требования, предъявленного к нему кредитором, предупредить об этом основного должника, а если к поручителю предъявлен иск — привлечь основного должника к участию в деле.

Обязанность поручителя привлечь должника к участию в деле является материально-правовой и должна быть исполнена поручителем путем направления должнику извещения о предъявлении кредитором к поручителю иска с сообщением необходимых данных об искомом требовании (наименование суда, в который направлено исковое заявление, номер и дату заявления и т. д.). Обязанность поручителя не может считаться исполненной, если поручитель ограничился заявлением (ходатайством) в суде о привлечении должника к участию в деле.

Должник привлекается к участию в деле в качестве третьего лица без самостоятельных требований на стороне ответчика. Процессуальные основания для этого установлены ст. 39 АПК РФ и ст. 38 ГПК РСФСР.

Невыполнение поручителем возложенной на него обязанности влечет для поручителя неблагоприятные последствия. В этом случае основной должник имеет право выдвинуть против регрессного требования поручителя возражения, которые он имел против кредитора, например, по размеру требования, его действительности и т. д. Если эти возражения будут признаны обоснованными, то регрессные требования поручителя к должнику могут быть полностью или в части отклонены. Поручитель же сможет взыскать с кредитора лишь неосновательно уплаченное (ст. 1102 ГК РФ).

Если же должник, надлежащим образом извещенный поручителем о предъявлении к последнему иска, откажется от участия в деле, он теряет право выдвигать против обратного требования поручителя возражения, которые он имел против кредитора, и может ссылаться лишь на обстоятельства, вытекающие из взаимоотношений должника с поручителем.

Поскольку обязанность поручителя информировать основного должника о предъявленном ему требовании и о заявленном к нему иске установлена для того, чтобы должник мог проинформировать поручителя и кредитора об обстоятельствах, связанных с исполнением основного обязательства, уст-

ранить риск двойного исполнения либо уплаты недожного, следует признать, что должник при получении извещения поручителя обязан проинформировать его о тех возражениях, которые он имеет против требования кредитора. Если он не выполнит этой обязанности, то теряет право на эти возражения в случае предъявления ему регрессного требования поручителем, удовлетворившим требование кредитора.

Для тех случаев, когда поручитель отвечает солидарно с должником, закон в настоящее время не возлагает на поручителя обязанности привлечь должника к участию в деле при предъявлении к поручителю иска, но такая обязанность может быть предусмотрена договором поручителя и должника.

Исключение из текста нового Гражданского кодекса норм об обязанности поручителя привлекать должника к участию в деле и последствиях несоблюдения поручителем этой обязанности при солидарной ответственности поручителя вызывает ряд вопросов, связанных в первую очередь с реализацией регрессных требований поручителя к должнику. Как уже отмечалось, поручитель и основной должник выступают сторонами в различных обязательствах. Поручитель не всегда осведомлен о характере взаимоотношений кредитора и должника по основному обязательству. Отсутствие у поручителя необходимых данных об основном обязательстве фактически лишает его возможности ссылаться против кредитора на обстоятельства, связанные с отношениями между кредитором и основным должником.

Исходя из целей института поручительства и характера отношений между его участниками, следует признать, что, хотя Кодекс не предусмотрел обязанности солидарного поручителя извещать основного должника о предъявленном ему требовании кредитора, у поручителя есть право потребовать необходимую информацию. И если он этим правом воспользуется, то основной должник обязан сообщить поручителю все возражения, которые он может выдвинуть против заявленного требования. При уклонении должника от исполнения этой обязанности вряд ли справедливо предоставлять ему право выдвигать против регрессного требования поручителя эти возражения. Если же поручитель не воспользуется своим правом, то он принимает на себя риск наличия возможных возражений, которые могут быть ему противопоставлены должником при

предъявлении обратного требования.

В соответствии со ст. 364 ГК РФ поручитель вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник, если иное не вытекает из договора поручительства. Поручитель не теряет право на эти возражения даже в том случае, если должник от них отказался или признал свой долг.

Права поручителя, исполнившего обязательство. К поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству и права, принадлежащие кредитору как залогодержателю, в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора. Поручитель также вправе требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника. Проценты, начисляемые на выплаченную поручителем сумму, определяются на основании ст. 395 ГК РФ.

К поручителю, исполнившему обязательство, переходят от кредитора все права, обеспечивающие требование кредитора — право на неустойку, право залогодержателя и т. д.

Предусмотренная законодательством конструкция защиты прав поручителя является сложной. Поручитель ставится на место кредитора по главному обязательству. С одной стороны, он приобретает право требовать с должника уплаченных кредитору сумм. Это требование к должнику определяется законодателем как право регресса, а по регрессным искам начало течения срока исковой давности начинается с момента исполнения основного обязательства. Следовательно, срок исковой давности для регрессного требования поручителя к должнику о возврате выплаченных кредитору сумм начинает течь с момента исполнения договора поручительства, а не с момента, в который начал течь срок давности для требования кредитора к должнику по основному требованию. В таком же порядке реализуется право поручителя требовать от должника уплаты процентов на выплаченные кредитору суммы, а также возмещения убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника.

Одновременно с правом регресса поручителю передаются некоторые права кредитора, как если бы он получил требование в порядке переуступки — право на неустойку, право залога и т. д.

При реализации этих прав следует руководствоваться ст. 201 ГК РФ, определяющей, что при перемене лиц в обязательстве изменения сроков исковой давности и порядка его исчисления не происходит (ст. 201 ГК РФ). К примеру, поручитель исполнивший обязательство, обеспеченное залогом, вправе будет обратиться с регрессным иском к основному должнику о возмещении уплаченных кредитором сумм в течение общего срока исковой давности, который начинает течь с момента уплаты долга кредитором. Срок исковой давности для предъявления иска об обращении взыскания на предмет залога начинает течь с момента, когда кредитный договор должен был быть исполнен должником, и истекает одновременно с истечением срока исковой давности по основному требованию. Исполнение договора поручителем не влияет на течение этого срока.

Как уже отмечалось, несколько сопоручителей одного должника, даже если они несли солидарную с должником ответственность, после уплаты ими суммы долга не становятся по отношению к должнику солидарными кредиторами. Каждый из них может требовать от должника лишь уплаченное им самим, но не другими поручителями.

По исполнении поручителем обязательства кредитор обязан вручить поручителю документы, удостоверяющие требование к должнику, и передать права, обеспечивающие это требование (п. 2 ст. 365 ГК РФ). При отказе или уклонении кредитора от передачи поручителю документов, подтверждающих требование кредитора и обеспечивающих это требование прав, поручитель вправе задержать исполнение. Кредитор в этом случае считается просрочившим, и проценты по денежному долгу за период его просрочки не начисляются.

В целях исключения двойного исполнения кредитором — и со стороны поручителя, и со стороны должника — гражданское законодательство предусматривает специальные правила. Должник, в соответствии со ст. 366 ГК РФ исполнивший обязательство, обеспеченное поручительством, обязан немедленно известить об этом поручителя. Если должник поручителя не известил и поручитель, в свою очередь, исполнил свою обязанность перед кредитором, то поручитель не теряет право на регрессное требование к должнику. Поручитель сохраняет это право и тогда, когда должник направил ему извещение, но

оно не было получено либо было получено после того, как он исполнил обязательство. Таким образом, риск случайного двойного исполнения ложится на должника. Должник, удовлетворивший регрессное требование поручителя, вправе потребовать от кредитора лишь неосновательно полученное. Использование законодателем уточнения «лишь» дает основания для вывода, что требование о начислении процентов на уплаченную сумму в соответствии с нормами о неосновательном обогащении не может быть заявлено. Однако возможен и другой подход, который допускает возможность взыскания с кредитора основной суммы и процентов на нее, начисленных, согласно п. 2 ст. 1107 ГК РФ, со дня, когда кредитор узнал или должен был узнать о повторной уплате.

Поручитель может отказаться от реализации своего права на предъявление регрессного требования к основному должнику, а воспользоваться правом потребовать от кредитора неосновательно полученного. В этом случае объем требований к кредитору, помимо возврата повторно уплаченной суммы, будет определяться в соответствии с нормами гражданского законодательства о неосновательном обогащении.

Если поручитель исполнил свое обязательство перед кредитором после получения от основного должника извещения об исполнении обязательства, поручитель лишается права предъявить регрессное требование к должнику.

Прекращение поручительства. Договор поручительства прекращается по общим основаниям прекращения обязательств, к примеру в силу зачета встречных однородных требований поручителя и кредитора. Кроме того, поручительство как акцессорное (дополнительное) обязательство прекращается, если прекратилось основное обязательство. При этом не имеет значения, по какому основанию прекратилось обеспеченное поручительством обязательство: в силу ли его надлежащего исполнения, зачета и т. д.

На основании п. 1 ст. 367 ГК поручительство также прекращается в случае изменения обеспеченного им обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные для поручителя последствия, без согласия поручителя.

Таковыми изменениями могут быть увеличение размера процентов, уплачиваемых за пользование кредитом, установление условия о начислении сложных процентов, установление или

увеличение начисляемых штрафных санкций и т. д. Изменения основного обязательства только тогда влияют на отношения по поручительству, когда они затрагивают либо объем ответственности поручителя, либо иные его имущественные интересы. Так, если в соответствии с договором поручительства объем ответственности поручителя ограничен уплатой основной суммы и фиксированной ставки процентов, то последующее изменение размера процентов по соглашению кредитора и основного должника не затрагивает интересов поручителя и, следовательно, не дает оснований для прекращения договора поручительства.

Включение к Кодекс такой «резиновой» формулировки о неблагоприятных последствиях, с одной стороны, имеет определенное положительное значение, поскольку из-за затруднительности для кредитора предварительной оценки реакции поручителя на изменение условий основного договора он в целях сохранения обеспечения вынуждается согласовывать с поручителем все последующие изменения. С другой стороны, для поручителя весьма велик соблазн выдвижения против требований кредитора возражений о наличии неблагоприятных последствий при любом изменении основного договора, поскольку в соответствии с Кодексом поручительство вследствие признания этого факта признается прекращенным полностью и поручитель тем самым освобождается и от обязанности отвечать согласно прежним условиям основного обязательства.

Включенные в Кодекс формулировки не позволяют определить, с какого момента поручительство считается прекращенным: с момента изменения основного договора либо с момента получения сообщения поручителя об отсутствии согласия отвечать перед кредитором на новых условиях.

Более удачным решением было бы установление правила, предоставляющего поручителю отказаться от договора при внесении изменений в условия основного договора. При таком подходе четко определены как условия и основания прекращения договора, так и момент его прекращения, связанный с извещением поручителя кредитором об одностороннем отказе от договора.

Как следует из текста п. 1 ст. 367 ГК РФ, поручительство при изменении основного договора может быть сохранено при наличии согласия поручителя. Такое согласие может быть

выражено как до, так и после внесения изменений в договор. Следует признать правомерным в коммерческих отношениях включение в текст договора поручительства условий о согласии поручителя отвечать в соответствии с условиями основного обязательства, даже если оно будет изменено. При оценке таких условий следует исходить из того, что согласие поручителя отвечать в соответствии с измененными условиями договора не может предполагаться, оно должно быть четко и определенно выражено.

К примеру, поручительство было дано в целях обеспечения обязательств по кредитному договору, в текст которого должник и кредитор включили условие о праве кредитора увеличивать при наличии определенных оснований размер платы за кредит. В тексте договора поручительства указывалось, что поручитель отвечает за исполнение обязательства в части возврата основной суммы долга и процентов. Отсутствие прямых указаний о готовности поручителя отвечать при изменении в последующем условий договора, по нашему мнению, не дает в данном случае оснований полагать, что ответственность поручителя автоматически изменяется при увеличении банком платы за кредит. Такое согласие поручителя должно быть четко и определенно выражено.

Необходимо отметить, что стабильная арбитражная практика по делам, связанным с исполнением договоров поручительства, содержащих условия о согласии поручителя отвечать, и при изменении основного обязательства не сложилась.

Поручительство прекращается с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника.

Поручительство прекращается, если кредитор отказался принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем.

Поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано. В отличие от ранее действовавших правил, определявших срок действия отношений по поручительству императивно, не допуская его изменение соглашением сторон, ГК РФ относит установление срока действия поручительства к усмотрению сторон.

Стороны вправе определить этот срок любым из установленных ст. 190 ГК РФ способов — календарной датой или истечением периода времени, который может исчисляться годами, месяцами, неделями, днями или часами. Срок может определяться также указанием на событие, которое должно неизбежно наступить.

На практике нередко в договоры поручительства включается условие о том, что поручительство прекращается при исполнении должником основного обязательства либо что обязанности поручителя сохраняют силу до фактического исполнения обеспеченного обязательства. Кредиторы рассматривают такие условия как определяющие срок действия договоров поручительства, хотя такие указания не могут рассматриваться как условия о сроке, поскольку связывают судьбу поручительства с событием, наступление которого носит вероятностный характер. При наличии такого указания следует применять положения ГК РФ, определяющие срок действия поручительства при отсутствии согласованного срока в договоре. В силу особенностей договора поручительства следует признать, что в этом договоре срок не может определяться моментом востребования.

Установленный в договоре срок действия поручительства устанавливает, по нашему мнению, пресекательный срок, в течение которого кредитор вправе потребовать от поручителя исполнения его обязанности под страхом прекращения договора поручительства.

Форма предъявления такого требования может быть установлена в договоре (простое письменное требование, претензия и т. п.). Если требование в установленной форме было предъявлено до истечения установленного срока, но обязательство поручителем не исполнено, кредитор вправе предъявить к нему иск, срок предъявления которого истекает одновременно со сроком исковой давности по основному обязательству (ст. 207 ГК РФ)¹. При отсутствии в договоре поручительства условия о форме предъявления требования следует

¹ В соответствии со ст. 207 ГК РФ с истечением срока исковой давности по главному требованию истекает срок исковой давности по дополнительным требованиям (неустойка, залог, поручительство и т. п.).

исходить из того, что к поручителю до истечения указанного в нем срока должно быть предъявлено искомое требование.

Если же требование в соответствующей форме не было предъявлено поручителю в обусловленный срок, то договор поручительства прекращается.

Существует и иная точка зрения, согласно которой срок действия поручительства — это срок, в течение которого должен быть заявлен иск к поручителю. При таком подходе ст. 207 ГК может применяться в крайне редких случаях, когда срок действия договора поручительства определен в договоре и превышает срок исковой давности по основному требованию. Так, если в договоре поручительства установлено, что оно действует до 1 января 1998 г., а по обеспечиваемому кредитному договору срок возврата кредита установлен 1 июня 1994 г., трехгодичный срок исковой давности по основному требованию истечет 2 июня 1997 г. С этого дня истечет и срок исковой давности к поручителю, хотя срок действия поручительства еще не истек. В период между 2 июня 1997 г. и 1 января 1998 г. поручительство сохраняет силу, срок исковой давности и по основному требованию и по требованию к поручителю может быть восстановлен в общем порядке. Если поручитель уплатит кредитору в этот период, он не сможет истребовать исполненное обратно.

Единая практика применения норм ст. 367 ГК РФ в настоящее время не сложилась. С учетом широкого распространения института поручительства представляется весьма важным принятие Пленумом Высшего Арбитражного суда РФ разъяснений по данному вопросу.

Если срок, на который дано поручительство, в договоре поручительства не установлен, оно прекращается, если кредитор в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства не предъявит иска к поручителю.

Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или определен моментом востребования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства.

Указанные годичный и двухгодичный сроки являются по своей природе не сроками исковой давности, а пресекатель-

ными сроками и, следовательно, не подлежат восстановлению. Пропуск кредитором указанных сроков предъявления искового требования прекращает договор поручительства,

В случае уплаты долга поручителем по истечении этих сроков он вправе истребовать исполненное от кредитора обратно, поскольку средства были перечислены без предусмотренных законом или договором оснований.

Влияет ли на начало течения срока для предъявления иска к поручителю изменение по соглашению между кредитором и должником сроков исполнения основного обязательства, в частности пролонгация кредитного договора? Поскольку поручитель является должником кредитора по самостоятельному договору, изменения основного, обеспечиваемого договора не влияют на права и обязанности поручителя. Перенесение возврата кредита на более поздние сроки не изменяет начального момента исчисления срока для предъявления иска к поручителю при отсутствии в договоре условия о сроке — со дня, когда долг подлежал возврату в соответствии с ранее установленными условиями. Направление поручителю извещений об изменении основного договора и отсутствие его возражений не могут расцениваться как его согласие отвечать на основании изменившихся условий. Если же он выразил согласие на продление договора, тем самым он согласился и с изменением начального срока на предъявление к нему иска.

Если при заключении договора поручительства либо в последующем поручитель согласился с условиями кредитного договора, предоставляющими кредитору право при определенных условиях требовать досрочной уплаты долга, то исчисление срока для предъявления иска должно производиться с даты измененного срока исполнения основного договора.

§ 2. Банковская гарантия

Гражданский кодекс РСФСР 1964 года рассматривал гарантию в качестве разновидности договора поручительства. Гарантийное обязательство в том виде, в каком оно было регламентировано ранее действовавшим законодательством, отличалось от поручительства следующим:

— по субъектам обязательства (субъектами в отношениях по гарантии могли выступать только «социалистические организации»);

--- по форме установления отношений (поручительство устанавливалось путем заключения договора между поручителем и кредитором, а гарантия — путем направления банку гарантом письма по установленной форме);

--- по характеру ответственности (поручитель, как правило, нес солидарную с должником ответственность за исполнение обязательства, а гарант всегда отвечал субсидиарно (дополнительно) к ответственности должника);

--- по объему ответственности (поручитель отвечал перед кредитором в полном объеме как должник или в части, если это было определено договором, а гарант — в объеме недостающих у должника оборотных средств для возврата ссуды);

--- по последствиям неисполнения обязанности за должника (при поручительстве поручитель приобретал право на регресс к должнику, а при гарантии гарант не имел права взыскать с должника уплаченные кредитором суммы).

Поскольку ст. 196 ГК РСФСР определяла, что гарантия может использоваться как средство обеспечения надлежащего исполнения обязательств только между социалистическими организациями, а законодательство с 1991 года не предусматривало выделения таких организаций в качестве особого круга субъектов гражданского оборота, правила о договоре гарантии, установленные ст. 210 ГК РСФСР 1964 г., не могли применяться к отношениям с участием коммерческих организаций¹.

Пункт 6 ст. 68 Основ гражданского законодательства рассматривал поручительство и гарантию как единое обязательство и не предусматривал особого правового регулирования отношений по договору гарантии. С учетом требований постановления Верховного Совета Российской Федерации от 14 июля 1992 г. «О регулировании гражданских правоотношений в период проведения экономической реформы» отношения по договору гарантии, заключенному после введения в действие Основ ГЗ (с 3 августа 1992 г.), регулировались нормами ГК РСФСР 1964 года о поручительстве в части, не противоречащей Основам ГЗ.

¹ Обзор практики рассмотрения споров, связанных с исполнением, изменением и расторжением кредитных договоров (п. 8). Вестник Высшего Арбитражного суда РФ. 1994. № 3.

Гражданский кодекс 1995 года ввел новый институт — банковскую гарантию, — ранее неизвестный российскому законодательству. При разработке включенных в Кодекс норм были использованы международные правила и обычаи, в частности Унифицированные правила по договорным гарантиям и о гарантиях по первому требованию.

Статья 368 ГК РФ определяет, что в силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представленному бенефициаром письменному требованию об ее уплате.

Закон определяет специальные требования к субъектному составу отношений по гарантии. Гарантом могут выступать только:

— банки, т. е. кредитные организации¹, которые имеют исключительное право осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц; размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности; открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц (ст. 1 Закона РФ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР» от 7 июля 1995 г.);

— кредитные учреждения² — юридические лица, которым в соответствии с лицензией ЦБ РФ предоставлено право осуществлять отдельные банковские операции. Допустимые сочетания банковских операций для таких организаций устанавливаются Банком России. Право выдавать гарантии, предусматривающие исполнение в денежной форме, по нашему мнению,

¹ Под кредитной организацией понимается юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка РФ имеет право осуществлять банковские операции.

² Используемое в Кодексе понятие «кредитное учреждение» совпадает с понятием «небанковская кредитная организация», используемым в Законе РФ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР».

следует признать не за любым кредитным учреждением (небанковской кредитной организацией), а лишь за тем, которому это право предоставлено в соответствии с лицензией;

— страховые организации — учреждения, созданные в соответствии с Законом РФ «О страховании» от 27 ноября 1992 г. и получившие лицензию на осуществление страховой деятельности.

Банковская гарантия является способом обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств, но она не является дополнительным (акцессорным) обязательством. Гарант отвечает в случае неисполнения обязательства основным должником. Содержание обязательства гаранта, несомненно, определяется условиями обеспечиваемого обязательства, но обязательство гаранта носит самостоятельный характер и не зависит от судьбы обеспечиваемого обязательства.

Принятию обязательства гаранта перед бенефициаром предшествует соглашение между принципалом и гарантом о выдаче гарантии.

Содержание и правовая природа соглашения принципала и гаранта законодательством прямо не урегулированы. На основании указанного соглашения гарант обязуется в интересах принципала, но от своего имени, совершить сделку по выдаче гарантии за обусловленное вознаграждение. Содержание этого соглашения позволяет сделать вывод, что оно представляет собой договор комиссии.

В соглашении между принципалом и гарантом определяются требования к содержанию выдаваемой гарантии (в обеспечение какого обязательства и перед кем она дается, на какую сумму, является ли она отзывной или безотзывной, на какой срок она выдается, при представлении каких документов производится выплата и т. д.). Кроме того, в соглашении определяются вопросы, связанные с отношениями гаранта и принципала (возможность и объем регрессных требований, ответственность гаранта на нарушение условий соглашения, размер вознаграждения за выдачу гарантии и порядок расчетов и т. д.).

Руководствуясь условиями соглашения с принципалом, гарант оформляет собственное обязательство перед кредитором по основному обязательству — бенефициаром, которое должно соответствовать требованиям, содержащимся в соглашении

с принципалом. При выдаче гарантии, не соответствующей условиям этого соглашения, гарант несет перед принципалом гражданско-правовую ответственность в форме возмещения убытков, а в случаях, предусмотренных договором, — уплаты неустойки.

В соответствии со ст. 373 ГК РФ банковская гарантия вступает в силу со дня ее выдачи, если в гарантии не предусмотрено иное. Гарантия может, в частности, предусматривать, что она вступает в силу с определенной даты, либо с момента выдачи кредита принципалу, либо с момента получения письменного согласия бенефициара на принятие гарантии и т. д. При отсутствии в тексте гарантии подобных положений обязанности гаранта возникают в момент выдачи им гарантии. Под выдачей следует понимать передачу (направление) кредитору оформленного гарантийного обязательства гарантом по своей воле. Способ передачи (почтой, телетайпом, непосредственно на руки уполномоченным лицам бенефициара либо принципала — для передачи его кредитору и т. д.), как правило, не имеет значения для возникновения отношений по гарантии, если иное не обусловлено соглашением с принципалом.

Не могут рассматриваться как выдача гарантии случаи, когда гарантия оформляется самим принципалом на подписанном, но не заполненном бланке организации-гаранта либо когда оформленная гарантия выбывает из владения гаранта помимо его воли (в результате кражи, мошенничества и т. д.).

Статья 368 ГК РФ требует для банковской гарантии соблюдения письменной формы. Необходимо отметить, что в отличие от норм, регулирующих отношения по поручительству, неустойке, залугу, которые определяют, что несоблюдение формы договора о применении этих способов обеспечения влечет его недействительность, для банковской гарантии такие последствия несоблюдения формы не предусмотрены. Следовательно, несоблюдение письменной формы в этом случае влечет последствия, предусмотренные ч. 1 ст. 162 ГК РФ, т. е. лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства.

Банковская гарантия не может быть отозвана гарантом, если в ней не предусмотрено иное. Право гаранта на отзыв гарантии может быть безусловным или определяться соответ-

вующими условиям (к примеру, гарант вправе отозвать свое обязательство при признании принципала неплатежеспособным либо при изменении обеспечиваемого кредитного договора). Независимо от того, каким образом сформулировано в гарантии условие о праве ее отзыва, гарантия не может быть отозвана после предъявления бенефициаром требования об исполнении обязательств к гаранту.

Для кредитора — бенефициара отзывная гарантия является невыгодной, риск ее возможного отзыва сводит на нет ее обеспечительное действие, поэтому кредиторам следует избегать принятия подобных гарантий.

Гражданский кодекс РФ не определяет, в какой момент прекращаются отношения по гарантии при ее отзыве. Статья 378 ГК РФ не называет отзыв отзывной гарантии в качестве основания прекращения обязательств гаранта перед бенефициаром, что может рассматриваться только как досадное упущение. Действительно, если ст. 371 ГК РФ прямо позволяет отзыв гарантии при наличии в ней указания об этом, то такой отзыв должен прекращать отношения по гарантии.

Обязательства гаранта следует считать прекратившимися с момента получения бенефициаром письменного сообщения гаранта об отзыве гарантии, если иное не определено в гарантии.

Отзыв гарантом гарантии, выданной на условиях безотзывности, не порождает каких-либо правовых последствий и не прекращает обязательства гаранта.

Статья 372 ГК РФ определяет, что принадлежащее бенефициару по банковской гарантии право требования к гаранту не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное. Таким образом, для банковской гарантии законодателем установлено правило, отличное от общих правил, регулирующих замену кредитора в обязательстве (ст. 382 ГК РФ), поскольку при передаче права требования к гаранту требуется его согласие, предусмотренное в гарантии. Статья 372 ГК РФ позволяет также сделать вывод, что гарантия всегда должна быть адресована конкретному лицу. Не может рассматриваться как гарантия обязательство отвечать, к примеру, «перед любым, кто предоставит кредит».

Независимость банковской гарантии от основного обязательства. В соответствии со ст. 370 ГК РФ предусмотрен-

ное банковской гарантией основное обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство. В отличие от других видов обеспечительных обязательств, которые носят, как правило, дополнительный (акцессорный) характер по отношению к основному обязательству и в силу этого тесно связаны с судьбой основного обязательства, банковская гарантия является самостоятельным обязательством гаранта. Следовательно:

— она не прекращается с прекращением основного обязательства и не изменяется с его изменением;

— она не является недействительной при недействительности основного обязательства;

— гарант не вправе ссылаться при предъявлении к нему требований бенефициаром на возражения, которые связаны с обеспечиваемым обязательством; он вправе отказать в выплате лишь при нарушении условий самой гарантии;

— обязательство гаранта не зависит от каких-либо требований или возражений принципала, основанных на его отношениях с гарантом или бенефициаром.

Виды банковских гарантий. Банковские гарантии можно классифицировать по различным признакам. Как уже отмечалось ранее, гарантии могут быть отзывными и безотзывными, передаваемыми и непередаваемыми.

Гарантии можно классифицировать по их целям в зависимости от тех обязательств, которые ими обеспечиваются. Наиболее распространенными в международной банковской практике являются:

— тендерная гарантия (гарантия предложения) — обязательство гаранта, выданное им по просьбе участника торгов или уполномоченного им лица стороне, объявившей торги, по которому гарант обязуется в случае неисполнения принципалом своих обязательств, вытекающих из представления предложения, произвести платеж бенефициару в пределах указанной суммы денег. Такая гарантия бывает необходимой при объявлении публичных торгов. Лицо, которое делает предложение о покупке, может быть обязано представить гарантию, обеспечивающую оплату его обязательства, на случай, если оно отзовет свое предложение до торгов или отклонит заказ

после торгов. Размер гарантий предложения составляет, как правило, от 1 до 5 % от суммы предложения;

— гарантия исполнения — обязательство гаранта, выданное по просьбе поставщика товаров или услуг, подрядчика и т. д. (принципала) или в соответствии с инструкциями уполномоченного на это лица покупателю или заказчику (бенефициару), по которому гарант обязуется в случае ненадлежащего исполнения принципалом условий контракта, заключенного между принципалом и бенефициаром, произвести платеж бенефициару в пределах указанной суммы денег. Как мы видим, по такой гарантии банк принимает на себя обязательство выплатить понесшему ущерб покупателю гарантируемую сумму в случае, если поставщик или подрядчик не выполнят или ненадлежаще выполнят условия договора с бенефициаром. Размер таких гарантий обычно составляют до 10 % суммы контракта;

— гарантия возврата платежа — обязательство банка, выданное по просьбе поставщика товаров или услуг или подрядчика (принципала), или в соответствии с инструкциями уполномоченного принципалом лица покупателю или заказчику (бенефициару), по которому гарант обязуется в случае невыполнения принципалом обязательств возместить в соответствии с условиями контракта между принципалом и бенефициаром какую-либо сумму или суммы, авансированные или выплаченные бенефициаром принципалу и так или иначе не возвращенные ему — произвести платеж бенефициару в пределах указанной суммы денег.

Последний вид гарантий можно разделить на гарантии возврата авансовых платежей и гарантии на случай неплатежа. Первые выдаются гарантами в тех случаях, когда в соответствии с условиями договора покупатель должен произвести авансовые платежи. Покупатель в этом случае может потребовать выдачи гарантии их возврата, которая обеспечивает ему возмещение убытков, если продавец не выполнит своих обязательств по договору. Размер такой гарантии обычно соответствует сумме аванса. Гарантия оформляется, как правило, до получения аванса. В таких гарантиях целесообразно устанавливать, что они вступают в силу только после внесения аванса.

Гарантия на случай неплатежа может обеспечивать оплату товаров или услуг полностью или частично. Обязательство гаранта, как правило, связывается с тем, что поставщик под-

тверждает поставку товара и неполучение оплаты за него в установленный срок.

Гарантия может также обеспечивать возврат долга по кредитному договору как физическими, так и юридическими лицами.

Основным является деление гарантий на гарантии по требованию и условные.

При гарантиях по требованию гарант обязан произвести платеж по первому требованию бенефициара. Банк принимает на себя абсолютное обязательство и должен его выполнить, даже если принципал возражает против этого и налицо серьезные обстоятельства, подтверждающие утверждения продавца о несправедливости требований бенефициара. Банки обычно выдают гарантию исполнения по предъявлению требования лишь под встречную гарантию от убытков со стороны принципала.

При условной гарантии обязательство гаранта обычно действует при условии предъявления какого-либо документа, например, решения суда или арбитража в пользу бенефициара, сертификата нейтрального лица, удостоверяющего наличие подлежащего уплате бенефициару долга, либо даже простого заявления бенефициара в том, что другая сторона не выполнила свои обязательства.

Выделяют также такие виды гарантий, как встречная гарантия и супергарантия.

Встречная гарантия (контргарантия) имеет место при следующих обстоятельствах. Покупатель (либо подрядчик) просит продавца (либо заказчика) предоставить гарантию исполнения. Продавец получает такую гарантию от банка, который предоставляет гарантию банку покупателя, а не самому покупателю. Банк покупателя затем предоставляет покупателю встречную гарантию. Условия контргарантии должны быть тождественны условиям основной гарантии.

Супергарантия представляет фактически гарантию гарантии. Супергарантию обычно требует бенефициар, который желает получить кроме гарантии банка должника, который может быть малоизвестным, также гарантию более известного банка. Просьба о супергарантии исходит от банка-гаранта, принимающего перед супергарантом обязательство компенсировать ему те суммы, которые он будет обязан уплатить в со-

ответствии с основанным на супергарантии обязательством. Условия супергарантии во всем должны соответствовать обязательствам из такой гарантии¹.

Срок предъявления требования к гаранту. Пункт второй ст. 374 ГК РФ определяет, что требование бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана. Указанный срок является существенным условием обязательства гаранта. Момент, когда прекращается действие гарантии, должен быть зафиксирован в ясной и четкой форме, не допускающей многозначного толкования. Гарант при наступлении этого момента автоматически аннулирует гарантию, поскольку в соответствии с подп. 2 п. 1 ст. 378 ГК РФ обязательство гаранта перед бенефициаром по гарантии прекращается окончанием определенного в гарантии срока, на который она выдана.

Данный срок является пресекательным и не может быть восстановлен. До истечения срока к гаранту должно быть в письменной форме представлено требование об оплате. Если такое требование было заявлено в установленный срок, то на стороне гаранта возникает денежное обязательство. Бенефициар в случае необоснованного отказа в выплате предусмотренной суммы имеет право обратиться к гаранту с иском в общем порядке с требованием об исполнении обязательства по гарантии и о применении к гаранту мер ответственности в связи с ненадлежащим исполнением либо неисполнением им своих обязательств, вытекающих из гарантии. На такое требование распространяется общий срок исковой давности, который начинает течь с момента, когда бенефициар узнал о неисполнении обязательства гарантом, к примеру, когда гарант необоснованно отказал в выплате сумм, либо уклонился от оплаты (допустил просрочку в выплате), несмотря на принятие документов, либо уклонился от ответа на обращенное к нему требование бенефициара в течение нормально необходимого срока.

Если требование к гаранту было заявлено по истечении установленного срока, то гарант обязан отказать в выплате, ру-

¹ К. Шмиттгофф. Экспорт. Право и практика международной торговли. М. 1994. С. 228.

ководствуясь п. 1 ст. 376 ГК РФ, поскольку его обязательство прекратилось. Если же гарант произведет выплату по требованию, заявленному по истечении срока действия гарантии, он вправе потребовать уплаченное от бенефициара как неосновательно полученное.

Поскольку законодательство говорит о сроке, когда требование должно быть «представлено» гаранту, следовательно, речь идет о том, что письменный документ с таким требованием должен быть получен гарантом, а не просто направлен ему. Риск случайной задержки документа в пути лежит на бенефициаре. В связи с этим бенефициар должен принять все доступные ему меры, чтобы обеспечить передачу требования об уплате гаранту до истечения установленного срока. На бенефициаре лежит и бремя доказательства того, что требование было передано гаранту до окончания установленного срока.

Представление требования по банковской гарантии. Требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии должно быть представлено гаранту в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия.

Гарант обязан немедленно уведомить принципала о получении требования бенефициара и передать принципалу копию требования со всеми относящимися к ней документами. невыполнение гарантом этой обязанности должно учитываться при рассмотрении взаимоотношений гаранта и принципала, в частности при предъявлении регрессных требований.

Гарант должен рассмотреть требование бенефициара с приложенными к нему документами в разумный срок и проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствует ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии (п. 2 ст. 375 ГК РФ).

Срок, в течение которого гарант проводит проверку документов и должен дать ответ об их принятии или отказе в выплате в связи с отсутствием сложившихся обычаев, следует определять в гарантии. При отсутствии такого условия следует учитывать, что срок такой проверки должен быть минимальным (от 2 до 5 дней), однако с учетом характера и объема проводимой гарантом проверки он может быть признан и более длительным.

Оценка гарантом представленных документов производится по внешним признакам; от гаранта не требуется оценки правовой значимости документов и проверки их соответствия фактическим обстоятельствам. Закон возлагает на гаранта обязанность проявить «разумную заботливость» при проверке соблюдения условий гарантии, следовательно, гарант вправе отклонить документы, не содержащие требуемых гарантией сведений либо не соответствующие требованиям гарантии по оформлению. Гарант отказывает в выплате, если указанное бенефициаром в требовании нарушение принципалом основного обязательства не является тем нарушением, которое в соответствии с условиями гарантии дает право потребовать платежа от гаранта.

В соответствии с п. 1 ст. 376 ГК РФ гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если его требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии либо представлены гаранту по окончании определенного в гарантии срока.

Гарант обязан немедленно уведомить бенефициара об отказе удовлетворить его требование. Закон не возлагает на гаранта обязанности проинформировать бенефициара о причинах, вызвавших отклонение требования. Тем не менее надлежащее исполнение гарантом своих обязательств по гарантии, по нашему мнению, включает в себя, учитывая характер совершаемых гарантом действий, его обязанность сообщить бенефициару, почему отклонено предъявленное требование. Отсутствие этих данных лишает бенефициара возможности оценить правомерность действий гаранта, а также возможности оперативно исправить допущенные упущения. В целях обеспечения интересов бенефициара в текстах гарантий следует включать соответствующие условия.

Нельзя исключать возможности исправления бенефициаром недостатков в документах и повторного их предъявления гаранту. Если такое требование заявлено до окончания срока гарантии, гарант обязан рассмотреть его и при соответствии его условиям гарантии удовлетворить. Гарант не вправе отказаться от удовлетворения требования на том основании, что оно предъявлено повторно.

Пунктом 2 ст. 376 ГК РФ на гаранта возлагается обязанность немедленно сообщить бенефициару и принципалу о

ставших ему известными обстоятельствах, связанных с прекращением или недействительностью основного обязательства, если об этих обстоятельствах он узнал до удовлетворения требования бенефициара. Такими обстоятельствами являются полное или частичное исполнение обеспеченного гарантией обязательства, его прекращение по иным основаниям, недействительность основного обязательства. Наличие указанных обстоятельств в силу обособленного характера гарантийного обязательства не влияет на содержание и объем ответственности гаранта перед бенефициаром.

Закон не устанавливает специальных последствий нарушения гарантом рассматриваемой обязанности. Представляется, что и бенефициар, и принципал вправе предъявить к гаранту требование о возмещении убытков, причиненных им вследствие этого нарушения.

Если бенефициар после получения соответствующего уведомления повторно предъявит требование, гарант обязан его оплатить.

Возможна ситуация, когда первое предъявление требования имело место в пределах установленного в гарантии срока, а с учетом сроков направления уведомления повторное требование будет заявлено бенефициаром за пределами срока. Поскольку закон не говорит, что первое предъявление было ненадлежащим, нет оснований принимать в качестве общего правила, что повторное требование должно быть обязательно предъявлено до истечения срока гарантии. Однако и признание за бенефициаром неограниченного срока права предъявлять повторное требования гаранту противоречит природе гарантии.

В качестве возможного подхода можно предложить следующее. Если бенефициар направил повторное требование незамедлительно после получения уведомления, то гарант не вправе отказать ему в выплате по мотиву нарушения установленного срока, поскольку такое требование следует рассматривать не как новое требование, а как подтверждение ранее заявленного. Если же бенефициар допустит промедление при предъявлении повторного требования, то первое требование считается неподтвержденным и теряет силу.

Следует отметить, что гарант, не производя выплату по первоначально заявленному требованию, должен действовать

добросовестно. Если он в целях уклонения от выплаты направляет уведомление при отсутствии у него данных об исполнении или прекращении основного обязательства либо на основании данных, которые не могут быть признаны заслуживающими доверия, он допускает нарушение и, по нашему мнению, не вправе ссылаться на пропуск бенефициаром срока при предъявлении повторного требования. Не может быть за ним признано и такое право в случаях, когда он задержал направление уведомления, с тем чтобы повторное требование не могло быть предъявлено в установленный срок.

Пределы обязательства гаранта. Статья 377 ГК РФ устанавливает, что предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром ограничивается уплатой суммы, на которую выдана гарантия. Таким образом, в отличие от поручителя, который несет по общему правилу ответственность в том же объеме, что и должник по обеспечиваемому обязательству, гарант отвечает только в пределах суммы, указанной в гарантии.

На практике возникает вопрос, возможно ли включение в гарантию условия о начислении на определенную в гарантии сумму процентов. К примеру, гарант обязуется выплатить при предъявлении требования 10 млн руб. с процентами, начисленными в размере 100 % годовых со дня выдачи гарантии до даты предъявления требования об оплате. В данном случае пределы ответственности гаранта достаточно четко определены и, следовательно, нет оснований считать подобные условия противоречащими требованиям закона. Таким образом, по нашему мнению, должен решаться вопрос и в иных случаях, когда условия гарантии позволяют четко определить размер подлежащей уплате суммы на момент, когда обязательство должно быть исполнено гарантом.

Если гарант не выполнил или ненадлежаще выполнил свои обязательства перед бенефициаром, он несет ответственность за свои собственные действия на общих основаниях, предусмотренных гл. 25 ГК РФ. Нарушения гаранта могут выражаться в задержке выплаты всей или части суммы по гарантии, необоснованном отказе в выплате и т. д. Поскольку обязательства гаранта носят денежный характер, при просрочке в выплате суммы на него может быть возложена ответственность, предусмотренная ст. 395 ГК РФ.

Пункт 2 ст. 377 ГК РФ предусматривает возможность установления в гарантии условий, ограничивающих ответственность гаранта, в примере установлением исключительной неустойки или введением определенного суммарного предела ответственности.

Прекращение банковской гарантии. В соответствии со ст. 378 ГК РФ обязательство гаранта перед бенефициаром по гарантии прекращается в случаях:

- 1) уплаты бенефициару суммы, на которую выдана гарантия;
- 2) окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана;
- 3) отказа бенефициара от своих прав по гарантии и возвращения ее гаранту;
- 4) отказа бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств.

В случаях уплаты бенефициару суммы гарантии обязательства гаранта прекращаются независимо от того, возвращен ли ему документ, закрепляющий его обязанности. Вместе с тем с целью исключения ошибочной оплаты повторно предъявленного требования по уже исполненной гарантии гаранту целесообразно истребовать у бенефициара указанный документ с отметкой об исполнении.

Бенефициар вправе отказаться от своих прав по гарантии и либо возвратить гаранту гарантийное обязательство, либо направить гаранту письменное заявление об освобождении его от обязательств. Действия бенефициара в этих случаях являются односторонней сделкой, направленной на прекращение обязательств по гарантии; согласия гаранта не требуется.

Кодекс не ограничивает право бенефициара отказаться от своих прав по гарантии как до, так и после предъявления требования к гаранту. Если гарант выплатил сумму по предъявленному требованию до получения от бенефициара соответствующих документов, он вправе потребовать ее возврата как неосновательно уплаченной. Такое же право он имеет и в том случае, если уплатит сумму после получения отказа бенефициара, но в этом случае бенефициар вправе на основании ст. 404 ГК РФ требовать уменьшения размера своей ответственности, поскольку неосновательная уплата суммы имела

место по вине самого гаранта.

Гарант, которому стало известно о прекращении гарантии, обязан без промедления уведомить об этом принципала.

В силу независимости гарантийного обязательства и невозможности для гаранта отказаться от исполнения со ссылкой на прекращение или недействительность обеспечиваемого обязательства не исключена возможность двойного исполнения — и гарантом, и принципалом. Гарант, выплативший по требованию бенефициара сумму одновременно с основным должником, вправе в судебном порядке потребовать возврата исполненного от бенефициара в соответствии со ст. 1102 ГК РФ.

Независимость и автономность обязательств по банковской гарантии на практике нередко возводятся в абсолют. Предлагается, например, при предъявлении бенефициаром иска к гаранту, даже при наличии доказательств о получении платежа от основного должника, удовлетворять такие исковые требования, с тем чтобы гарант впоследствии заявил самостоятельные требования к бенефициару о возврате неосновательно полученного. При этом помимо хозяйственной нецелесообразности такого подхода следует учитывать, что суд может не удовлетворить требования бенефициара в силу ст. 10 ГК РФ, которая устанавливает недопустимость действий граждан и юридических лиц, осуществляемых исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в других формах. В случае нарушения этих требований суд может отказать лицу в защите принадлежащего ему права.

Бенефициар, предъявляющий иск к гаранту о выплате суммы гарантии, заведомо зная о произведенном должником по основному обязательству исполнении, действует с намерением причинить вред организации-гаранту и злоупотребляет своим правом требовать исполнения по гарантии.

Регрессные требования гаранта к принципалу. Гарант вправе потребовать от принципала возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, если это право было закреплено в соглашении гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия. Указанным соглашением могут быть предусмотрены основания и пределы регрессной ответственности принципала. Следует согласиться с мнением, что при отсутствии в соглашении указаний о воз-

возможности регрессной ответственности такая ответственность принципала не возникает¹.

Гарант не имеет права требовать от принципала возмещения сумм, уплаченных бенефициару с нарушением условий гарантии. Принципал при предъявлении к нему требования вправе ссылаться на обстоятельства, освобождающие его от обязанности возместить гаранту выплаченные суммы: принятие гарантом несоответствующих гарантии документов, выплату суммы, превышающей указанную в гарантии и т. д.

Гарант не вправе требовать от принципала возмещения сумм, уплаченных бенефициару за нарушение обязательств гаранта перед ним. Например, гарант не вправе требовать возмещения сумм неустоек, процентов и убытков, уплаченных бенефициару за просрочку выплаты сумм по гарантии либо за необоснованное уклонение от исполнения своих обязательств. Однако такое право гаранта может быть предусмотрено соглашением с принципалом.

Исполнение обязательства гарантом в порядке, определенном п. 2 ст. 376 ГК РФ, повлекшее двойной платеж бенефициару, по нашему мнению, при наличии в соглашении с принципалом права регресса предоставляет гаранту возможность либо обратиться к принципалу с требованием о возмещении выплаченных сумм на основании требований ст. 379 ГК РФ, либо обратиться в судебном порядке к бенефициару с требованием о возврате неосновательного обогащения в соответствии со ст. 1102 ГК РФ.

Удовлетворение одного из этих требований прекращает право гаранта обратиться с другим требованием. Если в рассматриваемой ситуации будет удовлетворено требование гаранта к принципалу, то последний вправе предъявить требование к бенефициару о возврате неосновательно полученного, согласно ст. 1102 ГК РФ.

Глава 9. Залог и удержание во второй части Гражданского кодекса РФ 1996 года

Специальные нормы о залоге и удержании находятся в

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу РФ. М. Юринформцентр. 1995. С. 376.

первой части Гражданского кодекса. Их точный адрес — обшая часть обязательственного права. Именно там, в гл. 23 «Обеспечение исполнения обязательства», помещены параграфы, посвященные залогу и удержанию. Двадцать пять статей первой части ГК определяют, что представляет собой залог, где и как применяется, какое имущество может стать предметом залога, каким образом залог возникает и прекращается, какими правами обладает залогодержатель и каким образом он может реализовать принадлежащее ему залоговое право.

Удержание, впервые выделенное в ГК в качестве особого способа обеспечения обязательств, занимает в нем гораздо более скромное место. Об удержании идет речь только в двух статьях ГК (ст. ст. 359, 360). В одной из них раскрываются понятие удержания и сущность соответствующего права, в то время как другая носит отсылочный характер. Адресатом отсылки служат правила о залоге. Имеется в виду, что ими следует руководствоваться при определении того, в каком объеме и в каком порядке должны удовлетворяться требования кредитора, удерживающего вещь: из стоимости вещи в объеме и в порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом.

Между залогом и удержанием имеются определенные различия, которые проявляют себя прежде всего в том, что залог возникает либо из специального закона, либо из договора, а удержание уже из самой ст. 359 ГК, и договор нужен только в случае, если стороны желают отказаться полностью или частично от положений этой статьи. Наличие соответствующей статьи позволяет сделать вывод, что во всех случаях, когда вещь, подлежащая передаче должнику либо указанному им лицу, находится у кредитора, последний обладает правом при неисполнении должником в срок обязательства по оплате вещи или возмещению кредитору связанных с нею издержек и других убытков удерживать ее до исполнения соответствующего обязательства. Что же касается обязательства, в котором обе стороны — предприниматели, то в нем удержание имеет более широкое применение. Удерживать в таких случаях вещь до исполнения обязательства можно применительно к таким требованиям, которые не связаны с оплатой вещи или возмещением издержек на нее.

У залога и удержания есть и много общего. Прежде всего, это проявляется в том, что они, в отличие от поручительства, банковской гарантии или неустойки, построены на «доверии к вещи», а не «к лицу». Объединяет оба способа обеспечения и то, что и залог, и удержание в конечном счете действуют одинаково: в том и другом случаях при неисполнении обязательства вещь продается и из полученной таким образом суммы первым удовлетворяет свои требования кредитор, чье обязательство было обеспечено соответственно залогом или удержанием. Можно указать и на вещно-правовые элементы, которые в равной мере свойственны тому и другому способам обеспечения обязательств. Так, в случае перехода права собственности на заложенное имущество или права хозяйственного ведения им от залогодателя к другому лицу в результате возмездного или безвозмездного отчуждения либо в порядке универсального правопреемства право залога сохраняет силу (п. 1 ст. 353 ГК). Точно так же «право следования» выражено и в п. 2 ст. 359 ГК: кредитор может удерживать находящуюся у него вещь несмотря на то, что после того, как вещь поступила во владение кредитора, права на нее были приобретены впоследствии третьим лицом.

Из всех видов залога удержанию особенно близок залог с передачей его предмета залогодержателю. По этой причине реализация вещи при удержании подчиняется действию п. 2 ст. 349 ГК, который допускает в качестве одного из вариантов обращение взыскания на вещь в порядке, предусмотренном договором. Так же, как и при залоге, соответствующее правило распространяется только на случаи, когда предметом удержания служит движимая вещь.

Значение залога и удержания сводится к тому, что они утанавливают определенный приоритет кредиторов, чьи обязательства обеспечены указанными способами, по отношению к остальным кредиторам. Тем самым оба эти способа обеспечения направлены против интересов остальных кредиторов. Имея в виду отмеченное обстоятельство, Гражданский кодекс, в отличие от Закона «О залоге», поставил на случай ликвидации юридического лица определенный круг кредиторов впереди залогодержателя. В число таких привилегированных кредиторов входят, во-первых, граждане, перед которыми ликвидируемое юридическое лицо несет ответственность за

причинение вреда жизни или здоровью путем капитализации причитающихся им повременных платежей, и, во-вторых, лица, которые работают по трудовому договору, в том числе по контракту, заявившие свои требования о выплате выходного пособия и оплате труда. К этому следует добавить внесенное Законом от 15 ноября 1995 г. дополнение к Гражданскому кодексу РФ, в силу которого при ликвидации банков или других кредитных учреждений, привлекающих средства граждан, в первую очередь удовлетворяются требования граждан, являющихся кредиторами банков или других кредитных учреждений, привлекающих средства граждан¹.

Содержащаяся в ст. 360 ГК отсылка по вопросу объема и порядка удовлетворения требований при удержании к залогу дает основания сделать вывод, что не только залоговое требование, но и требование, вытекающее из удержания, должно быть поставлено на третье место в этой очереди кредиторов.

Подобно всем другим способам обеспечения обязательств (кроме банковской гарантии) и залог, и удержание являются акцессорными обязательствами, живущими одной жизнью с обязательством основным. Этому последнему целиком и полностью посвящена вторая часть Гражданского кодекса. Указанная часть ГК состоит из норм о четырех видах обязательств. Имеются в виду обязательства, возникающие из договоров (купли-продажи, займа, дарения, подряда, аренды, хранения и др.), из односторонних сделок (публичный конкурс, публичное обещание награды, лотереи и др.), из правонарушений и из неосновательного обогащения. В принципе применительно ко всем этим обязательствам возможно использование залога. Иначе обстоит дело с удержанием. Оно может применяться только к обязательствам, предполагающим ситуацию, при которых принадлежащая должнику или третьему лицу вещь находится у кредитора.

Возможны варианты, при которых происходит коллизия между нормами первой части ГК и нормами, содержащимися в отдельных главах второй его части. Во всех таких случаях следует руководствоваться правилом, в силу которого нормы специальные (в данном случае имеются в виду статьи всех

¹ Российская газета. 1996. 24 февраля.

глав, помещенных во вторую часть ГК) пользуются преимуществом по отношению к нормам общим (речь в данном случае идет о статьях всего раздела III «Общая часть обязательственного права», в том числе гл. 24 ГК).

Вместе с тем следует иметь в виду, что для использования залога применительно ко всем этим обязательствам нет необходимости в специальном упоминании о нем в статьях, посвященных определенному типу договорных или иных обязательств. Особенность второй, как и будущей третьей, части ГК состоит в том, что нормы, которые составляют общие положения гражданского права (о субъектах, объектах, сделках, исковой давности и представительстве), в отношении обязательств — нормы их общей части (о сторонах, исполнении обязательств, обеспечении обязательств, перемене лиц в обязательстве, ответственности за нарушение обязательств, прекращении обязательств), а в отношении обязательств договорных — нормы общих положений о договорах (об их понятии и содержании, порядке заключения, изменения и прекращения), применяются соответственно ко всем гражданским правоотношениям, к обязательствам и договорам в частности, во всех случаях, если иное не указано в специальных правовых нормах, в том числе и помещенных во вторую часть ГК.

Однако применительно к отдельным общим нормам ГК, в том числе и о залоге, обращение ко второй части имеет определенное значение потому, что, во-первых, в ней есть некоторые специальные нормы, служащие или расширяющие действие норм первой части, и, во-вторых, — что может оказаться особенно важным для залога — некоторые непосредственно не связанные с залогом нормы вместе с тем предусматривают, если не прямо, то хотя бы косвенно, как должны действовать соответствующие общие нормы о залоге.

Статья 334 ГК, определяющая понятие и основания возникновения залога, устанавливает, что он возникает не только из договора, но и из закона. Примером может служить ст. 122 Таможенного кодекса РФ, в силу которой обязательство по уплате таможенных платежей обеспечивается залогом товаров и транспортных средств, перевозимых через границу. При этом отношения по залогом могут возникнуть из закона только в случае, если в нем указано, какое именно обязательство обеспечивается залогом и что именно передается в залог. При

отсутствии хотя бы одного из этих реквизитов залоговое обязательство не приобретает необходимой юридической силы. Отмеченное обстоятельство не лишает стороны права заключить между собой договор о залоге, предусмотрев в нем в числе других существенных условий и указанные два.

Таким образом, для залога Вторая часть ГК представляет интерес главным образом с точки зрения того, какие именно случаи залога, возникающего из закона, в ней предусмотрены. Интерес ко Второй части с точки зрения удержания имеет значение в основном для снятия возможной неопределенности по поводу того, обладает ли кредитор в данном конкретном случае правом на удержание или нет (имеется в виду, что здесь действует принцип «нет закона — нет и удержания»).

К специальным нормам о залоге, возникающем из закона, относятся в основном следующие:

1. Статья 488 ГК, которая посвящена порядку оплаты проданного в кредит товара. Она имеет в виду необходимость обеспечить интересы продавца, реализовавшего товары с оплатой к определенному сроку в будущем. Пункт 5 указанной статьи установил, что с момента передачи покупателю и до его оплаты товар, проданный в кредит, признается находящимся в залоге у продавца. Естественно, что такой залог продлится до того, как обеспеченный залогом долг будет полностью погашен покупателем.

Для рассматриваемой ситуации важное значение имеют два обстоятельства. Во-первых, соответствующая норма помещена в общих положениях о купле-продаже, а это означает, что она действует применительно ко всем разновидностям данного типа договоров, включая розничную куплю-продажу, поставку, поставку товаров для государственных нужд, контрактацию, продажу недвижимости и продажу предприятия. Во-вторых, защищая интересы покупателей, законодатель закрепил соответствующее положение в виде диспозитивной нормы, предоставив сторонам возможность установить «иное», т. е. то, что правила о залоге купленных в кредит товаров на отношения сторон, вытекающие из данного договора, не распространяются.

2. Статья 489 ГК, которая устанавливает правила, регулирующие оплату товаров в рассрочку. Договор, который предполагает такой способ расчетов, представляет собой, по сути,

разновидность договора о продаже товаров в кредит. По этой причине указанная статья содержит в п. 3 отсылку к отдельным пунктам ст. 488 ГК и среди них к тому, который предусматривает нахождение товара, проданного в кредит, в залоге с момента передачи товара и до его оплаты (имеется, естественно, в виду полная оплата) покупателем.

3. Статья 587 ГК, в силу которой при передаче под выплату ренты недвижимости, в частности, земельного участка, предприятия, здания, сооружения, получатель ренты в обеспечение обязательства ее плательщика приобретает право залога на соответствующее имущество. Из присущего залогу следования соответствующего права за вещь вытекает, что если плательщик ренты продаст недвижимость, обремененную залогом, то приобретатель имущества становится в позицию залогодателя, а получатель ренты остается залогодержателем. К этому следует прибавить и еще одну норму, защищающую интересы получателя ренты. В рассматриваемом случае при продаже заложенной вещи первоначальный плательщик ренты отвечает перед кредитором (получателем ренты) субсидиарно с тем, кто приобрел заложенное таким образом имущество. Значит, если заложенного имущества не хватит на покрытие долга по отношению к получателю ренты, у последнего появляется возможность обратиться с требованием не только к приобретателю заложенного имущества, но в случае, если тот откажется от оплаты или в течение разумного срока не даст ответа, также и к плательщику ренты. К этому следует добавить, что в ситуациях, предусмотренных ГК, иным законом или договором, ответственность этих двух лиц может быть не субсидиарной, а солидарной.

Залоговое обеспечение ренты, о котором идет речь, представляет интерес и в другом смысле. Если при залоге недвижимости у получателя ренты залоговое право возникает непосредственно из закона, то в отношении движимости (например, при передаче какой-либо драгоценности плательщику ренты) получатель вправе использовать любой способ обеспечения. Но в отличие от ипотеки в данном случае речь пойдет об обычном залоге, который возникает из договора и соответственно подчиняется требованиям ст. 339 ГК о форме договора и круге его существенных условий.

Правила о залоге позволяют и еще в одном смысле обеспе-

чивать интересы получателя ренты. Имеется в виду ст. 604 ГК, которая запрещает плательщику ренты сдавать недвижимое имущество, переданное в обеспечение пожизненного содержания с иждивением, в залог, не имея на то согласия получателя ренты.

Указанные случаи залога из закона должны быть учтены банками. Выдавая деньги в кредит под залог товаров, необходимо принимать во внимание возможность существования ранее возникшего из закона залога.

ГК в параграфе, посвященном залогам, обращает внимание на то, что наряду с вещами предметом залога могут быть и имущественные права (требования). Исключение сделано лишь применительно к правам, неразрывно связанным с личностью кредиторов. Такие права передаваться в залог не могут. В частности, имеются в виду требования об алиментах, о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, и иные права, уступка которых другому лицу запрещена (п. 1 ст. 336 ГК). Особо выделен в Кодексе залог права аренды или иного права на чужую вещь (абз. 2 п. 3 ст. 335).

Естественно, что применительно к аренде возникает вопрос о существовании у арендатора возможности самостоятельно решить вопрос о передаче в залог права аренды, не испрашивая при этом разрешения у арендодателя. Редакция п. 3 ст. 335 ГК давала повод сделать вывод, что согласия арендодателя на такого рода залог в виде общего правила не требуется. Во второй части Кодекса создававшаяся неопределенность снята. Статья 615 ГК предусматривает, что арендатор обладает правом распоряжаться арендованным имуществом в любой форме, включая сдачу арендованного имущества в субаренду (поднаем), передачу своих прав и обязанностей по договору аренды в полном объеме другому лицу (перенаем), предоставление арендованного имущества в безвозмездное пользование, внесение его в качестве вклада в уставный капитал хозяйственных товариществ, только с согласия арендодателя. Не сделано никаких исключений и для залога. Сдавать арендованное имущество в залог, если иное не предусмотрено Кодексом, другим законом или иными правовыми актами, можно только при наличии согласия на то арендодателя.

Поскольку к субаренде применяются в силу указанной ст. 615 ГК правила об аренде, следует признать, что субарен-

датор также не вправе сдавать в залог имущество, полученное им в пользование по договору с арендатором. Для сдачи такого имущества в залог необходимо, как можно сделать вывод из той же статьи, согласие и арендодателя, и арендатора. Таким образом, выдавая кредиты под залог арендованного имущества, банк должен тщательно проверить правовые основания принадлежности этого имущества залогодателю, а если речь идет о субаренде, требовать подтверждения согласия и арендодателя, и арендатора.

Особый предмет залога составляют ценные бумаги. Общее правило на этот счет содержится в п. 4 ст. 338 ГК. В нем предусмотрено, что при залоге имущественного права, удостоверенного ценной бумагой, такая бумага передается залогодержателю либо в депозит нотариуса, если договором не предусмотрено иное. Специальный случай залога ценных бумаг закреплен в п. 1 ст. 912 ГК. Речь идет о том, что товарный склад выдает в подтверждение принятия товара один из трех видов складских документов: двойное складское свидетельство, простое складское свидетельство или складскую квитанцию. Указанные документы, кроме складской квитанции, являются ценными бумагами. При этом п. 4 ст. 912 ГК устанавливает, что принятый по этим двум ценным бумагам на хранение товар может быть заложен на все время его хранения.

Двойное складское свидетельство состоит из складского свидетельства, призванного подтвердить наличие самого договора хранения и соответственно права держателя на получение индивидуально-определенной вещи либо какого-то количества вещей, определенных родовыми признаками, если имеет место хранение на товарном складе (на специальном складе сахара, зерна, овощей и т. п.), принимающем товары с обезличением (иррегулярное хранение). Одновременное наличие у лица складского и залогового свидетельства (варранта) означает, что держатель такой ценной бумаги имеет право распоряжаться соответствующей вещью (соответствующим количеством вещей определенного рода и качества).

Лицо, сдавшее в залог хранящийся товар, может пустить залоговое свидетельство в оборот. Хранитель выдает товар тому, кто предъявит обе части складского свидетельства. А чтобы иметь их у себя, держателю свидетельства необходимо рассчитаться с лицом, которое выдало кредит, получив в каче-

стве залога соответствующую часть двойного складского свидетельства. Вместо возврата залогового свидетельства залогодержатель может выдать квитанцию, подтверждающую полное погашение долга. Поскольку размер полученного покладателем кредита отмечается в его складском свидетельстве, факт погашения долга можно установить, сопоставив данные квитанции с теми, которые содержатся на складском свидетельстве.

Один из новых видов договоров составляет доверительное управление имуществом. Суть его состоит в том, что учредитель передает доверительному управляющему на определенный срок в доверительное управление имущество, а доверительный управляющий обязан за вознаграждение осуществлять управление им в интересах либо самого учредителя, либо указанного им лица (выгодоприобретателя). В этих случаях возникает вопрос о возможности принятия в доверительное управление уже заложенного имущества. Ответ на него содержится в п. 1 ст. 1019 ГК, который допускает такую передачу, ограничиваясь лишь адресованным учредителю требованием предупредить о состоявшемся ранее залоге доверительного управляющего. При этом Кодекс защищает интересы залогодержателя. Имеется в виду, что он сохраняет в подобных случаях возможность обратиться взыскание на имущество, которое находится в доверительном управлении.

Вместе с тем передача в доверительное управление может существенно затронуть интересы залогодержателя. Залог, в отличие от других способов обеспечения, построен на доверии не к лицу, а к вещи. Все же определенные элементы доверия к личности должника-залогодателя сохраняются хотя бы уже потому, что залоговые требования удовлетворяются в третью очередь. А значит, положение, в силу которого залогодатель вправе (кроме случаев, когда иное предусмотрено законом или договором или вытекает из существа залога) отчуждать предмет залога, передавать его в аренду или безвозмездное пользование другому лицу либо иным образом распоряжаться им только с согласия залогодержателя (п. 3 ст. 346 ГК), охватывает и передачу имущества в доверительное управление. Нарушение указанного требования (т. е. передача в доверительное управление без согласия залогодержателя) влечет за собой последствия, указанные в п. 2 ст. 351 ГК. Имеется в виду, что

залогодержатель в этом случае вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, а если его требование не будет удовлетворено, обратиться с иском на предмет залога.

Защите интересов доверительного управляющего посвящен п. 2 ст. 1019 ГК. В нем предусмотрено, что доверительный управляющий, который не знал и не должен был знать об обременении переданного в доверительное управление имущества залогом, может потребовать в суде расторжения договора. Сверх того, в указанном случае за ним сохраняется право и на получение вознаграждения, причитающегося ему по договору за один год.

Заслуживают особого внимания нормы второй части ГК, в которых нет упоминания о залоге, но они создают необходимую правовую базу для использования определенных видов имущества в качестве предмета залога. Речь идет главным образом о недвижимости. Возможность передачи в залог земельного участка, здания, сооружения, иной недвижимости находится в прямой зависимости от их общего правового режима и, в частности, возможности реализации.

Соответствующие вопросы теперь решены в ст. ст. 552 и 553 ГК, находящихся в главе, посвященной купле-продаже. Указанные статьи четко разграничивают случаи продажи земельного участка без находящейся на нем недвижимости, и наоборот, недвижимости без земельного участка, на котором она расположена.

Статья 552 ГК закрепляет общий принцип, в соответствии с которым при продаже здания, сооружения или другой расположенной на земельном участке недвижимости к покупателю переходит право собственности на такую недвижимость и одновременно право на часть земельного участка, необходимую для использования расположенной на нем недвижимости. В этой норме, как и во всей ст. 552 ГК в целом, последовательно проводится идея, в силу которой право собственности на домостроение не может существовать без определенного права на находящуюся под ним часть земельного участка. По этой причине установлено (п. 2 ст. 552 ГК), что в случае, когда продавец является собственником, возможны две ситуации. При первой покупателю передается право собственности на соответствующую часть земельного участка, на котором рас-

положена недвижимость, или право аренды этой части либо иное право, предусмотренное в договоре. Вторая ситуация возникает в случаях, когда в договоре купли-продажи недвижимости, заключенном собственником земельного участка, ничего не говорится о переходе прав вместе с недвижимостью и на земельный участок. В этом случае признается, что покупатель недвижимости становится автоматически собственником той части земельного участка, которая занята зданием, сооружением или иной недвижимостью, и необходима для ее использования.

Иное дело, когда земельный участок не принадлежит на праве собственности и самому продавцу (п. 3 ст. 552 ГК). Тогда прежде всего действует правило, в силу которого продажа недвижимости без согласия собственника возможна только в случае, если это не противоречит условиям пользования участком, которые были установлены законом или договором. Второе, связанное с первым правилом выражается в том, что в указанной ситуации покупатель приобретает вместе с правом собственности на недвижимость право пользования указанной частью земельного участка на тех же условиях, что и сам продавец.

Статья 553 ГК посвящена продаже земельного участка без передачи покупателю в собственность расположенной на участке недвижимости. В этом случае продавец сохраняет за собой право пользоваться частью земельного участка, которая недвижимостью занята и необходима для ее использования. Условия такого сохранения права должны быть закреплены в самом договоре купли-продажи.

Можно ожидать, что указанные новеллы найдут отражение в Законе «Об ипотеке». При этом будут учтены также и нормы, содержащиеся в пп. 3 и 4 ст. 340 ГК, специально посвященные ипотеке (залог недвижимости). Определенный шаг в направлении, расширяющим возможности залога недвижимости, сделан Указом Президента Российской Федерации от 28 февраля 1996 г. «О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования»¹. В нем вслед за воспроизведением нормы, закрепленной в п. 3 ст. 340 ГК, содержится указание на то, что право залога распространяется на принадлежащее

¹ Собрание законодательства РФ. 1996. № 10. Ст. 880.

залогодателю право постоянного пользования земельным участком, на котором находится предприятие, здание или сооружение. При обращении взыскания на такое предприятие, здание или сооружение лицо, которое приобретает это имущество в собственность, приобретает право пользования земельным участком на тех же условиях и в том же объеме, что и прежний собственник.

Основополагающие для ипотеки принципы, о которых шла речь, получили определенное развитие в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленуме Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹. Имея в виду правило пункта 3 ст 340 (ипотека здания или сооружения допустима лишь одновременно с ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором находится это здание или сооружение, или части участка, функционально обеспечивающего закладываемый объект, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка либо его соответствующей части), Постановление указало на то, что «данное правило подлежит применению в случаях, когда лицо, выступающее в роли залогодателя здания или сооружения, является собственником или арендатором соответствующего земельного участка. Если такое лицо по договору ипотеки передает в залог только здание или сооружение, а земельный участок либо право его аренды не является предметом залога, такой договор должен считаться ничтожной сделкой (статья 186)». Вместе с тем «в остальных случаях, когда залогодатель здания или сооружения не является собственником или арендатором земельного участка, договор ипотеки не может считаться не соответствующим законодательству на основании пункта 3 статьи 340 Кодекса. Права залогодателя, а при обращении взыскания на здание или сооружение — и права покупателя на земельный участок должны определяться исходя из статьи 37 Земельного кодекса Российской Федерации, согласно которой при переходе права собственности на строение, сооружение или при передаче их другим юридическим лицам

¹ Вестник Высшего Арбитражного суда РФ. 1996. № 9. С. 16.

или гражданам вместе с этими объектами переходит и право пользования земельными участками»¹.

Удержанию посвящен ряд статей второй части ГК. При этом в отдельных случаях Кодекс, не ограничиваясь общим указанием на наличие у кредитора в соответствующем договоре права на удержание, включает одновременно отсылку к ст. 359 ГК. Такая отсылка содержится, в частности, в п. 2 ст. 996 ГК, который, признавая за комиссионером право удерживать находящуюся у него вещь комитента, прямо именует его правом на удержание. В этой статье можно усмотреть стремление законодателя распространить на порядок реализации права на удержание нормы, которые регулируют порядок обращения взыскания при залоговом требовании. Имеется в виду специально выделенное объявление должников-комитентов несостоятельными (банкротами). Для этого случая предусмотрено, что право на удержание прекращается, а требования к комитенту в пределах стоимости вещей, которые комиссионер удерживал, удовлетворяются наравне с требованиями, обеспеченными залогом.

Еще более явно то же совпадение с точки зрения реализации прав, вытекающих из удержания и залога, выражено в ст. 997, посвященной удержанию комиссионером причитающейся суммы из всех денежных средств, поступивших к нему за счет комитента. Признав за комиссионером право на удержание, реализуемое путем его зачета со встречными требованиями комитента, ст. 997 ГК подчеркивает, что кредиторы комитента, которые пользуются в отношении очередности удовлетворения их требований преимуществом перед залогодержателем, не лишаются права на удовлетворение своих требований из удержанных комиссионером сумм. В данном случае явно имеются в виду уже не статьи 64 и 65 вместе с предусмотренными в них пятью очередями, которыми руководствуются при предъявлении требований к ликвидированному, в том числе и вследствие несостоятельности (банкротства), юридическому лицу, а такие же по количеству пять очередей, установленные для списания денежных сумм (ст. 885 ГК). Хотя ст. 997 ГК и не говорит ничего о ситуации, возникающей

¹ Вестник Высшего Арбитражного суда РФ. 1996. № 9. С. 16.

при несостоятельности (банкротстве), очевидно решение вопроса в этом случае не должно отличаться от того, которое приведено в ст. 996 ГК.

Во всех остальных случаях, имея в виду удержание, вторая часть Кодекса обычно ограничивается указанием на соответствующее право, оставляя открытым вопрос о его коллизии с правами, принадлежащими другим кредиторам. К таким случаям должны также применяться нормы ст. ст. 996 и 997 ГК. Однако в ряде случаев ст. 997 ГК не действует и соответственно защищается во всех случаях, за исключением ситуации, возникающей при несостоятельности (банкротстве), приоритет лица, обладающего правом на удержание. Примером может служить п. 2 ст. 899 ГК. В нем предусмотрены определенные санкции на случай, когда поклажедатель отказывается взять переданную им на хранение вещь обратно. В указанной ситуации хранители после письменного предупреждения поклажедателя вправе, если иное не предусмотрено договором, самостоятельно продать вещь по цене, которая сложилась в месте хранения. В случаях, когда стоимость вещи по оценке превышает сто установленных законом минимальных размеров оплаты труда, вещь продается непременно с торгов в предусмотренном первой частью ГК порядке (ст. ст. 447 — 449 Кодекса). При этом сумма, вырученная от продажи, передается поклажедателю за вычетом сумм, которые причитаются самому хранителю, в том числе и расходов по продаже вещи.

Приведенная норма целиком укладывается в правовой режим залога, установленный в первой части ГК. Соответствующий порядок реализации не противоречит общим нормам о залоге, поскольку, начиная с указанной в ст. 899 ГК минимальной суммы, реализация, как предусмотрено в ст. 350 ГК, осуществляется путем продажи с торгов. Что же касается более дешевых вещей, то такую возможность, очевидно, предвидел при принятии первой части Кодекса законодатель, поскольку норма о торгах носит диспозитивный, а не императивный характер.

Возможность прямого обращения взыскания без решения суда не противоречит п. 2 ст. 349 ГК. В данном случае решающее значение имеет то, что соответствующие отношения отличаются двумя особенностями, о которых идет речь в п. 2 ст. 349 ГК: данные вещи, во-первых, относятся к категории

движимых, а, во-вторых, в качестве предмета залога передаются залогодержателю. Именно для этого вида залога предусмотрена в том же п. 2 ст. 349 ГК возможность установления в договоре либо в законе любого порядка обращения взыскания на имущество.

Содержащееся в ст. 899 ГК правило относится в равной степени и к товарам, которые хранятся в камере хранения на транспорте. Имеется в виду, что в случае пропуска камерой хранения сроков, установленных договором или транспортными правилами, спустя 30 дней после их истечения вещь продается в описанном порядке. Разумеется, последствия в таких случаях наступают такие же (возврат излишка вырученной суммы собственнику).

Определенной спецификой обладает право перевозчика на удержание, используемое в отношении груза и багажа. В данном случае может быть определенным образом сужено применение этого способа обеспечения обязательств. Имеется в виду, что если п. 3 ст. 359 ГК исключает право кредитора на удержание находящейся у него вещи только в случаях, предусмотренных договором, то в силу п. 4 ст. 790 ГК соответствующее право перевозчика может исключаться вследствие указаний, содержащихся в договоре, в законе, ином правовом акте, или вытекающих из существа обязательства.

Удержание занимает большое место в регулировании отношений по подряду. С одной стороны, предусмотрено, что при неисполнении заказчиком обязанности уплатить установленную цену либо иную сумму, причитающуюся подрядчику в связи с выполнением договора подряда, подрядчик имеет право на удержание результата работ, а также принадлежащих заказчику оборудования, переданной для переработки (обработки) вещи, остатка неиспользованного материала и другого оказавшегося у него имущества заказчика до уплаты последним соответствующих сумм (ст. 712 ГК). Из двух конституирующих подряд обязанностей заказчика — принять и оплатить результат работ — приведенная норма ст. 712 ГК обеспечивает первую. Однако сходный способ обеспечения используется, подобно тому, как это имеет место при хранении, и для второй из указанных двух обязанностей заказчика. Имеется в виду п. 6 ст. 720 ГК, который предоставил подрядчику право при уклонении заказчика от принятия выполнен-

ной работы по истечении месяца со дня, когда согласно договору результат работы должен был быть передан заказчику, и при условии последующего двукратного предупреждения заказчика продать результат работы, а вырученную сумму за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей внести на имя заказчика в депозит.

К числу новых оснований, не известных прежнему Гражданскому кодексу, относится и право банка-эмитента на удержание при исполнении инкассового поручения. Так, в силу п. 5 ст. 875 ГК исполняющий банк обязан немедленно передать в распоряжение банка-эмитента полученную (инкассированную) сумму для зачисления на счет плательщика. При этом исполняющему банку предоставлено право удержать из инкассированной суммы причитающееся вознаграждение и возмещение издержек и расходов.

Сделанные выводы относительно преобразования права на удержание в залоговое право означают необходимость применения при удержании, помимо регулирующих порядок обращения взыскания, и других норм о залоге. В частности, можно указать на три. Имеются в виду виндикационные иски (об отобрании вещи из чужого незаконного владения), а если кредитору по условиям договора предоставлено право пользоваться находящимися у него вещами, — также и негаторные иски (об устранении препятствий по использованию вещи). Другое последствие относится к определению места, которое занимают соответствующие требования кредитора при объявлении конкурса по несостоятельности над имуществом должника в связи с банкротством. Такие требования передвигаются с пятой очереди в третью. И наконец, третье последствие состоит в том, что в соответствии с п. 5 ст. 350 ГК, если вырученной от продажи суммы не хватит для покрытия требований должнику, кредитор вправе получить недостающую сумму из прочего имущества должника.

В заключение следует отметить необходимость при определении режима как залога, так и удержания учитывать наряду с общими статьями, посвященными этим способам обеспечения обязательств, и специальные, регулирующие их использование применительно к отдельным типам договоров.

Глава 10. Страхование в сфере банковской деятельности

Страхование представляет собой отношения по защите имущественных интересов физических и юридических лиц при наступлении определенных событий — страховых случаев — за счет денежных фондов, формируемых страховыми компаниями (страховщиками) из уплачиваемых страхователем страховых взносов¹.

Каждый собственник, владелец, заинтересован в сохранности принадлежащего ему имущества. Величина такого интереса прямо пропорциональна стоимости имущества. Банк, аккумулирующий денежные средства вкладчиков, естественным образом заинтересован в сохранности этих средств, в ограждении их от рисков ограбления, пожара, стихийных бедствий, от вреда вследствие профессиональной ошибки служащих банка или их нечестности и т. п. Один из способов обеспечить финансовую устойчивость банка, обезопасить от огромного количества сопровождающих его деятельность рисков — это застраховать интересы банка в надежных, квалифицированно работающих страховых компаниях.

Механизмы страхования позволяют перенести на страховщика практически все риски, могущие возникнуть в процессе банковской деятельности. Еще несколько лет назад сфера коммерческого страхования банковских рисков ограничивалась несколькими видами страхования (основную массу заключаемых банками (либо их клиентами) договоров страхования составляли договоры страхования риска непогашения кредита либо договоры страхования ответственности заемщика за непогашение кредита — и ряд страховых компаний специализировался именно на этих рисках²). Наблюдающаяся в течение нескольких лет неблагоприятная ситуация на рынке страхования кредитных рисков³ послужила причиной «ледникового

¹ См. Закон РФ «О страховании» от 27 ноября 1992 г. № 4015-1. Ст. 2.

² Практика такого страхования, увы, изобилует примерами банкротств страховых компаний (часто причиной тому был не до конца продуманный страховой компанией механизм страхования подобных рисков).

³ См.: Л. Г. Ефимова. Страхование как способ обеспечения обязательств по кредитному договору. *Хозяйство и право*. 1994. № 7; Е. Павлодский,

периода» в отношениях банков и страховых компаний: у руководства банков наблюдалось стойкое неприятие страхования вообще, страховые же компании стали гораздо критичнее относиться к страхованию кредитов и прочих рисков банка.

Сегодня же банки активно заключают договоры страхования своего имущества (здания, помещений банка, автомашин, средств вычислительной техники, иных ценностей), договоры страхования наличных денег в кассе, ценностей в хранилище банка, имущества, принимаемого банком в залог, страхования инкассаторских перевозок и иные договоры страхования.

Прежде чем перейти к обзору отдельных видов¹ страхования в банковской сфере, остановимся на основных страховых понятиях, рассмотрим форму договора страхования и определимся с выбором страховой компании (страховщика).

По договору страхования (или страховому договору) одна сторона (страховщик) обязуется за обусловленную договором плату (страховую премию) при наступлении предусмотренного в договоре события (страхового случая) возместить страхователю или иному лицу, в пользу которого заключен договор (выгодоприобретателю), причиненные вследствие этого события убытки в пределах определенной договором суммы (страховой суммы).

Договор страхования, как и любой иной договор, соверша-

Ю. Блохин. Страхование банковского кредита: спорные вопросы. Бюллетень Ассоциации российских банков. 1994. № 46.

¹ Страхование имущественных интересов банка следует рассматривать в аспекте общей классификации видов страхования. Новый Гражданский кодекс России внес изменения в принятую законом РФ «О страховании» классификацию: вместо трех отраслей страхования (страхование имущества, страхование личное и страхование ответственности) ГК РФ выделяет две: личное страхование (страхование жизни и здоровья) и имущественное страхование (в него ГК РФ включает и страхование ответственности). Положения гл. 48 «Страхование» ГК РФ внесли много нового в регламентацию страховых правоотношений, однако, на мой взгляд, важнейшее значение и наибольшее количество последствий для страхового дела будет иметь именно этот иной подход законодателя к страхователю ответственности: он, несомненно, вызовет изменения во многих нормативных актах, регулирующих страхование, повлечет изменения в выдаваемых страховщикам лицензиях и т. п. Но эта сложная и интересная проблема не может быть предметом сегодняшнего разговора с читателем, поэтому мы будем говорить об интересных банку видах страхования, осуществляемых сегодня страховыми компаниями в соответствии с выданными им лицензиями.

ется в результате взаимного согласия сторон, совпадения их воли и волеизъявлений. При этом соглашение должно быть достигнуто по всем существенным условиям договора, к которым ст. 942 ГК РФ относит: определение объекта страхования (определенное имущество или имущественный интерес в имущественном страховании и указание застрахованного лица в личном страховании), размер страховой суммы, срок действия договора и характер события, на случай наступления которого осуществляется страхование. Кроме того, в договоре должны быть оговорены страховая премия, которую должен уплатить страхователь в определенные договором сроки, и страховая выплата.

Страховая премия — это плата страхователя за страхование, она может вноситься в рассрочку (в таком случае части премии именуется страховыми взносами — ч. 3 ст. 954 ГК РФ). Страховая выплата — это денежная сумма, которую должен будет уплатить страхователю страховщик при наступлении страхового случая. Страховым же случаем именуется совершившееся событие, с наступлением которого по условиям договора страхования (в обязательном страховании — закона) возникает обязанность страховщика произвести страховую выплату. Страховая сумма — это определенная договором (или установленная законом) денежная сумма, исходя из которой устанавливаются размеры страховой премии и страховой выплаты. При страховании имущества она не может превышать страховой (действительной) стоимости имущества на момент заключения договора страхования (при страховании предпринимательских рисков страховая сумма не должна превышать размера убытков «от предпринимательской деятельности, которые страхователь, как можно ожидать, понес бы при наступлении страхового случая» — ст. 947 ГК РФ); в личном страховании страховая сумма определяется сторонами по их усмотрению. Договор страхования может содержать и другие условия, определяемые по соглашению сторон.

Предлагаемые клиентам страховыми компаниями правила страхования обычно содержат большой комплекс условий, отражающих в целом договор страхования. Страхователи, заключающие договор страхования в соответствии с такими правилами, по существу принимают эти условия. Однако су-

ущественные условия конкретного договора страхования определяются все же соглашением сторон: размеры страховой суммы и страхового взноса, индивидуализация объекта страхования, перечень страховых рисков (а страхователь вправе выбрать риски из перечня, предлагаемого правилами), срок действия договора.

Российское законодательство устанавливает специальные требования в отношении формы договора страхования: он должен быть заключен письменно (ст. 940 ГК РФ). Это означает, что договор страхования может быть заключен как путем составления одного документа, подписанного сторонами, так и путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (ст. 434 ГК РФ). Несоблюдение письменной формы договора страхования влечет его недействительность (за исключением договора обязательного государственного страхования). Гражданский кодекс РФ допускает заключение договора страхования путем «вручения страховщиком страхователю на основании его письменного или устного заявления страхового полиса (свидетельства, сертификата, квитанции), подписанного страховщиком» (ч. 2 ст. 940 ГК РФ) — здесь волеизъявление страхователя подтверждается принятием им от страховщика указанных документов.

Своеобразие формы договора страхования — присутствие традиционно используемых в страховом деле страховых свидетельств (полисов, сертификатов). В практике страховых компаний встречаются самые различные комбинации документов, свидетельствующих о заключении договора страхования: заявление страхователя, страховое свидетельство (полис, сертификат, иногда генеральный полис и ряд отдельных полисов), анкета-заявка страхователя, договор страхования как единый документ, подписанный сторонами, правила страхования. Варианты таких комбинаций, присутствующих в договоре страхования, самые различные: от маленького полиса-бланка до щедрого наделения страхователя полисом, правилами и наряду с этим еще и подробным, повторяющим добрую часть правил договором страхования.

Сторонами страхового договора всегда являются страхов-

щик (страховая компания) и страхователь. В сфере так называемого банковского страхования страхователем чаще всего выступает сам банк, однако в некоторых видах страхования (страхование ответственности заемщика за непогашение кредита, страхование ответственности за неисполнение обязательств перед банком и т. п.) банк является выгодоприобретателем, лицом, в пользу которого заключается страховой договор, страхователем же выступает юридическое или физическое лицо, несущее ответственность перед банком за причинение вреда или за неисполнение обязательств.

Перед заключением договора страхования страхователю (банку, иному лицу) следует выбрать страховщика — надежную, грамотно и добросовестно работающую страховую компанию. Выбор страховой компании во многом зависит от условий, правил страхования, предлагаемых тем или иным страховщиком. Немаловажный фактор при выборе страховщика — это гарантии его финансовой устойчивости. Во избежание возможных возникнуть в будущем конфликтных ситуаций о страховщике нужно знать следующее.

Страховщиком может быть юридическое лицо любой организационно-правовой формы, предусмотренной законодательством Российской Федерации, созданное для осуществления страховой деятельности и получившее лицензию на осуществление таковой на территории России. Согласно Условиям лицензирования страховой деятельности на территории Российской Федерации (от 19 мая 1994 г. за № 02-02/08) лицензия выдается страховым компаниям при соблюдении ряда требований, предъявляемых к страховщикам законодательством Российской Федерации. В лицензии, выдаваемой страховщику, указываются отрасль, форма проведения и виды страховой деятельности, которые вправе осуществлять данная страховая компания. Кроме того, страховщику выдается Приложение к лицензии — Перечень видов страхования, где указывается наименование правил страхования, на условиях которых страховая компания может заключать страховые договоры. Договор того вида страхования, на осуществление которого страховщик не имеет лицензии, является недействительной сделкой (ст. 168 ГК РФ). Заключая договор страхования на условиях конкретных правил страхования, следует знать, что у страховщика дол-

жен быть в наличии¹ оригинальный экземпляр правил страхования (по каждому виду страхования), по которым выдана лицензия, — такие правила должны быть прошиты и на них должна стоять отметка лицензирующего органа².

Страховая компания должна иметь уставный капитал не менее определенного законодателем размера (минимальный уставный капитал страховщиков колеблется в зависимости от видов страхования от 150 до 250 млн руб., причем для осуществления такого вида страхования, как страхование финансовых рисков, уставный фонд страховщика должен быть не менее 2 млрд руб.³. Гарантии платежеспособности страховщика зависят от строгого соблюдения им нормативных соотношений между активами (основные средства, материалы, денежные средства, а также финансовые вложения страховщика) и принятыми страховыми обязательствами⁴, — методика расчета этих соотношений и их нормативные размеры устанавливались ранее Федеральной службой России по надзору за страховой деятельностью⁵.

Финансовая устойчивость страховой компании проверяется: при выявлении несоблюдения страховщиком гарантий платежеспособности, систематическом невыполнении им обязательств перед страхователями и прочих нарушениях контролирующий страхование орган вправе приостановить, ограни-

¹ В условиях становления и развития российского страхового рынка процесс «внутреннего нормотворчества» страховых компаний (совершенствования правил страхования) приводит иногда к случаям, когда, не выдав страхователю вместе с полисом (договором) правила страхования, страховщик при возникновении спора приносит в арбитражный суд правила страхования, измененные до неузнаваемости.

² Указом Президента РФ «О структуре федеральных органов исполнительной власти» № 1177 от 14 августа 1996 г. упразднена Федеральная служба России по надзору за страховой деятельностью и ее функции (в том числе и выдача страховщикам лицензий на право осуществления страховой деятельности) переданы Министерству финансов РФ.

³ Письмо Федеральной службы России по надзору за страховой деятельностью «О порядке проведения страхования финансовых рисков» от 18 октября 1994 г. № 09/1-13Р/02. Финансовая газета. 1994. № 44.

⁴ Закон РФ «О страховании». Ст. 27.

⁵ В настоящее время действует Инструкция о порядке расчета нормативного соотношения активов и обязательств страховщиков, утвержденная Приказом Росстрахнадзора от 30 октября 1995 г. № 02-02/20. Российские вести. 1996. 11 января.

читать действие лицензии и даже отозвать лицензию страховщика¹. Самому страхователю проверить финансовую устойчивость будущего партнера — страховой компании — сложно, но следует знать, что ст. 29 Закона РФ «О страховании» обязывает страховщиков ежегодно публиковать «годовые балансы и счета прибылей и убытков» после аудиторского подтверждения их достоверности в установленные сроки. Такие публикации позволяют в достаточной мере разобраться в надежности страховой компании.

Гарантии финансовой устойчивости — немаловажный фактор при выборе страховщика, однако выбор страховой компании во многом зависит от условий, правил страхования, предлагаемых тем или иным страховщиком. При всей непохожести правил страхования, предлагаемых страховыми компаниями, основные условия страхования тех или иных интересов банка, обычно имеют много общего: как правило, схожи перечни рисков, на случай наступления которых заключается договор, порядок определения размера убытка и т. п. Часто страховщики заключают договоры страхования интересов банка на условиях разработанных ими общих правил страхования — например, договор страхования ценностей в хранилище банка заключается на условиях правил страхования имущества, страхование инкассаторских перевозок — на условиях правил страхования грузов и т. д. Однако страховые компании, специализирующиеся на страховании банковских интересов, обычно предлагают страхователю оригинальные, разработанные специально для банка или его клиентов правила страхования. В таких правилах страхования отражены все особенности страхования банковских интересов. Рассмотрим отдельные виды страхования.

Имущественное страхование. К отрасли имущественного страхования относится страхование имущества банка: зданий, внутренней отделки помещений, мебели, оргтехники, транспортных средств, принадлежащих банку и т. п. Такое

¹ См. Положение «О порядке дачи предписания, ограничения, приостановления и отзыва лицензии на осуществление страховой деятельности, утвержденное приказом Федеральной службы России по надзору за страховой деятельностью» от 19 июня 1995 г. № 02-02/17 (Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств РФ. 1996. № 3).

страхование мало отличается от традиционного имущественного страхования. Набор рисков при таком страховании обычен: имущество страхуется от так называемых «огневых» рисков (пожар, взрыв, удар молнии), а также от рисков повреждения или уничтожения имущества вследствие стихийных бедствий (землетрясение, буря, вихрь, ураган, наводнение, ливень и т. п.), падения пилотируемых летающих объектов, аварий водопроводных, отопительных, канализационных систем, противоправных действий третьих лиц (кражи со взломом, грабежа и т. д.). Транспортные средства банка страхуются от повреждения (уничтожения) вследствие дорожно-транспортного происшествия, от угона.

Страховая сумма при таком страховании не может быть выше страховой (действительной) стоимости имущества на момент заключения договора страхования. Действительная стоимость обычно определяется:

— для зданий, сооружений, помещений — исходя из стоимости строительства полностью аналогичного здания (сооружения) в данной местности с учетом износа и эксплуатационно-технического состояния здания;

— для оборудования, мебели, оргтехники, автомашин и т. д. — исходя из суммы, необходимой для приобретения полностью аналогичного имущества.

Если страховая сумма, установленная в договоре страхования, окажется меньше действительной стоимости застрахованного имущества, страховое возмещение будет выплачиваться пропорционально соотношению страховой суммы и действительной стоимости застрахованного объекта, — если договором не предусмотрено иное.

Некоторыми особенностями отличается страхование такого имущества, как страхование наличных денег в кассе банка и ценностей, находящихся в хранилище банка. Здесь страхуется имущество, величина (и соответственно, стоимость) которого ежедневно и даже несколько раз в день меняется. Отсюда особенности определения страховой суммы. При страховании наличности в кассе банка страховая сумма определяется сторонами, исходя из лимита остатка операционной кассы, установленного банку соответствующим управлением Центрального банка России. При страховом случае (пожаре, ограблении и т. п.) сумма ущерба определяется в соответствии с при-

ходными документами, записями в лицевых счетах клиентов и данными кассового журнала банка¹, где ежедневно фиксируется остаток наличности в кассе банка.

При страховании ценностей (ценных бумаг, драгоценных металлов и камней, иных драгоценных вещей и документов), принимаемых банком на хранение, страховая сумма обычно выражает максимально возможную для банка стоимость имущества, находящегося в хранилище. Размер страхового возмещения будет определяться, исходя из стоимости ценностей, находящихся на момент наступления страхового случая в хранилище банка, и из размера убытка (таковые могут устанавливаться с помощью отчетных документов банка, свидетельствующих о нахождении в кассе (хранилищах) банка ценностей на определенную сумму, по именованным сохранным документам, выдаваемым банком поклажедателям — ст. 921 ГК РФ).

Часто страховые компании предлагают банкам договоры страхования **содержимого абонентских сейфов**². До принятия второй части Гражданского кодекса РФ можно было наблюдать самые разные условия предоставления банками абонентских сейфов клиентам: наблюдались договоры, где условия договора хранения сочетались с условиями об аренде таким причудливым образом, что было совершенно неясно, несет ли ответственность банк за сохранность ценностей клиента в сейфе или нет. Соответственно, условия договоров страхования содержимого абонентских сейфов также отличались разнообразием и часто оставляли желать лучшего. Если условиями банковского договора опись вкладываемых ценностей не была предусмотрена, но оговаривался размер ответственности банка при уничтожении сейфа, вскрытии ячейки, и т. п., то обычно заключался не договор страхования содержимого банковских сейфов, а договор **страхования ответственности банка** перед клиентом за сохранность имущества в его сейфах. Страховая сумма здесь определялась как максимальный размер ответственности банка за содержимое всех ячеек (сейфов) его хранилища.

Статьей 922 ГК РФ теперь установлено: к договору о пре-

¹ См. Инструкцию № 23 Госбанка СССР «По эмиссионно-кассовой работе в учреждениях банков СССР» от 10 декабря 1987 г. и другие документы.

² См. К. Канаматов. Новый вид услуг: страхование банка от простоя. Финансовая газета. 1994. № 28. С. 12.

доставлении банковского сейфа в пользование без ответственности банка за содержимое сейфа применяются правила о договоре аренды. Договоры страхования содержимого абонентских сейфов банка заключаются, как правило, тогда, когда стоимость содержимого известна, т. е. когда банк принимает ценности от клиента по договору хранения. По договору может быть застраховано содержимое одного или нескольких абонентских сейфов, страховая сумма в таких случаях определяется, исходя из стоимости вкладываемых в сейф (ячейку) ценностей. В договоре страхования указывается перечень ценностей (составляется опись вкладываемого в сейф имущества), страховая сумма определяется, исходя из их стоимости. Заключать договоры страхования содержимого абонентских сейфов может сам клиент-поклажедатель либо банк; в последнем случае поклажедатель выступает выгодоприобретателем.

Страхование содержимого абонентских сейфов, предоставляемых клиенту на условиях аренды, возможно только при соблюдении ряда условий, сложно выполнимых для страховщика и страхователя (в данном случае — клиента банка). Так, страховщик, заключая договор, вправе удостовериться в стоимости вкладываемого (страхуемого) имущества, контролировать каждое вложение и изъятие ценностей — но такой контроль усложняет отношения клиента-поклажедателя, банка и страховщика. Без этого же контроля страховщик вправе ожидать, что при наступлении страхового случая (пожара, ограбления и т. п.) естественным образом окажется, что большинство клиентов хранили в ячейках бриллианты, ценные бумаги и иное имущество, стоимость которого исчисляется миллионами долларов США. Однако мы не исключаем возможность страхования содержимого арендованных сейфов, хотя механизм такого страхования, несомненно, сложен и более трудоемок для страховщика.

Определенными особенностями отличается и так называемое «инкассаторское страхование» — страхование перевозки наличных денег, драгоценных металлов и т. п. При страховании инкассаторских перевозок могут применяться обычные условия страхования грузов, страховая же сумма может определяться сторонами различным образом. Она может устанавливаться сторонами отдельно на каждую перевозку наличных денег; в других случаях банку может выдаваться генеральный

полис с общей страховой суммой: по такому полису считаются застрахованными все суммы наличных денег, перевозимых банком в течение определенного периода (срока действия договора страхования). По каждой инкассаторской перевозке банк должен будет сообщать страховщику все необходимые сведения о перевозке: номер автомашины, на которой осуществляется перевозка, сумму перевозимых денег (страховая сумма одной перевозки), путь следования. Банк обязан сообщать сведения своевременно и точно; при передаче страхователем намеренно неверной информации банк вправе отказать в страховой выплате. Заключив договор страхования инкассаторских перевозок, банк не освобождается от обязанности строго соблюдать правила инкассации¹, предпринимать все разумные и необходимые действия для исключения наступления риска — в противном случае страховщик вправе отказать в страховой выплате.

К имущественному страхованию относится и так называемое страхование **«компьютерных и технических рисков банка»**. В первом случае страховщиком будет возмещаться стоимость восстановления компьютерных баз данных банка, утраченных вследствие пожара, затопления, ограбления и иных рисков. Страховая сумма определяется сторонами, исходя из затрат, необходимых для восстановления баз данных банка. При страховании технических рисков возмещаются затраты на восстановление инженерного оборудования, лифтов, бойлеров и т. п. По условиям договора могут возмещаться и убытки, возникшие у банка в связи с уничтожением (повреждением) компьютерных баз данных или поломкой (простоем) инженерного оборудования.

Банки заключают договоры страхования своего имущества добровольно. Законом не установлена обязанность банков страховать какое-либо имущество. Однако имущество, принимаемое банками в залог, должно быть застраховано: ст. 343 Гражданского кодекса РФ обязывает залогодателя или залогодержателя (в зависимости от того, у кого находится заложенное имущество) страховать такое имущество за счет залогодателя в полной

¹ См. гл. III Инструкции № 23 Госбанка СССР «По эмиссионно-кассовой работе в учреждениях банков СССР» от 10 декабря 1987 г. и др.

его стоимости от рисков утраты и повреждения, а если полная стоимость имущества превышает размер обеспеченного залогом требования, — на сумму не ниже размера требования¹. Здесь применяются обычно традиционные условия страхования имущества от огня и сопутствующих рисков. Страховые компании для заинтересованности банка в таком страховании обычно выплачивают банку комиссионные (процент от суммы страховой премии, уплачиваемой залогодателем).

В ряду имущественного страхования очень важен для банка такой вид страхования, как **страхование финансовых рисков**. Страхование финансовых рисков означено в Классификации по видам страховой деятельности² как страхование, предусматривающее обязанности страховщика «по страховым выплатам в размере полной или частичной компенсации потерь доходов (дополнительных расходов) лица, о страховании которого заключен договор (застрахованного лица), вызванных следующими событиями: остановка производства или сокращение объема производства в результате оговоренных событий; банкротство; непредвиденные расходы; неисполнение (ненадлежащее исполнение) договорных обязательств контрагентом застрахованного лица, являющегося кредитором по сделке; понесенные застрахованным лицом судебные расходы; иные события». Как видно, перечень событий, могущих причинить существенный финансовый ущерб и от риска наступления которых банк может застраховаться, достаточно широк. Отношение к страхованию финансовых рисков у страховщиков особенное: как уже говорилось, для страховых компаний, занимающихся таким страхованием, установлены более жесткие требования. Гражданский кодекс России ввел новую дефиницию «страхование предпринимательского риска», под которым понимается «риск убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения своих обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя причинам, в том числе риск неполучения ожидаемых доходов» (ст. 929

¹ Статья 343 ГК РФ содержит оговорку: «если законом или договором не установлено иное».

² Приложение № 2 к «Условиям лицензирования страховой деятельности на территории Российской Федерации» от 19 мая 1994 г. № 02-02/08.

ГК РФ). Введение такого вида страхования в ряде случаев снимет некоторые проблемы, возникающие при страховании финансового риска.

Однако сегодня страховые компании имеют лицензии и работают на условиях Правил страхования **финансовых рисков**. Банк может заключить договор страхования финансового риска как по одному конкретному (например, кредитному) договору, так и застраховаться от самого широкого круга финансовых рисков, неизбежно сопровождающих его деятельность. Помня, что в договоре страхования финансовых рисков банка могут сочетаться самые разные «наборы» рисков, остановимся на наиболее распространенных в практике отечественных страховщиков условиях страхования финансовых рисков банка.

Многими страховыми компаниями предлагается клиентам так называемое **страхование банка от простоя**. Российские страховщики включают в правила страхования банка от простоя условие возмещения убытков, наступивших вследствие событий, перечень которых весьма широк. Так, страховая компания «Подмосковье» в качестве страховых событий в этом виде страхования признает простой банка по причине пожара, выхода из строя банковской компьютерной системы, отключения электроэнергии, террористического акта и т. п., а также упущенный вследствие такого простоя доход банка. Страхованием покрываются неполученные доходы, которые банк получил бы за определенный период его нормального функционирования. Упущенный доход банка определяется на основании отчетных документов банка и специальных расчетов. По дополнительному соглашению может быть застрахован финансовый риск банка, связанный с непредвиденными расходами (дополнительными затратами), необходимыми для снижения сроков простоя (затраты на ремонт, наладку компьютерных банковских систем, покупка дополнительного оборудования, оплата сверхурочных работникам и т. п.).

Как правило, страхованием банка «от простоя» не охватываются финансовые риски банка, связанные с неисполнением обязательств клиентами (или партнерами) банка (неплатежами дебиторов). Российской практике страхования банка «от простоя» соответствует распространенное за рубежом **страхова-**

ние потери прибыли (Business Interruption)¹. По условиям страхования потери прибыли банку возмещаются убытки, понесенные вследствие наступления «огневых рисков». При таком страховании потеря прибыли вследствие неплатежей дебиторов банка не является страховым случаем и страховое возмещение не выплачивается.

Распространение в практике отечественного банковского страхования получает **страхование финансовых рисков банка, связанных с неисполнением обязательств его клиентами (контрагентами)**. Чаще всего это финансовый риск, связанный с невозвратом кредитных средств (в том числе, и по договорам межбанковского кредита), с неоплатой купленных банком векселей и т. п. Придерживаясь указанной Классификации по видам страховой деятельности², следует отметить, что в договоре страхования, по которому страховщик обязуется возместить банку сумму невозвращенного кредита (стоимость неоплаченного векселя и т. п.), а также неполученные проценты, сочетаются сразу два вида страхования: страхование финансового риска³ — «компенсация потерь доходов» (неполученные проценты) и страхование имущества⁴ (здесь объектом страхования является сумма выданных и невозвращенных банку кредитных средств — таковую нельзя признать «неполученным доходом»). Однако такого рода договоры страховыми компаниями именуется чаще всего договорами страхования финансового риска.

При заключении подобных договоров следует обращать внимание на то, чтобы в условиях о выплате была указана обязанность страховщика произвести страховую выплату в размере полного убытка банка — ущерба имуществу (невозвращенный кредит) и неполученного дохода (проценты). Если в договоре страхования финансового риска указывается обязанность страховщика «по страховым выплатам в размере полной (или частичной) компенсации потерь доходов» банка

¹ Г. Гришин. Страховые аспекты операций зарубежных банков. // *Страховое ревью*. 1994. № 2. С. 35 — 36.

² Приложение № 2 к «Условиям лицензирования страховой деятельности на территории Российской Федерации» от 19 мая 1994 г. № 02-02/08.

³ Раздел 9 указанной Классификации...

⁴ Раздел 8 указанной Классификации...

(т. е. цитируется Приложение № 1 к «Условиям лицензирования...»), то последний будет вправе рассчитывать только на возмещение страховщиком не полученных банком процентов (потери дохода)¹. Введенный Гражданским кодексом вид страхования — страхование предпринимательского риска — как нельзя лучше охватывает риски возможных убытков предпринимателя: в отличие от финансового риска, предпринимательский риск включает и риск утраты имущества и риск неполучения ожидаемых доходов (ч. 2 ст. 929 ГК).

Рассмотрим подробнее договор страхования финансового риска банка на примере договора страхования финансового риска по кредитному договору (кредитным договорам).

Банк может заключить договор страхования финансового риска по отдельному кредитному договору либо по группе кредитных договоров (так называемое портфельное страхование). «Портфельным страхованием» чаще всего могут быть охвачены кредитные договоры: а) с определенными заемщиками; б) на определенные, часто небольшие кредитные суммы; в) выдаваемые на определенные цели либо под определенное обеспечение и т. п. Конкретный предел ответственности страховщика определяется страховой суммой, устанавливаемой соглашением сторон и не может превышать суммы выдаваемого кредита с процентами за пользование кредитом. Банк может застраховать свой риск по всей сумме выданного кредита с процентами (либо без процентов) за пользование им либо на меньшую сумму. При страховании риска непогашения кредита по всем заемщикам определенного периода страховая сумма также не должна превышать сумму кредитов (включая проценты), выдаваемых данным заемщикам.

Страховые компании охотнее заключают договоры страхования с банками не на всю сумму выданного кредита с процентами, а на 80 — 90 % таковой — предусмотренная таким образом доля участия банка в возмещении убытка повышает ответ-

¹ Отметим, что страховые компании «подправляют» обычно дефиницию страхования финансового риска, данную в «Условиях лицензирования...», логично включая в Правила страхования обязанность страховщика по возмещению не только «потерь доходов» страхователя, но и утраченного им имущества (в тех случаях, когда финансовый риск неразрывно связан с риском утраты имущества).

ственность и заинтересованность последнего в возврате кредита, дисциплинирует банк, заставляя его проверять целевое использование кредита и т. д. Банки же предпочитают заключать договор страхования на полную сумму кредита и процентов.

Перед заключением договора страхования страховая компания оценивает степень риска по информации, представленной банком-страхователем (документы, свидетельствующие о финансовом положении заемщика, ТЭО кредитуемых мероприятий, копии контрактов, под которые предоставляется кредит и т. п.). В зависимости от степени риска страховщик устанавливает размер страхового тарифа. Размер страховой премии зависит от степени риска, суммы кредита и величины процентной ставки, срока пользования кредитом и вида обеспечения кредитного обязательства.

При страховании финансового риска банка по невозврату кредитов, выдаваемых банком в течение определенного периода, проверка страховщиком каждого заемщика весьма затруднительна — в таких случаях страховщик, как правило, полагается на банк, проводящий аналогичную проверку перед заключением кредитного договора. Чаще всего при этом в договоре страхования содержатся условия: будут считаться застрахованными без проверки страховщика кредитные риски, отвечающие требованиям «А» (не выше определенного максимального размера, выдаваемые на определенные — минимального риска — цели, определенному кругу заемщиков и т. п.), остальные риски принимаются страховщиком на свою ответственность только после проверки и уплаты дополнительного взноса.

Договор страхования вступает в силу после подписания его сторонами и после уплаты страхователем страховой премии (или, по соглашению сторон, ее части). В договоре должны быть оговорены все условия страхования. Однако даже при самом полном договоре страхователю следует взять у страховщика текст правил страхования, на условиях которых заключен договор. Практика показывает, что большое количество споров между страховщиком и страхователем (выгодоприобретателем) возникает по причине того, что страхователь не выполнил (не учел) какие-либо условия соглашения, которые не были оговорены в страховом договоре, но присутствовали в правилах страхования, на которые делалась ссылка в страховом договоре.

Срок, когда возникает обязанность страховщика по страховой выплате, также определяется конкретными условиями страхования. Страховым случаем при страховании финансового риска банка признается невозврат заемщиком кредитных средств по истечении строго определенного договором страхования срока — чаще всего это 1 — 5 дней с момента окончания срока действия кредитного договора. Страхователь обязан сообщить страховщику о наступлении страхового случая в установленный договором срок. Обычно этот срок достаточно мал: страховщик должен выяснить обстоятельства наступления страхового случая и в сроки, установленные договором, составить страховой акт и выплатить страховое возмещение. Неисполнение обязанности страхователя сообщить о невозврате кредита в срок может привести к отказу в выплате страхового возмещения (см. ст. 961 ГК РФ).

Страховой случай признается наступившим, если в указанный в кредитном договоре срок заемщик не вернул кредитные средства и (или) не уплатил проценты за пользование кредитом. Причины невозврата могут быть самые различные: несостоятельность (банкротство) заемщика, умышленное неисполнение (ненадлежащее исполнение) им своих обязанностей по кредитному договору, невозможность исполнения обязательств заемщиком вследствие форс-мажорных обстоятельств и т. д. Неполученный доход банка и невозврат ему кредитных средств (утрата имущества) — событие, обязывающее страховщика выплатить банку страховое возмещение в размере невозвращенных кредитных средств и суммы процентов за пользование кредитом. Если страховая сумма, установленная договором страхования, была меньше выданного кредита (с процентами или без процентов), размер страхового возмещения сокращается пропорционально отношению страховой суммы к сумме кредита (с процентами или без процентов), если конкретным договором страхования не предусмотрено иное.

После наступления страхового случая страховщик обязан выплатить причитающееся страхователю страховое возмещение в установленный договором срок. Страховое возмещение выплачивается на основании заявления страхователя (банка) и страхового акта, который составляется страховщиком или уполномоченным им лицом. За просрочку страховой выплаты страховщик выплачивает банку штраф в размере 1 % за каждый

день просрочки — этот размер штрафа установлен законом¹, но договором могут быть предусмотрены другие санкции. Установленный законом штраф, несомненно, имеет дисциплинирующее значение, но он весьма обременителен для страховщика. Тем более, что если вследствие просрочки страховщиком такой выплаты у банка возникли убытки, то он имеет право обратиться в суд с иском о компенсации таких убытков.

Страховая компания в ряде случаев имеет право отказать в выплате страхового возмещения. Основаниями для отказа могут являться:

- умышленные действия страхователя (банка), направленные на наступление страхового случая;
- совершение страхователем (работниками банка) преступления, находящегося в прямой причинной связи со страховым случаем;
- сообщение банком страховщику заведомо ложных сведений об объекте страхования, а также другие случаи, предусмотренные действующим законодательством. Если убыток произошел при обстоятельствах, выяснить которые по представленным страхователем (банком) сведениям невозможно, страховщик вправе провести экспертизу (расследование) с целью установления истинных причин наступления страхового случая.

В соответствии с законом (ст. 965 ГК РФ) к страховой компании, выплатившей банку страховое возмещение, переходит в пределах выплаченной ею суммы право требования, которое банк имел к лицу, «ответственному за убытки, возмещенные в результате страхования», — в данном случае к заемщику. Банк обязан передать страховщику все имеющиеся у него документы и доказательства и выполнить все формальности, необходимые для реализации права требования. Если банк отказался от своего права требования к лицу, ответственному за причиненный ущерб, либо осуществление этого права окажется по его вине невозможным, то страховщик в соответствующем размере освобождается от обязанности выплатить страховое возмещение, а в случае уже состоявшейся выплаты банк обязан возратить страховщику полученное возмещение.

Договоры страхования в отношении рисков, связанных с не-

¹ Закон РФ «О страховании». Ч. 1. Ст. 17.

возвратами кредитных средств (неоплатой векселей и т. п.), интересны не только банкам, но и заемщикам. В таких случаях заключались (и заключаются) договоры страхования ответственности заемщика за непогашение кредита — договоры, имеющие весьма скандальную репутацию. Первые Условия лицензирования страховой деятельности на территории Российской Федерации от 12 октября 1992 г. за № 02-02/4 объединяли страхование финансового риска банка и страхование ответственности заемщиков за непогашение кредитов в один вид — «страхование кредитов». Изменения, внесенные 22 января 1993 г. в названные Условия, затронули «страхование кредитов»: оно было переименовано в «страхование ответственности заемщиков за непогашение кредитов». Долгое отсутствие в России практики страхования ответственности, включая и страхование ответственности должников перед кредиторами, привело на практике к самым различным трактовкам страховщиками данного вида страхования и отсюда — к судебным спорам. Условия лицензирования страховой деятельности, утвержденные Приказом руководителя Росстрахнадзора от 19 мая 1994 г. за № 02-02/08, не выделили страхование ответственности заемщиков за непогашение кредитов в отдельный вид страхования: оно поглотилось более широким видом «страхования ответственности за неисполнение обязательств». Объектом страхования, по определению Росстрахнадзора, здесь являются «имущественные интересы лица, о страховании которого заключен договор (застрахованного лица), являющегося должником, связанные с обязанностью последнего в порядке, установленном гражданским законодательством, по возмещению убытков, уплате неустойки кредитором в связи с неисполнением (ненадлежащим исполнением) застрахованным обязательства, в том числе договорного обязательства» (цитирован дословно абз. 2 п. 14 «Классификации по видам страховой деятельности» из Приложения № 2 к Условиям лицензирования...).

Новый Гражданский кодекс РФ ограничивает возможность страхования договорной ответственности: «страхование риска ответственности за нарушение договора предусматривается в случаях, предусмотренных законом» (ст. 932 ГК) (выделено автором). Практика же страхования ответственности заемщика за непогашение кредита, масса судебных споров, рассматриваемых и сегодня арбитражными судами, а также дей-

ствующие ныне страховые договоры заставляют говорить здесь об этом страховании.

Объектом страхования в этом случае является ответственность страхователя (заемщика) перед банком-кредитором, выдавшим кредит, за своевременный и полный возврат (погашение) кредитов. Максимальный размер страховой выплаты определяется размером страховой суммы, устанавливаемой сторонами. Обязательства страхователя по возврату кредита могут быть застрахованы как в полной сумме кредита (включая или не включая проценты за пользование), так и в определенной доле. В последнем случае размер страхового возмещения будет рассчитываться в соответствии с п. 3 ст. 10 Закона РФ «О страховании»: страховое возмещение будет сокращаться пропорционально отношению страховой суммы к сумме кредита (с процентами или без таковых).

При данном виде страхования невозврат кредитных средств не всегда влечет обязанность страховщика выплатить страховое возмещение. Рассмотрим подробнее возможные причины непогашения кредита в срок. Невозвращение застрахованного кредита может произойти по следующим причинам:

1. Форс-мажорные обстоятельства (неисполнение обязательства оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, т. е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств: стихийных явлений, военных действий и т. п. — п. 1 ст. 202 ГК РФ). Форс-мажорные обстоятельства исключают имущественную ответственность страхователя, следовательно, ответственность страховщика не возникает. Если невозврат кредита произошел вследствие внезапных, непредвиденных событий, не зависящих от страхователя, но не являющихся форс-мажорными (например, товар, закупленный заемщиком на кредитные средства, погиб в дороге к месту реализации вследствие дорожно-транспортного происшествия) т. е. невозврат кредита явился следствием *случая*¹, то страховая компания должна выплатить страховое возмещение, так как случай не снимает ответственности с должника и, следовательно, со страховой компании, если конкретными Правилами страхования не установлено иное.

¹ См. Гражданское право. / Под ред. Е.А. Суханова. М. Бек. 1993. Т. 1. С. 183.

2. Вина страхователя:

Умышленные действия страхователя, направленные на наступление страхового случая, всегда являются основанием для отказа в выплате страхового возмещения (п. «а» ч. 1 ст. 21 Закона РФ «О страховании»).

Неосторожные действия страхователя, повлекшие наступление невозврата кредитных средств в срок, чаще всего выражаются при таком виде страхования в направлении кредитных средств не по целевому назначению. В этом случае страховщик не выплачивает страховое возмещение — подавляющее большинство страховых компаний в правилах страхования предусматривает здесь отказ в выплате возмещения. Если деньги были направлены заемщиком не на ту сделку, под которую был взят кредит, или если после осуществления сделки они не были возвращены банку, а направлены на другие сделки, о которых не шла речь при взятии и страховке кредита, — эта ситуация есть нецелевое использование кредита. Страховое возмещение обычно не выплачивается. Любые иные неосторожные действия страхователя, повлекшие невозврат кредита, обычно не являются основанием для отказа в страховой выплате.

3. Вина партнера, получившего заемные средства от страхователя-заемщика по контракту, под который был взят кредит. Получив кредитные средства, партнер не выполнил своих обязательств по договору (например, не поставил товар). В этом случае страховое возмещение выплачивается. Часть 3 ст. 401 ГК РФ возлагает ответственность на лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, даже если неисполнение обязательства произошло вследствие нарушения обязанностей со стороны контрагентов предпринимателя.

Страховщик производит страховую выплату за заемщика, ответственного за невозврат кредита, и в соответствии со ст. 965 ГК РФ к нему переходит в пределах выплаченной им суммы право требования, которое страхователь имеет к лицу, ответственному за причиненный ущерб. Следовательно, страховая компания после выплаты страхового возмещения вправе потребовать возврата денег от контрагента страхователя.

Договор страхования ответственности заемщика за непогашение кредита предоставляет возможность любым двум

сторонам (банк—заемщик, страховщик—заемщик), сговорившись, принудить третью сторону к крупным выплатам. Многие споры между страховыми компаниями, заемщиками и банками возникали из-за недостаточно четко сформулированных положений правил страхования и условий самого договора страхования. Особенно это касается положений об объекте страхования и пределах ответственности страховщика, а также об основаниях отказа в выплате страхового возмещения. Недостаточная разработанность проблемы страхования договорной ответственности вообще сказалась на практике страхования ответственности заемщиков за невозврат кредита. Многочисленные статьи, в которых обсуждался и осуждается¹ этот вид страхования, привели к весьма сомнительному выводу, сделанному Росстрахнадзором в отношении страхования ответственности вообще: страховым компаниям, подающим документы для получения лицензии на право осуществления страховой деятельности, стали рекомендовать исключить из Правил страхования всех видов ответственности условие о переходе к страховщику прав страхователя на возмещение ущерба (рекомендуем читателю обратиться теперь к ст. 965 ГК РФ).

Анализ страхования ответственности заемщика за непогашение кредита показывает, что в цепочке прохождения кредитных денег (БАНК → ЗАЕМЩИК → ПАРТНЕР → ЗАЕМЩИК → БАНК) самое рискованное звено — именно «ПАРТНЕР → ЗАЕМЩИК». Поэтому целесообразнее страховать в данном случае не ответственность заемщика за невозврат кредита, а его **предпринимательский риск** (риск потери денежных средств и прибыли при осуществлении конкретной сделки). Это позволит избежать массы сложных моментов. К тому же сегодня совершенно неясно, какие предписания будут даны Министерством финансов РФ страховщикам, имеющим лицензию на страхование ответственности заемщиков (и на

¹ Так, Ассоциацией российских банков в августе 1994 г. было разослано Письмо с прилагаемой Справкой Заместителя Председателя Высшего арбитражного суда РФ № СЗ-9/ОП-575 от 17 августа 1994 г., где договоры страхования предлагалось рассматривать как «гражданско-правовые сделки, специально не обозначенные в законодательстве (т. е. не имеющие конкретного названия)».

страхование ответственности за неисполнение обязательств вообще) ввиду появления в ГК РФ ст. 932.

Все больший интерес банков вызывает распространенное за рубежом страхование специфических для финансовой отрасли рисков, а именно **страхование убытков, вызванных нечестностью или ошибками банковских служащих**. Первый вид — так называемое «гарантийное страхование» (Fidelity Insurance), при котором застрахован риск убытков из-за нечестности сотрудников банка. Страхование убытков банка, могущих возникнуть вследствие ошибки, неумышленно допущенной служащим банка, за рубежом обычно осуществляется по отдельному страховому полису (Error and Omissions)¹. Российские страховщики часто объединяют эти два вида страхования, предлагая заключить страховой договор на условиях Правил страхования, включающих указанные риски. Однако для банков представляется менее интересной практика заключения так называемых «договоров страхования ответственности банковских служащих» (подобные договоры могут носить и несколько иное название)². Банковские служащие — лица, работающие в банке, как правило, по трудовому договору (контракту), и на них распространяются нормы о материальной ответственности, установленные Кодексом законов о труде РФ. Говорить о полной материальной ответственности служащих можно только в случаях, исключительный перечень которых установлен трудовым законодательством (ст. 121 КЗоТ РФ). В иных случаях ответственность перед третьими лицами за вред, причиненный вследствие действий сотрудника, несет банк. К сотруднику же могут быть применены правила об ограниченной имущественной ответственности (ответственность ограничивается размером среднего месячного заработка работника) (ст. 119 КЗоТ РФ). Потому по договору страхования ответственности служащего убытки банка, причиненные «ошибкой» сотрудника банка, не будут возмещены страховщиком, так как застрахована была **ответственность служащего, ограниченная в данном случае его среднеме-**

¹ Г. Гришин. Страховые аспекты операций зарубежных банков. // *Страховое ревю*. 1994. № 2. С. 35 — 36.

² Так, например, страховая компания «Информстрах» предлагает клиентам «Правила добровольного страхования профессиональной ответственности банковских служащих».

сячным заработком. Потому банку гораздо выгоднее страховать-ся от риска убытков, могущих наступить вследствие нечестности (и/или ошибки) работников банка. Следует отметить, однако, что ст. 71 Федерального закона РФ «Об акционерных обществах» повышает интерес банкиров к страхованию ответственности управленческого персонала банков (членов советов директоров, директора, членов коллегиального исполнительного органа).

К имущественному страхованию относятся такие весьма распространенные виды страхования, как **страхование кредитных или дебетовых карточек**. Страховыми рисками здесь являются риски подделки карточек, мошенничества с карточками и т. п. По договору страхования будут возмещаться убытки банка-страхователя, возникшие у него вследствие выплат по утерянным, украденным либо подделанным карточкам; кроме того, могут возмещаться судебные издержки и расходы на юридическую помощь при защите в иске против банка с целью принудить его к выплатам по фальшивой карточке и т. п.

Страховые компании предлагают **целые программы, рассчитанные на владельцев банковских карточек**. Например, страховым обществом «Союзник» заключаются с владельцами банковских карт «СТБ КАРТ» комбинированные договоры страхования, по которым могут быть застрахованы не только сами карточки от риска их утери и т. п., но и жизнь и здоровье владельцев карт от несчастных случаев, их домашнее имущество. В случае выезда владельца карточки за границу могут быть застрахованы могущие возникнуть в его поездке медицинские расходы; если владелец карточки выезжает на автомобиле, может быть застрахована его ответственность как владельца транспортного средства (по международной системе «зеленой карты») и т. п. Здесь уже затрагивается следующий блок страхования — личное страхование.

Личное страхование. Договоры личного страхования банк, как правило, заключает на добровольной основе. Респектабельные банки обычно заключают договоры **добровольного медицинского страхования своих сотрудников**, по которым сотрудникам полностью или частично компенсируются расходы, вызванные обращением в медицинское учреждение за медицинскими услугами. Страховые компании предлагают условия добровольного медицинского страхования по различным программам, с возможностью получения медицинских услуг в различных меди-

цинских учреждениях (что, конечно же, определяет уровень сервиса); программами может предусматриваться различный объем медицинских услуг — для этого существуют страховые полисы разной категории (и, соответственно, разной стоимости).

Часто банки заключают договоры страхования жизни и здоровья сотрудников от несчастных случаев. Банки не обязаны страховать всех своих сотрудников от несчастных случаев, но в отношении сотрудников службы безопасности банка (охранной службы) такая обязанность банка установлена законом. Закон «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» предусматривает, что граждане, занимающиеся частной детективной и охранной деятельностью, работающие по найму, подлежат обязательному страхованию за счет средств соответствующего предприятия (в данном случае банка) на случай гибели, получения увечья или иного повреждения здоровья в связи с осуществлением сыскных или охранных действий¹. Однако сегодня условия проведения такого страхования законодателем не установлены, потому банки заключают договоры страхования жизни и здоровья сотрудников служб безопасности на тех условиях, которые им предлагают разные страховые компании, с установлением различных страховых сумм и т. п.

Статья 5 Закона РФ «О банках и банковской деятельности в РФ» разрешает российским банкам осуществлять операции по страхованию «валютных и кредитных рисков». В настоящее время практика проведения банками подобного страхования практически отсутствует. Это продиктовано как полным отсутствием нормативной базы, позволяющей банкам заниматься указанной деятельностью, так и отсутствием большого интереса у банков к специфической деятельности по принятию страховых рисков. В отличие от российской действительности, за рубежом банковское страхование (Bank Assurance) — продажа банками страховых услуг (страхование жизни, здоровья, автомобилей, домашних вещей, домов) — чрезвычайно распространено. В практике отечественного страхования распространены соглашения банков и страховых компаний, по которым стороны разрабатывают программы «комплексного обслуживания» клиентов

¹ Закон РФ «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» от 11 марта 1992 г. Ст. 19. Российская газета. 1992. 30 апреля.

банка. Страховщику такое сотрудничество с банком позволяет значительно расширить круг страхователей, банк же использует страховые услуги страховщика как средство привлечения клиентов, как возможность повысить сервис, уровень обслуживания вкладчиков и т. п. Уже упоминалось выше страхование (часто комплексное, включающее несколько видов страхования) владельцев банковских карточек. Таким же образом страхуются жизнь и здоровье клиентов банка, заключающих договор банковского вклада, заключаются договоры страхования их гражданской ответственности и т. д.

За рубежом банки, как правило, заключают договор страхования в отношении целого комплекса рисков. Многие российские страховые компании — предприятия с участием иностранного капитала, пользующиеся многолетним опытом своих иностранных учредителей, — предлагают российским банкам страхование на условиях, известных, традиционных для банковского страхования за рубежом. На Западе в практике банковского страхования распространен так называемый «Bankers Blanket Bond» (Банковская Бланковая Облигация) — договор страхования, по которому могут быть застрахованы многие риски банка: риск утраты или повреждения находящегося в пути имущества банка (при инкассаторских перевозках и т. п.), риски, связанные с фальшивой валютой, поддельными ценными бумагами, риски ущерба, причиненными противоправными действиями третьих лиц (кража, разбой, грабеж), риски ущерба вследствие «таинственного необъяснимого исчезновения имущества банка», риски, связанные с нечестностью работников банка (когда действия работников были совершены с явным намерением получить личную незаконную выгоду) и т. п. Полис «Bankers Blanket Bond» комбинированный — в нем присутствуют несколько видов имущественного страхования, в том числе страхование финансовых рисков.

Однако сегодняшние банкиры не готовы к заключению крупных комбинированных договоров страхования: здесь сказываются и финансовые причины (такое страхование весьма дорого), и нежелание допускать страховщика к банковской информации (а без этого заключение подобного договора страхования немислимо). Сказываются также определенное недоверие банков к отечественным страховым компаниям и невысокий уровень культуры страхования сегодня в России.

Раздел IV. Нотариальная и судебная защита интересов участников банковской деятельности

Глава 11. Нотариальная форма защиты прав субъектов банковской деятельности

§ 1. Общие положения о нотариальной форме защиты прав

Нотариат представляет собой систему государственных органов и должностных лиц, на которых возложено удостоверение бесспорных прав и фактов, свидетельствование документов, выписок из них, придание документам исполнительной силы и выполнение других нотариальных действий в целях обеспечения защиты прав и законных интересов граждан и юридических лиц. Нотариальные действия от имени государства совершают нотариусы, работающие в государственных нотариальных конторах или занимающиеся частной практикой, а также должностные лица органов исполнительной власти и консульских учреждений в соответствии с их компетенцией. Компетенция нотариата является весьма широкой и охватывает практически все стороны имущественных (гражданско-правовых) отношений, обеспечивая охрану интересов их субъектов. Поэтому абсолютное большинство нотариальных

действий так или иначе встречаются в банковской практике.

Обязательным моментом в заключении банками договора с клиентом является оформление банковской карточки с подписями лиц-распорядителей кредитов, заверенной у нотариуса. Вполне понятно, что работник банка должен быть знаком с тем, как такая подпись удостоверяется, знать ее атрибуты, должен проверить подлинность подписи и действительность совершения нотариального действия. И вообще, идентификация лиц, имеющих право на распоряжение денежными средствами, обязывает банковских работников хорошо знать существо и форму нотариального производства.

Наиболее общие правила нотариальной формы представлены в следующих положениях:

1. В отличие от суда и других правоохранительных органов, имеющих жесткое разграничение компетенции, нотариусы по общему правилу могут совершать любые нотариальные действия в отношении любых граждан и юридических лиц, независимо от их места жительства или места нахождения. Исключения из этого правила, предусмотренные законом (ст. 40 Основ)¹, касаются в основном нотариальных действий, объектом которых является недвижимость.

2. Компетенция нотариусов, работающих в государственных нотариальных конторах, и нотариусов, занимающихся частной практикой, фактически одинакова.

Нотариусы, занимающиеся частной практикой, не могут лишь выдавать свидетельства о праве на наследственное имущество, принимать меры к охране наследственного имущества и выдавать свидетельства о праве собственности на долю в общем имуществе супругов. Однако при отсутствии в нотариальном округе государственной нотариальной конторы совершение названных нотариальных действий поручается совместным решением органа юстиции и нотариальной палаты одному из нотариусов, занимающихся частной практикой.

Свидетельство о праве собственности в случае смерти одного из супругов выдается государственной нотариальной

¹ Основы законодательства РФ о нотариате. Приняты Верховным Советом РФ 11 февраля 1993 г. Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 10. Ст. 357. В дальнейшем — Основы.

конторой, в компетенцию которой входит оформление наследственных прав.

3. Круг нотариальных действий, совершаемых должностными лицами органов местной исполнительной власти, значительно уже (ст. 37 Основ). Но они могут совершать такие нотариальные действия, встречающиеся в банковской практике, как удостоверение доверенностей, свидетельствование подлинности подписи на документах, верности копий документов и выписок их них, и некоторые другие. Обязательным условием выполнения ими нотариальной функции является отсутствие в населенном пункте нотариуса. Конкретное должностное лицо, на которое возлагается совершение нотариальных действий, назначается распоряжением Главы местной администрации. Совершение нотариальных действий другими должностными лицами, в том числе и самим Главой местной администрации, не допускается.

4. Удостоверение завещаний и доверенностей осуществляется также должностными лицами, указанными в ст. 185 ГК РФ и ст. 541 ГК РСФСР. Такие завещания и доверенности приравниваются к нотариальным.

5. При совершении нотариальных действий нотариус устанавливает личность обратившегося за его совершением, проверяет дееспособность граждан и правоспособность юридических лиц, а если нотариальные действия совершаются представителями, то и их полномочия. Содержание документов, удостоверяемых нотариусом, зачитывается вслух участникам нотариального действия. Документы, на основании которых совершаются нотариальные действия, проверяются нотариусом на предмет соответствия их закону.

6. Совершение нотариального действия означает его регистрацию в реестре нотариальных действий, совершение удостоверительной надписи или выдачу свидетельства.

Удостоверительные надписи совершаются при удостоверении сделок, свидетельствовании верности копий документов и выписок из них, подлинности надписи на документах, верности перевода документов с одного языка на другой, при удостоверении времени предъявления документов, на соответствующих документах, при подтверждении права наследования, права собственности, удостоверении фактов нахождения гражданина в живых и в определенном месте, тождественности гражданина с

лицом, изображенным на фотографии, принятия на хранение документов и выдаются соответствующие свидетельства.

7. Обязательным атрибутом нотариального акта (удостоверительной надписи или свидетельства) является подпись и печать нотариуса. Согласно ст. 11 Основ, нотариус должен иметь личную печать с изображением Государственного герба Российской Федерации, с указанием фамилии, инициалов, должности нотариуса и места его нахождения или наименования нотариальной конторы.

В настоящее время личные печати имеют все нотариусы, занимающиеся частной практикой. На их печати обычно указывается нотариальный округ (место нахождения нотариуса), в котором нотариус назначен на должность. Нотариальный округ устанавливается в соответствии с административно-территориальным делением Российской Федерации. В городах, имеющих районное или иное административное деление, нотариальным округом является вся территория соответствующего города.

Что касается нотариусов, работающих в государственных нотариальных конторах, то они, за неимением личной печати, могут пользоваться печатью государственной нотариальной конторы, иногда даже старого образца.

Идентифицирующие признаки нотариального акта имеют важное значение при работе с нотариально удостоверенными документами. Например, несовпадение нотариального округа нотариуса, удостоверившего сделку с недвижимостью, с административно-территориальным образованием (районом), где эта недвижимость находится, может свидетельствовать о подложности документов и недействительности сделки.

Однако следует помнить, что совершение нотариусом нотариального действия за пределами своего нотариального округа не влечет за собой недействительности этого действия, за исключением вышеприведенного и других случаев, предусмотренных ст. 40 Основ.

В случае сомнения в подлинности подписи и печати нотариуса необходимо навести справки в управлении юстиции края, области, города — субъекта РФ, являющегося органом Минюста РФ, или в Министерстве юстиции республики в составе Российской Федерации.

Непосредственно банки могут принимать участие в соверше-

нии самых разных нотариальных действий. Среди них, как наиболее часто встречающиеся, следует выделить: исполнительную надпись, протест векселей и чеков, удостоверение сделок.

§ 2. Исполнительная надпись нотариуса

Одним из основных видов деятельности банков является коммерческое кредитование предприятий, учреждений, организаций. Нестабильное положение на кредитных рынках, вызванное инфляционными процессами, несовершенством законодательства, делает эту сферу деятельности банков довольно рискованной. Риск увеличивается еще и потому, что если заемщик добровольно не выполняет в срок свои обязательства по кредитному договору, банкам-кредиторам приходится обращаться за судебной защитой, что, естественно, связано с длительным временем, а значит, потерей средств.

Институт исполнительной надписи обеспечивает защиту прав кредитора путем оформления в упрощенном порядке взыскания долга с недобросовестных должников без их вызова в нотариальную контору, но в то же время обеспечивает достаточным образом и интересы должника, так как исполнительная надпись совершается только на подлинных документах, бесспорно подтверждающих задолженность и не вызывающих каких-либо сомнений с точки зрения их достоверности.

Этот институт имеет длительную историю и относится к так называемым несудебным формам защиты интересов кредиторов по документально, формально-определенным способом оформленным обязательствам.

Уже у римлян были известны долговые обязательства, дававшие кредитору право взыскания долга без суда и следствия, право «наложения руки», право увести должника в свой дом для отработки долга или даже для его продажи в рабство. С течением времени эта самостоятельная форма взыскания долга (расправа) была запрещена, но и после ее отмены римляне допускали принудительное взыскание без судебного решения. Так, если ответчик признавал иск *in iure*, то дело не доходило до суда и до его решения, а оканчивалось приказом претора о взыскании с ответчика в исполнительном порядке.

Взыскание на основании надлежаще оформленного (как правило, в публичном порядке) документа основывалось на постулате, что если документ совершен законным порядком,

то должник, выдавая его, сам присудил себя к платежу, что *confessus pro judicato est*.

В зависимости от вида и формы документа (в дореволюционной России их было 4 вида: крепостные, явочные, нотариальные и домашние) применялись различные способы придания им исполнительной силы.

В некоторых случаях в самом законе могли упоминаться акты, имеющие исполнительную силу. К такого рода актам К. И. Малышев¹ относил поручную запись. К ним можно отнести документы, удостоверенные нотариусами так называемой латинской школы (Франция, Италия, Германия и др.).

По логике законодателя это может быть и соглашение об удовлетворении требования залогодержателя за счет заложенного имущества, заключенное после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога и удостоверенное нотариусом, по новому Гражданскому кодексу (п. 1 ч. 2 ст. 349 ГК РФ).

По общему правилу для исполнения по таким документам никаких действий по их авторитизации не требуется, а производство непосредственно осуществляется исполнительными органами.

Для других документов требуется их авторитизация со стороны государственных органов или должностных лиц, т. е. должен выдаваться приказ. Такие приказы в дореволюционной России выдавались должностными лицами полиции и судами, а после революции и по настоящее время — нотариусами и судами.

В зависимости от вида документа, требующего авторитизации, такие приказы могут быть условными и безусловными. Типичным примером безусловных приказов является исполнительный лист, выдаваемый судом, и исполнительная надпись нотариуса.

Такие приказы (акты) выдаются без извещения и без вызова должника и имеют своей целью обеспечить механизм принудительного исполнения, т. е. ни что иное, как приказ на действия исполнительных органов.

Исполнительная надпись представляет собой распоряже-

¹ К. И. Малышев. Курс гражданского судопроизводства в 3 т. Ч. II. С.-Пб., 1879. С. 189.

ние нотариуса о взыскании с должника причитающейся взыскателю определенной суммы денег или истребовании какого-либо имущества. Это распоряжение в соответствии с действующим гражданским процессуальным законодательством (ст. 339 ГПК) приравнивается к исполнительным документам, на основании которых в принудительном порядке удовлетворяются требования кредиторов (ст. 93 Основ), и имеет силу исполнительного листа, взыскание по которому совершается судебным исполнителем по нормам ГПК и Инструкции об исполнительном производстве.

Порядок совершения исполнительной надписи ограничивается кругом отношений, которые определяются Правительством РФ (ст. 90 Основ). В настоящее время действует «Перечень документов, по которым взыскание задолженности производится в бесспорном порядке на основании исполнительных надписей органов, совершающих нотариальные действия» (в дальнейшем «Перечень»), утвержденный постановлением Совета Министров РСФСР от 11 марта 1976 г. № 171 (с изменениями и дополнениями)¹. Перечень не подлежит расширительному толкованию. Раздел второй данного Перечня предусматривает взыскание задолженности по основаниям, вытекающим из расчетных и кредитных отношений. Взысканию подлежит только задолженность по просроченному кредиту, т. е. досрочное взыскание всей суммы кредита при просрочке уплаты процентов должником более шести месяцев или при использовании кредитных средств не по целевому назначению производится в судебном порядке².

¹ СП РСФСР 1976 г. № 7. Ст. 56; 1986 г. № 2. Ст. 10; № 9. Ст. 51; № 17. Ст. 115; 1987 г. № 2. Ст. 18; 1989 г. № 13. Ст. 72; 1992 г. № 6. Ст. 27. Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1994. № 2. Ст. 79; Собрание законодательства РФ. 1996. № 26. Ст. 3140.

² После подготовки книги к изданию постановлением Правительства РФ от 19 июня 1996 г. № 710 пункт второй из Перечня документов, по которым взыскание производится в бесспорном порядке на основании исполнительных надписей, исключен. Поэтому исполнительная надпись по основаниям, возникающим из расчетных и кредитных отношений, в настоящее время нотариусами не выдается. Однако остался прежним порядок взыскания по ранее выданным исполнительным надписям, по кредитным договорам и соглашениям, а также порядок выдачи исполнительных надписей по другим документам, имеющим значение в банковской деятельности.

Взыскание может быть произведено с должника или поручителя, если ими допущена просрочка платежей по кредитным операциям кредитных учреждений (п. 2 разд. 2 Перечня), т. е. контрагенты должны состоять в кредитных правоотношениях и хотя бы одной из сторон (кредитором) должен быть банк или иное кредитное учреждение, имеющее лицензию Центрального банка России на совершение кредитных операций.

Получение средств по исполнительной надписи со счета поручителя осуществляется, если законом или договором не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя, так как изначально законодатель предполагает солидарную ответственность поручителя и должника (ст. 363 ГК РФ). Объем ответственности поручителя тот же, что и у должника, если иное не предусмотрено договором поручительства. Негативным моментом использования этого механизма является опасность предъявления должником подложного гарантийного обязательства. Поэтому банк-кредитор должен контролировать и проверять его действительность.

Если все же произошло необоснованное списание денежных средств с поручителя, то последний может обратиться в арбитражный суд с иском о взыскании с кредитора долга и процентов за неосновательное пользование средствами (ст. 395 ГК РФ).

Часть первая Гражданского кодекса (ст. ст. 368 — 379) вводит новый для нашего законодательства институт банковской гарантии как способа обеспечения обязательства, отличая его от поручительства, который в большей степени отвечает признакам, необходимым для обеспечения по нему взыскания на основании исполнительной надписи. Но вследствие отсутствия прямого указания на гаранта в Перечне документов исполнительной надписи по этим договорам не выдается.

Заинтересованное лицо, в нашем случае банк-кредитор, подает нотариусу, независимо от места исполнения требования и нахождения взыскателя и должника, заявление о выдаче исполнительной надписи. К заявлению должны быть приложены подлинные документы, являющиеся основанием для совершения исполнительной надписи. По кредитным отношениям это:

- подлинный экземпляр кредитного договора;
- подлинный экземпляр договора поручительства (для взыскания с поручителя);

— заверенная банком выписка из лицевого счета должника с указанием суммы задолженности;

— могут быть предъявлены и другие доказательства предоставления кредитных средств должнику.

Иначе говоря, предоставляются документы, которые подтверждают наличие обязательства должника, указывают на содержание этого обязательства и размер задолженности (конкретную сумму взыскания). Недолговые документы не приобщаются к исполнительной надписи, но остаются в делах нотариуса.

Если у нотариуса возникают сомнения в подлинности представленных документов, он должен отказать в совершении исполнительной надписи или отложить ее и направить документы на экспертизу. В соответствии с п. 21 Инструкции «О порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами РСФСР»¹ (далее «Инструкция») о направлении документа на экспертизу нотариусом выносится постановление.

Так как данное действие не связано с разрешением спора о праве гражданском, то должник не вызывается нотариусом для изложения своих возражений. Нотариус также не обязан уведомлять должника о намерении совершить исполнительную надпись. Однако в случае заявления нотариусу в любой форме несогласия должника с требованиями по исполнительной надписи данное нотариальное действие должно быть отложено для предоставления должнику времени для обращения в суд (ст. 41 Основ).

Исполнительная надпись излагается в подлинном долговом документе (кредитном договоре) и отдельно от долгового документа не совершается (п. 155 Инструкции). В случае невозможности изложения исполнительной надписи на долговом документе допускается прикрепление исполнительной надписи к долговому документу в соответствии с требованиями п. 17 Инструкции.

Исполнительная надпись оформляется в виде штампа установленного образца. Содержание исполнительной надписи

¹ Утверждена приказом Министра юстиции РСФСР от 6 января 1987 г. № 01/16-01.

четко закреплено в законе (ст. 92 Основ) и включает в себя: должность, фамилию и инициалы нотариуса; наименование и адрес взыскателя; наименование и адрес должника; обозначение срока, за который производится взыскание; обозначение сумм, подлежащих взысканию, или предметов, подлежащих истребованию, в том числе пени, процентов, если таковые причитаются, а также сумма госпошлины или тарифа; дату совершения надписи; номер, под которым исполнительная надпись зарегистрирована в реестре; подпись нотариуса, совершившего исполнительную надпись, его гербовую печать.

При изложении текста исполнительной надписи необходимо иметь в виду, что обозначение срока, за который производится взыскание, должно указываться прописью, а все месяцы просрочки проставляются полностью, желательно прописью, сумма задолженности проставляется цифрами и прописью.

Согласно ст. 91 Основ, исполнительная надпись может быть совершена, если со дня возникновения права на иск прошло не более трех лет. По истечении этого срока нотариус отказывает в совершении исполнительной надписи.

Если для требования, по которому выдается исполнительная надпись, законодательством РФ установлен иной срок давности, то исполнительная надпись выдается в пределах этого срока. Ныне действующая часть первая Гражданского кодекса РФ не предусматривает сокращенного шестимесячного срока давности по искам о взыскании неустойки (штрафа, пени). С введением ее в действие с 1 января 1995 г. и одновременно отменой ст. 79 ГК РСФСР 1964 г. к таким требованиям должен применяться общий срок исковой давности в три года, если иное прямо не предусмотрено законом.

Восстановление пропущенного срока на совершение исполнительной надписи по общему правилу осуществляется судом. Если суд установит уважительность причины пропуска срока, он выносит постановление о его восстановлении.

В соответствии с действующим законодательством суд вправе удовлетворить только заявление истца-гражданина о восстановлении данного срока при уважительности причины его пропуска, которая имела место в последние шесть месяцев срока давности, и при доказанности обстоятельств, указанных в ст. 205 ГК РФ. В нашем случае кредитором и соответственно лицом, которое может быть заинтересовано в восстановлении

срока на совершение исполнительной надписи, может быть только банк или иное кредитное учреждение. Пленум Верховного суда РФ и Пленум Высшего Арбитражного суда РФ в совместном постановлении обращают внимание судов на невозможность восстановления срока исковой давности, пропущенного юридическим лицом или гражданином-предпринимателем по требованиям, связанным с осуществлением ими предпринимательской деятельности, независимо от причин его пропуска¹. В случае отказа в совершении исполнительной надписи нотариусом такой отказ, а также неправильность нотариального действия могут быть обжалованы в суде (ст. 49 Основ).

Основаниями для отказа в совершении нотариального действия по общему правилу являются: совершение действия, противоречащего закону, действие подлежит совершению другим нотариусом; с просьбой к нотариусу обратился недееспособный гражданин либо представитель, не имеющий надлежащим образом оформленных полномочий; совершаемая сделка противоречит целям, указанным в уставных документах предприятия, либо не соответствует требованиям закона; документы, представленные для совершения нотариального действия, не отвечают требованиям законодательства (ст. 48 Основ).

Что касается исполнительной надписи, то в совершении этого нотариального действия нотариусом может быть отказано, если:

— заявленное требование не подпадает под тот вид задолженности, по которому допускается взыскание в бесспорном порядке посредством совершения исполнительной надписи;

— не представлены все требуемые документы или они оформлены ненадлежащим образом (например, отсутствует подпись надлежащего лица, нет соответствующего штампа или печати, имеются подчистки или исправления) и не подтверждают бесспорность задолженности;

— истек установленный законом срок исковой давности (ст. 91 Основ).

¹ Постановление Пленума Верховного суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного суда РФ от 28 февраля 1995 г. № 2/1 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие первой части ГК РФ». Сборник постановлений Пленумов Верховных судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. М. Спарк. 1996. С. 377.

При наличии одного из названных оснований нотариус отказывает в выдаче исполнительной надписи и по просьбе взыскателя в 10-дневный срок выносит постановление, в котором излагает причины отказа, подтверждая их ссылками на закон, регламентирующий основания для отказа, и порядок его обжалования. Постановление регистрируется в журнале исходящей корреспонденции нотариуса.

В настоящее время получает распространение практика использования при совершении сделок межбанковских краткосрочных кредитов электронно-цифровой подписи и записи договора на магнитном носителе. Министерство юстиции правильно разъясняет, что совершить исполнительную надпись на таком договоре нотариусу не представляется возможным, текст договора, расшифрованный как подлинный и заверенный взыскателем, не может рассматриваться как подлинный документ и служить основанием для совершения исполнительной надписи¹.

Самым распространенным основанием для отказа является недоказанность бесспорности задолженности. Действительно, определить на основании кредитного договора и заверенной взыскателем выписки из лицевого счета должника с указанием суммы задолженности бесспорность задолженности в современных условиях, характеризующихся развитой структурой банковских и кредитных учреждений, представляется проблематичным. Поэтому практически все исполнительные надписи по этого рода документам обжалуются в суде, что в итоге приводит к затягиванию разрешения дел, дополнительной волоките.

В соответствии с законодательством арбитражным судам не подведомственно рассмотрение жалоб на неправильное совершение нотариусом нотариальных действий или отказ в их совершении. Следует обращаться в суд общей юрисдикции для рассмотрения жалобы в порядке производства, предусмотренного ст. ст. 245, 271 — 273 ГПК РСФСР. Жалоба подается заинтересованным лицом в 10-дневный срок в суд по месту нахождения нотариуса.

¹ Письмо Министерства юстиции РФ от 26 января 1995 г. № 09-1600/13 «Об исполнительной надписи органов, совершающих нотариальные действия». Банковский бюллетень. 1995. № 7.

Под понятием «заинтересованные лица» следует понимать граждан и юридических лиц, в отношении которых совершено нотариальное действие, либо получивших отказ в его совершении (п. 3 Постановления Пленума Верховного суда РСФСР от 17 марта 1981 г. №1)¹.

Другие граждане и юридические лица, считающие, что их права затронуты в связи с действиями нотариуса, могут обратиться в суд в порядке искового производства.

Так как сама жалоба является основанием для рассмотрения дела в порядке особого производства, то в ней должны содержаться все необходимые данные для правильного и своевременного рассмотрения дела. Такими сведениями являются:

- данные о нотариусе, выполнившим или отказавшим в выполнении нотариального действия;
- указание на само нотариальное действие;
- описание обстоятельств, на которых основана жалоба и их доказательства;
- сведения о других заинтересованных лицах.

К жалобе должен быть приложен письменный отказ нотариуса, но его отсутствие не является основанием к отказу судьи в принятии жалобы.

В особом производстве могут быть рассмотрены жалобы при условии, если у заинтересованных лиц отсутствует спор о праве гражданском. В нашем случае это может быть спор между взыскателем и должником о размерах и сроках платежей. При возникновении такого спора в процессе судебного разбирательства судья не может разрешить жалобу по существу, а должен вынести определение об оставлении ее без рассмотрения, разъяснив заявителю его право обратиться в суд или в арбитражный суд с иском за разрешением возникшего спора (ст. 246 ГПК РСФСР).

Суд при удовлетворении жалобы своим решением может

¹ Постановление Пленума Верховного суда РСФСР от 17 марта 1981 г. № 1 в редакции постановления Пленума Верховного суда РСФСР от 21 декабря 1993 г. № 11 «О практике применения судами законодательства при рассмотрении дел по жалобам на нотариальные действия или на отказе в их совершении» Сборник постановлений Пленумов Верховных судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. М. Спарк. 1996. С. 232.

или отменить совершенное нотариальное действие, или обязать конкретного нотариуса его выполнить. Копия решения суда при удовлетворении жалобы направляется соответствующему нотариусу. Нотариус, совершивший исполнительную надпись или отказавший в ее совершении, как лицо, участвующее в деле, обладает всеми процессуальными правами, предусмотренными ст. 30 ГПК, и вправе в соответствии со ст. 282 ГПК в установленный законом срок обжаловать в кассационном порядке принятое по жалобе решение суда (см. Постановление Пленума Верховного суда РСФСР от 17 марта 1981 г. № 1).

Обжалование любого нотариального действия или отказа в его совершении в суде в порядке особого производства является принципиальным положением, обеспечивающим контроль суда за законностью правоохранительной деятельности нотариусов. Поэтому не является основанным на законодательстве мнение о невозможности такого обжалования должником, в отношении которого по заявлению кредитора совершена исполнительная надпись. Каждое нотариальное действие должно обеспечиваться одинаковыми гарантиями: обжаловать нотариальное действие или отказ в его совершении; предъявить иск, если нотариальное действие, совершенное по заявлению одного лица, нарушает права другого; предъявить иск о возмещении ущерба, причиненного незаконными действиями нотариуса (ст. 17 Основ). Право выбора способа защиты всегда принадлежит заинтересованному лицу. Когда должник по исполнительной надписи заявит спор по существу сделки, о размере платежа и т. п., то в этом случае его требование должно рассматриваться по правилам искового производства, но если он заявляет требование об отмене неправильно совершенного нотариального действия, оно должно рассматриваться в особом производстве. Суд должен или отменить нотариальное действие, или признать его соответствующим закону.

Положение, согласно которому любое требование, вытекающее из исполнительной надписи, это искомое требование (оно очень распространено и даже прямо закреплено в законодательстве некоторых государств, например, в ГПК Украины), неизбежно приводит к выводу, что нотариусы при совершении исполнительной надписи никогда не ошибаются и ни за что не отвечают. Между тем нотариус, занимающийся частной прак-

тикой, совершивший нотариальное действие, противоречащее законодательству РФ, обязан по решению суда возместить причинившийся вследствие этого ущерб. В других случаях ущерб возмещается нотариусом, если он не может быть возмещен в ином порядке (ч. 1 ст. 17 Основ).

Нотариальная форма защиты интересов кредиторов более оперативна по сравнению с судебной.

Сроки принятия решения судом более длительны — минимум два месяца в арбитражном суде, если не было апелляционного обжалования. Получить же исполнительную надпись на документах можно в течение нескольких дней и даже часов. Это и экономически выгодно, так как с 13 января 1996 г. увеличена разница между ставками госпошлины по исковым заявлениям имущественного характера и государственной пошлиной (тарифом) нотариуса, взимаемыми за совершение исполнительных надписей: от 5 % (при сумме иска до 10 млн руб.) в арбитражном суде и 1 % от взыскиваемой суммы у нотариуса¹.

Более эффективен и механизм исполнения по нотариальному акту, так как исполнительная надпись на договорном документе является и исполнительным документом — имеет силу исполнительного листа.

Исполнительная надпись предъявляется к принудительному исполнению путем предоставления взыскателем в банк, обслуживающий должника, инкассового поручения, в котором должна быть сделана ссылка на дату и номер исполнительного документа. Поручение предъявляется при соответствующих подлинных исполнительных документах. В исполнительном документе, на основании которого производится списание средств, должны быть указаны полное и точное наименование взыскателя и плательщика, размер взыскиваемой суммы и с какого счета плательщика подлежит списанию взыскиваемая сумма.

Как и при вынесении решения арбитражным судом, так и при совершении исполнительной надписи в сумму взыскиваемых средств включаются и расходы по уплаченной госпошли-

¹ Закон РФ «О внесении изменений и дополнений в Закон РФ «О государственной пошлине» от 31 декабря 1995 г. Российская газета. 1996. 3 января.

не (тарифу — для частных нотариусов), но возврат средств взыскателю при применении рассматриваемой процедуры происходит гораздо быстрее.

Если взыскатель освобожден от уплаты государственной пошлины, например, от уплаты всех налогов, сборов, пошлин, в том числе за все нотариальные действия (например, в соответствии со ст. 26 Федерального закона «О Центральном банке РФ (Банке России)» освобожден Центральный банк РФ и его учреждения)¹, то государственная пошлина взыскивается с должника в доход государственного бюджета.

В правоприменительной практике некоторые трудности вызывает применение института исполнительной надписи по договорам залога, имеющим большую значимость в деятельности банков.

Отношения по залогу регулируются Гражданским кодексом РФ и Законом РФ «О залоге», который применяется постольку, поскольку не противоречит части первой Гражданского кодекса. Оба закона допускают применение исполнительной надписи.

Дополнение к Перечню документов, по которым взыскание задолженности производится в беспорядном порядке на основании исполнительных надписей, внесенное постановлением Правительства РФ от 30 декабря 1993 г., указывает также на возможность взыскания задолженности по нотариально удостоверенным договорам о залоге, срок исполнения обязательств по которым не истек². Истечение срока исполнения основного обязательства является необходимым условием, так как залоговое обязательство, по общему правилу, является дополнительным (акцессорным) по отношению к основному — кредитному (п. 1 ст. 329 ГК РФ).

В соответствии с гл. XVIII указанного Перечня для получения исполнительной надписи в таких случаях достаточно представить подлинный экземпляр нотариально удостоверенного договора о залоге, по которому не удовлетворено обеспеченное залогом требование. Часть первая Гражданского кодекса проводит дифференциацию правового регулирования

¹ Собрание законодательства РФ. 1995. № 18. Ст. 1593.

² Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1994. № 2. Ст. 79.

порядка обращения взыскания на предмет залога в зависимости от вида имущества, переданного в залог, а также от характера залоговых отношений.

Кодекс решает вопросы обращения взыскания по-разному для залога недвижимого имущества и для залога движимого имущества. Для залога недвижимого имущества он сохраняет судебный порядок и по общему правилу исключает возможность обращения взыскания на недвижимость по исполнительной надписи нотариуса. Это правильно, поскольку происходящее сейчас в области залоговых отношений не укладывается в рамки нормальной рыночной экономики. Пример — обращение взыскания на основании исполнительной надписи нотариуса на три здания Балтийского морского пароходства одним из его кредиторов. Пароходство — одно из крупнейших в стране, один из самых крупных судовладельцев в мире. По исполнительной надписи нотариуса было обращено взыскание на имущество, без которого пароходство вообще функционировать не может.

При получении нотариальной надписи основательную проверку обоснованности бесспорного взыскания, выяснение возможности погашения основного долга и т. д. произвести невозможно, поэтому судебный порядок сохранен как практически единственно возможный для обращения взыскания на недвижимость.

Без суда можно обратиться взыскание на заложенное недвижимое имущество по нотариально удостоверенному соглашению залогодателя с залогодержателем об удовлетворении претензий кредитора, заключенному после возникновения основания для обращения взыскания — факта невозврата кредита или процентов по нему (п. 1 ст. 349 ГК). Это означает, что заключить такое соглашение можно не тогда, когда залогодателю (заемщику) нужны деньги и он готов согласиться на любые условия, а тогда, когда он уже не смог погасить свой долг. Только на этой стадии стороны могут договариваться о несудебном порядке урегулирования своих отношений. У залогодателя может быть серьезный интерес — избежать бремени дополнительных судебных расходов, расходов по реализации и т. д. Такое соглашение, удостоверенное нотариусом, по своей правовой природе само является документом, на основании которого можно осуществлять взыскание. Однако за отсутст-

вием практики применения в исполнительном производстве такого рода документов на нем еще учиняется и исполнительная надпись.

Иной подход в законодательстве к залого движимого имущества. Формула, содержащаяся в п. 2 ст. 349 ГК: требования залогодержателя удовлетворяются за счет заложенного движимого имущества по решению суда, если иное не предусмотрено соглашением залогодателя с залогодержателем. Это значит, что в договор о залоге может включаться условие о том, что взыскание на предмет залога будет обращаться в несудебном порядке самим залогодержателем или путем обращения к нотариусу. Таким образом, в отношении движимого имущества, к которому относятся, например, любое оборудование, транспортные средства (кроме морских, воздушных, речных судов, космических объектов, которые подлежат государственной регистрации и являются недвижимым имуществом), весь подвижной состав железных дорог и другое, есть возможность действовать без суда.

В соответствии с п. 44 Перечня для получения исполнительной надписи необходимо удостоверение договора о залоге у нотариуса.

Если в договор о залоге не включено условие о возможности несудебного порядка обращения взыскания на предмет залога, то возможно заключение специального соглашения залогодателя с залогодержателем о беспорядном порядке обращения взыскания на заложенное движимое имущество.

В отличие от соглашения о беспорядном обращении взыскания на недвижимое имущество, подобное соглашение в отношении движимого имущества не требует обязательного нотариального удостоверения.

Механизм привлечения к ответственности должников по кредитным и другим обязательственным отношениям на основании исполнительной надписи, безусловно, имеет существенные недостатки. Эти недостатки вызваны объективными и субъективными причинами.

Объективные причины обусловлены правовой природой этого механизма, о чем говорилось ранее. Он изначально рассчитан на преимущественно одностороннее действие — обеспечение защиты интересов кредиторов по формально-определенным, документально, как правило, в публичном

порядке оформленным обязательствам. Отсюда и элемент неравенства между кредитором и должником. По этой причине и судебная форма не очень приспособлена для дел, возни- кающих из подобного рода отношений. Эти правовые отно- шения — антипод административно-властных отношений. Неравенство субъектов материально-правовых отношений неизбежно сказывается на эффективности работы юрисдикци- онного органа. Здесь не получается в полной мере процессу- ального равноправия и основанной на нем состязательно- сти — движущего начала в любом процессе установления истины. А если это так, то бессмысленно, неоправданно, не- экономично при этом использовать такую состязательную процессуальную форму.

Причиной субъективного порядка является неадекватность отражения в правовом регулировании этого механизма совре- менного состояния экономических гражданско-правовых от- ношений. Данный момент очень хорошо подмечен в работе В. Пучинского и В. Безбаха «Новые кредитные обязательства и прежние санкции» (Хозяйство и право. 1995. № 5).

Применительно к исполнительным надписям по кредит- ным операциям кредитных учреждений В. Пучинский и В. Безбах указывают, что кредитные договоры являются дого- ворами займа, так как в большинстве случаев для банка не важно целевое использование денежных средств, а важен лишь их возврат. Банки ставятся в привилегированное по сравнению с другими субъектами положение, имея возмож- ность через исполнительные надписи взыскивать средства в беспспорном порядке. В частности, нарушаются интересы дру- гих кредиторов заемщика, которые могут защитить свои права только в порядке искового производства. Законодательство же запрещает нарушение формального равенства участников рынка в ст. ст. 1, 10 ГК РФ и др.

Аналогичные аргументы выдвигают и другие авторы.

В настоящее время вопрос применения исполнительных надписей как основания для беспспорного взыскания денежных средств и имущества в предпринимательской деятельности остается дискуссионным. Представляется, что исполнительная надпись может применяться, но в законодательстве должны быть учтены особенности современных гражданских и пред- принимательских отношений. В обязательном порядке необ-

ходимо внести изменения в Перечень документов для взыскания по исполнительной надписи.

Как альтернатива институту исполнительной надписи в гражданском процессуальном законодательстве РФ введена в настоящее время возможность взыскания денежных сумм и истребование движимого имущества от должника на основании судебного приказа, имеющего силу исполнительного документа (гл. 11¹ ГПК РСФСР)¹.

Банки могут использовать это только в отношении должников — физических лиц, число которых на практике невелико. Требование банка может быть основано как на нотариально удостоверенной сделке, так и на сделке, совершенной в простой письменной форме, а также протесте векселя, совершенном нотариусом. Как и при совершении исполнительной надписи, при выдаче судебного приказа судья не вызывает должника и не заслушивает объяснений сторон. Но процессуальный порядок предусматривает извещение должника о принятии заявления от взыскателя и предоставляет ему 20-дневный срок для ответа (выражения своего несогласия с заявленным требованием).

Судебный приказ выдается в том случае, если спор о праве может быть разрешен на основании представленных документов. При возражениях должника или невозможности разрешить спор о праве судья отказывает в выдаче судебного приказа, что не препятствует возможности предъявления заявителем иска по тому же требованию в порядке искового производства. Таким образом, процедура получения судебного приказа проще и короче, чем решения суда, но ограниченный круг отношений, по которым она может быть применена, размер государственной пошлины (превышающий сумму тарифа за совершение исполнительной надписи), 40-дневный срок до фактического получения денежных средств не дают судебному приказу значительных преимуществ перед исполнительной надписью.

Аналогичная форма производства (приказного) могла бы быть использована и в Арбитражном суде с более сокращен-

¹ Федеральный закон «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс РСФСР». Принят Государственной Думой 27 октября 1995 г. Собрание законодательства РФ. 1995. № 49. Ст. 4696.

ными сроками, но тоже в качестве альтернативы исполнительной надписи.

§ 3. Протест векселей

Протест векселя в неплатеже, в неакцепте, в недатировании акцепта — нотариальные действия, имеющие целью обеспечить защиту интересов субъектов вексельного обязательства. В большинстве случаев такими субъектами являются банки.

Протест векселя составляет обязательный элемент вексельного правоотношения, которое без него по общему правилу превращается в обычное обязательственное правоотношение, а его субъекты не могут реализовать преимущества векселя как ценной бумаги.

В соответствии с Положением о переводном и простом векселе¹ и ГК вексель — есть основанное на договоре и выраженное в строго определенной письменной форме одностороннее обязательство уплатить известную денежную сумму. Это строго формальный документ, являющийся ценной бумагой, и потому отсутствие хотя бы одного реквизита (пп. 1, 75 указанного Положения) приводит к его недействительности. Он удостоверяет абстрактное обязательство, т. е. обязательство оплатить определенную денежную сумму, которому не могут быть противопоставлены возражения, вытекающие из правомочий вне вексельного обязательства. При оплате по векселю должны соблюдаться определенные правила. Векселедатель, выдавая вексель, индоссант, передавая его, авалист, ставя свою подпись, обязуются произвести платеж только в том случае, если от этого откажется плательщик. Поэтому, прежде чем предъявить какие-либо требования к указанным лицам, векселедержатель должен выяснить, как намерен вести себя плательщик, проведя проверку в две стадии.

Первая стадия заключается в том, что до наступления срока платежа векселедержатель должен обратиться к плательщику (трассату) с требованием указать его согласие или несогласие на платеж, т. е. акцептовать платеж и указать дату его производства. При полном или частичном отказе от платежа

¹ Положение о переводном и простом векселе. ВВС РСФСР. 1991. № 31. Ст. 1024. В дальнейшем «Положение».

либо его датирования необходима фиксация этого обстоятельства в акте, составленном в публичном порядке, т. е. в протесте, чтобы факт отказа не вызывал сомнения у обязанных субъектов вексельного обязательства. В соответствии со ст. 95 Основ законодательства о нотариате и п. 44 Положения о переводном и простом векселе протест составляется нотариусом.

Вторая стадия наступает в том случае, если плательщик, выдав акцепт и датировав его, уклоняется от платежа. Отказ от платежа должен быть зафиксирован в протесте, так как по векселю, не опротестованному в неплатеже, ответственность несет только акцептовавший его плательщик.

Таким образом, протест векселя есть публично-правовой акт, осуществляемый по законодательству РФ нотариусом, имеющим целью удостоверить юридически значимые для вексельного обязательства факты. Поэтому такой акт выносится лицом, выполняющим юрисдикционную функцию. Сам факт признания документа, предъявляемого для платежа или акцепта, векселем имеет процессуально-правовые последствия — право на предъявление иска против индоссантов, векселедателя и других обязанных по векселю лиц. Строго говоря, это должен быть иск, рассматриваемый и разрешаемый по определенным специальным правилам, обеспечивающим процессуально строгое и одновременно упрощенное взыскание по векселю. Но действующее арбитражное процессуальное законодательство его не имеет, поэтому такой иск рассматривается по общим правилам.

Держатель векселя, во-первых, имеет право предъявить прямой иск к главному должнику — акцептанту переводного или векселедателю простого векселя, а также их авалистам, если таковые имеются.

Во-вторых, держателю предоставляется возможность предъявить регрессный иск против других ответственных по векселю лиц: индоссантов, векселедателя переводного векселя и их гарантов.

Все лица, выдавшие, акцептовавшие, индоссировавшие вексель или поставившие на нем аваль, являются в соответствии со ст. 47 Положения солидарно обязанными перед векселедержателем. Поэтому векселедержатель имеет право предъявления иска ко всем этим лицам, к каждому в отдельности или ко всем вместе, не будучи принужден соблюдать при этом последовательность, в которой они обязывались по векселю. В

связи с этим иск, предъявленный к одному из обязанных лиц, не препятствует предъявлению исков к другим, даже если они обязались после первоначального ответчика.

То лицо из числа ответственных по векселю, которое оплачивает вексель, в свою очередь, имеет право обратного требования к предшествующим надписателям.

Право на предъявление иска возникает у векселедержателя при наступлении срока платежа, если платеж не был совершен, и раньше наступления этого срока в случаях, определенных ст. 43 Положения, а именно:

- при полном или частичном отказе в акцепте;
- в случае несостоятельности векселедателя по векселю, не подлежащему акцепту;
- в случае несостоятельности плательщика, независимо от того, акцептовал ли он вексель или нет;
- в случае прекращения им платежей, даже если это обстоятельство не было установлено судом;
- в случае безрезультатного обращения взыскания на его имущество.

Однако для реализации своего права требования векселедержатель обязан соблюсти установленные Положением правила. В случаях объявления плательщика несостоятельным, а также объявления несостоятельным векселедателя по векселю, не подлежащему акцепту, требуемые Положением формальности сводятся к необходимости предъявления судебного решения об объявлении несостоятельным; во всех остальных случаях Положение требует совершения протеста векселя.

В соответствии со ст. ст. 35, 36 Основ законодательства РФ о нотариате нотариальное действие — протест векселей в неакцепте и неплатеже — совершают нотариусы, занимающиеся частной практикой, и нотариусы, работающие в государственных нотариальных конторах.

Глава 17 Основ (ст. 95) непосредственно регулирует совершение протестов векселей. Следующим по важности нормативным актом является ныне действующая Инструкция о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами РФ, утвержденная Министерством юстиции РСФСР 6 января 1987 г. В ней подробным образом изложены действия нотариуса по совершению протеста векселя.

Законом РФ «О государственной пошлине» предусматривается государственная пошлина за совершение протеста векселя в размере 1 % от неоплаченной суммы векселя¹.

Существуют следующие виды протеста:

1. Протест переводного векселя в неакцепте или недатировании акцепта (п. 44 Положения о переводном и простом векселе).

2. Протест в неплатеже по векселю (п. 44 Положения) как по простому, так и по переводному.

3. Протест в невыдаче экземпляра акцептованного переводного векселя лицом, у которого он находится (п. 66 Положения). Если вексель составлен в нескольких экземплярах, надпись об акцепте совершается плательщиком только на одном из них. Остальные экземпляры в этот момент могут находиться у разных лиц. Законодательство возлагает на лицо, получившее акцептованный экземпляр векселя, обязанность указать на всех других экземплярах, у кого он находится. Хранитель акцептованного векселя обязан вручить его законному держателю другого экземпляра. Если он отказывается это сделать, векселедержатель может осуществить право иска лишь после удостоверения протестом того, что:

а) экземпляр, посланный для акцепта, не был ему передан, несмотря на его требования;

б) акцепт или платеж не могли быть получены по другому экземпляру.

Статья 95 Основ законодательства РФ о нотариате не предусматривает этот вид протеста векселя на практике. Поэтому он существует только теоретически.

Наибольшее практическое значение имеет протест векселя в неакцепте и неплатеже. Положение связывает с фактом полного или частичного отказа плательщика от акцепта переводного векселя и с отказом акцептанта переводного или векселедателя простого векселя от платежа в установленный срок наступление важных правовых последствий. Именно с этого момента держатель векселя получает право на предъявление требований к тем, кто поставил на векселе свои подписи в качестве индоссанта, векселедателя и их поручителей. Все эти

¹ Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 19.

лица становятся должниками, ответственными перед держателем за акцепт и оплату векселя.

Протест векселя в неплатеже или неакцепте может быть произведен нотариусом только после предъявления векселя плательщику, соответственно для акцепта или платежа. Следовательно, векселедержатель должен предъявить нотариусу доказательство факта предъявления векселя плательщику. В Положении полностью отсутствует механизм предъявления векселя к платежу или акцепту. Исходя из содержания Положения, допустимо предположить, что вексель может быть предъявлен к платежу либо самим векселедержателем, либо третьим лицом (чаще всего — коммерческим банком) на основании инкассового индоссамента. Однако остается не ясным, какие конкретно действия должны совершать эти лица для предъявления векселя плательщику: принести ему вексель лично, направить по почте и т. п. При этом единственный экземпляр векселя нельзя просто так направить по почте или вручить плательщику, поскольку в этом случае кредитор может лишиться долгового документа.

Л.Г. Ефимова предлагает следующий вариант решения этой проблемы. В соответствии с п. п. 64, 65, 66 Положения вексель может быть составлен в нескольких экземплярах. Чтобы каждый из них не мог считаться самостоятельным долговым документом, необходимо, во-первых, чтобы на каждом из них был указан номер экземпляра и, во-вторых, чтобы в текст векселя была внесена так называемая погасительная отметка, которая необходима для того, чтобы платеж по одному экземпляру векселя не привел к погашению всех остальных. Она может иметь следующий вид: «Прошу заплатить по настоящему первому экземпляру векселя, если по первому и второму не заплачено».

Если вексель выписан в трех экземплярах (что наиболее оптимально), то один экземпляр может быть передан на хранение ввиду возможной потери других двух экземпляров этого документа, второй передается по индоссаментам, а третий может быть использован для предъявления векселя плательщику с целью акцепта или платежа. Предъявление векселя лучше осуществлять путем направления его в адрес плательщика по почте заказным или ценным письмом. Такой механизм предъявления векселя к акцепту или платежу позволяет

векселедержателю получить доказательство этого факта в виде почтовой квитанции, описи или расписки плательщика в получении документа. Имея несколько экземпляров векселя, можно не опасаться, что плательщик попросту не вернет его векселедержателю¹.

Предложенный механизм предъявления векселя к платежу и акцепту заслуживает внимания, однако следует учесть, что он значительно усложняет и так непростую процедуру векселя.

Для совершения протеста в неакцепте и неплатеже Положением устанавливаются определенные сроки.

Протест в неакцепте должен быть совершен в течение времени, установленного для предъявления векселя к акцепту (пп. 22 — 23), т. е., как правило, до срока платежа, если только векселедатель или индоссанты не назначили специального срока для акцепта. Поскольку п. 24 Положения разрешает акцептанту требовать вторичного предъявления векселя к акцепту на следующий день, то срок для протеста в неакцепте в этом случае соответственно продлевается также до этого дня.

Иные сроки предусматриваются для протеста в неплатеже, который должен быть совершен по векселям сроком на определенный день или во столько-то времени от составления или от предъявления — в один из двух рабочих дней, следующих за днем, в который переводной вексель подлежит оплате, а по векселям сроком по предъявлении — в течение времени, установленного для совершения протеста в неакцепте, т. е. в течение одного года с даты их составления (п. 23 Положения).

Согласно п. 54 Положения, если предъявлению переводного векселя или совершению протеста в установленные сроки мешает непреодолимое препятствие, то эти сроки удлиняются. После прекращения действия непреодолимой силы векселедержатель должен без задержки предъявить вексель к акцепту, платежу или совершению протеста.

Если действие непреодолимой силы продолжается свыше 30 дней после срока, установленного для платежа, то для осуществления регресса не является необходимым ни предъявление векселя, ни совершение протеста.

¹ См. Л. Г. Ефимова. Очерк вексельного права. // Вексель и вексельное обращение в России. М. 1994.

Протест векселей в неплатеже совершается, как правило, нотариусами по месту нахождения плательщика или по месту платежа (в случае домицилированных векселей, т. е. подлежащих оплате у третьих лиц), а протест в неакцепте или недатировании акцепта — по месту нахождения плательщика.

Для совершения протеста в неплатеже векселя принимаются на следующий день после даты платежа, а для совершения протеста в неакцепте — в течение сроков, установленных Положением для предъявления к акцепту.

В соответствии со ст. ст. 161 — 166 Инструкции в день принятия векселя к протесту нотариус предъявляет плательщику требование об оплате (или акцепте) векселя. Если плательщик оплатит вексель, нотариус, не производя протеста, возвращает вексель оплатившему лицу с надписью на самом векселе о получении платежа и других причитающихся сумм.

В случае отказа плательщика оплатить или акцептовать вексель или неявки его в нотариальную контору нотариус составляет акт о протесте векселя в неплатеже или неакцепте, делает соответствующую запись в реестре и проставляет отметку о протесте в неплатеже или неакцепте на самом векселе.

Ни Положением о векселе, ни Инструкцией о порядке совершения нотариальных действий не определен порядок предъявления нотариусом требования о неплатеже или акцепте векселя. Он должен сводиться к следующим действиям. Нотариус в день принятия векселя к протесту предъявляет требование о платеже и акцепте плательщику (векселедателю) лично или (и) письменно. Требование может пересылаться по почте, телеграфу, а также передаваться с использованием телефакса, компьютерных сетей и иных технических видов связи, обеспечивающих фиксирование данного требования. В ряде случаев, как показывает практика, некоторые нотариусы являются лично к плательщику (векселедателю) и предъявляют требование о платеже в письменной произвольной форме. Ответ нотариусу может быть дан как устно, так и письменно. При этом плательщик (векселедатель) может полностью или частично отказать в удовлетворении требования нотариуса, не дать на него ответа либо каким-то образом воспрепятствовать нотариусу при его личной явке к плательщику заявить данное требование.

Федеральная нотариальная палата разъяснила, что в случае неполучения нотариусом ответа в предусмотренный срок либо

невозможности предъявления требований в результате чинимых ему препятствий нотариус должен исходить из статей Положения о сроках платежа по векселю и совершения протеста. Правовое значение здесь имеет сам факт публичного прибытия нотариуса к векселедателю (плательщику) с целью предъявить указанное требование. Убедившись в том, что требование остается без ответа или существуют препятствия для его предъявления, нотариус должен это удостоверить в соответствующем акте протеста векселя как отказ в акцепте или в платеже.

Опротестованный вексель вместе с актом о протесте выдается векселедержателю или другому уполномоченному лицу.

Если местонахождение плательщика не известно, протест векселя совершается без предъявления требования о платеже или акцепте векселя с соответствующей отметкой в акте о протесте и в реестре для регистрации нотариальных действий.

В акте о протесте векселя обязательно указываются дата совершения протеста, фамилия и инициалы нотариуса, наименование нотариальной конторы, наименование законного держателя векселя, реквизиты векселя, срок платежа, сумма, на которую выдан вексель, наименование акцептанта или плательщика, указание о предъявлении векселя к платежу (акцепту) и неполучение платежа (акцепта), место совершения протеста, номер реестра, отметка о взыскании госпошлины или тарифа, подпись и печать нотариуса.

В связи с тем, что совершение акта о протесте связано с определенными издержками (достаточно значительными при большой сумме векселя), ст. 46 Положения допускает возможность исключить эти издержки и освободить векселедержателя от необходимости совершения для осуществления его права регресса протеста в неплатеже или неакцепте. Это делается посредством внесения в документ векселедателем, индосантом или авалистом подписанной оговорки «оборот без издержек», «без протеста» или иной равнозначной. Если такая оговорка делается векселедателем, то она имеет силу в отношении лиц, подписавших вексель. Держатель, тем не менее, имеет право опротестовать вексель, но при этом будет за свой счет нести все связанные с протестом издержки.

В заключение приведем некоторые выводы о месте протеста векселей в механизме защиты субъектов вексельных обяза-

тельств. Протест векселей как публично-правовой акт имеет строго обязательное значение только для регрессного иска, т. е. иска в отношении индоссантов, векселедателя, переводного векселя и их гарантов.

Что касается исков о неплатеже к главным должникам-акцептантам переводного векселя или векселедателям простого векселя и их авалистам, то значение протеста заключается в обеспечении процессуальным законодательством упрощенного судебного производства и взыскания платежа по опротестованному векселю.

Постановлением Правительства РФ от 26 сентября 1994 г. «Об оформлении взаимной задолженности предприятий и организаций векселями единого образца и развитии вексельного обращения» Министерству юстиции РФ поручено подготовить с участием Центрального банка РФ и Министерства финансов РФ и представить в Правительство РФ проекты законов РФ о внесении изменений в Арбитражно-процессуальный кодекс и Гражданско-процессуальный кодекс РФ, предусматривающих ускоренные процедуры внеочередного судебного рассмотрения исков о погашении долговых обязательств, оформленных векселями, а также подготовить проект закона о переводном и простом векселе¹.

В настоящее время принят и действует закон от 27 октября 1995 г. «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс РСФСР», предусматривающий упрощенный порядок производства в суде и взыскание на основании судебного приказа денежных сумм с должников по ряду требований, в том числе и по требованию, основанному на протесте векселя в неплатеже, неакцепте и недатировании акцепта, совершенном нотариусом (ч. 2 п. 5 ст. 125-2 ГПК РСФСР). Но он лишь частично касается банковской деятельности, так как по общему правилу ГПК не распространяется на предпринимательские отношения — основную сферу вексельных обязательств. Помимо этого он не является вполне совершенным, так как только сокращенная процедура рассмотрения дела с выдачей приказа не может обеспечить в полной мере преимущество взыскателя по вексельному обязательству по сравнению с

¹ Собрание законодательства РФ. 1994. № 23. Ст. 2571.

обычным обязательством из договора. Необходимы еще специальные нормы об обеспечении иска из вексельных отношений, более ускоренное по сравнению с обычным исполнение (предварительное) судебного приказа и другие.

Интересен международный опыт механизма действия протеста векселей¹, а также дореволюционное законодательство России. Вексельные законы стран англо-американского права обычно не требуют совершения протеста в неплатеже или неакцепте для сохранения регрессных требований. Исключения составляют иностранные векселя, которыми по английскому законодательству признаются те, что выставлены или подлежат оплате вне пределов Великобритании. Но даже в отношении иностранных векселей закон не требует совершения протеста, когда речь идет о предъявлении исковых требований к главным вексельным должникам — акцептанту переводного и векселедателю простого векселей и их авалистам. В тех случаях, когда иностранный вексель должен быть опротестован, его необходимо в день неакцепта или неплатежа, но не позднее следующего рабочего дня, предъявить для соответствующей отметки нотариусу. Составление самого акта о протесте может иметь место и в последующие дни. Если вексель не опротестован, то векселедатель и индоссанты освобождаются от ответственности. Внутренние векселя также могут быть опротестованы, однако ни отметка у нотариуса, ни составление официального акта о протесте не являются необходимыми, чтобы сохранить право регресса против векселедателя или индоссантов.

Неодинаково решается этот вопрос в странах континентальной системы права. Так, согласно процессуальным законам одних стран (например, Бельгии), судебное взыскание по векселю против обязанных по векселю лиц, в том числе против акцептанта переводного и векселедателя простого, может быть произведено лишь при условии совершения протеста векселя.

В других странах (например, Голландии) судебное взыскание может быть осуществлено и по неопротестованным вексе-

¹ Д. Л. Иванов. Вексель. Серия «Международный банковский бизнес». М. 1994. С. 64.

лям, но при рассмотрении судом иска о взыскании по опротестованным векселям применяется особый вексельный процесс, который отличается от обычного судопроизводства ускоренной процедурой ведения и упрощенным способом взыскания. Эта процедура дает держателю такого векселя значительные преимущества, например, освобождает его от представления в суд, кроме акта о протесте, других доказательств неоплаты векселя акцептантом или дает возможность при наличии специального решения суда наложить арест на движимое имущество должника и продать товары акцептанта.

В Аргентине и Испании за опротестованным векселем признается сила исполнительного документа, в связи с чем не требуется никакого дополнительного решения суда для осуществления взыскания по векселю.

Вместе с тем во многих странах, особенно в странах, присоединившихся к Женевским вексельным конвенциям (Италия, ФРГ, Швеция, Греция), протест в неплатеже переводного или простого векселя не является условием для взыскания по векселю и не дает держателю никаких процессуальных преимуществ в отношении акцептанта переводного и векселедателя простого векселя.

В России, согласно Уставу о векселях 1832 г. ввиду строго формального характера неопротестованный вексель мог быть лишен совершенно вексельной силы, с сохранением за ним значения общегражданского обязательства. По Уставу о векселях 1902 г. неопротестованный вексель, не лишаясь совершенно вексельной силы и не превращаясь в общегражданское обязательство, мог быть лишен только некоторых преимуществ, присвоенных векселю по сравнению с другими обязательствами (например, потеря права на проценты, начисляемые со дня просрочки, при сохранении права на них со дня предъявления иска; устранение обязательного обеспечения исков, в котором судья не вправе отказать, когда такое требование основывается на опротестованном векселе, и др.)¹.

После революции, вплоть до 60-х годов, опротестованный вексель имел силу исполнительного документа. Но вначале

¹ См.: Г. Ф. Шершеневич. Учебник торгового права (по изданию 1914 года). М. 1994. С. 300 — 301.

взыскание долга по опротестованному векселю осуществлялось по нормам ГПК, введенного в действие в 1923 г. Статья 210 ГПК предоставляла право народным судьям выдавать судебные приказы по требованиям, основанным на опротестованных векселях. Выдаваемый нарсудом судебный приказ имел силу исполнительного листа. Более того, Положением о государственном нотариате РСФСР от 4 октября 1926 г. нотариальным конторам предоставлялось право учинять на опротестованном векселе исполнительную надпись, по своей силе заменяющую судебный приказ.

Глава 12. Рассмотрение третейскими судами споров с участием банков

§ 1. Компетенция и виды третейских судов

В соответствии со ст. 23 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее АПК РФ) по соглашению сторон возникший или могущий возникнуть спор, вытекающий из гражданских правоотношений и подведомственный арбитражному суду, до принятия им решения может быть передан сторонами на разрешение третейского суда.

Подведомственность арбитражному суду экономических споров, вытекающих из гражданских, административных и иных правоотношений, определяется ст. 22 АПК РФ. Так, арбитражному суду подведомственны экономические споры между юридическими лицами, гражданами, осуществляющими предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющими статус индивидуального предпринимателя, приобретенный в установленном порядке. Причем, данному суду подведомственны споры, независимо от того, являются ли их участниками организации и граждане Российской Федерации или иностранные организации, организации с иностранными инвестициями, международные организации, иностранные граждане, лица без гражданства, осуществляющие предпринимательскую деятельность, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации.

В ст. 22 АПК РФ содержится примерный перечень экономических споров, разрешаемых арбитражным судом. Важно подчеркнуть, что ст. 22 АПК РФ 1995 г. исходит из более ши-

рокого понимания экономического спора, чем АПК РФ 1992 года, и допускает возможность передачи на рассмотрение третейского суда экономического спора, вытекающего только из гражданских правоотношений. Поэтому подведомственный арбитражному суду экономический спор, возникший из административных или иных правоотношений, не подлежит передаче на рассмотрение третейского суда.

К числу экономических споров, возникающих из гражданских правоотношений и содержащихся в примерном перечне, приведенном в ст. 22 АПК РФ, относятся, в частности, споры:

- об изменении условий или о расторжении договоров;
- о неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств;
- о признании права собственности;
- об истребовании собственником или иным законным владельцем имущества из чужого незаконного владения;
- о нарушении прав собственника или иного законного владельца, не связанном с лишением владения.

Нормативным актом, регулирующим общие вопросы организации третейских судов, рассмотрения и разрешения экономических споров третейскими судами, является Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров, утвержденное постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 24 июня 1992 г. (далее — Положение).

В соответствии со ст. 1 Положения оно применяется при передаче на разрешение экономических споров, подведомственных арбитражным судам. Если иное не предусмотрено соглашением сторон, Положение не применяется, когда хотя бы одна из сторон находится на территории другого государства либо является предприятием, организацией с иностранными инвестициями.

Очевидно, что соответствующие нормы, содержащиеся в Положении, были сформулированы, исходя из предписаний, содержащихся в АПК РФ 1992 г. В настоящее время нормы Положения, касающиеся подведомственности споров, находятся в определенном несоответствии с АПК РФ 1995 г. В связи с этим подведомственность споров третейским судам должна определяться иначе, нежели это зафиксировано в Положении, а именно, основываясь на ст. 22 и ст. 23 АПК РФ 1995 г., о чем говорилось выше.

Следует отметить, что Положение не распространяется на организацию и деятельность Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ и Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате РФ.

В соответствии со ст. 2 Положения возможно создание двух видов третейских судов — третейского суда для рассмотрения конкретного спора и постоянно действующих третейских судов. Третейские суды для рассмотрения конкретного спора образуются сторонами, заинтересованными в рассмотрении данного спора. Постоянно действующие третейские суды могут создаваться торговыми палатами, иными органами, биржами, объединениями, а также предприятиями, учреждениями и организациями.

§ 2. Организация и порядок деятельности третейских судов

Порядок организации деятельности и разрешения споров для третейских судов первого вида определяется Положением.

В свою очередь, деятельность постоянно действующих третейских судов регулируется правилами (положениями, уставами, регламентами и другими документами), устанавливающими процедуру рассмотрения споров, принимаемыми предприятиями, организациями, учреждениями, создавшими постоянно действующий третейский суд. Если необходимые вопросы создания и деятельности третейского суда не урегулированы соответствующими документами, то третейский суд и стороны руководствуются Положением.

Например, документами, регулирующими деятельность Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате РФ является Положение о Третейском суде, Регламент Третейского суда, утвержденные Президиумом Торгово-промышленной палаты РФ 23 октября 1992 г., Положение о третейских сборах и расходах в Третейском суде.

Обязательным условием принятия третейским судом дела к своему производству является наличие соглашения сторон о передаче спора третейскому суду. Данное соглашение может быть заключено только в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено

путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств связи, обеспечивающих фиксирование такого соглашения (ст. 3 Положения).

Соглашение может быть заключено либо в виде отдельного договора, либо в виде третейской оговорки в договоре. Каких-либо определенных требований к содержанию такого соглашения не существует, но его текст должен определенно отражать волеизъявление сторон о передаче спора третейскому суду. Например, если соглашение заключается в виде третейской оговорки в договоре, может быть рекомендована ее следующая форма: «споры, возникшие по настоящему договору или в связи с ним, подлежат передаче на рассмотрение и окончательное разрешение в третейский суд (может быть указан конкретный постоянно действующий третейский суд)».

Подчеркнем, что отсутствие соответствующей оговорки в договоре не лишает стороны возможности при возникновении спора заключить отдельное соглашение о передаче дела третейскому суду. Причем, соглашение может быть составлено в виде внесения изменения в соответствующий пункт договора, по поводу которого возник спор, или же констатировать факт передачи спора на разрешение третейского суда путем составления самостоятельного документа. Как правило, такое соглашение заключается уже после возникновения спора. В этом случае в нем целесообразно зафиксировать не только сам факт передачи спора третейскому суду, но и в каком составе, единолично или коллегиально должен рассматриваться спор и конкретную кандидатуру третейского судьи при единоличном рассмотрении или судьей при коллегиальном рассмотрении от каждой из сторон.

Возможно использование следующей формы:

СОГЛАШЕНИЕ

о передаче спора на разрешения третейского суда

Акционерный коммерческий банк «Альфа» в лице Председателя Правления И.И. Иванова, действующего на основании Устава, с одной стороны, и СП «Гамма» в лице Генерального директора С.С. Сергеева, действующего на основании Устава, с другой стороны, заключили настоящее соглашение о нижеследующем:

Передать спор, возникший из кредитного договора № 1 от 1.03. 1994 г. на рассмотрение Третейского суда при Торгово-промышленной палате РФ.

Просим рассмотреть спор судом в коллегиальном составе.

АКБ «Альфа» назначает третейским судьей К.К. Кузнецова

СП «Гамма» назначает третейским судьей Г.Г. Герасимова

Подписи сторон

На практике возникает вопрос о том, могут ли представители сторон, которым поручено заключить договор, включить в него условия о рассмотрении споров, вытекающих из данного договора, на рассмотрение третейского суда без специального указания на это в доверенности? Следует согласиться с мнением М.С. Фальковича, который полагает, что отсутствие в доверенности такого указания не лишает представителей сторон права договориться о рассмотрении спора в третейском суде¹.

Назначение третейских судей в третейском суде, созданном для рассмотрения конкретного спора, осуществляется в соответствии со ст. 5 Положения. Так, стороны могут по своему усмотрению согласовать порядок назначения третейского судьи (судей). При отсутствии иного соглашения сторон суд образуется в составе трех судей. Каждой стороной назначается один судья. Двое назначенных судей избирают третьего судью.

Если в течение 15 дней после получения уведомления о назначении третейского судьи одной стороной другая сторона третейского судью не назначит, либо в течение этого срока уже назначенные судьи не достигли соглашения по кандидатуре третьего судьи, либо третейский суд по иным причинам не создан, стороны вправе отказаться от соглашения о передаче дела на рассмотрение третейского суда и спор может быть передан на разрешение арбитражного суда.

Полномочия третейского судьи могут быть прекращены по его просьбе или по соглашению сторон. В этом случае новый третейский судья назначается в соответствии с правилами, которые применялись при назначении заменяемого судьи.

При передаче спора на разрешение постоянно действующего третейского суда порядок назначения судей определяется соответствующими правилами, регулирующими деятельность данного суда. Например, в соответствии с Положением о Третейском суде при Межбанковском финансовом доме действует следующий порядок назначения третейских судей. Дела в указанном Третейском суде могут рассматриваться судьей единолично или судом в коллегиальном составе. Единолично судьей

¹ М.С. Фалькович. Третейский суд и принудительное исполнение его решений. Вестник Высшего Арбитражного суда. 1993. № 8. С. 115 — 119.

дело рассматривается по соглашению сторон. Стороны назначают третейского судью из числа членов Третейского суда. Если же ими не будет достигнута договоренность по кандидатуре конкретного судьи, то он назначается председателем Третейского суда из числа членов данного суда.

По общему правилу дела в Третейском суде при Межбанковском финансовом доме рассматриваются судом в коллегиальном составе. По получении искового заявления секретарь Третейского суда уведомляет об этом ответчика и направляет ему копию искового заявления и приложенных к нему документов, а также список судей Третейского суда. В трехдневный срок ответчик должен сообщить фамилию избранного им судьи или заявить просьбу о том, чтобы третейский судья был назначен председателем Третейского суда. Если в течение этого срока ответчик не изберет третейского судью, его назначает председатель Третейского суда. Судьи, избранные сторонами или назначенные председателем Третейского суда, избирают из числа членов данного суда третьего судью в качестве председателя состава суда. Если судьи не изберут председателя в течение трех дней со дня избрания или назначения второго судьи, председатель Третейского суда сам назначает председателя состава. При наличии более одного истца или ответчика как истцы, так и ответчики избирают только по одному судье. Если истцы или ответчики не могут достигнуть соглашения по кандидатуре судьи, судья назначается председателем Третейского суда.

Каждая из сторон вправе заявить об отводе судьи, председателя состава суда или единоличного судьи, если, по ее мнению, они прямо или косвенно заинтересованы в исходе дела. Указанные лица могут заявить о самоотводе по приведенным выше обстоятельствам. В этом случае новый судья назначается по правилам, применяемым при назначении отведенного судьи.

Порядок возбуждения дела и третейского разбирательства в судах, созданных для рассмотрения конкретного спора, регулируется приводимым выше Положением, а в постоянно действующих третейских судах — соответствующими правилами. Дело возбуждается после подачи искового заявления. Обязательным условием принятия дела к производству является, как указывалось выше, наличие соглашения о передаче дела на разрешение третейского суда. Третейский суд само-

стоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии такого соглашения. Если третейский суд признает отсутствие или недействительность соглашения сторон, он отказывает в возбуждении дела и спор может быть передан на разрешение арбитражного суда.

Применительно к рассматриваемой проблеме следует подчеркнуть следующее. В соответствии с АПК РФ 1992 г. (ст. 85 АПК РФ) наличие соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда, являлось безусловным основанием для отказа в принятии искового заявления арбитражным судом. Более того, если указанное обстоятельство выяснялось после возбуждения дела, арбитражный суд был обязан прекратить производство по делу в соответствии со ст. 104 АПК РФ 1992 г. В действующем АПК РФ 1995 г. данные вопросы решаются иначе. Так, наличие соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда не является безусловным основанием для отказа в принятии искового заявления арбитражным судом. При этом условия искового заявления принимаются и возбуждается дело. Однако, если ответчик возражает против рассмотрения дела в арбитражном суде и заявит ходатайство о передаче спора на разрешение третейского суда не позднее своего первого объяснения по существу спора, иск оставляется без рассмотрения (ст. 87 АПК РФ).

Основанием для отказа в принятии искового заявления является наличие вступившего в законную силу решения третейского суда, принятого по спору между теми же лицами и по тем же основаниям. Производство по делу прекращается, если после возбуждения дела будет установлен факт существования решения третейского суда (ст. 85 АПК РФ).

Необходимо отметить еще одно важное отличие действующего АПК РФ. Спор на разрешение третейского суда может быть передан в процессе его рассмотрения арбитражным судом вплоть до принятия им решения по делу. По АПК 1992 г. такая возможность не предусматривалась и спор мог быть передан в третейский суд только до возбуждения дела арбитражным судом.

Стороны, обращающиеся в третейский суд, несут расходы по делу. В расходы входят: гонорар третейским судьям; третейский сбор; суммы, подлежащие выплате переводчику; за проведение экспертизы; расходы, связанные с командировкой судей к

месту рассмотрения спора; и другие. По общему правилу, закрепленному в Положении, распределение расходов между сторонами производится по соглашению сторон, а при отсутствии такого соглашения — третейским судом. В правилах отдельных постоянно действующих третейских судов может быть предусмотрен и иной принцип распределения расходов.

Принципы распределения расходов содержатся и в правилах, регламентирующих деятельность постоянно действующих третейских судов. Практически во всех указанных актах обязательным условием принятия искового заявления является уплата третейского сбора. Размер третейского сбора устанавливается в зависимости от цены иска.

Заметим, что в Положении не содержатся нормы, допускающие возможность уменьшения размера или частичного возврата третейского сбора. Однако в постоянно действующих третейских судах, как правило, такая возможность существует. Наиболее типичными случаями, при которых возможно уменьшение размера третейского сбора или его частичный возврат, являются рассмотрение спора судьей единолично, отзыв истцом искового заявления до назначения дела к слушанию и некоторые другие.

К форме и содержанию искового заявления, подаваемого в третейский суд, предъявляются определенные требования. В общем виде они сформулированы в ст. 13 Положения. Дополнительные положения могут содержаться в правилах постоянно действующих третейских судов. В правилах, в отличие от Положения, могут содержаться и указания на последствия несоблюдения требований относительно формы и содержания искового заявления.

Так, Третейский суд при Торгово-промышленной палате РФ, установив, что исковое заявление подано с дефектами формы и содержания, предлагает истцу устранить обнаруженные недостатки. В тех случаях, когда истец, несмотря на предложение об устранении недостатков искового заявления, настаивает на рассмотрении дела, Третейский суд принимает решение о возбуждении производства по делу или определение о прекращении производства по делу.

Дела юридических лиц в третейском суде ведут руководители или заместители руководителей организаций, действующие в пределах своих полномочий, предоставленных законом,

уставом, положением, или другие работники организаций. Полномочия руководителя организации (заместителя) подтверждаются документами, удостоверяющими их служебное положение. Другие работники организаций должны иметь доверенность организации на ведение дела, заверенную руководителем (заместителем) данной организации.

Граждане-предприниматели ведут дела в третейском суде лично или через представителей. Полномочия представителя подтверждаются доверенностью, выданной и оформленной в соответствии с законом. Личное участие гражданина-предпринимателя в процессе не лишает его возможности иметь представителя.

Рассмотрение дела в третейском суде основывается на определенных принципах. К числу наиболее общих принципов относятся независимость и беспристрастность третейских судей, равенство прав сторон, состязательность сторон в третейском производстве.

По сравнению с арбитражным судопроизводством третейская форма разбирательства, как правило, имеет укороченные сроки рассмотрения дел и упрощенную процедуру. Так, в соответствии со ст. 97 АПК РФ арбитражным судом споры должны быть рассмотрены в срок, не превышающий двух месяцев со дня получения арбитражным судом искового заявления, а, например, в Третейском суде при Межбанковском финансовом доме данный срок не должен превышать 14 дней со дня образования суда.

В соответствии с Положением третейский суд самостоятельно определяет необходимость проведения заседания с участием сторон, либо разрешения спора только на основании документов и других доказательств при отсутствии иного приглашения сторон.

Обязательным требованием является извещение сторон о времени и месте рассмотрения спора. Извещение может быть направлено письмом, по телеграфу, телетайпу или с использованием иных средств связи, обеспечивающих фиксирование такого извещения.

Копии всех документов и иных доказательств должны передаваться каждой из сторон.

Положение допускает широкую возможность выбора процедуры судебного заседания.

В Положении содержатся требования принципиального характера, предъявляемые к решениям, выносимым третейскими судами, в частности относительно применяемого законодательства. При разрешении споров третейские суды обязаны руководствоваться законами РФ и иными законодательными актами, действующими на территории РФ, законами, законодательными актами республик в составе РФ, другими нормативными актами, межгосударственными соглашениями и международными договорами. Третейский суд вправе применять нормы права других государств в случаях, предусмотренных законодательством или соглашением сторон. При отсутствии законодательства, регулирующего спорное правоотношение, третейский суд вправе применить законодательство, регулирующее сходное правоотношение.

Решение по делу принимается большинством голосов членов третейского суда. Судья, не согласный с вынесенным решением, имеет право в письменной форме изложить свое особое мнение и приобщить его к решению.

Решение принимается в обязательной письменной форме и подписывается всеми членами третейского суда. По форме и содержанию судебное решение должно соответствовать ст. 20 Положения. В частности, в решении третейский суд обязан указать срок и порядок его исполнения. Если в решении срок исполнения не установлен, оно подлежит немедленному исполнению.

В отдельных правилах, регулирующих деятельность постоянно действующих третейских судов, определяется порядок рассмотрения споров, не противоречащий общим предписаниям, устанавливаемым Положением.

Следует отметить, что в ряде постоянно действующих третейских судов используются упрощенные правила рассмотрения отдельных категорий дел. В качестве примера сошлемся на уже упоминавшийся Третейский суд при Межбанковском финансовом доме. В указанном суде действует Регламент рассмотрения дел о невозврате краткосрочного кредита (сроком до одного месяца). В соответствии с данным Регламентом споры рассматриваются в течение 24 часов с момента назначения председателем Третейского суда третейского судьи. Споры разрешаются на основе только письменных материалов единолично судьей. Значительно упрощена процедура подачи

искового заявления. Неявка сторон не является препятствием для рассмотрения спора. Целесообразность использования такого регламента по данной категории дел диктуется их спецификой, определяемой характером отношений, в которых немаловажную роль играет временной фактор.

Действующее законодательство не предусматривает возможность обжалования решений третейских судов в кассационном или надзорном порядке.

§ 3. Исполнение решений третейский судов

Применительно к деятельности третейских судов весьма существенной является проблема исполнения судебных решений. В соответствии со ст. 24 Положения решение третейского суда исполняется добровольно в сроки и порядке, установленные в решении.

Очевидно, что не во всех случаях обязанная сторона добровольно исполняет решение суда. При наличии такой ситуации принимаются меры к его принудительному исполнению. Порядок и правила принудительного исполнения устанавливаются ст. ст. 25, 26 Положения. Согласно ст. 25 Положения, в случае невыполнения ответчиком решения в установленный срок приказ на принудительное исполнение выдается арбитражным судом.

Заявление о выдаче приказа подается лицом, в пользу которого вынесено решение, в письменном виде либо в постоянно действующий третейский суд, вынесший решение, в котором хранится дело, для направления заявления вместе с делом в пятидневный срок с момента его получения в соответствующий арбитражный суд, либо непосредственно в арбитражный суд — Высший Арбитражный суд республики в составе РФ, арбитражный суд края, области, города, автономной области, автономного округа, на территории которых находится третейский суд и в которых хранится дело, в случае, если решение вынесено судом, созданным для рассмотрения конкретного спора.

Заявление подается в течение месяца с момента окончания срока исполнения решения третейского суда, установленного в решении. Если в решении третейского суда срок не установлен или предписано его немедленное исполнение, исчисление месячного срока производится с момента вынесения решения.

К заявлению должны быть приложены документы, подтверждающие неисполнение решения третейского суда. Заявление о выдаче приказа оплачивается государственной пошлиной. В соответствии с Законом РФ «О государственной пошлине» в редакции Федерального закона от 31 декабря 1995 г. № 226-ФЗ размер пошлины составляет пятикратный размер минимального размера оплаты труда. Доказательства уплаты государственной пошлины прилагаются к заявлению о выдаче приказа.

Арбитражный суд возвращает заявление в случае, если оно подано с нарушением месячного срока или к заявлению не приложены перечисленные выше документы. Пропущенный срок на подачу заявления может быть восстановлен арбитражным судом по ходатайству заинтересованного лица при наличии уважительных причин пропуска (ст. 25 Положения).

Заявление о выдаче приказа на принудительное исполнение решения рассматривается единолично судьей арбитражного суда. Судья арбитражного суда вправе вызвать стороны для дачи объяснений по существу рассматриваемого заявления. Данное заявление должно быть рассмотрено в течение месяца со дня его поступления в арбитражный суд. Если заявление должно поступить в суд вместе с делом из постоянно действующего третейского суда, срок исчисляется с момента представления обоих документов.

По результатам рассмотрения заявления судьей арбитражного суда выносится определение о выдаче или об отказе в выдаче приказа. Исчерпывающий перечень оснований, по которым арбитражный суд вправе отказать в выдаче приказа, содержится в ст. 26 Положения. Отметим, что по новому АПК РФ арбитражным судом выдается не приказ, а исполнительный лист.

Отказ в выдаче исполнительного листа возможен в следующих случаях.

1. Если третейский суд рассмотрел спор между сторонами при отсутствии их соглашения о передаче рассмотрения спора третейскому суду. В данном случае речь идет не только о формальном отсутствии соглашения, но и о ненадлежащим образом оформленном соглашении.

2. Если состав третейского суда или процедура рассмотрения спора не соответствовали соглашению сторон. Поскольку

порядок назначения третейских судей, процедура рассмотрения спора не всегда устанавливаются соглашением сторон, в данной ситуации предполагается и нарушение порядка рассмотрения споров, устанавливаемого соответствующими правилами постоянно действующих третейских судов. Следует отметить целесообразность приобщения к делу, направляемому в арбитражный суд, правил, которыми руководствовался третейский суд при рассмотрении дела и вынесении решения.

3. Если сторона, против которой вынесено решение, не была надлежащим образом извещена о дне рассмотрения спора в третейском суде или по другим причинам не имела возможности представить свои объяснения.

4. Если спор возник в сфере управления и не подлежал рассмотрению в третейском суде. Очевидно, что эта формулировка ст. 26 Положения терминологически не соответствует АПК РФ 1995 г. Известно, что АПК РФ отказался от понятия спора в сфере управления, а, как отмечалось выше, использует понятие экономического спора, вытекающего из гражданских, административных и иных правоотношений. Поэтому в данном случае под спорами в сфере управления следует понимать экономические споры, вытекающие из иных, нежели гражданских правоотношений.

Может возникнуть ситуация, когда в исковом заявлении содержатся требования экономического характера, вытекающие как из гражданских, так и иных правоотношений. В этом случае спор также не может быть рассмотрен третейским судом и относится к компетенции суда арбитражного.

5. Если при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда будет установлено, что решение не соответствует законодательству либо принято по неисследованным материалам, арбитражный суд возвращает дело на новое рассмотрение в третейский суд, принявший решение. При невозможности рассмотрения дела в том же третейском суде исковое заявление может быть подано в арбитражный суд в соответствии с установленной подсудностью. В данном случае основанием отказа является незаконность и необоснованность судебных решений.

Свобода выбора третейского суда при рассмотрении споров не может рассматриваться с позиций неконтролируемой,

произвольной деятельности по применению законодательства. Выше отмечалось, что третейский суд обязан руководствоваться действующим законодательством и только при отсутствии законодательства, регулирующего спорное правоотношение, он применяет законодательство, регулирующее сходные правоотношения, а при его отсутствии исходит из общих начал и смысла законодательства.

Третейский суд обязан выносить решение на основании материалов, представленных сторонами. Неисследованность материалов означает, что суд не изучил и не проанализировал имеющиеся в деле доказательства. Необходимо различать неисследованность обстоятельств дела и неисследованность материалов. В первом случае речь идет обо всех фактических обстоятельствах дела, в обоснование которых сторонами либо представляются доказательства, либо нет. Законодательство не требует от третейского суда исследовать обстоятельства, в отношении которых сторонами доказательства не представлены. Суд выносит решение по имеющимся в деле доказательствам. Но представленные материалы должны быть полно и всесторонне исследованы судом.

Ознакомление с делом при решении вопроса о выдаче приказа на принудительное исполнение не означает, что арбитражный суд осуществляет пересмотр решения, вынесенного третейским судом.

Арбитражный суд не имеет права отменить решение полностью или частично, оставить иск без рассмотрения, прекратить производство по делу, изменить решение или принять новое решение. Его компетенция ограничивается возвращением дела на новое рассмотрение в третейский суд, вынесший решение.

Относительно постоянно действующих третейских судов практически отсутствует возможность изменения подсудности на арбитражную, т. е. изъятия дела из третейского суда и передачи его на рассмотрение суда арбитражного, поскольку изменение подсудности возможно только тогда, когда третейский суд не может рассмотреть дело. Такая ситуация более характерна для судов, создаваемых для рассмотрения конкретного спора. Но даже в этом случае подсудность не меняется автоматически, а обращение в арбитражный суд зависит от воли заинтересованного лица.

В случае, когда рассмотрение возвращенного дела по приведенным выше обстоятельствам невозможно в третейском суде, вынесшем решение, а заинтересованное лицо выражает желание обратиться в арбитражный суд за рассмотрением спора, последний не вправе отказать в принятии искового заявления. Согласно п. 4 ст. 107 АПК РФ, судья отказывает в принятии искового заявления, если сторонами заключено соглашение о передаче спора на рассмотрение третейского суда, за исключением случаев, когда арбитражный суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда и возвратил дело на новое рассмотрение в тот же суд, но рассмотрение дела в данном суде оказалось невозможным.

На определение арбитражного суда, в котором решается вопрос о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение, может быть подана кассационная жалоба.

Исполнение решений осуществляется по правилам исполнительного производства, которые в общей форме определены в ст. ст. 197 — 209 АПК РФ.

§ 4. Международный коммерческий арбитраж

Международный коммерческий арбитраж имеет весьма значительную историю. Например, Лондонский международный третейский суд был создан в 1892 г. и до настоящего времени представляет разнообразные арбитражные услуги коммерческим организациям различных стран. Первый закон об арбитраже в Швеции был издан в 1887 г., а ныне действующий закон об арбитраже принят в 1929 г. В этом же году были приняты положения, касающиеся арбитражных соглашений и разбирательств с участием иностранных лиц.

Отечественный международный арбитраж насчитывает более чем шестидесятилетнюю историю. Он создан в 1932 г. В 1960 г. Советский Союз ратифицировал Нью-Йоркскую конвенцию о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, а в 1964 г. присоединился к Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, тем самым включившись в международную систему арбитража. В настоящее время по количеству рассматриваемых дел Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ (в разные годы этот орган имел

другие названия — внешнеторговая арбитражная комиссия, арбитражный суд и некоторые иные) входит в число пяти ведущих международных арбитражных судов наряду с Лондонским, Парижским, Стокгольмским.

7 июля 1993 г. принят Закон РФ «О международном коммерческом арбитражном суде и новое Положение о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате РФ (далее МКАС).

В соответствии с указанными актами МКАС рассматривает споры из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации (п. 2 Положения о МКАС).

Гражданско-правовые отношения, споры из которых могут быть предметом рассмотрения в МКАС, включают отношения по купле-продаже (поставке) товаров, выполнению работ, оказанию услуг, лицензионным операциям, инвестициям, кредитно-расчетным операциям и иным формам промышленной и предпринимательской кооперации.

В настоящее время порядок организации и деятельности МКАС регулируется указанными выше Законом, Положением и Регламентом, вступившим в силу с 1 мая 1995 г. МКАС разрешает споры на основе применимых норм материального права, руководствуясь, если спор возник из договорных отношений, условиями договора и учитывая торговые обычаи.

Производство в МКАС возбуждается подачей искового заявления.

Каждое дело рассматривается тремя арбитрами или единоличным арбитром. Арбитры назначаются сторонами. Если ответчик не изберет арбитра, он назначается Председателем МКАС. Назначенные арбитрами избирают председателя состава арбитража. Если назначенные арбитрами не изберут председателя состава арбитража, он назначается Председателем МКАС из списка арбитров МКАС. Стороны могут заявить об отводе

арбитра при наличии оснований, предусмотренных в Регламенте.

Арбитражное производство завершается вынесением решения. Решение выносится в тех случаях, когда спор разрешается по существу.

Если по делу не принимается окончательное решение, производство по делу завершается вынесением постановления о прекращении производства по делу при наличии оснований, указания на которые содержатся в Регламенте.

Решение МКАС исполняется сторонами в определенные им сроки. Если срок исполнения решения не указан, оно подлежит немедленному исполнению. Не исполненные в срок решения приводятся в исполнение в соответствии с законом и международными соглашениями (п. 5 Положения о МКАС).

При рассмотрении дел в МКАС в соответствии с Положением об арбитражных сборах и расходах (приложение к Регламенту МКАС) взимаются регистрационный и арбитражный сборы. Регистрационный — это сбор, уплачиваемый при подаче в МКАС искового заявления или ходатайства об обеспечении требования, для покрытия расходов, возникающих до начала арбитражного разбирательства. Регистрационный сбор уплачивается в размере 500 долларов США. При последующей уплате арбитражного сбора регистрационный сбор засчитывается в сумму арбитражного сбора. Арбитражный сбор — это сбор для покрытия общих расходов, связанных с деятельностью МКАС (гонорары арбитров, докладчиков, вознаграждение секретариата, расходы по организации арбитражного разбирательства и т. п.).

Арбитражный сбор уплачивается при подаче искового заявления. С учетом сложности дела, существенно повышенных временных затрат и расходов, связанных с арбитражным разбирательством, Председатель МКАС может вынести постановление об увеличении размера арбитражного сбора.

Арбитражный сбор уплачивается в российских рублях, если цена иска установлена в рублях, в сумме, эквивалентной цене иска в долларах США по курсу Центрального банка на дату предъявления иска. Соответственно сбор уплачивается в долларах США, если цена иска выражена в иностранной валюте. По просьбе истца суд может разрешить уплатить арбитражный сбор в иной свободно конвертируемой валюте.

В Регламенте предусмотрена возможность уменьшения размера арбитражного сбора при рассмотрении дела единолично судьей, отзыва истцом искового заявления до направления повестки о слушании дела и при некоторых других обстоятельствах.

После окончания рассмотрения дела происходит распределение арбитражного сбора. Арбитражный сбор возлагается на сторону, против которой состоялось решение, если стороны не договорились об ином. Если иск удовлетворен частично, то арбитражный сбор возлагается на ответчика, пропорционально размеру удовлетворенных исковых требований, и на истца — пропорционально той части исковых требований, в которой иск не удовлетворен.

Сторонами оплачиваются и дополнительные расходы МКАС, т. е. особые издержки, которые он несет в связи с разбирательством конкретного дела (издержки на проведение экспертизы и переводы, суммы, подлежащие выплате переводчикам, экспертам и свидетелям, командировочные расходы и т. п.). Распределение дополнительных расходов МКАС между сторонами осуществляется аналогично распределению арбитражного сбора.

Кроме этого, стороны несут расходы, помимо указанных выше, в связи с защитой своих интересов при разбирательстве спора в МКАС, что именуется издержками сторон.

Сторона, в пользу которой вынесено решение, может потребовать возложить на другую сторону возмещение понесенных ею «разумных издержек», возникших в связи с арбитражным разбирательством.

Следует подчеркнуть, что с учетом обстоятельств конкретного дела МКАС может установить иное распределение между сторонами арбитражного сбора дополнительных расходов и издержек сторон, в частности взыскать в пользу одной из сторон с другой стороны понесенные излишние расходы, вызванные нецелесообразными или недобросовестными действиями другой стороны.

Глава 13. Исполнение актов арбитражных судов и иных органов

§ 1. Исполнительное производство в новом законодательстве

Исполнение решений арбитражных судов, судов общей юрисдикции и третейских судов по гражданско-правовым спорам, в том числе и по спорам с участием банков, является важным составным звеном механизма защиты прав организаций и граждан. Учитывая значимость исполнительного производства, правовые нормы, регулирующие эту группу общественных отношений, выделены в самостоятельный раздел нового Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Раздел IV АПК «Исполнение судебных актов» значительно обновлен. В него, как и в другие разделы АПК РФ, внесено немало новых положений, а также изменений, дополнений и уточнений. Вместе с тем многие важные вопросы либо вовсе не урегулированы, либо регламентированы в общей форме. Все это сделано не случайно, а в расчете на то, что они будут детально урегулированы подготовленным проектом закона «Об исполнительном производстве».

Раздел открывает ст. 197 АПК РФ, согласно которой судебные акты, вступившие в законную силу, исполняются всеми государственными органами, органами местного самоуправления и иными органами, организациями, должностными лицами и гражданами на всей территории Российской Федерации в порядке, установленном настоящим Кодексом и Федеральным законом. Данная статья по существу воспроизводит содержание ст. 148 АПК РФ 1992 г. и не совсем удачно. Сформулированное здесь правило не согласовано ни с нормами ГПК, ни с проектом закона РФ «Об исполнительном производстве».

Судебные акты на территории Российской Федерации исполняются судебными исполнителями (в будущем — приставами-исполнителями), а вовсе не всеми государственными органами и гражданами. Иные органы, организации и должностные лица могут осуществлять исполнительные действия только в случаях, прямо указанных в законе.

Допущенная неточность объясняется отождествлением таких свойств вступившего в законную силу решения арбитражного суда, как исполнимость и обязательность. Вступивший в законную силу судебный акт обязателен для всех государственных органов, органов местного самоуправления и иных органов, организаций, должностных лиц и граждан (ст. 13 АПК РФ), но принудительно исполняется только судебными исполнителями и иными органами и организациями, прямо указанными в законе.

В юридической литературе неоднократно отмечалось, что весьма актуальным для практики, особенно при исполнении решений арбитражных судов, является вопрос об исполнительных документах, на основании которых производится принудительное исполнение, и в частности, о характере, содержании, порядке и сроках выдачи. Анализ нового арбитражно-процессуального законодательства свидетельствует, что в этом направлении проведена большая работа.

Согласно ч. 1 ст. 198 АПК РФ, принудительное исполнение судебного акта производится на основании исполнительного листа, выданного арбитражным судом, принявшим этот акт. Таким образом, сделан шаг вперед на пути унификации исполнительных документов. До принятия действующего Кодекса было трудно объяснить, почему на основании решения суда общей юрисдикции выдается исполнительный лист, а на основании решения арбитражного суда — приказ. И тот, и другой суды осуществляют правосудие. Исполнительные документы всех органов, осуществляющих правосудие, должны быть едины. Полагаем, что работу в этом направлении надо продолжить. В частности, следует продумать и вопрос об унификации исполнительных документов, выданных органами исполнительной власти.

Важное значение для надежной защиты прав взыскателей в исполнительном производстве имеет и вопрос о возможности выдачи по одному решению арбитражного суда нескольких исполнительных документов. В соответствии с АПК РФ 1992 г. на основании решения арбитражного суда взыскателю мог быть выдан только один приказ на взыскание денежных сумм с должника (ст. 148). И лишь в случае утраты приказа арбитражный суд мог выдать его дубликат взыскателю (ст. 152 АПК РФ 1992 г.).

Однако практика показала, что при исполнении решений арбитражных судов о взыскании денежных сумм нередко возникала необходимость получения взыскателем сразу нескольких исполнительных документов. Это объясняется спецификой регулируемых материальным правом отношений. Так, например, согласно п. 1 ст. 363 ГК РФ, при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя. В тех случаях, когда законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя, суд, удовлетворяя иск, заявленный к должнику и поручителю, должен указать в решении о взыскании в пользу истца денежной суммы солидарно с ответчиков. Исполнение такого решения на основании одного приказа арбитражного суда приводило к ущемлению прав истца и выхолащиванию самой сущности солидарной ответственности.

В ст. 199 действующего АПК РФ записано, что если судебный акт принят в пользу нескольких истцов или против нескольких ответчиков либо если исполнение должно быть произведено в различных местах, выдаются исполнительные листы с указанием той части судебного акта, которая подлежит исполнению по данному исполнительному листу. Введение в новый АПК РФ указанной нормы значительно укрепило гарантии защиты прав взыскателя.

Исполнительный лист — основание для принудительного исполнения судебного акта. Учитывая его значимость в стадии исполнительного производства, в Кодексе закреплена норма, детально регламентирующая содержание исполнительного листа (ст. 200 АПК РФ).

Уточнения и дополнения внесены в ст. 203 АПК РФ, регламентирующую основания и порядок рассмотрения заявления о восстановлении пропущенного срока для предъявления исполнительного листа к исполнению. В отличие от АПК РФ 1992 г., не предусмотрено никаких ограничений на восстановление этого срока. В ч. 2 ст. 203 АПК РФ говорится, что заявление о восстановлении пропущенного срока рассматривается в заседании арбитражного суда с извещением взыскателя и должника заказным письмом с уведомлением о вручении,

однако их неявка не является препятствием к рассмотрению заявления. Введенные здесь дополнительные процессуальные гарантии для взыскателя и должника укрепляют их правовое положение в исполнительном производстве и заслуживают одобрения.

Все это можно отнести и к изложенным в ст. 204 АПК РФ правилам, регламентирующим порядок выдачи дубликата исполнительного листа. Теперь дубликат исполнительного листа может выдать только суд, принявший судебный акт. Внесенное дополнение весьма кстати, поскольку место принятия судебного акта может не совпадать с местом его исполнения. В связи с этим в практике не было ясности, в какой арбитражный суд следует подавать заявление о выдаче дубликата исполнительного документа — по месту исполнения либо по месту принятия судебного акта.

Нельзя не обратить внимание на то, что действующий АПК РФ более конкретно, чем АПК РФ 1992 г., устанавливает порядок рассмотрения заявления о выдаче дубликата исполнительного листа. В нем предусмотрена и возможность обжалования определения, вынесенного по результатам рассмотрения такого заявления.

Внесены коррективы и в правовые нормы, предусматривающие ответственность за неисполнение судебного акта. Во-первых, в действующем АПК РФ (ст. 206) не воспроизводится закрепленная в ч. 1 ст. 151 АПК РФ 1992 г. правовая норма, предусматривающая ответственность организации или гражданина-предпринимателя за неисполнение решения арбитражного суда о передаче имущества в натуре. И это правильно, ибо данная норма не согласовалась с правилом, содержащимся в ст. 379 ГПК, и не давала должного эффекта, особенно в тех случаях, когда организация имела несколько счетов в различных банках. Главный же ее недостаток заключался в том, что в основе ее лежали неверные решения арбитражного суда о передаче имущества в натуре. Более того, предусмотренная в ч. 1 ст. 151 АПК РФ санкция при определенных условиях могла быть для должника более привлекательной по сравнению с исполнением решения суда о передаче имущества в натуре. Все это подрывало авторитет арбитражного суда и вело к нарушению прав взыскателя.

Во-вторых, в ч. 3 и 4 ст. 206 АПК РФ введены новые пра-

вила, согласно которым за невыполнение указанных в исполнительном листе действий лицом, на которое возложено совершение этих действий, на него возлагается штраф в размере до 200 установленных Федеральным законом минимальных размеров оплаты труда. Уплата штрафа не освобождает от обязанности исполнить судебный акт. Данные правовые нормы корреспондируют полномочиям арбитражного суда использовать при разрешении спора соответствующий способ защиты.

В отличие от АПК РФ 1992 г., в новом Кодексе существует правовая норма, регулирующая порядок и условия обращения взыскания на имущество должника (ст. 207 АПК РФ), а также нормы, регламентирующие порядок решения вопроса о повороте исполнения судебного акта (ст. 209 АПК РФ).

Все изложенное свидетельствует о том, что законодателю удалось сделать значительный шаг по совершенствованию законодательства, регулирующего порядок принудительного исполнения решений арбитражных судов. Однако исполнительное производство по-прежнему продолжает оставаться слабым звеном в механизме защиты гражданских прав и требует пристального внимания.

В первую очередь необходимо значительно обновить законодательство, регулирующее принудительное исполнение решений судов и иных органов. Дело в том, что в настоящее время отношения, возникающие в исполнительном производстве, регулируются не только разд. IV АПК РФ, но, главным образом, Гражданским процессуальным кодексом РСФСР, принятым в 1964 г., и Инструкцией об исполнительном производстве, утвержденном приказом № 22 Министерства юстиции СССР от 15 ноября 1985 г. Многие положения этих актов значительно устарели и требуют переработки. Прежде всего надо изменить содержание норм, регулирующих обращение взыскания на имущество граждан-предпринимателей и организаций. Устаревшие правила, содержащиеся в ГПК РСФСР и инструкциях, существенно снижают гарантии защиты прав взыскателей. Наглядный пример этому — дела по искам залогодержателей к залогодателям об обращении взыскания на заложенное имущество.

В соответствии со ст. 349 ГК РФ требования залогодержателя (кредитора) удовлетворяются из стоимости заложенного

недвижимого имущества по решению суда. При исполнении такого решения возникают большие трудности. Дело в том, что содержащиеся в ст. ст. 411 — 413 ГПК РСФСР нормы об обращении взыскания на имущество «государственных, кооперативных и общественных организаций» значительно устарели и противоречат ст. 56 ГК РФ. Так, в ст. 411 ГПК записано, что при отсутствии у государственных предприятий, учреждений и организаций денежных средств, достаточных для погашения задолженности, взыскание может быть обращено на принадлежащее должнику имущество, за исключением предприятий, зданий, сооружений, оборудования и другого имущества, относящихся к основным средствам, семенных и фуражных фондов, а также иных оборотных фондов в пределах, необходимых для нормальной деятельности государственных предприятий, учреждений и организаций. Аналогичным путем решен в ГПК РСФСР вопрос об обращении взыскания на имущество кооперативных и общественных организаций (ст. ст. 412, 413). Указанные правила по существу блокируют действие соответствующих правил о залоге, закрепленных в ГК РФ, значительно снижают гарантии защиты прав взыскателей. Они должны быть переработаны и приведены в соответствие с нормами ГК РФ.

Не решена в ГПК РСФСР и проблема реализации заложенного имущества государственных, кооперативных и общественных организаций. В силу ст. 414 Кодекса реализация заложенного имущества государственных, кооперативных и общественных организаций, колхозов и иных кооперативных организаций, их объединений, других общественных организаций производится в порядке, установленном законодательством Союза ССР и РСФСР. Однако нормативные акты, устанавливающие порядок реализации имущества, на которое обращено взыскание, не были приняты ранее, не приняты они и в настоящее время. Это не только тормозит исполнение решений судов об обращении взыскания на заложенное имущество, но и приводит к нарушению прав взыскателей в исполнительном производстве.

Изложенное свидетельствует о настоятельной необходимости совершенствования норм, регулирующих порядок исполнения решений судов и иных органов. Это можно осуществить как путем изменения и дополнения действующих правовых

норм об исполнительном производстве, закрепленных в Гражданском процессуальном, Арбитражном процессуальном кодексах и в Инструкции об исполнительном производстве, так и путем разработки и принятия самостоятельного нормативного акта — специального Закона или (что значительно лучше) Кодекса об исполнительном производстве.

Полагаем, что второй путь гораздо предпочтительнее. Практика показала, что закрепление норм исполнительного производства в нескольких нормативных актах приводит к противоречиям и несогласованности в праве, что в конечном счете дезориентирует исполнительные органы и существенно снижает гарантии судебной защиты прав организаций и граждан. Кодификация норм исполнительного производства будет способствовать существенному улучшению качества правового регулирования отношений, возникающих при исполнении решений различных юрисдикционных органов.

§ 2. Проблемы кодификации правил об исполнительном производстве

28 февраля 1995 г. Пленум Верховного суда Российской Федерации и Пленум Высшего Арбитражного суда Российской Федерации приняли постановление о внесении в Государственную Думу Федерального собрания Российской Федерации в порядке законодательной инициативы проекта Федерального закона «Об исполнительном производстве». Анализ содержания подготовленного проекта позволяет сделать вывод о том, что достичь этих целей удалось далеко не полностью: в нем еще довольно много пробелов, неточностей и противоречий. Некоторые его положения не увязаны с новым АПК РФ и подготовленным проектом ГПК РФ.

В преамбуле содержатся положения, не согласованные с другими действующими нормативными актами и подготовленными проектами законов. Так, здесь записано, что суды общей юрисдикции, арбитражные суды и иные органы при вынесении постановлений устанавливают предусмотренные законом сроки для их добровольного исполнения либо указывают на их немедленное исполнение. Между тем ни действующие ГПК РСФСР и АПК РФ, ни подготовленный проект ГПК РФ не устанавливают никаких сроков для добровольного исполнения решения.

Серьезные замечания имеются и по содержанию ст. 2 проекта, согласно которой правовую основу деятельности судебных приставов-исполнителей составляют не только законы, но и нормативные акты Министерства юстиции Российской Федерации. Иные нормативные акты, ведомственные инструкции и указания, регулирующие вопросы исполнительного производства, применяются лишь в тех пределах, в которых они не противоречат Закону «Об исполнительном производстве». Исполнительное производство является весьма важным составным звеном механизма защиты гражданских прав. Поэтому вряд ли можно согласиться с тем, что такие «острые» в социальном и юридическом плане отношения будут по-прежнему регулироваться не только законом, но и нормативными актами Министерства юстиции РФ и тем более инструкциями и указаниями иных министерств и ведомств.

Как показывает анализ соотношения норм, содержащихся в ГПК РСФСР и различных инструкциях, указаниях Министерства юстиции РФ и Министерства юстиции СССР, отношения, возникающие в исполнительном производстве, регулируются 95 статьями ГПК РСФСР (ст. ст. 338 — 442), тогда как только в одной упомянутой Инструкции об исполнительном производстве — таких статей 278. Судя по структуре Проекта, процесс разбухания ведомственных актов Министерства юстиции РФ, регламентирующих отношения в исполнительном производстве, будет продолжаться с нарастающей силой: по крайней мере, в проекте содержатся сейчас всего 82 статьи вместо 93, закрепленных в ГПК РСФСР, пробелы же (а их в проекте закона достаточно) в регулировании рассматриваемых отношений, судя по всему, опять предполагается восполнить различными инструкциями, положениями и указаниями Министерства юстиции РФ.

Принятие самостоятельного нормативного акта — Закона «Об исполнительном производстве» — непосредственно связано с созданием самостоятельной службы судебных приставов Министерства юстиции Российской Федерации, в составе которой обязанности по принудительному исполнению решений будут выполнять судебные приставы-исполнители. Названными выше подзаконными актами, подробно регламентирующими отношения в исполнительном производстве, а не законом (что было бы более приемлемо) и будут руководство-

ваться судебные приставы-исполнители в своей практической деятельности.

Кроме того, в ч. 2 этой статьи записано, что судебные приставы-исполнители в своей деятельности руководствуются также и нормативными актами Министерства юстиции Российской Федерации, но, в отличие от п. 3 данной статьи, здесь не сделано никакой оговорки о том, что эти нормативные акты должны приниматься в соответствии с законом и тем самым они поставлены в одном ряду с законами, регулирующими деятельность судебных приставов-исполнителей.

В ст. 2 проекта указан в качестве источника исполнительного права международный договор.

Все изложенное свидетельствует о необходимости существенной доработки не только ст. 2, но и всего проекта.

По нашему мнению, в целях более полного и качественно регулирования отношений, возникающих в исполнительном производстве, проект Закона «Об исполнительном производстве» было бы лучше готовить и обсуждать совместно с проектом новой Инструкции об исполнительном производстве. Поскольку исполнительное производство затрагивает интересы широкого круга граждан и организаций, то было бы желательным, чтобы Инструкцию об исполнительном производстве (Положение) принимало и утверждало Правительство РФ, а не Министерство юстиции Российской Федерации.

Нуждается в совершенствовании и ст. 3 проекта. Так, ч. 2 ст. 3 проекта Закона «Об исполнительном производстве» возлагает в случаях, предусмотренных законодательством, исполнение решений судов и других органов о взыскании денежных сумм на банки и иные кредитные учреждения. Не совсем понятно, как быть в этом случае с исполнительским сбором. В соответствии со ст. 78 проекта Закона исполнительский сбор, взыскиваемый с должника на основании постановления судебного пристава-исполнителя, поступает Министерству юстиции РФ на финансирование деятельности по обеспечению принудительного исполнения. Из этого сбора судебный пристав-исполнитель получает за полное и своевременное исполнение переданного ему исполнительного документа вознаграждение в размере 5 % взысканной им суммы или стоимости имущества или до пяти минимальных размеров оплаты труда, но не более пяти должностных окладов ежемесячно.

Взыскание же исполнительского сбора в пользу банков и иных кредитных учреждений, а также выплата соответствующего вознаграждения сотрудникам этих организаций, непосредственно занятых исполнением решений судов и иных органов, проектом не предусматривается. Спрашивается, почему служба судебных приставов-исполнителей поставлена здесь в привилегированное положение

Вряд ли можно согласиться с приведенным в ч. 2 ст. 3 проекта Закона правилом, в силу которого иные органы, организации и должностные лица осуществляют исполнительные действия в силу прямого указания закона об этом или по требованию судебного пристава-исполнителя. Представляется, что данная норма неоправданно расширит властные полномочия судебного пристава-исполнителя и сделает их, по существу, бесконтрольными. Права и особенно обязанности судебного пристава-исполнителя при исполнении им решений судов и иных органов должны быть четко и полно сформулированы непосредственно в Законе «Об исполнительном производстве», а не с помощью отсылочных норм, как это сделано в ст. 3 проекта. Здесь же, думается, следует закрепить право граждан требовать взыскания убытков, причиненных незаконными действиями судебного пристава-исполнителя.

Отношения, возникающие при возбуждении исполнительного производства, также необходимо урегулировать более полно, укрепив гарантии защиты прав взыскателей и должников. В частности, надо предоставить право взыскателю обжаловать в суд постановление судебного пристава-исполнителя об отказе в возбуждении исполнительного производства, если, по его мнению, оно возбуждено против него незаконно (решение исполнено добровольно и др.). Ничего в проекте не говорится о порядке возбуждения исполнительного производства банками, другими кредитными учреждениями и налоговыми органами.

Не решен вопрос о правовых последствиях добровольного исполнения должниками решения суда или иного органа. Какова судьба исполнительного производства в этом случае; как быть с исполнительным документом?

Взыскание исполнительного сбора необходимо ограничить и применять не по всем делам и не всегда в размере 5 %, поскольку имеется немало категорий дел, по которым должник

просто не в состоянии исполнить решение добровольно.

Дополнительной проработки требуют и отдельные положения гл. 3 проекта Закона. В частности, в ст. 26 записано, что взыскателем и должником могут быть только граждане и юридические лица. Это правило не согласовано, в частности, с п. 4 ст. 22 АПК РФ, в котором говорится о том, что в случаях, установленных АПК РФ и другими федеральными законами, арбитражному суду подведомственны дела по экономическим спорам и иные дела с участием образований, не являющихся юридическими лицами.

В соответствии со ст. 27 проекта Закона стороны в исполнительном производстве наделяются широкими правами — они при совершении исполнительных действий вправе знакомиться с материалами исполнительного производства, делать из них выписки, снимать копии, представлять дополнительные материалы, заявлять ходатайства, участвовать в совершении исполнительных действий, высказать свои доводы и соображения по вопросам, возникающим в ходе исполнительного производства, возражать против доводов ходатайств и соображений других лиц, участвующих в исполнительном производстве. Однако гарантии реализации этих и других прав сторон в проекте практически отсутствуют.

Не совсем понятно, почему среди субъектов исполнительного производства нет органов исполнительной власти, выступающих ныне в гражданском процессе в порядке ст. 42 ГПК РСФСР. Исполнять некоторые решения суда без этих органов вряд ли оправданно.

Необходимо обстоятельно проработать и институт понятых в исполнительном производстве. Здесь, в частности, целесообразно более четко и конкретно решить вопрос об основаниях привлечения понятых к участию в исполнительном производстве и прямо указать, что в случаях, определенных в Законе, гражданин обязан принять участие в исполнительном производстве. За отказ от участия в исполнительном производстве в качестве понятого установить уголовную ответственность.

В проекте Закона не разработан в достаточной мере вопрос о реализации арестованного имущества, хотя именно оно является сейчас центральным вопросом исполнительного производства. В ст. 50 записано, что реализация арестованного имущества, кроме имущества, изъятого по закону из оборота,

независимо от оснований ареста и видов имущества производится судебным приставом-исполнителем через торговые организации, на торгах, аукционах в порядке, предусмотренном соответствующими нормативными актами.

Так и остался открытым весьма важный для должника и взыскателя вопрос о том, в каких случаях и какие формы реализации должны быть задействованы судебным приставом-исполнителем. Эти пробелы, видимо, предполагается восполнить различными инструкциями и положениями Министерства юстиции РФ. Учитывая значимость указанных вопросов и необходимость укрепления гарантий защиты прав сторон в исполнительном производстве, полагаем, что они должны быть решены в Законе «Об исполнительном производстве», а не в нормативных актах Министерства юстиции РФ.

В частности, полагаем, что в этом законе необходимо указать, что реализация недвижимого имущества, на которое обращено взыскание, во всех случаях должна осуществляться только с публичных торгов. Именно эта форма реализации указанного имущества в наибольшей мере гарантирует защиту прав взыскателя и должника. Думается, что таким образом могут быть отчуждены и право долгосрочной аренды, и иные права на недвижимое имущество.

В Законе важно решить, кто должен заниматься проведением публичных торгов. Здесь для обсуждения можно предложить два варианта: 1) недвижимое имущество, на которое обращено взыскание, должны реализовывать специально созданные для этого частные фирмы; 2) торги проводят государственные органы (например, Госкомимущество и его территориальные органы, Российский фонд федерального имущества или др.). И тот, и другой варианты имеют свои плюсы и слабые места. Однако полагаем, что предпочтительнее первый вариант, ибо он позволяет оперативно решать поставленные задачи, не отвлекая должностных лиц государственных органов от своей непосредственной работы.

Надо определить и состав лиц, имеющих право подачи заявки на участие в торгах, сроках подачи заявки, документы, которые необходимо приложить к ней, правовые последствия нарушения установленных правил подачи заявки.

Немаловажен и вопрос о начальной цене объекта продажи. Кто должен решать его? Вряд ли правильно отдавать решение

этого важного вопроса самой организации, занимающейся проведением публичных торгов. Минимальная цена объекта продажи должна определяться судом либо судебным исполнителем с учетом мнений должника и взыскателя.

Торги должны проводиться публично. Поэтому организация, занимающаяся их проведением, обязана заблаговременно опубликовать информационное сообщение об объекте продажи. В нем в числе других сведений необходимо указать стартовую цену объекта продажи, последний срок приема заявок, форму проведения торгов, сумму залога от начальной цены и др. В Законе следует особо оговорить право заинтересованных лиц ознакомиться с документацией по объекту продажи.

Поскольку речь идет о приобретении недвижимого имущества, то немаловажное значение имеет и вопрос о субъектах, которые не могут быть допущены к участию в торгах, и о документах, представляемых лицами, допущенными к участию в них.

Подробно и четко в Законе следует урегулировать порядок проведения торгов (кто проводит, как начинаются, проводятся, завершаются и др.). Нельзя оставить без внимания и следующие важные вопросы: о правах и обязанностях победителя и иных участников публичных торгов, о признании торгов несостоявшимися и недействительными, о моменте перехода права собственности (аренды к покупателям, о порядке распределения денежных средств от продажи и ряд других).

Детальное регулирование проведения торгов недвижимого имущества, на которое обращено взыскание по решению арбитражного суда, значительно укрепит гарантии защиты прав взыскателя и должника в исполнительном производстве.

§ 3. Порядок обращения взыскания на имущество предприятия-должника

Нуждается в продуманном решении и вопрос о порядке обращения взыскания на имущество предприятия-должника. 14 февраля 1996 г. Президентом Российской Федерации принят Указ № 199 «О некоторых мерах по реализации решений об обращении взыскания на имущество организаций»¹. Принятие данного нормативного правового акта преследовало сле-

¹ Российская газета. 1996. 21 февраля.

дующие цели: 1) восполнить пробелы в действующем законодательстве, регулирующем отношения, связанные с обращением взыскания на денежные средства и имущество организаций-должников; 2) устранить противоречия, возникшие между правилами, закрепленными в ст. ст. 411 — 413 ГПК и ст. 56 ГК РФ; 3) добиться реального исполнения судебных актов; 4) повысить эффективность решений судов, а следовательно, и их авторитет; 5) повысить ответственность организаций по своим обязательствам; 6) обеспечить своевременную уплату ими налогов и иных обязательных платежей. Данный Указ действует до принятия федеральных законов, регламентирующих порядок исполнения решений об обращении взыскания на имущество организаций, и внесения соответствующих изменений в Гражданский процессуальный кодекс РСФСР (п. 5). Названным Указом утверждено Временное положение о порядке обращения взыскания на имущество организаций, установлен первоочередной порядок платежей с расчетных (текущих) счетов организаций на основании исполнительных листов судов и арбитражных судов, предложено и рекомендовано перечисленным в нем органам в точно определенные сроки осуществить ряд организационных мер, связанных с реализацией этого Указа.

Особого внимания заслуживает Временное положение о порядке обращения взыскания на имущество организаций. Оно подробно регламентирует порядок обращения взыскания на имущество организаций-должников, за исключением финансируемых собственником учреждений, осуществляемого судебным исполнителем либо иным лицом или органом, уполномоченным на то в соответствии с законодательством Российской Федерации, для удовлетворения требований взыскателя, в том числе обеспечения организацией-должником ее обязанностей по уплате обязательных платежей в бюджеты всех уровней и государственные внебюджетные фонды.

В порядке, установленном Временным положением, производится не только обращение взыскания на имущество организаций-должников по исполнительным документам, выданным на основании судебных актов, но и взыскание с должника задолженности по налоговым и иным обязательным платежам в бюджеты и государственные внебюджетные фонды, а также пени за задержку уплаты штрафов и иных санкций за

нарушение законодательства Российской Федерации о налоговых и иных обязательных платежах в бюджеты и государственные внебюджетные фонды (п. 1). Поэтому с введением в действие Указа Президента Российской Федерации от 14 февраля 1996 г. № 199 не должны применяться противоречащие Указу нормы, закрепленные в Положении о порядке обращения взыскания недоимок по налогам и другим обязательным платежам, уплачиваемым юридическими лицами в бюджет и государственные внебюджетные фонды, на их имущество в случае отсутствия денежных средств на счетах в банках, утвержденное 25 мая 1994 г. руководителем налоговой службы Российской Федерации, директором Департамента налоговой полиции Российской Федерации и первым заместителем министра финансов Российской Федерации.

Установленный Временным положением порядок обращения взыскания на имущество организаций-должников применяется только в случаях, если: 1) исполнительный лист или оформленное в установленном порядке требование лица, осуществляющего взыскание, о взыскании денежных сумм направлялось ранее в банк, осуществляющий обслуживание расчетного (текущего) счета должника; 2) денежные средства на счетах должника отсутствуют либо их недостаточно для удовлетворения требований взыскателя; 3) факт отсутствия или недостаточности денежных средств на счетах должника удостоверен банком, осуществляющим обслуживание его расчетного счета.

Исходя из этого, в п. 2 Временного положения указано, что по общему правилу обращение взыскания на имущество должника производится после получения взыскателем либо лицом, осуществляющим взыскание, отметки банка, осуществляющего обслуживание расчетного (текущего) счета должника, о недостаточности денежных средств должника для удовлетворения требований взыскателя. Отметка банка, осуществляющего обслуживание расчетного (текущего) счета должника, служит доказательством соблюдения взыскателем либо лицом, осуществляющим взыскание, установленного законом порядка обращения взыскания на имущество организаций и факта отсутствия или недостаточности денежных средств на его счетах в банке. При отсутствии такого доказательства лицо, осуществляющее взыскание, не вправе обратиться на имущество организации-должника

Учитывая значимость указанной выше отметки для возбуждения процедуры обращения взыскания на имущество организаций, законодательство предъявляет к банку, осуществляющему обслуживание расчетного (текущего) счета должника, довольно жесткие требования. В частности, в п. 3 Временного положения записано, что банк, осуществляющий обслуживание расчетного (текущего) счета должника, по получении исполнительного листа либо оформленного в установленном порядке требования лица, осуществляющего взыскание, о взыскании денежных средств обязан в трехдневный срок осуществить взыскание либо сделать отметку о полном или частичном его неисполнении в связи с отсутствием на расчетном (текущем) счете должника денежных средств. Невыполнение указанного требования является основанием для наложения судом на банк, осуществляющий обслуживание расчетного счета должника, штрафа в порядке и размере, предусмотренных ч. 1 ст. 206 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Кроме того, Президент Российской Федерации в своем Указе от 14 февраля 1996 г. рекомендовал Центральному банку Российской Федерации установить в месячный срок порядок, предусматривающий обязанность коммерческого банка, осуществляющего обслуживание расчетного (текущего) счета организации, в 3-дневный срок со дня получения исполнительного листа или иного исполнительного документа на взыскание денежных средств с организации ставить отметку о полном или частичном его неисполнении в связи с отсутствием на расчетном (текущем) счете организации денежных средств, достаточных для удовлетворения требования взыскателя.

В соответствии со ст. 207 АПК РФ при отсутствии у должника денежных сумм, достаточных для исполнения судебного акта арбитражного суда, взыскание может быть обращено на принадлежащее должнику имущество в порядке, установленном Федеральным законом. Следовательно, к заявлению об обращении взыскания на имущество должника, поданному на имя судебного исполнителя, взыскатель обязан приложить исполнительный лист с отметкой банка о полном или частичном его неисполнении в связи с отсутствием на расчетном (текущем) счете денежных средств, достаточных для удовле-

творения требования взыскателя. При отсутствии отметки банка судебный исполнитель обязан возвратить исполнительный лист взыскателю без исполнения.

Временное положение подробно регламентирует действия судебного исполнителя или иного лица, осуществляющего взыскание, после получения им исполнительного документа. Получив от взыскателя исполнительный лист либо оформленное в установленном порядке требование о взыскании денежных средств с отметкой банка о полном или частичном неисполнении взыскания, лицо, осуществляющее взыскание, обязано в суточный срок направить должнику письменное требование о погашении задолженности и уведомление о предстоящем обращении взыскания на его имущество в случае неисполнения данного требования. В п. 4 Временного положения записано, что лицо, осуществляющее взыскание, должно не позднее 5-дневного срока со дня вручения должнику требования о погашении задолженности принять решение об обращении взыскания на имущество должника.

Принимая такое решение, судебный исполнитель обязан убедиться, что должник добровольно не погасил задолженность. Если же задолженность погашена и этот факт подтвержден документами установленной формы, судебный исполнитель должен сделать об этом соответствующую отметку в исполнительном листе, указав реквизиты платежного документа, и по исполнении возвратить исполнительный документ в суд, вынесший решение, для приобщения к делу. Решение судебного исполнителя об обращении взыскания на имущество организации-должника может быть обжаловано должником. Жалоба подается в суд, при котором состоит судебный исполнитель (ст. 428 ГПК), а на решение налогового органа — в суд по месту его нахождения. Подача жалобы не приостанавливает исполнение указанного выше решения.

Обращение взыскания на имущество должника осуществляется путем наложения ареста и продажи имущества (ст. 358 ГПК). Арест на имущество должника налагается судебным исполнителем или органом, уполномоченным на это законом, не позднее месячного срока со дня вручения должнику требования о погашении задолженности (а в необходимых случаях — одновременно с вручением), если задолженность не будет погашена должником до наложения ареста.

Согласно п. 7 Временного положения, арест может быть наложен только на имущество должника, принадлежащее ему на праве собственности или хозяйственного ведения, а также **оперативного управления** (за исключением имущества учреждений и объектов, изъятых из оборота или ограничиваемых в обороте)¹, независимо от того, где и в чьем фактическом пользовании оно находится, что противоречит пп. 1 и 2 ст. 56, п. 2 ст. 120 ГК РФ. Чтобы выполнить это правило, лицо, осуществляющее взыскание, обязано перед наложением ареста по документам проверить, принадлежит ли конкретное имущество должнику.

Арест имущества должника состоит в производстве описи имущества и объявлении запрета распоряжения им (ст. 370 ГПК). Опись имущества должника должна производиться в соответствии с правилами ст. 371 ГПК, согласно которым судебный исполнитель производит опись имущества должника в количестве, необходимом для погашения присужденной взыскателю суммы и расходов по исполнению. Опись имущества организации-должника должна производиться в присутствии должника и понятых. При описи имущества должник вправе заявить судебному исполнителю, на какие предметы взыскание должно быть обращено в первую очередь. Судебный исполнитель обязан удовлетворить такое заявление, если это не препятствует исполнению решения. Об аресте имущества судебный исполнитель обязан составить акт, содержание которого регламентировано ст. 372 ГПК. Акт об аресте имущества подписывается судебными исполнителем, взыскателем, должником, хранителем имущества и другими лицами, присутствующими при его составлении; копия акта вручается должнику.

На какое же имущество предприятия-должника судебный исполнитель вправе обратить взыскание и в каком порядке оно должно иметь место?

До принятия Указа Президента Российской Федерации № 199 от 14 февраля 1996 г. этот вопрос вызывал большие затруднения на практике. Дело в том, что согласно ст. ст. 411 —

¹ Что соответствует статусу казенного предприятия и не соответствует статусу учреждения (п. 2 ст. 120 ГК РФ).

413 ГПК, взыскание не может быть обращено на предприятия, здания, сооружения, оборудование и другое имущество, относящиеся к основным и оборотным средствам, семенные и фуражные фонды, а также на оборотные средства в пределах, необходимых для нормальной деятельности предприятий и организаций. В силу же ст. 56 ГК РФ юридические лица, кроме финансируемых собственником учреждений, отвечают по своим обязательствам всем принадлежащим им имуществом. Никаких ограничений при обращении взыскания на имущество предприятия-должника не установлено и в ст. 207 АПК РФ.

И тот, и другой подходы к решению проблемы страдают односторонностью и не гарантируют в должной мере защиту прав взыскателя и должника в исполнительном производстве. Первое правило, закрепленное в ГПК, значительно устарело, стало тормозить реализацию многих норм и институтов Гражданского кодекса РФ и должно быть отменено. Второе, сформулированное в ГК РФ и АПК РФ, тоже нуждается в коррективах. Как известно, принадлежащее предприятию разнообразное имущество играет различную роль в реализации задач, сформулированных в его учредительных документах. Отсутствие в законодательстве правовых норм, регламентирующих очередность обращения взыскания на такое имущество предприятия, и порой недостаточный уровень квалификации судебных исполнителей нередко приводят к тому, что чаще всего взыскание в первую очередь обращается на основные средства предприятия и высоколиквидные активы. Продажа такого имущества влечет прогрессирующий рост кредитной задолженности и приводит к фактическому прекращению основной деятельности предприятия и его последующему банкротству. Обращение взыскания на недвижимость и другое имущество, составляющие заметную часть активов должника, по иску отдельного кредитора может привести к недостаточности оставшегося имущества для исполнения обязательства перед другими кредиторами и, следовательно, к нарушению их имущественных прав.

Временное положение установило очередность включения различных видов имущества в состав массы активов, подлежащих реализации во исполнение решений арбитражных судов и иных органов, и тем самым разрешило многие возникшие в практике затруднения. Согласно п. 8 данного Положения, при

обращении взыскания на имущество должника реализация этого имущества осуществляется в следующей очередности:

в первую очередь реализуется имущество должника, непосредственно не участвующее в производстве: ценные бумаги, денежные средства на депозитных и иных счетах должника, валютные ценности, легковой транспорт, предметы дизайна офисов и другое;

во вторую очередь — готовая продукция (товары), а также иные материальные ценности, не участвующие и не предназначенные для непосредственного участия в производстве;

в третью очередь — объекты недвижимого имущества, а также сырье и материалы, станки, оборудование, другие основные средства, предназначенные для непосредственного участия в производстве;

в четвертую очередь — имущество, переданное иным лицам по договору аренды, займа, проката или иным договорам после принятия мер по их расторжению¹.

Введение указанной очередности обращения взыскания на имущество значительно укрепило не только правовое положение предприятия-должника в исполнительном производстве, но и гарантии защиты прав взыскателей и кредиторов. Вместе с тем нельзя не обратить внимание на то, что установленной выше очередностью обращения взыскания на имущество организации-должника лицо, осуществляющее взыскание, обязано руководствоваться, главным образом, при аресте имущества, а не при его реализации. Из содержания п. 8 Временного положения сейчас следует, что лицо, осуществляющее взыскание, должно арестовать все принадлежащее должнику имущество, а его реализацию производить в порядке установленной здесь очередности. Такой подход к решению задачи противоречит ст. 371 ГПК и может привести к нарушению прав должника и самого взыскателя.

Временным положением разрешен в какой-то мере и еще ряд сложных вопросов, связанных с обращением взыскания на

¹ Правило, устанавливающее четвертую очередь реализации имущества должника, противоречит нормам ГК РФ и, в частности, нормам, закрепленным в ст. ст. 807, 618 — 620 ГК, п. 3 ст. 3 ГК. Кроме того, нуждается в уточнении и его редакция, ибо договор проката и есть один из видов договора аренды.

имущество организации-должника. В частности, внесена определенность по вопросу о взаимодействии исполнительного производства по обращению взыскания на имущество должника и производства по делу о его несостоятельности (банкротстве).

Дело в том, что обращение взыскания на имущество предпринятия-должника во исполнение судебных актов или актов иных органов нередко затрагивает права и интересы других кредиторов. Однако до принятия Временного положения в законодательстве не было никаких механизмов защиты прав этих лиц. В таких условиях для судебного исполнителя определяющим оказывался частный интерес только того лица, в чью пользу осуществлялось взыскание на основании решения арбитражного суда. Выйти из создавшегося положения можно было лишь путем регламентации взаимодействия исполнительного производства по обращению взыскания на имущество должника и производства по делу о его несостоятельности (банкротстве).

Прежде всего здесь надо было решить вопрос о приоритете одного из названных производств. Из содержания норм, закрепленных в п. 9 Временного положения, видно, что в случае конкуренции двух производств предпочтение отдается производству по делу о несостоятельности (банкротстве). И это правильно, поскольку оно надежно гарантирует защиту прав всех кредиторов должника. Исходя из этого, характер действий судебного исполнителя, получившего исполнительный лист либо иной исполнительный документ, определен Временным положением в зависимости от того, было ли к моменту принятия им решения о реализации имущества, на которое обращено взыскание, арбитражным судом возбуждено производство по делу о несостоятельности (банкротстве) должника.

О возбуждении в арбитражном суде такого производства судебный исполнитель может получить информацию от взыскателя, должника, Федерального управления по делам несостоятельности (банкротстве). Последнее в соответствии с п. 12 Временного положения при возбуждении в арбитражном суде производства по делу о несостоятельности (банкротстве) по своей инициативе обязано в любом случае уведомить об этом лицо, осуществляющее взыскание, взыскателя, должника, а также суд или арбитражный суд, выдавший исполнительный

лист. Если такое производство было возбуждено, то судебный исполнитель на основании ст. 225 АПК должен обратиться в арбитражный суд с заявлением об отсрочке исполнения судебного акта.

Вопрос об отсрочке исполнения судебного акта рассматривается арбитражным судом с извещением судебного исполнителя, взыскателя и должника заказным письмом с уведомлением о вручении. По результатам рассмотрения заявления выносятся определение, которое направляется взыскателю и должнику. Отсрочка исполнения решения судебного акта в этом случае предоставляется до рассмотрения арбитражным судом вопроса о несостоятельности (банкротстве) должника по существу.

Если иск кредиторов о признании должника несостоятельным (банкротом) удовлетворен, судебный исполнитель должен вновь обратиться в арбитражный суд с заявлением об отсрочке исполнения судебного акта. Арбитражный суд выносит определение, которым предоставляет отсрочку исполнения судебного акта до ликвидации предприятия-должника в порядке, установленном законодательством Российской Федерации о несостоятельности (банкротстве). После ликвидации предприятия-должника исполнительное производство должно быть прекращено в соответствии с п. 3 ст. 364 ГПК.

Несколько по-другому должен действовать судебный исполнитель, если будет установлено, что на момент наложения ареста на имущество предприятия-должника производство по делу о несостоятельности (банкротстве) должника в арбитражном суде не возбуждалось. Здесь характер действий судебного исполнителя зависит от вида имущества, на которое обращается взыскание.

Если взыскание обращено на имущество первой и второй очереди реализации (п. 8), в течение установленного п. 15 Временного положения срока судебный исполнитель обязан продать его, а вырученные деньги перечислить взыскателю. При наложении же ареста на принадлежащее должнику имущество третьей либо четвертой очереди реализации лицо, осуществляющее взыскание, обязано в 3-дневный срок после осуществления ареста имущества должника направить в Федеральное управление по делам о несостоятельности (банкротстве) при Государственном комитете Российской Федерации

по управлению государственным имуществом уведомление о произведенном аресте имущества должника с приложением сведений о составе и стоимости имущества, на которое наложен арест, а также о сумме требований взыскателя. Копия такого уведомления подлежит направлению в налоговый орган, контролирующий осуществление должником платежей в бюджеты и государственные внебюджетные фонды, в 3-дневный срок после ареста имущества (п. 10 Временного положения).

Получив копию указанного выше уведомления, налоговый орган, контролирующий осуществление должником платежей в бюджеты и государственные внебюджетные фонды, обязан в недельный срок со дня получения уведомления подготовить и направить Федеральному управлению по делам о несостоятельности (банкротстве) при Государственном комитете Российской Федерации по управлению государственным имуществом следующие документы, необходимые для решения вопроса о возбуждении в арбитражном суде дела о несостоятельности (банкротстве) должника : справку о сумме задолженности должника перед бюджетом и государственными внебюджетными фондами и сумме начисленных штрафных санкций, установленных за последний отчетный период, предшествующий аресту имущества должника; копию бухгалтерского отчета должника за последний отчетный период с отметкой налогового органа; иные материалы, необходимые для возбуждения дела о несостоятельности (банкротстве) по форме, установленной Федеральным управлением по делам несостоятельности (банкротстве) при Государственном комитете Российской Федерации по управлению государственным имуществом совместно с Государственной налоговой службой Российской Федерации.

Согласно п. 14 Временного положения, Федеральное управление по делам о несостоятельности (банкротстве) в течение двух недель со дня получения от лица, осуществляющего взыскание, и налогового органа указанных выше документов оценивает возможные последствия обращения взыскания на имущество должника и рассматривает вопрос о возбуждении в арбитражном суде производства по делу о его несостоятельности (банкротстве). По результатам рассмотрения этого вопроса принимается решение о возбуждении либо невозбужде-

нии в арбитражном суде производства по делу о несостоятельности (банкротстве) должника.

Решение о возбуждении в арбитражном суде производства по делу о несостоятельности (банкротстве) Федеральное управление по делам о несостоятельности (банкротстве) доводит до сведения лица, осуществляющего взыскание, взыскателя и должника, а также суда или арбитражного суда, выдавшего исполнительный лист. Получив соответствующее уведомление, лицо, осуществляющее взыскание, взыскатель либо должник в соответствии со ст. 205 АПК и ст. 355 ГПК должны обратиться в суд с заявлением об отсрочке исполнения решения до рассмотрения вопроса о несостоятельности (банкротстве) должника по существу. Лицо, осуществляющее взыскание задолженности по платежам в бюджеты и государственные внебюджетные фонды, а также штрафных санкций, по получению указанного уведомления обязано прекратить реализацию имущества должника до рассмотрения вопроса о несостоятельности (банкротстве) по существу, если иное не предусмотрено законом.

Если Федеральное управление по делам несостоятельности (банкротстве) на основании представленных ему документов не находит оснований для возбуждения в арбитражном суде дела о несостоятельности (банкротстве), то о принятом решении уведомляется лицо, осуществляющее взыскание. Получив такое уведомление, судебный исполнитель приступает к реализации имущества должника в соответствии с пп. 15, 16 Временного положения.

Продажа имущества должника осуществляется организацией, уполномоченной лицом, осуществляющим взыскание. Такой организацией может быть комиссионный магазин, иная торговая организация, коммерческая фирма, специализирующаяся на продаже имущества с торгов. В зависимости от вида реализуемого имущества его продажа может осуществляться на комиссионных началах либо с торгов. Из содержания п. 16 Временного положения следует, что движимое имущество должника реализуется на комиссионных началах, если иное не предусмотрено Федеральным законом, а недвижимое — только с торгов. Здесь же записано, что продажа недвижимого имущества должника, реализуемого по правилам, установленным Временным положением, осуществляется в соответствии

со ст. ст. 447 — 449 ГК РФ организацией, уполномоченной лицом, осуществляющим взыскание.

Данная отсылочная норма поставила организацию и проведение торгов по реализации арестованного имущества должника на правовую основу (что само по себе заслуживает одобрения), но вместе с тем в ней не учтено, что организация и проведение торгов по продаже арестованного судебным исполнителем имущества имеют свои особенности. В частности, во Временном положении ничего не говорится о том, какие конкретно организации должны заниматься проведением торгов, как должны оформляться отношения судебного исполнителя с такими организациями, не совсем ясно их правовое положение — вправе ли отказаться от проведения торгов, а если не вправе, то какие правовые последствия наступают в случае невыполнения этими организациями своих обязанностей.

Правила, закрепленные в ст. ст. 447 — 449 ГК, необходимо конкретизировать и дополнить с учетом специфики реализации с торгов имущества, на которое обращено взыскание.

В соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 14 февраля 1996 г. порядок исчисления расходов по обращению взыскания на имущество организаций должно определить Правительство Российской Федерации в месячный срок. Однако до настоящего времени такие правила не опубликованы, а без них практически невозможно реализовать идеи, заложенные в Указе о Временном положении.

Не менее актуальным в настоящее время стал вопрос об обращении взыскания по исполнительным документам на денежные средства предприятий, учреждений и организаций-должников.

Трудности, с которыми здесь сталкивается практика, тоже во многом обусловлены значительными пробелами в Законе. В действующем законодательстве нет ответа на многие поставленные жизнью вопросы, в частности, не урегулирован порядок обращения взыскания на валютные счета предприятия-должника при отсутствии денежных средств на его расчетных счетах и порядок исполнения решений арбитражных судов и иных органов о взыскании денежных средств с корреспондентских счетов коммерческих банков-должников, отсутствует регламент, предусматривающий право банков уста-

навливать беспспорный порядок взыскания сумм задолженности с корреспондентского счета банка-должника. По существу, все весьма важные вопросы, касающиеся обращения взыскания на денежные средства должника, урегулированы в настоящее время лишь отдельными нормами АПК РФ и ГПК РСФСР и в большей мере — различными положениями, письмами и телеграммами Центрального банка Российской Федерации, т. е. подзаконными актами.

Кроме того, нельзя не учесть, что Центральный банк Российской Федерации не имеет ни опыта, ни специалистов, занимающихся принудительным исполнением судебных актов. Об этом свидетельствует, в частности, небезызвестное письмо ЦБ РФ от 1 сентября 1995 г. № 187, верно критикуемое и практиками, и теоретиками (утратило силу с 1 марта 1996 г.). Введенным в действие с 1 марта 1996 г. «Положением о порядке проведения операций по списанию средств с корреспондентских счетов (субсчетов) кредитных организаций» установлен более совершенный порядок списания денежных средств с корреспондентских счетов кредитных организаций на основании решений судов. Однако значительно продвигнуться вперед так и не удалось. И это понятно, поскольку речь идет о регулировании не просто расчетных отношений, а отношений, возникающих при принудительном исполнении решений арбитражных судов и иных органов о взыскании денежных средств с предприятий-должников.

Как уже говорилось, эти весьма «острые» в социальном плане отношения должны регулироваться, главным образом, законом, а не подзаконными актами. Данное обстоятельство не было в должной мере учтено и при подготовке новых нормативных актов. Ни в проекте ГПК РФ, ни в проекте Закона «Об исполнительном производстве» нет специальной главы, посвященной регулированию отношений, возникающих при обращении взыскания на денежные средства предприятий-должников. Практика же показывает, что принудительное исполнение решений арбитражных судов и иных органов о взыскании денежных средств с предприятий, учреждений, организаций, в том числе и с банков, имеет свои особенности, которые должны быть учтены в Законе. Правовые нормы, регулирующие отношения, возникающие при исполнении этих решений, составляют самостоятельный институт исполни-

тельного производства. Этот институт должен быть обособлен в самостоятельной главе Закона «Об исполнительном производстве», что позволит единообразно и полно урегулировать узловые вопросы, связанные с принудительным исполнением судебных актов и актов других органов о взыскании денежных средств.

Прежде всего здесь необходимо четко определить, что является субъектом принудительного исполнения решений арбитражного суда и иных органов о взыскании денежных средств и его правовое положение. Из содержания ст. ст. 409, 410 ГПК и ст. ст. 198, 206, 207 АПК можно заключить, что субъектом исполнения таких решений являются банки и иные кредитные учреждения, которым предъявлен исполнительный документ. Это следует и из ст. 3 проекта Закона «Об исполнительном производстве».

Такой подход законодателя к решению данного вопроса порождает много других проблем, совершенно не урегулированных в Законе, но прямо затрагивающих не только правовой статус самих банков и кредитных учреждений о взыскании денежных сумм с предприятия, организации-должника. В частности, надо решить, во всех ли случаях банки и иные кредитные учреждения могут выступать субъектами исполнения решений о взыскании денежных сумм с предприятия, организации-должника. Думается, что не во всех. Если речь идет об обращении взыскания на наличные деньги, хранившиеся в сейфах кассы, других специальных хранилищах предприятия, организации, учреждения, то субъектом принудительного исполнения должен быть судебный исполнитель, а не банк. Только в этом случае можно эффективно выполнить поставленные задачи. Порядок обращения взыскания на наличные денежные средства предприятия-должника, находившиеся у него в специальных хранилищах, аналогичен порядку, установленному для обращения взыскания на имущество. Банки же и иные кредитные учреждения могут быть субъектами принудительного исполнения актов суда и иных органов лишь при обращении взыскания на находившиеся в этих кредитных учреждениях безналичные денежные средства предприятия-должника.

В соответствии со ст. 410 ГПК, ст. 198 АПК РФ при обращении взыскания на находившиеся в кредитных учреждениях

денежные средства должников субъектом исполнения исполнительного документа могут быть исключительно банки и иные кредитные учреждения. Это правило в полной мере охватывает и случаи взыскания с юридического лица денежных средств на основании исполнительной надписи нотариуса. Следовательно, судебный исполнитель не вправе принимать к своему производству исполнительную надпись нотариуса на взыскание с юридического лица денежных средств, находившихся на его расчетных счетах в банках и иных кредитных учреждениях.

В законе важно определить не только субъект исполнения актов суда и иных органов о взыскании денежных средств с должника, но и его правовое положение. При этом надо помнить, что речь идет о регулировании не просто расчетных операций, совершаемых банком, а о принудительном исполнении различных исполнительных документов арбитражного суда и иных органов. Поэтому банки и другие кредитные учреждения должны наделяться определенными властными полномочиями, позволяющими им принудительно исполнить эти документы строго в соответствии с порядком, установленным законом, и, в частности: правом на совершение действия по выявлению всех расчетных счетов предприятия-должника; правом применять указанные в законе меры принудительного исполнения решений арбитражных судов и иных органов о взыскании денежных средств; правом ходатайствовать перед арбитражным судом о приостановлении, прекращении исполнительного производства, возвращении исполнительного листа в случаях, предусмотренных в законе; правом предложить должнику добровольно исполнить решение суда; правом на получение определенных денежных сумм за принудительное исполнение решения и др.

Укрепление правового положения кредитных учреждений должно сопровождаться и расширением прав должника и взыскателя при исполнении решений арбитражных судов о взыскании денежных сумм и укреплением гарантий их защиты. Для этого в законе необходимо прежде всего установить:

- 1) четкий порядок обращения взыскания на денежные средства предприятия-должника в кредитных учреждениях и правовые последствия его невыполнения кредитным учреждением;
- 2) порядок обращения взыскания на ценные бумаги, принад-

лежащие предприятию-должнику; 3) порядок обращения взыскания на валютные счета предприятия-должника и др.

В законе особо следует определить, кто и в каком порядке должен исполнять решения арбитражного суда о взыскании денежных средств с Центрального банка Российской Федерации. Это сделать необходимо, поскольку Центральный банк в исполнительном производстве может занять и положение должника. Здесь вряд ли будет правильным возлагать обязанность исполнения такого решения на него самого. В этом случае принудительное исполнение должно осуществляться судебным исполнителем.

Раздел V.

Налоговые отношения и банковская деятельность

Глава 14. Взаимосвязь гражданско-правовых и налоговых отношений в банковской деятельности

Примерами ситуаций, когда вопросы применения налогового законодательства решаются через определение сущности правоотношений по гражданскому законодательству, являются случаи погашения задолженности за счет имущества должника и применения к банкам ответственности за несвоевременное исполнение расчетных документов по платежам в бюджет и внебюджетные фонды.

Говоря о вопросах налогообложения при погашении задолженности за счет имущества должника применительно к налогу на прибыль и налогу на добавочную стоимость, необходимо прежде всего разграничить две группы случаев, когда происходит погашение задолженности за счет имущества, поскольку порядок налогообложения здесь зависит от сущности отношений между кредитором, должником и третьими лицами.

Случаи, когда погашение задолженности происходит за счет средств, полученных от реализации имущества

должника. В эту группу следует прежде всего отнести случаи принудительной реализации имущества должника при обращении на него взыскания по его обстоятельствам в порядке исполнительного производства, а также случаи реализации предмета залога (правда, предмет залога в силу п. 1 ст. 335 ГК РФ может принадлежать не только должнику, но и третьим лицам, но на этом случае внимание не акцентируется).

Характерной особенностью этой группы случаев является то, что имущество не переходит в собственность кредитора, за исключением случаев, прямо предусмотренных законодательными актами. Кредитор получает только деньги, вырученные от продажи имущества, которая осуществляется специально уполномоченным лицом от имени должника (залогодателя). Особенно этот момент хотелось бы подчеркнуть в отношении кредитора-залогодержателя. Согласно ст. 350 ГК РФ, при обращении взыскания на заложенное имущество должника производится его реализация (продажа) с публичных торгов, хотя данная норма очень часто игнорируется участниками хозяйственных правоотношений.

Дополнительные сложности создает использование в качестве предмета залога имущественных прав (как вещных, так и обязательственных). Такая возможность прямо предусмотрена ст. 336 ГК РФ и ст. 54 Закона РФ «О залоге»¹. Однако эти случаи как-то выпали из установленного ГК РФ порядка обращения взыскания и реализации предмета залога (в ст. ст. 349 и 350 ГК РФ речь идет только о заложенном имуществе в смысле вещей). Представляется, что обращение взыскания, а также реализация предмета залога в этом случае может производиться по форме публичного объявления, адресованного третьим лицам, о продаже (переуступке) прав требования, являющихся предметом залога и принадлежащих залогодателю (ст. ст. 382 — 390 ГК РФ), или путем передачи кредитору должником принадлежащих последнему имущественных прав. Такая точка зрения обусловлена возможностью применения аналогии закона (п. 1 ст. 6 ГК РФ).

Случаи, когда погашение задолженности происходит за счет передачи имущества непосредственно в собствен-

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 23. Ст. 1239.

ность кредитора. К этой группе можно отнести случаи использования таких институтов гражданского права, как отступное (ст. 409 ГК РФ) или новацию (ст. 414 ГК РФ). Причем такое возможно даже при наличии договора залога. Случай, когда возможен переход имущества непосредственно в собственность кредитора, предусмотрены также в отношении заложенного имущества в п. 4 ст. 350 ГК РФ. Их принципиальное отличие заключается в том, что это происходит в рамках реализации договора о залоге применительно к ситуациям, когда реализовывать предмет залога на торгах не удастся. Таких случаев два:

1) при объявлении торгов несостоявшимися залогодержатель вправе по соглашению с залогодателем приобрести заложенное имущество и зачесть в счет покупной цены свои требования, обеспеченные залогом; к такому соглашению применяются правила о договоре купли-продажи;

2) при объявлении несостоявшимися повторных торгов залогодержатель вправе оставить предмет залога за собой с оценкой его в сумме не более чем на 10 % ниже начальной продажной цены на повторных торгах.

Понять эти нормы помогает их рассмотрение в совокупности с положениями пп. 91 — 104 Инструкции об исполнительном производстве, утвержденной приказом Министерства юстиции СССР от 15 ноября 1985 г. № 22¹ (далее — Инструкция об исполнительном производстве).

В первом случае между залогодержателем должен быть заключен фактически договор купли-продажи и произведен зачет встречных требований, вытекающих из основного обязательства и этого договора купли-продажи, по правилам, изложенным в ст. ст. 410 и 411 ГК РФ. Во втором случае понятие «оставление за собой» необходимо рассматривать в контексте п. 102 Инструкции об исполнительном производстве.

Залог как дополнительное обязательство в соответствии с п. 1 ст. 352 ГК РФ прекращается, в том числе и с прекращением основного обеспеченного залогом обязательства. Отступное и новация рассматриваются ГК РФ как основания для

¹ Гражданский процессуальный кодекс РСФСР с постатейными материалами. М., Юридическая литература, 1991. С. 454 — 526.

прекращения обязательства. Таким образом, если, например, банк — кредитор заключил с заемщиком — залогодателем соглашение о замене первоначального обязательства, существовавшего между ними (возвратить сумму кредита и уплатить проценты за пользование им), другим обязательством (передать в счет погашения долга определенное имущество), то тем самым они прекратят действие не только кредитного договора, но и договора залога.

Отдельно следует осветить вопрос, когда погашение обязательства происходит за счет передачи кредитору должником принадлежащих последнему имущественных прав.

После перехода имущественных прав, которые, например, являлись предметом залога, к кредитору-залогодержателю они могут приобретать статус дебиторской задолженности (прав требования), статус долгосрочных финансовых вложений или других обязательств, имеющих реальное денежное наполнение, за счет которых можно погасить задолженность. При этом необходимо отметить, что к имущественным правам относятся как права требования, так и, например, права пользования и владения имуществом при аренде. Поэтому следует учитывать, что передача имущественных прав в одних случаях порождает возможность приобретения имущественных благ, а в других — порождает возможность владеть и пользоваться материальными благами, причем, как безвозмездно, так и на платёжной основе. В этой связи, например, права аренды могут быть предметом залога только после оплаты арендатором — залогодателем соответствующей части арендной платы. Очевидно, что права пользования и владения тем или иным имуществом за плату в большинстве случаев не приемлемы в качестве предмета залога ввиду отсутствия при их передаче от залогодателя к залогодержателю экономического смысла¹.

Актуальным является вопрос о формах передачи имущественных прав от одного лица к другому в случае обращения взыскания на них. По мнению автора, передача имущественных прав от должника к кредитору может осуществляться

¹ См.: А. Я. Курбатов, С. А. Максимова. Вопросы налогообложения при погашении задолженности за счет имущества должника. Дело и право. 1995. № 12.

либо путем заключения договора об уступке прав требования залогодателя с залогодержателем, т. е. об уступке прав, которые являются предметом залога, в том числе и под отлагательным условием (неисполнение должником своих обязательств — ст. 157 ГК РФ), либо путем предъявления иска о замене стороны (с должника на кредитора) в обязательстве.

Правда, в последнем случае могут возникнуть сложности с подведомственностью данного искового требования арбитражному суду. Дело в том, что по своей сути оно является требованием о понуждении заключить (перезаключить) договор, из которого вытекает имущественное право, являющееся предметом залога. Согласно п. 2 ст. 22 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации¹, арбитражные суды рассматривают такие споры, если это предусмотрено законом или соглашением сторон. В силу отсутствия на этот счет нормы закона (в подпункте 1 ст. 57 Закона РФ «О залоге» такая возможность установлена только для случаев нарушения залогодателем определенных обязанностей), данный вопрос необходимо решать при заключении договора залога или договора, из которого вытекают права, служащие предметом залога. Иными словами, в таких договорах помимо решения вопроса об использовании имущественных прав в качестве предмета залога необходимо закрепить согласие лица, являющегося стороной правоотношения на возможное рассмотрение указанного спора в арбитражном суде.

В перечисленных выше случаях, когда предмет залога переходит в собственность кредитора, применяются те же правила учета и налогообложения, что и при купле-продаже имущества (абз. 1 п. 4 ст. 350 ГК РФ). Приобретенный (оставленный за собой) предмет залога принимается на баланс кредитором по стоимости, равной сумме оценки этого имущества, произведенной сторонами в договоре залога.

Для кредитора, получившего исполнение в виде средств, полученных от реализации имущества должника, правовая природа этих средств не меняется. Поэтому их налогообложение происходит так же, как и в том случае, когда эти средства поступают непосредственно от самого должника.

¹ Собрание законодательства РФ. 1995. № 19. Ст. 1709.

Иными словами, если судебный исполнитель перечислил банку определенную сумму, вырученную от продажи имущества должника, которое явилось предметом залога, он направляет эту сумму на погашение ссудной задолженности в очередности, установленной ст. 319 ГК РФ или кредитным договором. Соответственно, на доходы, которые учитываются при расчете налогооблагаемой базы, относится та часть суммы, которая направлена на погашение процентов (простых или повышенных), а также на уплату штрафных санкций (штраф, пеня, неустойка), в соответствии с нормами, закрепленными в Положении об особенностях определения налогооблагаемой базы для уплаты налога на прибыль банками и другими кредитными учреждениями, утвержденном постановлением Правительства Российской Федерации от 16 мая 1994 г. № 490¹.

Что касается налога на добавленную стоимость, то здесь возникают определенные сложности, связанные с тем, что при реализации имущества судебным исполнителем вырученные при этом суммы должны зачисляться на депозитный счет суда (ст. 416 ГПК РСФСР)² для распределения между взыскателями в порядке очередности, установленной ст. ст. 419 — 426 ГПК РСФСР. При этом необходимо учитывать, что оборот по реализации имущества должен облагаться налогом на добавленную стоимость.

В отношении случаев реализации предмета залога это прямо предусмотрено подпунктом «г» п. 2 ст. 3 Закона РФ «О налоге на добавленную стоимость» в редакции Закона РФ 22 декабря 1992 г.³ Тем самым получается, что реализация имущества должника или предмета залога должна происходить с учетом налога на добавленную стоимость и покупатель этого имущества должен выделить его в расчетном документе.

В то же время сам судебный исполнитель не является субъектом налоговых правоотношений и не несет каких-либо обязанностей в отношении обеспечения соблюдения порядка налогообложения кредиторами и должниками. А налогообло-

¹ Собрание законодательства РФ. 1994. № 4. Ст. 367.

² Гражданский процессуальный кодекс РСФСР с постатейными материалами. М., Юридическая литература, 1991.

³ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 4. Ст. 118.

жение конкретных сумм зависит от сущности отношений между взыскателями и должником. Это могут быть суммы, не подлежащие обложению налогом на добавленную стоимость (например, требования, вытекающие из трудовых отношений), попадающие под действие налоговых льгот (например, в соответствии с подп. «е» п. 1 ст. 5 Закона РФ «О налоге на добавленную стоимость» в редакции Федерального закона от 1 апреля 1996 г.¹ суммы, полученные в погашение ссудной задолженности, обложению налогом на добавленную стоимость не подлежат), либо, наоборот, подлежащие налогообложению (например, поступающие в оплату отгруженной продукции).

Наиболее простой выход из этой ситуации — это перечисление судебным исполнителем суммы выделенного налога на добавленную стоимость самому должнику для расчетов с бюджетом (например, по основным средствам налог на добавленную стоимость исчисляется в порядке, предусмотренном п. 49 Инструкции Госналогслужбы РФ от 11 октября 1995 г. № 39)². Необходимо, однако, отметить, что это лишь теоретические рассуждения, поскольку на практике реализация имущества при обращении на него взыскания через судебных исполнителей повсеместно происходит без учета вопросов налогообложения. Ответственность за это может быть возложена только на самого должника.

При использовании таких институтов гражданского права, как отступное (ст. 409 ГК РФ) и новация (ст. 414 ГК РФ), порядок налогообложения изменяется. ГК РФ рассматривает данные институты как основания для прекращения обязательств. Различия между ними заключаются в моменте прекращения этих обязательств. При отступном обязательство прекращается с момента передачи имущества, уплаты денег, а при новации — с момента заключения соглашения о замене первоначального обязательства другим.

Для банков наиболее актуальна ситуация, когда денежное обязательство (например, возникшее из кредитного договора) прекращается путем предоставления имущества в натуре.

Поскольку в этом случае реальной оплаты этого имущества

¹ Собрание законодательства РФ. 1996. № 14. Ст. 1399.

² Экономика и жизнь. 1995. № 46.

не происходит применительно к налогу на добавленную стоимость применяется порядок его уплаты, установленный для безвозмездной передачи имущества, т. е. этот налог платит передающая сторона (п. 9 Инструкции Госналогслужбы России от 11 октября 1995 г. № 39).

Что касается налога на прибыль, то он в этом случае платится с той части стоимости полученного банком имущества, за счет которой погашается задолженность по уплате процентов и штрафных санкций. Это обусловлено тем, что обязательства, возникающие из соглашения об отступном или новации, носят компенсационный характер и находятся в прямой причинной связи с прекращаемым первоначальным обязательством. Эта связь носит неразрывный характер, в связи с чем эти обязательства нельзя рассматривать, как, например, одновременное прощение долга и получение в дар имущества.

Правда, встречается точка зрения, согласно которой отступное является разновидностью неустойки. Основанием для этого служит п. 3 ст. 396 ГК РФ, где установлено, что уплата неустойки, установленной в качестве отступного, освобождает должника от исполнения обязательства в натуре.

В связи с этим необходимо отметить, что отступное и неустойка — это разные понятия, имеющие ряд существенных различий. Во-первых, неустойка платится всегда в денежной форме (п. 1 ст. 330 ГК РФ), тогда как предоставление отступного может осуществляться в виде передачи вещей. Во-вторых, возможность требования уплаты неустойки может устанавливаться законом (ст. 332 ГК РФ). Обязанность предоставления отступного может возникать только из соглашения сторон. В-третьих, неустойка является способом обеспечения исполнения обязательств (ст. 330 ГК РФ) и мерой имущественной ответственности (ст. 330 ГК РФ), т. е. обязательство уплатить неустойку носит дополнительный (производный) характер по отношению к основному обязательству. На основании п. 2 ст. 330 ГК РФ взыскание неустойки возможно только при наличии оснований для применения ответственности (ст. 401 ГК РФ). Отступное является способом прекращения обязательств, использование которых зависит исключительно от волеизъявления сторон и не связано напрямую с неисполнением должником своих обязательств.

Статья 396 ГК РФ определяет основания, освобождающие

должников от исполнения обязательства в натуре. В определенных ситуациях таким основанием может являться уплата неустойки. Пункт 3 ст. 396 ГК РФ не отождествляет неустойку и отступное, а лишь определяет, что уплата неустойки может прекращать обязательство в натуре по принципу отступного.

Ответственность банков за несвоевременное исполнение расчетных документов по платежам в бюджет и внебюджетные фонды. В абз. 3 ст. 15 Закона РФ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» установлен запрет для банков задерживать исполнение поручений налогоплательщиков на перечисление платежей в бюджет или внебюджетный фонд и использовать эти средства в качестве кредитных ресурсов. Кроме того, предусмотрена возможность взыскания в бюджет дохода, полученного по таким сделкам. Однако ввиду целого ряда сложностей, возникающих при реализации этой нормы, на практике она не используется. Это связано прежде всего с тем, что такое взыскание должно осуществляться через судебный орган, где необходимо доказать наличие условий, предусмотренных ст. 169 ГК РФ, а также тот факт, что именно средства налогоплательщика использовались при выдаче кредита. По мнению автора, доказать это невозможно.

Более действенная ответственность предусмотрена в абз. 4 названной статьи, где закреплено, что в случае неисполнения (задержки исполнения) по вине банка платежного поручения налогоплательщика с банка взыскивается пеня за каждый день просрочки платежа, начиная с установленного срока уплаты выявленной задержанной суммы налога. Размер пени установлен в п. 14 Указа Президента РФ от 8 мая 1996 г. № 685¹ и составляет 0,3 % от неуплаченной суммы за каждый день просрочки. В силу ч. 2 п. 1 ст. 13 Закона РФ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» начисленная пеня взыскивается с банков как юридических лиц в бесспорном порядке.

В соответствии с п. 2 ст. 845 ГК РФ банк не вправе определять и контролировать направления использования средств клиента и устанавливать другие не предусмотренные законом

¹ Собрание законодательства РФ. 1996. № 20. Ст. 2326.

или договором ограничения его права распоряжаться денежными средствами по своему усмотрению. Каких-либо законодательных ограничений на этот счет в настоящее время не предусмотрено. Осуществляя расчеты, банки обязаны соблюдать установленный законом порядок использования средств юридических лиц, поступающих на их расчетные (текущие) счета, т. е. очередность платежей.

В настоящее время очередность платежей установлена ст. 855 ГК РФ в редакции Федерального закона от 12 августа 1996 г. При этом необходимо иметь в виду, что для случаев проведения исполнительного производства (когда распределение средств взыскателям производится судебным исполнителем) и ликвидации юридического лица установлена специальная очередность удовлетворения требований кредиторов (соответственно ст. ст. 418 — 423 ГПК РСФСР, ст. 64 ГК РФ)¹.

Расчетные правоотношения, в том числе с бюджетом, возникают из договора банковского счета и регулируются гражданским законодательством (см. гл. ГК РФ). Соответственно, порядок принятия, учета, хранения и исполнения платежно-расчетных документов, в том числе при расчетах по инкассо, определяются гражданским законодательством и принимаемыми в соответствии с ним банковскими правилами. В связи с этим очередность списания денежных средств со счета является гражданско-правовым институтом и регулируется нормами гражданского законодательства (ст. 855 ГК РФ в редакции от 12 августа 1996 г.). В соответствии со ст. 3 ГК РФ нормы других законов, Указов Президента РФ, а также актов федеральных органов исполнительной власти должны соответствовать этому Кодексу.

При этом необходимо учитывать, что расчетные правоотношения регулировались гражданским законодательством и до вступления в силу Гражданского Кодекса РФ (см. гл. 34 ГР РСФСР 1964 года, ст. 112 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик). Включение норм, регулирующих очередность платежей, в акты налогового законодательства, в том числе в Закон РФ «Об основах налоговой системы в РФ», было обусловлено тем, что очередность

¹ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

платежей на уровне законов гражданским законодательством не регулировалась. Однако содержащиеся в актах налогового законодательства нормы, регулирующие очередность платежей, всегда по своей правовой природе являются нормами гражданского права. Поэтому с момента вступления в силу Части второй Гражданского Кодекса РФ эти нормы, как противоречащие ст. 855 ГК РФ, не подлежат применению.

Нарушение очередности платежей, влекущее задержку исполнения расчетных документов по платежам в бюджет и внебюджетные фонды, и является фактическим основанием для применения к банку ответственности в виде пени, предусмотренной ст. 15 Закона РФ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации». При этом необходимы три условия:

- 1) наличие расчетного документа на перечисление (взыскание) средств в бюджет или внебюджетный фонд, выставленного на расчетный счет налогоплательщика;
- 2) возможность исполнения этого документа (полностью или частично) за счет средств, находящихся на расчетном счете или поступивших на корреспондентский счет банка в адрес клиента;
- 3) наличие вины банка.

Своевременность зачисления средств, поступивших в адрес клиента с корреспондентского счета банка на его расчетный счет, зависит от самого банка. В случае, когда это влечет задержку перечисления средств в бюджет по расчетным документам, выставленным на расчетный счет клиента, есть все основания для привлечения банка к ответственности по ст. 15 Закона РФ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации». Однако такое нарушение нельзя рассматривать как занижение налогооблагаемой базы по налогу на прибыль (до 1994 года — налога на доход), считая, что эти суммы являются доходом банка. В данном случае речь идет о временном незаконном пользовании средствами клиента, но они не являются собственным доходом банка, который учитывается при определении налогооблагаемой базы по налогу на прибыль (доход). К тому же это особый род правоотношений, связанных с расчетами, которые потребуют применения специальной ответственности, а именно ответственности за задержку расчетов как в отношении конкретного клиента, так и по платежам в бюджет и внебюджетные фонды.

Пункт 2 Порядка применения положений Указа Президента от 23 мая 1994 г. № 1006¹, который в настоящее время действует в редакции письма от 2 июня 1995 г. (дата подписания Госналогслужбой и Минфином России), относительно выдачи кредитов устанавливает, что средства, получаемые налогоплательщиками с ссудных счетов в виде банковских ссуд в рублях, могут направляться в соответствии с кредитными договорами или на расчетные (текущие) счета заемщика, или непосредственно на оплату кредитруемых материальных ценностей и затрат, включая выдачу средств на заработную плату с одновременным перечислением соответствующих налогов и других обязательных платежей. Также предусмотрено, что погашение задолженности по ссудам банка и уплата процентов по ним производится налогоплательщиками путем перечисления денежных средств с их расчетных (текущих) счетов.

С точки зрения соотношения с другими нормами права данные нормы малопонятны и трудны для восприятия. Причем, ранее действовавшая редакция от 15 декабря 1994 г.² была еще менее удачной.

Ссудные счета являются счетами бухгалтерского учета банков, служащими для учета образования и погашения ссудной задолженности. Выдача каждой новой ссуды банком и, следовательно, сумма долга ссудополучателя всегда фиксируются по дебету ссудного счета, а погашение задолженности отражается по кредиту. Начисление и получение процентов за пользование ссудой в силу того, что они являются доходом банка, отражаются на других счетах бухгалтерского учета. Тот факт, что в Указе Президента РФ от 23 мая 1994 г. № 1006 (п. 1) ссудные счета отнесены к счетам налогоплательщиков — клиентов банков, является нелепостью, потребовавшейся для налаживания контроля за движением кредитных ресурсов. Ссудный счет не является счетом в смысле договора банковского счета. Он служит для отражения задолженности и не предназначен для хранения денежных средств и производства расчетов.

Ситуация осложняется, однако, тем, что ранее существова-

¹ Экономика и жизнь. 1994. № 39; 1995. № 25.

² Экономика и жизнь. 1995. № 1.

ло четыре вида ссудных счетов, порядок проведения операций по которым определялся инструкциями Госбанка СССР. Отличия между ними определялись организационными и техническими особенностями кредитования. Использование таких видов ссудных счетов, как специальный ссудный счет, отдельный ссудный счет, контокоррент, предусматривало, в частности, возможность отражения операций по погашению ссудной задолженности заемщиком — клиентом банка без проводок по его расчетному счету. Основное же отличие указанных счетов от простого ссудного счета в том, что они использовались при кредитовании не по остатку, а по обороту, которое носило определенные элементы автоматизма при выдаче ссуды; например, ссуда предоставлялась путем оплаты поступающих расчетных документов. С переходом к рыночным отношениям наметилось резкое сокращение сферы кредитования по обороту и переход к кредитованию, когда заемщик должен заявить о потребности в кредитных ресурсах. Тем самым начал осуществляться переход от кредитования объекта к кредитованию субъекта. Вопрос о том, каким образом осуществляется кредитование — по обороту или по остатку — утратил значение. В настоящее время этот переход практически полностью завершен. Поэтому на практике сейчас используется кредитование именно конкретных субъектов с использованием простых ссудных счетов.

Однако этот переход до сих пор не нашел отражения в законодательстве, регулирующем порядок расчетов и бухгалтерского учета в банках. Это привело к его резкому расхождению с гражданским законодательством. Именно этим противоречием обусловлено появление указанных выше норм п. 2 Порядка применения положений Указа Президента РФ от 23 мая 1994 г. № 1006, утвержденного Госналогслужбой, Минфином и Банком России. Их появление можно рассматривать как неудачную попытку (несмотря на то, что их редакция два раза менялась) сгладить противоречия. Неудачной она является потому, что при издании этих норм указанные органы попытались придать техническим вопросам характер основополагающих юридических фактов, причем с использованием устаревших терминов. Многие восприняли эти нормы как запрет, например, производить погашение ссудной задолженности, минуя расчетный счет должника, а это совершенно не так.

Юридическая ущербность вышеуказанного п. 2 Порядка применения положений Указа Президента РФ от 23 мая 1994 г. № 1006 заключается и в том, что он устанавливает порядок применения несуществующей нормы (Указом Президента РФ от 21 марта 1995 г. № 291¹ п. 2 Указа от 23 мая 1994 г. № 1006 был признан утратившим силу).

Переход к кредитованию субъектов означает, что главное значение имеют вопросы, от кого и кому в силу возникшего гражданско-правового обязательства перечисляются (поступают) денежные средства. Естественно, что при этом должен соблюдаться порядок, в соответствии с которым расчеты сверх установленных законодательством пределов юридические лица должны осуществлять в безналичном порядке через банк. Вопросы расчетов и бухгалтерских проводок носят в этом случае производный характер.

Что касается спора о том, могут ли производиться операции по ссудным счетам, то в настоящее время он является схоластичным, поскольку, во-первых, основан на смешении понятий (например, счет бухгалтерского учета и договор банковского счета, операция по счету и бухгалтерская операция), во-вторых, искажает суть явления. Из гражданского законодательства однозначно вытекает возможность, например, производить погашение задолженности одного лица за счет средств, полученных банком от другого лица, а отсутствие порядка бухгалтерского учета определенной хозяйственной операции не может означать запрета производить эту операцию вообще.

В условиях свободы договорных отношений налоговое законодательство должно учитывать этот факт, естественно, с точки зрения защиты интересов государства (бюджетов всех уровней), а не пытаться сдержать этот процесс, доводя дело до абсурда.

В п. 2 Порядка применения положений Указа Президента РФ от 23 мая 1994 г. № 1006 в редакции от 15 декабря 1994 г. была заложена мысль, что суммы выдаваемых кредитов направляются банками только на расчетные (текущие) счета заемщиков. В практической деятельности встречается точка зрения налоговых органов, что выдача кредитов, минуя расчетный счет заемщика, в период действия этой редакции является нарушени-

¹ Собрание законодательства РФ. 1995. № 13. Ст. 1122.

ем. Кроме того, в новой редакции от 2 июня 1995 г. заложена норма, в соответствии с которой перечисление банковских ссуд на оплату кредитруемых материальных ценностей и затрат должно сопровождаться одновременным перечислением соответствующих налогов и других обязательных платежей.

Смыслом всех этих норм являлось создание возможности погашения задолженности предприятий перед бюджетом и внебюджетными фондами за счет привлекаемых ими кредитных ресурсов.

Но возможность перечисления ссуды по поручению заемщика третьим лицам вытекает не из налогового законодательства, а из гражданского (конструкция договора поручения). Вступление в подобные отношения является гражданским правом заемщика. Согласно п. 2 ст. 1 ГК РФ, ограничить в этих правах его можно только Федеральным законом.

Кроме того, на привлекаемые кредитные средства взыскание по обязательствам заемщика перед бюджетом и внебюджетными фондами обращено быть не может. По правовой природе эти средства не являются ни доходом заемщика, ни его имуществом в смысле вещей (таким имуществом являются только наличные денежные средства, но не безналичные средства — права требования). Не случайно, что для обращения взыскания на дебиторскую задолженность (т. е. права требования) установлен специальный порядок (письмо Госналогслужбы, Минфина и Банка России от 28 февраля 1994 г. № НИ-4-13/33н, от 1 марта 1994 г. № 3-1-07, от 1 марта 1994 г. № 80)¹. Такой подход обусловлен тем, что в соответствии с ч. 2 п. 1 ст. 13 Закона РФ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» в редакции Закона от 16 июля 1992 г. взыскание недоимки с юридических и физических лиц обращается на полученные ими доходы, а в случае отсутствия таковых — на имущество этих лиц. Подобная постановка вопроса также искажает смысл кредитования, поскольку в подавляющем большинстве случаев оно носит целевой характер, не связанный с погашением задолженности перед бюджетом и внебюджетными фондами. Однако, к сожалению, на практике такой подход закрепления не находит.

¹ Экономика и жизнь. 1994. № 11.

Банки не вправе определять, каким образом их клиенты должны осуществлять те или иные платежи, и они действуют только на основании данных им поручений. Соответственно, норма о перечислении налогов может рассматриваться только как адресованная заемщику. Особенно наглядно это проявляется в тех случаях, когда расчетный счет заемщика находится в другом банке и банк, выдающий кредит, в расчетах заемщика с бюджетом участвовать не может. Тем самым ответственность за неисполнение вышеуказанного условия может нести только заемщик. Таким образом, банки не могут нести ответственность за несвоевременное исполнение расчетных документов по платежам в бюджет и внебюджетные фонды в тех случаях, когда по поручению заемщика перечисляют ссуды третьим лицам, поскольку их действия с точки зрения гражданского права носят правомерный характер.

Погашение задолженности по ссудам банка и уплата процентов по ним, по мнению налоговых органов, должна производиться налогоплательщиками путем перечисления денежных средств с их расчетных (текущих) счетов. Однако, это вопрос не налогового законодательства, а гражданского. Ограничения в этой области могут быть введены только Федеральным законом.

Такая постановка вопроса правомерна в тех случаях, когда погашение кредита производится непосредственно самим заемщиком. При этом существует одно исключение, связанное с тем, что действующее законодательство разрешает юридическим лицам рассчитываться наличными деньгами в пределах 2 млн руб. по одному платежу (см. п. 2 ст. 861 ГК РФ, абз. 2 ст. 4 Федерального закона «О введении в действие части второй ГК РФ», постановление Правительства РФ от 17 ноября 1994 г. № 1258¹). Применительно к данной ситуации одним платежом признаются платежи, произведенные одним юридическим лицом в адрес другого юридического лица в один день по нескольким денежным документам в порядке реализации одного договора (п. 9.2 Порядка применения положений Указа Президента РФ 23 мая 1994 г. № 1006). Тем самым, даже при наличии расчетного счета в банке-кредиторе, предприятие-

¹ Собрание законодательства РФ. 1994. № 31. Ст. 3276.

должник вправе рассчитываться с ним наличными деньгами в указанных пределах, направляя их напрямую на погашение ссудной задолженности.

Помимо этого существует ряд гражданско-правовых институтов, позволяющих изменить лицо, производящее погашение долга кредитору. Наиболее распространенными из них являются:

1) поручительство (ст. 361 ГК РФ) и гарантия (ст. 368 ГК РФ). По обязательствам, вытекающим из договора поручительства или банковской гарантии, поручитель либо гарант обязуются именно перед кредитором по основному обязательству, а не перед должником. Соответственно поручитель либо гарант перечисляет средства этому кредитору со своего расчетного (корреспондентского) счета;

2). удовлетворение требований законного владельца ценной бумаги (ст. 147 ГК РФ);

3) при обращении взыскания на имущество должника, в том числе заложенное, по его обязательствам (ст. ст. 24, 56, 350 ГК РФ). В соответствии с порядком, закрепленным в ГК РФ (разд. V), средства, вырученные от реализации имущества должника, перечисляются взыскателям, а не должнику;

4) перевод долга (ст. 391 ГК РФ); в этом случае происходит вообще изменение стороны в обязательстве (должника);

5) возложение исполнения обязательств на третье лицо (ст. 313 ГК РФ). В такой ситуации средства опять же адресуются кредитору по основному обязательству;

6) договоры поручения (ст. 971 ГК РФ) и комиссии (ст. 990 ГК РФ). Использование этих институтов возможно, например, в случаях реализации имущества должника третьими лицами по его поручению с перечислением вырученных средств кредитору. В отличие от этого при возложении исполнения обязательств на третье лицо это лицо исполняет обязательство за счет своих средств с учетом последующего взаимозачета или возмещения средств должником.

Таким образом, в тех случаях, когда банку поступают средства на погашение ссудной задолженности от третьего лица, он не может привлекаться к ответственности за несвоевременное исполнение расчетных документов по платежам в бюджет и внебюджетные фонды, предъявленных к расчетному счету его заемщика (по причине правомерности таких дейст-

вий с точки зрения гражданского права).

Однако при использовании вышеперечисленных институтов права необходимо обязательно учитывать два серьезнейших момента:

во-первых, банк не должен принимать прямое участие в оформлении этих договоров. Например, заранее оформленное соглашение об уступке требований заемщика к другим лицам рассматривается арбитражной практикой как злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ);

во-вторых, безвозмездная уступка требования, возложение исполнения обязательств на третье лицо, перевод долга рассматривается как дарение (ст. 576 ГК РФ). Дарение между коммерческими организациями запрещено (подпункт 4 ст. 575 ГК РФ). Поэтому эти сделки должны носить возмездный характер. В противном случае они будут являться ничтожными и средства затраченные банком от третьих лиц могут быть у него истребованы, если будет доказано, что он действовал недобросовестно.

Что касается ряда попыток по урегулированию некоторых вопросов расчетов с бюджетом Указами Президента РФ, предпринятых в последнее время (см. например, Указ Президента РФ от 18 августа 1996 г. № 1212¹), то в отношении этого необходимо учитывать следующее.

Во-первых, на основании п. 3 ст. 90 Конституции РФ указы Президента РФ не могут противоречить Конституции РФ и федеральным законам. Согласно п. 1 ст. 15 Конституции РФ она имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. В соответствии с п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия»² указы Президента РФ применяются, если они не противоречат Конституции РФ и федеральным законам.

Во-вторых, в соответствии со ст. 80 Федерального закона «О Центральном банке РФ (Банке России)»³ правила, формы,

¹ Российская газета. 1996. 22 августа.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

³ Собрание законодательства РФ. 1995. № 18. Ст. 1593.

сроки и стандарты осуществления безналичных расчетов устанавливаются Банком России. Согласно ст. 5 этого же Федерального закона федеральные органы государственной власти не имеют права вмешиваться в деятельность Банка России по реализации его законодательно закрепленных функций и полномочий. То, что под федеральными органами государственной власти законодатель понимает и Президента РФ, подтверждается, например, ст. 3 Федерального закона «О порядке освещения деятельности органов государственной власти в государственных средствах массовой информации»¹. Таким образом нормы Указов Президента РФ, регулирующие, отношения в области расчетов, не могут иметь прямого действия и не подлежат применению без соответствующих указаний Банка России.

¹ Собрание законодательства РФ. 1995. № 3. Ст. 170.

Правовое регулирование банковской деятельности

Редактор *Е.А. Пермякова*
Корректор *А.А. Кудинова*
Верстка *Е.А. Легкая*

АОЗТ «Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР»
УНПЦ ЮрИнфоР юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова
103006, Москва, Воротниковский пер. 7, тел. 956-25-13
Лицензия на издательскую деятельность
ЛР № 071236 от 21 ноября 1995 г.

Подписано в печать 10.10.96.
Формат 84x108/32. Бумага офсет № 1. Гарнитура Таймс.
Печать офсетная. Усл.-печ. л. 23,52. Учетн.- изд.л.19,01
Тираж 10 000 экз. Зак. № 3256
Отпечатано с готового оригинал-макета
в ОАО «Типография «Новости».
107005, Москва, ул. Ф. Энгельса, 46.

Все права принадлежат
АОЗТ «Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР»
103006, Москва, Воротниковский пер. 7, тел. 956-25-13